

# Antecedentes históricos de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC): Aportes desde el derecho romano\*

Juan Pablo Naranjo Vallejo\*\*

Recibido: 1 de mayo de 2022. Aceptado: 27 de junio de 2022.

## Resumen

Este texto estudia las bases del arbitraje desde las recopilaciones del *Corpus Iuris Civilis* y sus desarrollos posteriores. Se plantea que antes de que surgiera un medio institucionalizado público de impartir justicia existieron formas privadas de resolución de conflictos que luego fueron cada vez más institucionalizadas por el poder público imperial. En efecto, se propone que el surgimiento del arbitraje fue producto de la masificación de las relaciones mercantiles e integración de nuevas culturas al ordenamiento jurídico romano en función que el poder público-emperador se ampliaba. Es en esta evolución donde nacen las bases aún presentes en el arbitraje moderno y se concluye que para entender este mecanismo alternativo de solución de conflictos se deben estudiar las raíces romanísticas que son de su esencia. Por ende, este ensayo trata de resolver los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los orígenes de la institución romana del arbitraje? ¿Qué aportes hace el derecho romano en los MASC del derecho contemporáneo colombiano?

## Palabras clave

Historia, derecho romano, MASC, arbitraje, evolución, derecho público, derecho privado, monismo, dualismo, ley 1563 de 2012, jurisdicción, contractualismo.

---

\* Artículo de revisión.

\*\* Abogado Junior en Naranjo Vallejo Abogados S.A.S., egresado de la Universidad de los Andes, Bogotá - Colombia. Correo: jp.naranjo@uniandes.edu.co

UNA Rev. Derecho (En línea). Vol. 7 (1). Julio 2022. e-ISSN2539-5343.

# Historical background of Alternative Dispute Resolution Methods (MASC): Contributions from Roman law.\*

Juan Pablo Naranjo\*\*

Received: mayo 1 2022. Accepted: june 27, 2022.

## Abstract

This text studies the bases of arbitration from the compilations of the Corpus Iuris Civilis and its subsequent developments. It is argued that before a public institutionalized means of imparting justice emerged, there were private forms of conflict resolution that were later increasingly institutionalized by the imperial public power. Indeed, it is proposed that the emergence of arbitration was the product of the massification of mercantile relations and the integration of new cultures into the Roman legal system as the public-emperor power expanded. It is in this evolution where the bases still present in modern arbitration are born and it is concluded that to understand this alternative conflict resolution mechanism, the romanistic roots that are of its essence must be studied. Therefore, this essay tries to resolve the following questions: What are the origins of the Roman institution of arbitration? What contributions does Roman law make in the MASC of Colombian contemporary law?

## Key words

History, roman law, ADR, arbitration, evolution, public law, private law, monism, dualism, Law 1563 of 2012, jurisdiction, contractualism.

---

\* Review article.

\*\* Lawyer from Universidad de los Andes, Bogotá - Colombia. Email: jp.naranjo@uniandes.edu.co

## I. Introducción

### Una breve definición de arbitraje.

En latín la palabra *arbitror* significa pensar, juzgar, creer, opinar<sup>3</sup>. Por otro lado, *arbitrium* adquiere el significado de “fallo”, “juicio”, “decisión de juzgar”<sup>4</sup>. No obstante, *ad arbitrium* adquiere en latín una concepción distinta, esta expresión significa “libre albedrío”, “libertad de juzgar” u “obrar”. Igualmente, en latín *arbitrium* puede significar “derecho”. Todas estas definiciones muy distintas a la palabra *arbitrarius* que significa “arbitrario” o voluntad incierta o dudosa de un tercero<sup>5</sup>. Aquí se pregunta: ¿Qué era entonces el arbitraje?

Para Justiniano, dicese el último emperador romano<sup>6</sup>:

*“el arbitraje era un mecanismo por el cual los que disputan sobre su derecho transigible eligen hombres buenos que den a cada uno de ellos lo que le toque. Los así elegidos reciben arbitrium-facultad de juzgar- y si bien no son jueces, ejercen las funciones de tales y en muchas cosas se les asemejan. Su decisión se llama laudo y siendo de interés público cerrar la puerta a los litigios, su sentencia debe observar ciertos requisitos para que sea válida y los comprometientes la obedezcan” (Sala, 1848)*.

En esta medida, es innegable la semejanza de la institución romana del arbitraje a lo dispuesto en el artículo 1.º de la ley 1563 de 2012 que define la noción así:

*“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.*

*El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.*

*El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.*

*En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecu-*

3 Por ejemplo, *ut ego arbitror* significa a mi parecer

4 *Arbitro preatoris*, por decisión del pretor

5 Diccionario Latín- Español. VOX 2019, 38

6 El Digesto de Justiniano, libro 4to, parte octava dedica una sección entera a la materia del arbitraje y su definición.

7 Extractos escogidos expresamente del Autor de Digesto Romano Español, Don Juan Sala (1848). Original. D.4.8.Lit. 23;26;29;30.

*ción, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”.*

## El arbitraje: evolución del concepto.

Ahora bien, es importante hacer la aclaración en esta introducción para que el lector entienda el surgimiento del arbitraje. Por ello, se debe tener en cuenta que el arbitraje es producto de una evolución: el paso de un hombre primitivo de las cavernas que soluciona sus problemas mediante la violencia, a un hombre “civilizado” que comienza a entender el mundo desde un punto de vista lógico, filosófico y finalmente jurídico.

Así, hay que enfatizar en que la noción de arbitraje no nace de la nada<sup>8</sup>. Esta institución se consolida a medida que la concepción de justicia varía; en función del paso de una justicia basada en la violencia privada- autotutela- hacia una justicia impartida por un tercero imparcial- justicia hetero compositiva<sup>9</sup>. La noción moderna de existencia de un juez público que soluciona los conflictos es producto de una evolución jurídica-histórica. Es en esa evolución en donde se rastrean las primeras figuras autocompositivas de solución de controversias.

Es de resaltar que en Roma el concepto de justicia adquiere un valor jurídico, no abstracto. Por ende, mientras Grecia se aproximó a la definición de justicia desde un punto de vista filosófico, la justicia en Roma en la edad imperial adquiere un valor jurídico: un mecanismo monopolizado por el emperador accesible a toda la comunidad<sup>10</sup>. Cuando esto sucede, el arbitraje se convierte en una institución jurídica en manos de los particulares con el fin de impartir justicia. Empero, durante muchos años el procedimiento romano se caracterizó por ser privado<sup>11</sup>- *ordo iudiciorum privatorum* -, la concepción de justicia

8 En latín antiguo, la palabra *arbitrer* -árbitro en español- significaba mediador- tercero que interfería para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo-, más no tercero investido por las partes con poder de emitir sentencia frente a la controversia -árbitro- (VOX 2019, 38). Solo con el paso del tiempo y la evolución jurídica histórica romana *arbitrer* llegará a aproximarse a las nociones de arbitraje que conocemos hoy en día.

9 La justicia hetero compositiva es cuando un tercero diferente a las partes se encarga de dirimir el conflicto, mientras justicia autocompositiva es el mecanismo por el cual las mismas partes en conflicto toman la decisión de terminar con su disputa- hay mecanismos pacíficos y violentos de justicia autocompositiva en la roma arcaica (autotutela).

10 Los griegos se aproximaron a la noción de justicia desde un punto filosófico: *daikon*- lo justo mediante una regla socialmente convenida- o *daikon outei* – lo justo por naturaleza-. Por el contrario, los romanos transformaron este concepto en un valor concreto: el *ius*- elemento explícito en la norma- que solo puede ser decretada por un funcionario público o los facultados para ello. (Correa 2015, 64)

11 Cuando Leopold Wenger (1955, 29)habla del procedimiento privado romano se refiere al *ordo privatorum*: proceso de las *legis actiones* y proceso *formulario* en donde la fase *apud iudicem* o *in iudicio* está en manos de los ciudadanos elegidos por las mismas partes a través de una lista. En otras palabras, el procedimiento romano hasta el 286 D.C, se resuelve entre los mismos miembros de la comunidad, es decir, de carácter privado. Según Wenger, solo con la abolición del *proceso ordinario* y con la llegada de la *cognitio extraordinaria* como proceso de todo el imperio se está ante un proceso completamente público, puesto que, es el funcionario imperial quien conoce y decide sobre la controversia:“*Roman Law of Private Procedure* *lex directs the Praetor to leave with a folk-judge appointed by the parties (iudex privatus) the rendering of judgment, in the so-called cognitio-procedure, or in the bureaucratic cognitio, as we may call the procedure resting upon the imperium of officials, the magistrate can himself dispose of the whole matter from beginning to end, or, for certain procedural steps, even for rendering judgment, he can make use of subordinate judges (iudices dati), in whose appointment the parties have no part, although as a matter of fact upon occasions such part is vouch- safed to them. ...Only secondarily is mention made of the cognitio-procedure too, which in the course of the development of the Roman state, as a bureaucratic. The frequent expression (occasioned by the sources) “extraordinary procedure,” cognitio ex-*

pública y arbitraje solo llegaría con la evolución histórica de Roma. Por lo mismo, solo cuando Roma se expande comienza a evidenciarse la diferencia entre juez y árbitro<sup>12</sup>.

### Abordar el Conflicto: El paso del derecho absoluto al relativo.

Llegado a este punto, el lector debe hacer una reflexión de lo que es el conflicto y como se llega a solucionar una disputa entre los seres humanos, puesto que, existen diversas formas de solucionar las controversias entre las partes: la violencia, el dialogo mutuo, o el delegar la solución a un tercero imparcial. En consecuencia, hay que tener presente que algunas teorías del origen del “conflicto” han expuesto que las disputas están presentes por naturaleza en el ser humano<sup>13</sup>, otras corrientes se oponen a esta idea, pero hay cierto consenso en que el derecho se convierte en un mecanismo de regulación de los conflictos en beneficio del Estado - una herramienta de poder-<sup>14</sup>. Es por esto por lo que cuando Roma se extiende, el poder público-emperador se preocupa en monopolizar la resolución de las controversias.

Por lo anterior, para poder entender el surgimiento del arbitraje se debe hacer un recuento histórico de la evolución del ordenamiento jurídico; del paso del derecho relativo al absoluto y de la evolución de una justicia autocompositiva a una hetero compositiva<sup>15</sup>.

#### a. Derecho absoluto.

Cuando se habla de derecho absoluto se está en la época arcaica y preclásica de Roma. Aquí, el deudor responde con su propio cuerpo, no existe la noción de patrimonio individual de la persona<sup>16</sup> y la venganza privada es el medio por el cual se solucionan gran parte de los conflictos. En efecto, la Ley de las XII Tablas del 450 A.C permite la ley del talión y la venta del deudor confeso o condenado<sup>17</sup>. A su

*traordinaria, or cognitio extra ordinem points to a contrast with the privatum iudicium, and is therefore a negative idea and, as such, ambiguous, in that it can also express a contrast with other “ordinary” transactions”.*

12 Juez- Diocleciano en lo ateniense a *iurisdictio* expuso que la jurisdicción no puede ser objeto de compromiso- voluntad exclusiva de las partes. No hay juez alguno que no sea nombrado por autoridad pública. Para los romanos la *iurisdictio* es el elemento que permite que la sentencia adquiere la connotación de cosa juzgada, sin *iurisdictio* no hay *actio iudicata*. Entiéndase *iurisdictio* como capacidad de decir derecho, competencia para decir el derecho y coerción por tutela del derecho. Digesto Romano-español. (1848). pg.51.

13 Ver sección que trata del conflicto en el presente texto en lo relacionado con la corriente liberal.

14 Ver García, G. S. (2019). Las teorías del conflicto y fenomenología en el análisis socio jurídico del derecho. Pg.85-101.

15 Por ejemplo, Mitteis y Meylan explican este paso del derecho absoluto al derecho relativo a través de las figuras del *nexum*, *praedes*, *vades*, *vindex* y *spontio* (Correa 2015, 153).

16 Es difícil determinar cuando se habla formalmente de la aparición de la noción de patrimonio como característica inherente de la persona. Es decir, cada persona posee, por el hecho de ser persona, un patrimonio, el cual se compone de un conjunto de bienes estimables en dinero- bienes dentro del comercio. En Roma, durante la monarquía la noción de patrimonio es colectiva, el *pater* es el único que puede detentar la *familiae pecuniae*. Del mismo modo, para la época arcaica los bienes inmuebles, los predios, no son bienes que se encuentran dentro del patrimonio del *pater familias*, puesto que son bienes que pertenecen a la *gens*- al clan. En consecuencia, el patrimonio cómo se conoce en el derecho arcaico romano es colectivo y mucho más limitado. Dicha noción de patrimonio evolucionó a medida que Roma pasó al derecho relativo, aparecieron los peculios, y se llegó a la noción de que cada persona es igual a un patrimonio- bona. Ver. Salvador Morales Ferrer; Sandra Milena Daza (2016) *El concepto de patrimonio y su aplicación en España*. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C. pg-12.

17 Tabla III, punto 5 a 9: “5. Si no paga dentro los 30 días, el acreedor puede prenderlo y presentarlo ante el pretor”; “6. Si aún no pagase, y nadie se presentase por él ni defenderlo en juicio, el acreedor puede hacerlo poner en la cárcel amarrado con collar o grillos que no pesen más de 15 libras y si menos, a arbitrio del acreedor”; (...) “9. Si los acreedores fuesen muchos, al cabo de tres *nundinos*, hagan trozos del cuerpo del deudor, pudiendo coger cada uno más o menos parte sin incurrir en fraude. O véndanlo a la otra parte del Tíber; si prefieren haberlo así. Tabla VII, punto 11: “11. Si alguno rompiese a otro algún miembro, queda sujeto a la

vez, el derecho y la religión se confunden, todavía no existe el concepto de magistrado: el derecho es monopolizado por los sacerdotes-pontífices<sup>18</sup>. En este periodo se aplica el proceso de las *legis actiones*: un proceso privado sacramental, formalista, exclusivo para ciudadanos romanos y donde se responde por actos de terceros.

### b. Derecho Relativo.

A medida que Roma evoluciona, el derecho comienza a desacralizarse y a ser accesible a los peregrinos<sup>19</sup>. Durante el periodo clásico y postclásico de Roma, se pasó del procedimiento de las *legis actiones* al proceso *formulario* y *extraordinario*. Como consecuencia de ello, nace la magistratura pública y para el 326 A.C se prohíbe la venta del individuo para satisfacer una deuda pendiente: se responde con los bienes y no con la persona<sup>20</sup>. Además, se permitió al deudor ser su propio garante para comparecer al juicio, figura que se conoció como la *sponsio pro se*<sup>21</sup>. Así, en el derecho relativo nace la noción de *patrimonio* como conjunto de bienes estimables en dinero de una persona *-bona-*<sup>22</sup>, la responsabilidad es individual y se castiga la violencia en contra del deudor<sup>23</sup>.

Este recuento histórico es importante, puesto que, el arbitraje privado<sup>24</sup> solo pudo consolidarse a medida que se desacralizaba el derecho y nacían las figuras de la *sponsio* (fianza) y *stipulatio* (contrato verbal

pena del talión, a no ser que pactasen otra cosa el ofensor y ofendido” (Quisbert 2006).

18 En el derecho arcaico la tabla III de las XII tablas (450<sup>a</sup>.c) establece el procedimiento de la *manus injectio*. Cuando el *confessus* o el *indefensus* no pagaba en los 30 días siguientes a su confesión o sentencia era encadenado- *obligatus* o *addictus*- por el acreedor y este lo exhibía en tres *nundinos* -aproximadamente 60 días- para que algún familiar pagara la deuda (Quisbert 2006, 8). En caso de superar este límite de tiempo, el deudor era vendido *trans tiberim* o descuartizado en caso de pluralidad de acreedores. Además, el deudor podía celebrar el *nexum*; ceder su propio cuerpo a su acreedor en calidad servil hasta la satisfacción de una obligación (Reyes López y Buigues Oliver 1996, 1456-1463). A su vez, las nociones de *praedes* y *vades* son conceptos de derecho absoluto; la persona responde físicamente por actos de terceros. Por un lado, el *vas* garantizaba la asistencia a juicio de una persona en el procedimiento de las *legis actiones*. Por otra parte, el *praedes* era quien garantizaba la entrega material de la cosa en la *actio in sacramentum in rem* y se exponía personalmente en caso de no restitución (1996, 1456-1463). Todo ello obedece a un periodo en donde se responde físicamente por las obligaciones, se permite la venganza privada, hay una conexidad entre derecho y religión y la responsabilidad aún no es individual.

19 Extranjeros. Pueblos integrados por la conquista a territorio romano

20 Leopold Wenger (1954, pg.19-21), en *Actio Iudicati*, manifiesta como efectivamente la *manus iniectio* fue remplazada por la *actio iudicati* para exigir el cobro de una obligación.

21 La promesa propia de pagar la obligación es suficiente garantía. Se responde de forma individual por sus actos.

22 El patrimonio es un conjunto de bienes propios de una persona o de una institución, susceptibles de estimación económica. La noción de Patrimonio nace cuando se pasa de una familia arcaica romana donde la tierra es colectiva a una noción económica de los bienes y propiedad privada. Es el paso hacia la noción de *bona*- antiguamente conjunto de bienes (Correa 2015, pg.287).

23 A medida que Roma evolucionó, el derecho comenzó a desacralizarse. Se pasó del procedimiento de las *legis actiones* al *proceso formulario* y *extraordinario*. Las antiguas nociones del *praedes*, *vades*, *nexum*, *vindex* fueron desapareciendo para dar lugar a la *sponsio*. Para el 326 A.C se prohíbe el *nexum* con la *Lex Poetelia Papira*; se comienza a responder con el patrimonio y no con la persona. De igual forma, la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* “aceptó que un condenado pudiese ser garantizado por un fiador” (Correa 2015, 154). Posteriormente, el *sponsor* pudo librarse de la *manus injectio* si pagaba una suma de dinero convenida. En este proceso *per iudicis arbitrive postulationem* se solicitaba al magistrado que nombrara juez o árbitro para que determinara el monto que debía pagar. Para terminar, hacia el 200 A.C la *Lex Valia* permitió al deudor ser su propio garante para comparecer al juicio, esta figura fue el origen de la *sponsio pro se* (2015, 156). Finalmente, la *legis actio per condicionem* permitió la exigencia de la obligación en sentido abstracto. Así, en el derecho relativo la persona es responsable por sus propios actos, responde con sus bienes y se castiga la violencia en contra del deudor. Ver también Hinestrosa, 2003. “Del nexum a la sponsio”. *Tratado de las Obligaciones I*. Pg.60-63

24 Entiéndase como mecanismo paralelo al poder público emperador por el cual se autoriza a terceros para que nombren a voluntad un tercero para solucionar su controversia. La decisión es de obligatorio cumplimiento en virtud del *compromissum*.

de promesa) propias del derecho relativo<sup>25</sup>. Estas figuras permitieron una mayor amplitud del derecho y flexibilización de este. Se adelanta que en Roma el arbitraje se garantizaba a través de *stipulatio penalis* recíprocas entre las partes<sup>26</sup>. En consecuencia, solo cuando se pasó a una justicia en cabeza de un magistrado público se institucionalizó el arbitraje. Por lo anterior, este trabajo se concentra en estudiar la época clásica del derecho romano.

## **El arbitraje como producto de la expansión comercial y geográfica en la época clásica del derecho romano.**

Al adentrarnos en el estudio histórico de la institución del arbitraje, el lector deberá comprender, como ya se ha resumido hasta el momento, que dicha institución tiene orígenes intrínsecos en la forma de como el individuo comienza a ver el mundo jurídico a través de una evolución paulatina de la forma de resolver el conflicto. Por lo anterior, entender el arbitraje es entender la historia misma del hombre, de sus relaciones personales y comerciales con la comunidad.

### **a. Como bien se sabe, Roma no se construyó en un día. Según el reconocido historiador Edward Gibbon, el Imperio Romano:**

*“media más de 3.200 Kilómetros de anchura desde el muro de Antonino y los límites septentrionales de Dacia hasta el Atlas y el trópico de Cáncer; que, a lo largo, media más de 4800 kilómetros desde el Océano Occidental al Éufrates (...) y que ocupaba en total más de cuatro millones de kilómetros cuadrados (...)”* (Gibbon 2003, 53).

Ahora bien, este resumen de lo que llegó a ser la amplitud del Imperio Romano para los siglos I y II D.C contrasta con la extensión de Roma descrita por Tito Livio (2011) en su libro *Ab Urbe Condita* para el 753 A.C; donde, Roma solo era un pequeño asentamiento a orillas del río Tíber, una civilización cargada de leyendas, mitos y supersticiones (4-6).

Por ello, se debe entender que la historia de Roma abarcó más de 1200 años de evolución. Una evolución que le permitió al mundo deslumbrarse, tal vez, con el imperio y sociedad más desarrollada y poderosa del mundo antiguo; que agrupó un sin número de pueblos y culturas, aprendió de ellas y adoptó soluciones jurídicas de resolución de conflictos entre los distintos habitantes del imperio. Por ello, a medida que Roma crecía, el tráfico mercantil se multiplicaba y las relaciones con los diferentes pueblos del mediterráneo aumentaban (Gibbon 2003, 43). En paralelo, se pasó de ser un pueblo primi-

---

25 Cuando se pasa del *nexum*, *preades*, *vades* a la *sponsio* se dan los elementos necesarios para crear las bases contractualistas aún presentes en nuestro ordenamiento. Así, la *stipulatio* nació de esa evolución del paso del derecho absoluto al relativo y se consolidó como el comodín contractual que permitía celebrar cualquier tipo de contrato atípico mediante esta figura. La *stipulatio*, en un inicio solemne y exclusiva para ciudadanos romanos, luego fue accesible a los peregrinos visto que se permitió realizar dicho contrato en otras lenguas- griego. Hinestrosa, 2003. “Del *nexum* a la *sponsio*”. *Tratado de las Obligaciones I*. Pg.60 y s.s.

26 Ver Zappalá 2010, pg. 202 y Digesto 4.8.23.2-27.2

tivo a una organización social que cada vez más monopolizaba la justicia; la autotutela se reemplazó por un sistema hetero compositivo y la violencia a mano propia fue prohibida<sup>27</sup>.

**b. En este contexto, en el transcurso del paso de una horda bárbara a una civilización organizada, aparece el origen de la composición de conflictos por los particulares. Cuando se pasó de ser una pequeña ciudad a orillas del Tíber a una República que se extendía a lo largo de toda la cuenca mediterránea, hasta conformar un imperio, nació el arbitraje como producto de las relaciones mercantiles con los pueblos extranjeros y de la necesidad de romanizar -apaciguar- a los pueblos conquistados<sup>28</sup>.** En consecuencia, se sostiene que los hechos históricos y geográficos influenciaron la conformación del arbitraje y los orígenes de las formas de composición de conflictos entre particulares. En virtud de lo anterior, se defiende que antes de que surgiera un medio institucionalizado público de impartir justicia<sup>29</sup> existieron formas privadas de resolución de conflictos que luego fueron cada vez más institucionalizadas por el poder público imperial. El surgimiento del arbitraje fue producto de la ampliación de las relaciones mercantiles e integración de nuevas culturas al ordenamiento romano a medida que el poder público-emperador se iba ampliando<sup>30</sup>. Pero, ¿Cómo, por qué y para qué? ¿Cómo medio de aceptar autonomías, sin poner en riesgo la “soberanía” del imperio? ¿Por qué hubo una costumbre mercantil consentida y protegida y al unísono un prínceps<sup>31</sup> que buscaba controlar cada aspecto de la vida del individuo?

Por lo tanto, se proponen las siguientes preguntas de investigación: i) ¿Cuáles son los orígenes de la institución romana del arbitraje? ii) ¿Qué aportes hace el derecho romano en los MASC en el derecho contemporáneo colombiano? Para el desarrollo del siguiente trabajo, i) primero, se estudiará la definición del conflicto en las relaciones humanas, después, ii) se establecerá cuáles fueron los instrumentos adoptados por Roma para la solución de los conflictos desde el derecho, para luego, iii) establecer cuáles son los mecanismos alternativos de solución de conflictos en manos de particulares que conocieron los romanos. Todo esto para culminar con iv) un análisis de las diferentes figuras de arbitraje que existieron en esta civilización antigua durante el periodo clásico de Roma, v) rastrear la

27 Augusto mediante la *Lex iulia de vis publica et privata* impide que el acreedor utilice la fuerza para hacer comparecer al deudor a juicio. (Correa 2015, 125)

28 Incluso, algunas culturas actuales son el ejemplo viviente del legado de Roma producto de su expansión territorial y comercial: “actualmente, los Bereberes o *Amazigh*, 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 mercado, cuya competencia, similar a la potestad de la magistratura del *aedile curule* de la Roma republicana, se concentraba en la resolución de conflictos entre comerciantes, y entre éstos y los extranjeros” (Zappalá 2010).

29 Entiéndase Justicia ya como mecanismo jurídico en servicio de la comunidad. Los griegos se aproximaron a la noción de justicia desde un punto filosófico- *daykon*- lo justo mediante una regla socialmente convenida, los romanos transformaron este concepto en un valor concreto *ius*- elemento explícito en la norma- que solo puede ser decretada por un funcionario público o facultados para ello. (Correa 2015, 64)

30 Ver Zappalá (2010, pág.201). Universalismo Histórico del Arbitraje.

31 En Roma la palabra *imperator* no significaba emperador. *Imperator* era el cargo máximo otorgado en la cadena de mando militar- general supremo. Esto se explica porque en la república ser *imperator* era equivalente a ser magistrado portador de *imperium*. Ahora bien, el emperador, al tener *imperium militae*- poder absoluto para comandar las legiones del imperio- también era *imperator*. No obstante, en Roma el emperador se denominaba bajo la palabra *princeps* y sus sucesores bajo la palabra *cesar*- en honor a Julio Cesar. Por consiguiente, cuando en el texto se utiliza la palabra *princeps* se está haciendo referencia al emperador.



aparición del arbitraje en las codificaciones del siglo XIX y XX y vi) finalmente evidenciar similitudes de la institución del arbitraje romano y el arbitraje moderno colombiano.

## 2. Marco teórico: El conflicto, una reflexión desde la ciencia política y la sociología.

En efecto, para entender el origen de la autocomposición entre particulares y el surgimiento del arbitraje es necesario hacer una aproximación a la noción de conflicto desde la perspectiva de las relaciones humanas.

- i) Para comenzar, es de recordar que los estudios de la sociología y la ciencia política han estudiado a profundidad la noción de *conflicto*. Por ejemplo, German Silva García (2019, pg.89) manifiesta que existen varias formas de entender *el conflicto*. En esta medida, desde la aproximación de la corriente liberal<sup>32</sup> “*el conflicto es algo normal e inherente a la vida en sociedad*” Por ello, la teoría liberal recuerda el precepto filosófico de Heráclito, filósofo griego pre socrático y fundador del pensamiento estoico, que propone la idea: “*todo se mueve y nada permanece, y, comparando las cosas con la corriente de un río, (...) en el mismo río no nos bañamos dos veces*”, por lo cual de allí se ha interpretado que “*todas las cosas se hallan en perpetuo flujo y cambio; ninguna parte del universo se podrá encontrar en reposo eterno, la estabilidad inmutable. Y no sólo hay en él perpetuo cambio sino también perpetuo conflicto*” (Paris 2013, 5).
- ii) De forma adicional, la corriente liberal se ha apoyado en la idea de Aristóteles que explica la existencia del ser humano en función del choque constante e inherente de las relaciones humanas. Es por esto por lo que Aristóteles manifiesta que los seres humanos siempre buscan la manera de resolver el *conflicto*, como en las relaciones *inter-amicos*:

*“es evidente que la amistad se concibe básicamente sobre el principio do ut des<sup>33</sup>, por lo que se plantean como muy importantes problemas como «quién mide, y de qué manera, la devolución de una prestación»; o bien, «a quién hay que devolver primero la prestación en caso de conflicto» (2005, 30).*

Por ende, según la visión de Aristóteles, recogida por las corrientes liberales de la teoría del *conflicto*, se puede concluir que la interacción de los seres humanos está enmarcada dentro de una constante oposición de opiniones, intereses o ideologías que solo pueden ser atemperadas mediante comunicación, concordia, regulación y cooperación.

---

32 Una de las corrientes que se opone a la corriente liberal es la teoría Marxista que argumenta que a lo largo de la historia lo que ha existido son luchas de clases. En esta medida, siempre se encontrará una sociedad segmentada y en conflicto cuando existe la contradicción antagónica entre trabajo y capital. No obstante, aunque el marxismo propone la existencia del conflicto a través de una oposición de clases, al final su teoría se reduce al igual que la corriente liberal a un tema económico de quien posee los recursos. Por otra parte, la teoría funcionalista del conflicto se opone tanto a la corriente liberal como la marxista al considerar que no existen problemas antagónicos no reconciliables.

33 Traducción por el autor: Doy para que des.

En este mismo sentido García expone:

*“la sociedad es definida como una acumulación de grupos contrarios y dinámicos en permanente reconstitución que pretenden realizar sus intereses o ideologías, de los cuales se desprenden relaciones de cooperación y/o conflicto, que generan un cierto orden social y también, alguna clase de desorden” (2019, 90).*

Para Hegel el derecho se convierte en una herramienta del Estado para mitigar ese *conflicto* y mantener un status quo: *“la filosofía del derecho[...] tiene una existencia que afecta a lo público y [...] se desarrolla [...] al servicio del Estado”*<sup>34</sup>. Sin embargo, el mismo Hegel consideró que esta connotación del derecho al servicio del Estado no es exactamente como lo conocieron los romanos o griegos, puesto que estos se aproximaron al derecho desde un punto de vista individualista, visto que la figura de Estado no existía para aquel entonces. No obstante, es evidente cómo las ideas de derecho, ley y solución de conflictos, sí podemos encontrarlas en los pueblos antiguos, cuyos pensamientos filosóficos y jurídicos permearon nuestros ordenamientos actuales. Por ejemplo, las XII Tablas fueron una herramienta jurídica con el fin de mitigar el descontento de los plebeyos y mantener el orden social que data del 450 A.C<sup>35</sup>. O recordemos la famosa frase citada por Modestino *“Roma communis nostra patria est”*<sup>36</sup> que demuestra que la noción de soberanía sí pudieron concebirla los romanos (Modestino s.f., D. 50.1.33).

- III) Ahora bien, al hacer una comparación de la teoría del conflicto a través de la experiencia jurídico-romana, se puede evidenciar que hay un paso paulatino de una resolución de controversias a través de la autotutela (la violencia), ante la ausencia del derecho, hacia una justicia hetero compositiva cada vez más monopolizada por el emperador. En Roma el conflicto comenzará a ser tratado mediante la figura del *proceso*. El *proceso* se define como un mecanismo reglado y sistemático<sup>37</sup> que busca terminar con una controversia. En Roma existieron 3 tipos de procesos<sup>38</sup> que abordaron de manera distinta los conflictos entre los miembros de la comunidad. No obstante, la figura de proceso se consolida a medida que el poder público imperial comienza a tener mayor participación en la resolución de los conflictos de los ciudadanos romanos.
- IV) Se reitera lo dicho por Álvarez Correa: *“en el derecho primitivo, el individuo hacia justicia por sí mismo, (...) en las sociedades sofisticadas surgió la práctica de solicitarle a un tercero que resolviera el conflicto entre*

34 Hegel 1968, 30.

35 Correa 2015, 24

36 Roma es la patria común. Allí donde está el emperador está Roma. Este concepto explicado por Modestino permite entender que la soberanía sí la concibieron los romanos bajo la figura de un único emperador, una única fuente de coerción.

37 La Ley de las XII tablas conlleva la aparición del proceso en Roma y el *ius scriptum*. Wlassak atribuye el origen del proceso civil en roma a la recepción del arbitraje privado por parte del Estado, mientras Ihering plantea que el proceso nace de la defensa privada. Ver: Silva (1994) Derecho Romano. En torno al *ordo iudiciorum privatorum*. Pág. 479.

38 i) El proceso de las *legis actiones*- un proceso sacramental, en cabeza del pontífice y donde se permite la *vis* o violencia privada, ii) el *proceso formulario*, se desacraliza el derecho, nace la figura del pretor como moderador del litigio, se limita la violencia privada y iii) el proceso *cognitio extraordinem* en donde se monopoliza totalmente la justicia en cabeza del emperador, accesible a todos los habitantes del imperio y los funcionarios son especializados en derecho (Correa 2015, 126).

*adversarios, como juez o árbitro*” (2015.123-124). Del mismo modo, a partir de la costumbre la decisión del tercero se volvió obligatoria y surgió el concepto de *tribunal y sententia*. Con el tribunal surge el concepto de *procedere*, manera de proceder ante el conflicto, y la decisión *-sententia-* se torna de obligatorio cumplimiento para los involucrados<sup>39</sup>. Esta obligatoriedad creada en un inicio por la práctica jurídica será reconocida de forma posterior por el poder público cuando este se expande.

Por ejemplo, cuando se pasa del proceso de las *legis acciones* al *proceso formulario* (150 A.C) hay cada vez una mayor participación del Estado<sup>40</sup> en el aparato judicial. Además, la *Lex Iulia de vis publica et privata*, durante el reino de Augusto, prohibió el uso de la *vis - violencia-* privada. Como resultado de esto, solo quien tenía *imperium*<sup>41</sup> podía ejercer la fuerza - derecho a coerción por uso de las armas -.

- v) Para acabar, en el periodo del Dominado<sup>42</sup>, como indica Riccobono, se eliminan viejos procedimientos para dar paso a un monopolio judicial calificado en cabeza de funcionarios imperiales en el siglo IV D.C:

“(…) según lo definido por Diocleciano (286 D.C.) y por Constantino el Grande (...) se provocaron los siguientes cambios: 1. La abolición del sistema clásico de procedimiento (*ordo iudiciorum privatorum*), que fue reemplazado por la *cognitio extraordinaria*, un poder judicial estatal calificado” (2021, 502-503).

Por lo tanto, los pueblos de la antigüedad comenzaron a abordar las disputas, primero desde un ámbito privado, para luego moderar cada vez más esta interacción de particulares en la resolución de controversias, y culminar con una regulación total por parte del poder público-emperador. De allí se puede concluir que las formas de resolución de conflictos en manos de particulares fueron los primeros métodos utilizados por los hombres para solucionar sus disputas, los cuales fueron poco a poco regularizados por el derecho en pro del bienestar colectivo y convivencia social<sup>43</sup>.

A pesar de lo anterior, habrá momentos en el presente trabajo en donde se cuestione esta última afirmación. El lector deberá decidir si el arbitraje se institucionaliza para regular los conflictos en pro de la comunidad, o para permitir que el poder público controle cada aspecto de la vida de las personas. La respuesta parece encontrarse en el medio: a un Estado no le interesa dejar demasiada libertad a los individuos para decidir sobre sus disputas, pero, en caso de inmiscuirse demasiado en la vida del individuo el arbitraje desaparece. Así, se da paso a una justicia totalmente controlada por el *príncipe*,

39 *Arbitrium* en latín nace del género *sententia*. La *sententia* tiene dos dimensiones: *arbitrium* o *iudicium*. En esta medida, como ya se explicó al inicio de este texto, *arbitrium* en latín significa libre albedrío, por ende, si hablamos de *arbitrium* se habla de equidad, mientras que cuando se habla de *iudicium* se habla de lo que es correcto o incorrecto (Garavito 2013, 2).

40 Entiéndase Estado como poder público imperial en este texto. Para llegar a la noción de Estado moderno se tendrá que pasar por el contractualismo, noción de bien público, la paz de Westfalia, las ideas de la revolución francesa, entre otros periodos y nociones muy posteriores. Para la época romana la concepción de Estado no existe, pero si está presente el elemento de soberanía en virtud del poder público imperial.

41 Solo ciertos magistrados poseían *imperium*- derecho del uso de las armas. El pretor tenía *imperium* para dirigir legionarios en Roma en virtud de la *iurisdictio*. Correa (2019, pg.10).

42 Cuando se habla del Dominado se refiere a la época del bajo imperio o periodo postclásico del derecho romano -286 d.c en adelante-.

43 Ver Zumpano y Donati 2014, 3

donde la autonomía privada no tiene lugar.

### 3. El arbitraje en la historia del derecho romano.

Vista una aproximación teórica de lo que es el conflicto y cómo el derecho interactúa con la sociedad, se pasa a determinar cuáles fueron las distintas formas de abordar *el conflicto* en Roma; para así evidenciar el origen de la composición de conflictos entre particulares, en especial el arbitraje. Por ello se debe comprender que Roma pasó de ser un pequeño asentamiento a orillas del Tíber, un pueblo primitivo tribal que realizaba sacrificios humanos y pregonaba la Ley del ojo por ojo, a un sistema que poco a poco repudió la violencia, el incesto y otras conductas de los pueblos primitivos “reprochables”. Roma a medida que evolucionaba expandía su territorio y de una pequeña monarquía surgió una república que dominó el mediterráneo, hasta luego llegar a ser una super potencia que ocupó ¼ del globo terráqueo y convertirse en el imperio mas grande y duradero de la historia de la humanidad. Por consiguiente, desprender la historia de Roma de la historia del arbitraje sería tratar de explicar que la tierra gira alrededor del Sol sin haber conocido a Copérnico. Por lo mismo, hay que entender que el derecho no es otra cosa que un mecanismo de dominación y por ello se debe analizar si este artículo trata sobre el arbitraje en la historia o de la historia misma del arbitraje.

#### I) La monarquía.

A) Como explica Peter Stein (1999, 3):

*“Rome was a small community on the left bank of the river Tiber (...). Its people believed that they were descended from refugees from the city of Troy after its sack by the Greeks. Their law was a set of unwritten customs, passed on orally from one generation to the next, which were regarded as part of their folk heritage as Romans. These laws were applicable only to those who could claim to be Roman citizens (ius civile, law for cives, citizens)”<sup>44</sup>.*

En consecuencia, durante este periodo Roma se encuentra en su etapa más primitiva; el derecho y religión se confunden y básicamente no existe derecho escrito. La única fuente del derecho era la costumbre- *mores maiorum*<sup>45</sup>. Además, como en todos los pueblos primitivos, la personalidad del derecho prevalecía; es decir, que el derecho no era aplicable en función de donde se originó la disputa (principio de territorialidad), sino por la proveniencia del individuo: solo la comunidad donde se nace es competente para juzgar<sup>46</sup>. No obstante, aunque no existía derecho como tal, según lo expuesto

44 Traducción por el autor: Roma era una pequeña comunidad situada en el lado izquierdo del río Tíber. Este pueblo creía ser descendiente de los sobrevivientes de Troya después de que está fuese saqueada por los griegos. Sus leyes eran un acoplo de costumbres no escritas, conservadas por la oralidad de generación en generación, lo cual constituía la herencia folclórica de lo que significaba ser romano. Dichas leyes eran solo aplicables a los ciudadanos romanos (*ius civile*, para ciudadanos).

45 Esto puesto que para algunos “las leyes regias no eran leyes sino declaraciones confirmatorias de la antigua costumbre que el pueblo reconocía como tal” (Correa 2015, 18).

46 Friederick Karl Von Savigny, romanista y miembro de la corriente historicista del derecho, planteó que el derecho exigía tomar

por Zumpano & Donati: “(...) los procedimientos informales de resolución de controversias fueron largamente utilizadas en el curso de la historia por parte de las más variadas culturas<sup>47</sup>”.

- B) Por ejemplo, es de resaltar la institución del *consilium* o *iudicium domesticum*<sup>48</sup>; institución que para algunos constituía un verdadero tribunal familiar, el cual permitía al *pater familias*<sup>49</sup>, junto a un órgano colegiado allegado a la familia, decidir sobre determinados asuntos familiares de suma importancia sustrayéndolos del conocimiento público y con fuerza vinculante. Aún cuando la discusión en la materia no es pacífica, según Bonfante:

“(...) gli esempi della storia manifestano che esso (*consilium domesticum*) viene in campo non per mancamenti dell'ordine domestico, ma per veri delitti contro la patria, contro la familia, contro le persone e i beni; deliti che più tardi concorre l'azione dello stato con quella del *pater familias*” (1925, 74)<sup>50</sup>.

En esta medida, si la posición de Bonfante fuese cierta no cabría duda de la existencia de una figura parecida al arbitraje que data desde la monarquía. Sin embargo, esta hipótesis es altamente debatida por autores como Volterra que argumentan que:

“ (...) la verità è che nel campo della famiglia romana è erroneo parlare di giurisdizione del *paterfamilias*. (...) essa non consiste nè in un'attuazione della legge, nè in un rendere giustizia nel caso concreto, nè si esprime in un atto processuale<sup>51</sup>” (Vallejo Pérez 2018, 82).

- C) Ahora bien, no importa qué postura se tome, se evidencia que, en la Monarquía Roma es todavía un pueblo primitivo donde el poder público es tenue y débil, por lo cual la resolución de controversias mediante la venganza privada y la autocomposición de las partes prevalece en el ámbito privado. Por lo anterior, existiese o no tribunal familiar -forma de arbitraje primitivo- con el *iudicium domesticum*, lo cierto es que resulta innegable la presencia desde la Monarquía de figuras de resolución de conflictos en cuenta situaciones de hecho que remiten a un lugar en el espacio donde la relación jurídica es creada, concretada o produce sus efectos. Así, la escogencia del derecho implica para este autor, ante todo, la escogencia del lugar. Para Savigny, en Roma con la aparición del *derecho de gentes* y el *ius honorario* aparece este principio de territorialidad, puesto que al individuo no romano le es aplicable el *derecho de gentes*, *ius commune* dentro de los *limes* romanos. En este sentido, cuando Roma se expande se crea un doble estatus que desdibuja la personalidad del derecho: el individuo es tracio, pero a su vez es súbdito de Roma (Junker 2017, 97).  
47 Zumpano y Donati 2014, 3-4. Traducción del italiano por este autor.

48 Tribunal o consejo domestico en cabeza del *pater familias* que buscaba solucionar conflictos que se originaran al interior de la *domus* -casa-. Los Romanos identificaron una división entre el carácter público y privado de las personas. (Vallejo Pérez 2018, 81).

49 *Pater familias*- surge etimológicamente de la palabra *caput* en latín que significaba literalmente cabeza y familias que se refería a la familia propiamente dicha. De allí una traducción literal de esta palabra sería cabeza de familia. En Roma el *pater familias* era el dueño de la *domus*-casa y sus integrantes- y de los bienes que la componían. El *pater familias* debía ser hombre, ciudadano romano y para gozar de plena capacidad-debía tener más de 25 años.

50 Traducción por el autor: Los ejemplos de la historia manifiestan que el *consilium domesticum* no aparece por vulneración al orden doméstico, sino por verdaderos delitos contra la patria, la familia, los bienes y donde luego concurre la acción pública del estado con la del *pater familias*.

51 Traducción por el autor: La verdad es que en el campo de la familia romana es erróneo hablar de una jurisdicción del *pater familias*, esta no consistía en una actuación de la ley o en rendir justicia en el caso concreto, ni tampoco expresaba un acto procesal ()

en manos de particulares; en donde, como mínimo se encontraba la figura del amigable componedor a causa de esta preponderancia de solución privada de controversias.

- D) Tal vez, es importante aclarar que el *iudicium domesticum* no podía constituir un verdadero tribunal porque faltaba el elemento de la *iurisdictio*. Mientras la *iurisdictio* es la capacidad otorgada de acuerdo al *imperium* -coerción- de decir el derecho, dicho de otro modo, la capacidad de otorgar acciones y medidas procesales por un funcionario competente (Correa 2015, pg.10)- el Rey como Pontífice Máximo en la Monarquía, por ejemplo- ; el *pater familias* no tenía ese elemento jurisdiccional, por lo que el *consilium domesticum* solo podía ser interpretado como un acto voluntario permitido dentro de la esfera privada de las partes para llevar un conflicto a *termine*.

## II) La república

Llegado a este punto el lector debe entender que de una monarquía primitiva romana surgió luego una república que ocupó toda la cuenca mediterránea. Los romanos tuvieron que decidir si rechazar o integrar al extranjero al sistema político y jurídico romano a la medida que roma se ampliaba. Por ende, en una ampliación constante del territorio y del comercio Roma adoptó por la integración del individuo a un proyecto político y económico común, dio autonomía a los individuos y allí el arbitraje encontró su función: integrar al extranjero al comercio y permitir autonomía con el fin de “romanizar” al individuo, hacerlo parte del sistema.

- A) Al pasar de la Monarquía a la República – siglo VI A.C - vemos cómo aparecen nuevas fuentes del derecho<sup>52</sup> en el seno de la organización político-social romana. En este sentido, el *ius scriptum* – la ley- aparece como fuente de derecho desde la promulgación de la Ley de las XII Tablas. El derecho comienza una gradual desacralización, nacen los jurisconsultos<sup>53</sup> y se crean nuevas magistraturas que son fuente de derecho<sup>54</sup>. Además, el derecho pasa a ser interpretado progresivamente por juristas laicos y accesible a los plebeyos<sup>55</sup>.
- B) Del mismo modo, aún si la resolución privada de las controversias sigue siendo la regla general, el derecho comienza a institucionalizar la autotutela. En particular, Peter Stein manifiesta:

52 Según Gayo: “*Lex ex quad populus iubet atque constituit*”-lo que el pueblo prescribe y establece (Correa, 2015 pg. 6). Así mismo, nace la figura del magistrado judicial a medida que el cónsul delega sus funciones a otros funcionarios: el pretor nace en el 242D.C. Estas nuevas fuentes del derecho se basan en lo que denomina Kunkel (1972) como los cuatro fundamentos del derecho romano: *el imperium, la auctoritas, la potestas y la maiestas*. Además de lo anterior, con el nacimiento de la ley como fuente de derecho comienza a surgir la división de las fuentes de las obligaciones. Gayo distingue dos “causas” en el Alto Imperio: el contrato y el delito (Gayo III,88), mientras que luego en el siglo III D.C Modestino llega a la teoría tripartita de la división de las obligaciones agregando la Lex y el *ius honoraria* (D.44.7.25). Solo con Justiniano se llegará a la división que se asemeja a la que se tiene hoy en día (Correa.2015 Pg30).

53 Stein,1999. Pg.13: “*From the second half of the third century B.C we hear of a class of legal experts, jurists, who had no formal role to play in the administration of justice but who were prepared to explain the law to the main players in the legal drama*”

54 El edicto del magistrado. El más importante el edicto del pretor (Correa 2015, 28)

55 En el año 304ª c el *ius flavianus* permitió la publicación las fórmulas de las *legis actiones* y en el año 252 A.C. *Tiberius Coruncanus*, primer pontífice plebeyo, comenzó a realizar consultas en público; por lo que todo ciudadano pudo eventualmente conocer el derecho (Correa 2015, 27).

*“In certain cases self-help was tolerate (...). The Twelve Tables show, however, a determination to institutionalize such cases and keep them within strict limits. When a dispute arose that the parties were unable to settle for themselves, they had normally to appear before a magistrate” (1999, 4)<sup>56</sup>.*

A su vez, este autor determina que:

*“As Rome expanded, a special magistrate, called the praetor, also elected annually, was established in 367B.C, to deal exclusively with the administration of justice”<sup>57</sup> (Stein 1999, 8).*

Verbigracia, a medida que Roma se iba expandiendo, se ampliaron las fuentes jurídicas, se empezó a distinguir el derecho de la religión y se comenzó a regular la autotutela para dar paso a las primeras nociones de magistrado- justicia hetero compositiva. El poder público iba ganando terreno.

- C) Entre otras cosas, Roma durante este periodo no solo amplió la aplicabilidad del derecho a los ciudadanos romanos. Cada vez que se anexaba un nuevo territorio a la República miles de peregrinos se incorporaban a Roma. Stein, explica este hecho así:

*“After the Roman victory over the Carthaginians in the Punic Wars of the third century, Roman rule extended over the whole of the western Mediterranean and the number of non-citizens, or peregrines, in daily contact with Romans increased to such an extent that they had to be brought expressly within the ambit of the law. In 242B.C a second praetor was introduced specially to deal with cases in which one or both parties was a peregrine and the two praetors were henceforth distinguished as urban and peregrine”(1999)<sup>58</sup>.*

- D) En este contexto nace la necesidad de un derecho más flexible e integrador, lo cual explica la aparición del *ius gentium* y el *derecho honorario*<sup>59</sup>. Así, tenemos un gran número de personas y ordenamientos jurídicos que pasan a ser dominados a través de las armas<sup>60</sup>. En consecuencia, las relaciones mercantiles se

56 Traducción y contextualización por el autor: En ciertos casos la autocomposición de los conflictos era autorizada (...). Las XII tablas muestran, sin embargo, una determinación de institucionalizar estos casos mantenerlos bajo ciertos límites estrictos. Cuando una disputa nacida entre las partes no era susceptible de ser resuelta entre las mismas, estas tenían que comparecer ante el magistrado.

57 Traducción del autor: En función de que Roma se expandía, un magistrado especial, llamado *praetor*, también elegido anualmente, fue establecido en el 367<sup>a</sup>.C para lidiar exclusivamente con la administración de justicia

58 Traducción por el autor: Después de la victoria de Roma sobre Cartago en las guerras púnicas, el gobierno romano se extendió sobre todo el mediterráneo occidental y los no ciudadanos, peregrinos, en constante contacto con los romanos se incrementaron tanto que tuvieron que ser tenidos en cuenta por el derecho. En el 242 A.C un segundo pretor fue introducido para lidiar con los casos en donde una o ambas personas eran peregrinas y los dos pretores, por consiguiente, se distinguieron como urbano y peregrino.

59 *Ius gentium: communis ratio*, razón común de todos los pueblos civilizados. Aplicable a todos los seres humanos. *Ius Honorario*: por edicto del pretor, en función de su imperio podía interponer acciones útiles con el fin de evitar el formalismo del *ius civile* -exclusivo para *cives* romanos-. (Correa 2015, 62-64)

60 Se adelanta que Mommsen T., (1942, pag. 397)consideraba que los romanos no reconocían derecho que no fuese el suyo. Esto se explica en un pie de página posterior. Para este autor, el derecho romano solo consideró un *ius comune* desde un punto de vista del derecho natural-*ius naturalis*-. Ahora bien, Cicerón, en *De off.* 3, 5, 23; *Tusc.* 1, 13, 30, establece que existe un derecho común a todos los individuos racionales a través de una herencia griega de la *humanitas*. Rudolf von Ihering admite que tanto en Grecia

multiplican y se debe interactuar con estas poblaciones extranjeras que son culturalmente diferentes, piensan diferente y poseen normas autónomas. Por lo tanto, Roma opta por la inclusión de dichos ordenamientos y da autonomía a los diferentes pueblos conquistados; se podía aplicar a elección del individuo el derecho romano ante el magistrado-*ius civile, ius gentium, ius honorario*<sup>61</sup>-, o de solucionar de manera privada sus controversias con la aplicación de las normas y costumbres locales<sup>62</sup>. Se recuerda lo expuesto por Gibbon con respecto a la tolerancia de otras culturas:

“La política del senado (...), en lo que respecta a la religión, estaba felizmente secundada por las reflexiones de los instruidos y por las costumbres de los supersticiosos, ya que todos ellos eran súbditos. (...) De modo que la tolerancia produjo no solo indulgencia mutua, sino incluso tolerancia religiosa”. (2003, 54-55)

Igualmente, José Felix Chamie Gandur<sup>63</sup> reitera que:

“El proceso de integración de los extranjeros en Roma no fue un proceso de “aculturación”, sino más bien de “transferencia cultural” como consecuencia de una verdadera y propia “cosmopolitización”<sup>64</sup>. Las inscripciones en otras lenguas de la antigua Roma revelan cómo los inmigrantes, que, si

como en Roma existía la creencia de haberse adoptado instituciones de origen extranjero, y da ejemplos de la adopción de instituciones jurídicas extrañas a Roma (1852: 13). Von Ihering, establece a partir de ello que el *ius gentium* había crecido sobre el suelo de Roma. Monateri va más allá y establece que los glosadores alemanes que estudian el derecho antiguo tienen el síndrome de “afecto alemán por Grecia”; olvidan que el derecho romano y griego son un cúmulo de traslados del derecho africano, sirio y egipcio. En otras palabras, Monateri nos propone el otro extremo de la visión crítica de la romanística que establece que Roma no tenía derecho y tampoco el genio romano aceptaba estos ordenamientos por utilidad, sino por necesidad (Cordoba 2007, 14). Sea lo que fuere, lo cierto es que es innegable que Roma al expandirse territorialmente sí tenía que considerar la existencia de otros sistemas jurídicos o fuentes de derecho ¿Quién puede negar al menos la herencia griega por ejemplo en el derecho romano? Se recuerda que Roma se fundó en el 753<sup>a.C</sup> y solo hasta Publio Cornelio Escipión – el africano- sometió a Grecia.

61 Mommsen, en *Droit publique*, (1942.pág. 397-398) en lo que concierne a “*las relaciones (de Roma) con el extranjero*” afirma que el *derecho de gentes* y el *ius honorario* fue producto de la necesidad del derecho público de subyugar a los pueblos conquistados al mismo tiempo que debía tener en cuenta a estos individuos. Por ello, Mommsen critica la idea de comparar a Roma como la precursora del derecho internacional. Este autor afirma que: “*no hubo un derecho internacional*” en Roma porque esta consideraba “*carentes de derecho y fuera de él*” a todos los pueblos fuera del *limes*. En otras palabras, la visión de Mommsen nos hace pensar que Roma solo integró a los peregrinos mediante el *ius honorario e ius gentium* por necesidad y su deseo de controlar cada aspecto de la vida social de las personas a medida que se expandía el territorio romano. Si la visión de Mommsen fuese cierta, no se explica por qué en efecto Roma sí integró soluciones jurídicas de costumbre local de otros pueblos en sus decisiones. No obstante, parece ser que dicha decisión de acogerse al derecho romano o a sus costumbres locales solo era otorgada a peregrinos o la elite local para evitar confrontación con los pueblos conquistados. Se recuerda que cuando Roma conquistaba su política de inclusión aumentaba, ejemplo de esto es las concesiones que dio Roma a los pueblos itálicos luego de la guerra de los socii en el 90 A.C. Además, Claudio reconoció que el declive de Esparta y Atenas se debió a la no inclusión de los pueblos conquistados, lo cual originó una disminución en el censo de ciudadanos, pero Roma no repetiría la historia (Santos 2007, 260). No obstante, Mommsen puede estar en lo cierto en casos excepcionales, se recuerda la política de Catón en Hispania de completo exterminio de las poblaciones hispánicas (Mommsen 1983). Este tema de la inclusión y de la existencia o no de un reconocimiento jurídico del extranjero no nos incumbe en este trabajo, pero abre las puertas a interrogantes interesantes que no son pacíficos.

62 López y Molina 2016, 27

63 Maestro y doctor en sistema jurídico romanístico: Università degli Studi di Roma “*Tor Vergata*”. Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

64 Cosmopolita deriva del griego- *kosmopolite- κόσμου πολιτεία* - ciudadano del cosmos o mundo. Dícese que fue la escuela cínica la primera a adoptar el término de *kosmmopolite*, la cual fue luego desarrollada en la escuela estoica junto con el concepto de *humanitas*: comunidad de todos los seres humanos. Este concepto desarrollado por los estoicos en Grecia y Roma derivará en nuevo cosmopolitismo del proyecto ilustrado plasmado en el universalismo kantiano. Por ejemplo, en los Estados modernos se



*bien conservaban un vínculo fuerte con su patria de origen, en Roma acumulaban más identidad”*  
(2019, 361).

Aquí es de aclarar que la ciudadanía romana cambió a lo largo de la historia. Cuando Roma se convirtió en un “Imperio Mundial” los romanos abandonaron el concepto originario de ciudadanía ligado a vínculos gentilicios y étnicos culturales para convertirla en un concepto político<sup>65</sup>. No obstante, a pesar de lo que muchos piensan por su sesgo admirador hacia Roma, cuando se universaliza la ciudadanía en el 212 D.C, cuando Caracalla la otorga a todos los habitantes del imperio, esta pierde todo su significado para volverse sinónimo de súbdito. En todo caso, la ciudadanía romana no significaba *per se* perder la condición de tracio, hispano, egipcio, por lo cual el concepto de “transferencia cultural” es acertado<sup>66</sup>.

E) De este modo, algunos autores sostienen que, en la República, debido a esta necesidad de interacción comercial con el extranjero, podemos rastrear el origen del arbitraje:

*“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 leyes 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 (...). Con fundamento en el arbitraje privado practicado en Roma entre romanos y extranjeros sin ius acciones<sup>67</sup>, en el cual jugaba un rol esencial la bona fides, el pretor romano modeló el proceso por fórmulas (Zappalá 2010, 201).*

Cabe preguntarse ahora si ¿Realmente el arbitraje obedeció únicamente a la necesidad de un tráfico mercantil y aceptación de la costumbre local entre comerciantes? Hay suficientes argumentos para

---

entiende como *cosmopolitización* el hecho de que existen unos derechos inalienables ejercidos en el espacio público, debe extenderse consecuentemente a todos aquellos que comparten dicho espacio, que, en el límite, coincide con el mundo entero, puesto que tales derechos fundamentales se atribuyen por la mera condición de humanos (Santos 2007, 254). Este concepto fue tal vez desarrollado por los romanos con el *ius gentium* por medio de la creencia de que una comunidad universal de todos los humanos es perfectamente compatible con la existencia de distintas entidades políticas particulares en las cuales llevar a cabo el ejercicio de derechos (Santos 2007, 255).

65 Ver Santos 2007, 259

66 Ihering establece acertadamente que “Roma representa el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades. Un ciudadano romano podía ser por su origen itálico, galo, hispano, germano o africano, pues ser ciudadano romano nada tenía que ver con el origen, la lengua o la confesión religiosa. Ser ciudadano romano en tiempos del final de la República y el Principado era sólo una cuestión política, si bien siempre jugó un papel el grado de aculturación o “romanización” de los sujetos receptores de la concesión de ciudadanía” (Santos 2007, 259-260). Se recuerda la *Lex Iulia* 90D.C que concedió la ciudadanía a todos los Itálicos, *Lex Roscia* durante Julio Cesar otorgó la ciudadanía a los habitantes de la Galia Transpadana. En el 70 D.C Vespasiano otorgó la ciudadanía a toda Hispania y así muchos ejemplos.

67 Al ciudadano romano se le aplicaba el derecho romano, sin embargo, en contiendas entre extranjeros y romanos era posible aplicar costumbres locales ya que el peregrino no tenía *ius acciones*. Como lo demuestra el archivo de *Babatha*, en una contienda entre peregrinos y ciudadanos romanos se aplicaron costumbres locales y solo cuando hubo acuerdo entre las partes, se aplicó derecho romano para asuntos determinados (Hartman 2016).

sostener que el arbitraje fue utilizado por los romanos como un mecanismo de romanización del individuo para que aceptara someterse voluntariamente a Roma. En consecuencia, entretanto el poder público da la idea de libertad, institucionaliza el arbitraje para controlar las esferas privadas de las personas.

- F) Previo a tratar las distintas formas de arbitraje que existieron en Roma, conforme a los módulos siguientes de este ensayo, resulta de interés este recuento histórico puesto que permite dilucidar que la composición entre particulares -en este caso el Arbitraje- antecede a las formas institucionalizadas públicas de impartir justicia. Por ejemplo, el profesor Francesco Zappalá, confirma que:

*“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” (2010, 194).*

Por consiguiente, parece estar zanjado el tema de que los sistemas privados de solución de controversias anteceden al poder público. Ahora, lo importante es entender si la institucionalización de estos mecanismos privados obedece a la voluntad magnánima de un buen príncipe, que quiere ser amado, que quiere evitar la violencia, que le interesa el bienestar de sus súbditos, o de un príncipe que quiere ser simplemente obedecido.

### III) Alto Imperio

Visto todo lo anterior, es de recordarle nuevamente al lector que el arbitraje debe entenderse desde un punto de vista histórico, pues solo allí se encuentra la conclusión de que esta institución ante todo es un mecanismo de dominación utilizado por los romanos para dar la ilusión de autonomía y libertad a los individuos e incentivar el comercio. Por consiguiente, de una república se pasó a un imperio que se preocupó en como establecer una relación entre Roma y las provincias anexadas. Rápidamente Roma se dio cuenta que su verdadero poder no residía en la antigua ciudad, sino en los territorios y poblaciones conquistadas: individuos que debían convertirse en romanos sin perder sus lazos étnicos y culturales originales. En este orden de ideas, el arbitraje jugaba un papel esencial en ese proyecto político de la romanización, es decir, en el ideal de una manera de obrar pensar y vivir romano.

- A) Tras la guerra civil entre Cesar y Pompeyo -a mediados del siglo I A.C- y con la proclamación de Augusto en el 27 D.C como emperador, se pasa a la época clásica del derecho romano bajo el Alto Imperio. En este periodo los jurisconsultos florecen, el derecho es desacralizado, las constituciones imperiales nacen como fuente jurídica y coexisten el poder imperial con las magistraturas republicanas. Como bien explica Álvarez Correa (2015, pg.32): *“En efecto la época del Alto Imperio se identifica con*

el derecho clásico romano. Por ello se entiende el más alto nivel de sofisticación y coherencia desarrollado por el derecho romano”. Del mismo modo, dicho periodo también se caracterizó por un escalonado aumento del poder en cabeza del *princeps*- emperador- y una paulatina desaparición de las instituciones de la república como fuente de derecho. En particular, Gibbon establece que:

“Una república de dioses de intereses y caracteres tan opuestos requería (...) la mano moderadora de un magistrado supremo, el cual, con los avances de los conocimientos y la adulación, iba siendo investido gradualmente con las sublimes perfecciones y poderes de un Padre Eterno y un Monarca Omnipotente” (2003, 55).

- B) Aquí Gibbon se refiere a la aparición<sup>68</sup> de la noción de *Roma communis patria est* (D. 50.1.33) de Modestino (allí donde está el emperador está Roma): “allí donde el emperador estuviera presente, su mando extraordinario sustituía a la jurisdicción ordinaria del gobernador (...) y pronto se descubrió que la autoridad del príncipe, era la misma en todas las zonas del imperio. En esta línea A. Pellizzari argumenta que *Roma communis patria est* significa también que el ciudadano Romano crecía educado en la idea de que la suprema virtud está encaminada por encima de cualquier cosa al engrandecimiento de la patria, del emperador<sup>69</sup>. Primero está Roma, luego el individuo<sup>70</sup>. No obstante, a pesar de que se piense a primera vista en un ideal patriota romano digno de la ilustración y que estremece el corazón, esta frase no es otra cosa que el derecho de estar sometido<sup>71</sup>. Por ello, el derecho entendido como soberanía, como algo superior al individuo, es sinónimo de sumisión de la persona en favor del Estado- en Roma al poder público del emperador. En esta medida, bajo la premisa de *Roma communis patria est* se concibió al menos uno de los elementos del Estado moderno para aquella época: la soberanía -imperio de la ley-. Es decir, el sometimiento de todos los ciudadanos y habitantes del imperio a un *ius comune imperial*.

68 Gibbon se refiere al periodo de los Antoninos, por ende, se está en el siglo III D.C, en un periodo de transición. Aunque sigue vigente el proceso formulario, el emperador monopoliza cada vez más el poder. Esto es lo que dará origen al reconocimiento del proceso *cognitio extraordinario* en todo el imperio.

69 Ver Santos 2007, 264

70 Este retrato de los virtuosos ciudadanos romanos es el que impulsa el patriotismo del primer republicanismo moderno (Maquiavelo) y de la Ilustración (Montesquieu, Diderot, Rousseau) (Santos 2007, 264). Sin embargo, tanto a Montesquieu, como a Rousseau se les olvidó un elemento importante, el patriotismo Romano es sinónimo de poder total, de sumisión de la vida al servicio del *princeps*- el emperador. A los cristianos por ejemplo no se les perseguía porque tuviesen un culto diferente, eso no importaba a los romanos, se les perseguía porque no podían jurar sobre la estatua imperial y ello era contra sistema. Suetonio describe la persecución de cristianos por Nerón justificada por profesar una superstición *nova et maléfica* contra el *princeps* (Suet.Ner. 16, 2; Calderone 1972: 377ss). En palabras resumidas que abrirán debate: ¿Habría que pensar si Roma se parecía más al absolutismo de Louis XIV que pregonaba “l’État c’est moi” que a las ideas revolucionarias de 1789 que tanto admiraba al ideal romano? A pesar de lo anterior, *Roma comunis patria est* si tiene una fuerte relación con lo que se conoció como *humanitas*: un concepto heredado de Grecia que plantea la idea de que Grecia y luego Roma es el centro de la *humanitas*, de la razón que tiene que ser compartida a todos los seres humanos. Esto es que, con independencia de cualesquiera diferencias de estatus y pertenencias políticas entre los individuos, deben ser considerados como miembros integrantes de una sola comunidad ético-política y esa comunidad es Roma. Pero, hay que tomar con cuidado esta idea, pues, la *humanitas* enmarcada en la oración *Roma communis patria est*, es el fundamento ideológico de colonización de quien no comparte esta idea de la *humanitas* romana o griega.

71 Modestino es un autor romano que data del siglo III D.C. Por ende, la palabra derecho en este párrafo es bien utilizada, puesto que, ya han aparecido las nociones- las cuales son diferenciadas plenamente por los romanos en este periodo- de *lex*, *costumbre*, *proceso*, *sentencia*, *ius*, *interpretación*, *jurisconsultos*, entre otros elementos.

Sin embargo, algunos autores sostienen que pesar de la elaboración de un derecho imperial aplicable a todas los habitantes del imperio, el derecho romano convivió y respetó gran parte de las decisiones jurídicas locales. Como lo explica Eduardo Andrades Rivas

*“la Constitutio no significó la abrogación total e inmediata del derecho peregrino preexistente, sino que se produjo por largos años una convivencia oficiosa si no oficial entre el derecho romano universal y los derechos indígenas locales”* (2017, 69).

Esto se explica por el hecho de que en el momento en que se amplía la ciudadanía con la *Constitución Antonina* del 212 D.C a todos los habitantes libres del imperio, salvo los *dedicticios* (vencidos sin el honor de las armas), Roma se convierte en la patria común de todos<sup>72</sup>. No obstante, a pesar de ser ciudadano romano nunca se perdía el origen étnico de la persona<sup>73</sup>. Igualmente, hay que tener en cuenta que Roma, por su amplitud, no podía aplicar un derecho romano homogenizado en todas sus provincias cuando existían mares, cadenas montañosas, culturas diferentes y miles de kilómetros, que separaban los puntos opuestos del imperio. Del mismo modo, no se le podía pedir a un egipcio, que además de ser muy propensos a rebelarse, adoptara la misma solución jurídica de un britano. Además, hay que recordar que Caracalla, emperador de ese entonces, no era de Roma, su madre era de Emesa, Siria y su padre, Séptimo Severo, de *Leptis Magna* en África, por lo que ser romano no significaba haber nacido en la ciudad eterna y debía haber autonomía en los territorios.

Sin embargo, como ya se explicó con anterioridad, cuando se expande la ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio, se hace ya en un periodo en donde la ciudadanía ya no tiene significado<sup>74</sup>. Ser ciudadano ya es ser simple súbdito del emperador y esta autonomía de derechos locales puede ser solo aparente: con el fin de evitar la revuelta<sup>75</sup>.

- C) Ahora, retomando los ejemplos de autonomía local en el Alto Imperio, se recuerda el *Archivo de Babatha* que evidencia algo impresionante y de suma importancia para nuestro artículo. Según Dorota Hartman:

*“Dopo l’annessione della Nabatea all’impero romano, molte funzioni proprie della corona furono*

<sup>72</sup> Ver Santos 2007, 264

<sup>73</sup> Por eso Santos (2007) argumentan la existencia desde Roma de una “ciudadanía cosmopolita”: “*Romanae spatium est urbis et orbis idem* (Ov. fast. 2, 284). Roma es presentada a menudo como κοσμοτρόφος (nutrix mundi) (v. gr. IG. XIV 1108), en un sentido similar al de la Cosmópolis. Vid. más referencias en C. Edwards y G. Woolf, *Cosmopolis: Rome as World City*, en Eid. (eds.), *Rome the Cosmopolis* (Cambridge, 2003), 1 y ss.”. Empero, este autor olvida el trasfondo de otorgar la ciudadanía a todos los habitantes del imperio por Caracalla: no era un tema de inclusión sino fiscal.

<sup>74</sup> Santos 2007, 264

<sup>75</sup> Se recuerda que la ciudadanía fue ampliada a todos los habitantes del imperio por Caracalla con fines únicamente económicos: los impuestos sobre las sucesiones romanas para financiar las campañas de Caracalla en Partia. Además, como lo argumenta Luis García Moreno et al, en *Historia del Mundo Clásico a través de sus textos*, 2. Roma, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pg. 242. Caracalla aprovechó la situación para aumentar el poder del emperador en su lucha constante de abolir los poderes senatoriales que aún quedaban en el imperio.

*assunte dal governatore della Provincia, il quale doveva anche presiedere le assisi giudiziarie e di arbitrato. Tecnicamente, i residenti senza cittadinanza romana non avevano l'obbligo di conformarsi al diritto romano: ed è noto che in varie aree dell'impero gli usi giuridici locali durarono a lungo, ben oltre l'editto di Caracalla che, nel 212 D.C., estendeva comunque la cittadinanza a chiunque risiedesse nell'impero<sup>76</sup>.* (2016, 36-37)

D) En consecuencia, el magistrado imperial en los territorios romanos era juez o árbitro; los habitantes locales de las provincias no estaban obligados a someterse a las leyes romanas y podían aplicar sus propias leyes con fuerza vinculante para las partes<sup>77</sup>. En efecto, el derecho romano solo era aplicado por estricta voluntad y petición de los individuos para conformar un tribunal judicial bajo el proceso *cognitio extra ordinem*. En caso contrario, el gobernador actuaba como árbitro y estaba facultado para aplicar el derecho local: “(...) *l'ufficiale romano dovesse (e potesse) tener conto delle consuetudini e specificita della societa locale*”<sup>78</sup> (Hartman 2016, 37)<sup>79</sup>.

Como lo explica Hartman en sus reflexiones acerca del *Archivo de Babatha*<sup>80</sup>, parece que en las provincias romanas se llevaba un régimen mixto a escogencia de los particulares:

*“Chi ha studiato piu recentemente la questione, e giunto alla conclusione che (...) diritto e consue-*

---

76 Traducción por el autor: Después de la anexión de Nabatea al imperio romano, muchas funciones propias de la corona fueron asumidas por el gobernador de la provincia, el cual tenía que presidir los tribunales judiciales o arbitrales. Técnicamente, los residentes sin ciudadanía romana no tenían la obligación de ser juzgados con base al derecho romano: es bien conocido que en varias áreas del imperio los usos locales duraron bastante tiempo, incluso mucho después del edicto de Caracalla que, en el 212D.C., extendió la ciudadanía a todos los habitantes del imperio.

77 A modo de ejemplo, el juzgamiento de Jesús de Nazaret fue un caso particular que refleja la autonomía dada por Roma a los privados y a los habitantes locales. Jesús fue acusado por delitos religiosos por el Sanedrín, institución ajena al poder imperial, quien llevó a cabo el proceso. No obstante, al estar Judea bajo dominio romano, las sentencias que tenían que ver con pena de muerte debían ser homologadas por el gobernador de la provincia. Al llevar a Jesús ante Pilatos esté último se niega a proferir sentencia porque no considera que haya elementos suficientes para determinar la culpabilidad. Pilatos, además manifiesta que Jesús es galileo, por lo cual debía ser juzgado por los suyos, por Herodes. Herodes se negó a juzgar a Jesús por considerarlo loco (Tamayo 2007, 25-37). Así, Pilatos, tras las súplicas del Sanedrín, intenta apaciguar los ánimos imponiendo pena de flagelación en vez de pena de muerte a Jesús. No obstante, el Sanedrín quería la pena de muerte, por ende, en una escena que todo el mundo conoce, Pilatos se lava las manos y determina que sea a elección del pueblo la condena de Jesús de Nazaret (Tamayo 2007, 34). Aquí es importante aclarar que hay debate sobre el juicio de Jesús, algunos romanistas consideran que Pilatos solo homologó el juicio del sanedrín, mientras otros piensan que no se limitó a homologar, sino que aplicó su propio procedimiento bajo la *cognitio extraordinaria* (ver cristianismo y mundo romano de José Ángel Tamayo, 2007, pg.33-34). En todo caso, es evidente que Pilatos se enfrentaba a una decisión difícil por la situación de orden público de la provincia, por lo cual se evidencia esta autonomía dada a los locales para apaciguar cualquier ánimo de revuelta. Sin embargo, Pilatos en su juicio solo hace dos preguntas jurídicas relevantes a Jesús: ¿Eres tú el Rey de los judíos? ¿Promulgas tú el imperio de dios? Estas eran las únicas preguntas que le interesaban a Roma, porque atentaban contra su poder. De resto a Pilatos no le interesaba y quería que se resolviera la disputa entre privados.

78 Traducción por el autor: El magistrado romano tenía (o podía) tener en cuenta las costumbres y las especificaciones de la sociedad local.

79 Dorotta Hartman es miembro del departamento de estudios literarios y lingüísticos comparados orientales de la universidad de Nápoles. Hartman en el texto citado realiza una traducción comentada al italiano del archivo de *Babatha* que se encuentra en lenguas como el arameo, griego antiguo y nabateo.

80 El archivo de *Babatha* es un cúmulo de 35 papiros que contienen actos judiciales y contratos en griego antiguo, nabateo y arameo de una familia adinerada de judea del siglo I-II D.C. Dichos papiros fueron encontrados en la denominada cueva de las letras excavada en 1960 y donde se hallaron los cuerpos de toda la familia de *Babatha*. No obstante, la traducción y publicación del archivo solo se conoció hasta el año 2002. Dichos documentos dan una visión de lo que pudo ser la vida de una mujer adinerada del siglo ID.C bajo la dominación romana y el trato jurídico de los habitantes locales del imperio.

*tudini locali non costituivano soltanto un elemento opzionale (...): dando luogo, di fatto, un regime misto in cui a un diritto «sostanziale» - soprattutto quello giudaico - si sarebbe sovrapposto, in effetti affiancandolo, un diritto «formale» (quello imperiale)<sup>81</sup>. (2017, pg.37-38).*

Este *Archivo* muestra cosas muy peculiares para la época, aquí vemos como por ejemplo una mujer Iulia Crispina es nombrada supervisora y tutora de dos niños. Esto cuando la *tutela minoris* era prohibida para las mujeres en el derecho romano del siglo II D.C. No obstante, para el derecho egipcio y hebraico esto era usual, por lo cual las leyes locales, mediante el arbitraje, eran aceptadas como vinculantes para generar estabilidad en las provincias y mantener sus culturas propias. Frente al caso de Iulia Crispina Hartman explica que:

*“E possibile che il suo ruolo fosse simile a quello (...) riferito a una donna con il compito di tutelare gli interessi degli orfani. (...) Simile a quello del tutore, nacque in quel contesto probabilmente dall’esigenza di adattare il diritto romano al costume locale, visto che quest’ultimo vietava l’incarico alle donne<sup>82</sup>” (pg.41).*

- E) Por consiguiente, para la época del Alto Imperio hay una mayor institucionalización del derecho en cabeza del emperador; sin embargo, las costumbres locales son respetadas y se puede rastrear de forma coherente la existencia de figuras claras de arbitraje que constituyen los fundamentos del presente ordenamiento moderno. Como bien lo expone Garavito:

*“La administración de justicia no pasó a ser monopolio del Estado sino hasta bien entrada la era imperial, cuando se insertó el procedimiento cognitorio o extra ordinario, eminentemente burocrático. La resolución de conflictos entre los ciudadanos de Roma fue, durante siglos<sup>83</sup>, responsabilidad de los miembros de la comunidad política, puesto que entre los deberes constitutivos de la ciudadanía estaba el de participar como juez o árbitro cuando así fuera solicitado por otros ciudadanos y/o por el pretor, el magistrado encargado de supervisar y ejecutar los procesos civiles”. (2013, pg.1)*

No es de extrañar que la convención o pacto arbitral que disponía:

81 Traducción por el autor: Quien ha estudiado recientemente la cuestión ha llegado a la conclusión que derecho y costumbres locales no constituían solo un elemento opcional: dando lugar, de hecho, a un régimen mixto en el cual un derecho sustancial- sobre todo judaico- se habría sobre puesto, en efecto acompañado, de un derecho formal (derecho imperial).

82 Traducción por el autor: Es posible que su rol fuese similar al de una mujer con la tarea de tutelar los intereses de los huérfanos. Similar a la institución del tutor, nace en ese contexto probablemente de la exigencia de adaptar el derecho romano a la costumbre local, visto que este último prohibía el encargo a las mujeres.

83 Se refiere al periodo en el cual estuvo vigente el *ordo privatorum- legis actiones y proceso formulario*. Este periodo abarcó del 450 A.C hasta el 286 D.C.

*“Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam<sup>84</sup>” fue producto de la praxis entre los hombres de negocios, que luego el poder público, seguramente por la insistencia y presión de la clase extranjera comerciante, integró en el denominado edictum receptis a finales del siglo II A.C” (Zappalá 2010, 202).*

Todo esto consecuencia de la autonomía que daba Roma a las provincias anexadas al imperio, con el fin de mantener la paz. Sea lo que fuere, aquí se evidencia que gracias a la monopolización del derecho por el emperador- esfera pública- se institucionalizan por el derecho formas de resolución privadas de controversias que dieron origen a las primeras formas de arbitraje. Sin embargo, parece ser que esto se hizo más por dominación que por institucionalizar la autonomía.

- F) Por ende, como ya se ha explicado arriba en este texto, las formas de justicia privada antecedieron a los mecanismos públicos de impartición de justicia. Se recuerda que los tipos de arbitraje que surgieron en Roma serán expuestos en los módulos a seguir, puesto que aquí se está ante un rastreo del origen de dicha institución. Por lo tanto, de lo ya expuesto se puede decir que:

*“no constituye una verdad absoluta la afirmación de que fue la cultura romana la primera en desarrollar este mecanismo, sino que, por el contrario, esta fue una práctica probablemente difundida a lo largo del Mundo Antiguo y que llegó a la práctica legal romana por cuenta del comercio “internacional<sup>85</sup>” (Garavito 2013, 5).*

Es de resaltar que cuando se habla de “comercio internacional” en Roma se está refiriendo a un sistema de comercio basado en el cabotaje, un comercio marítimo permitido por el *mare nostrum* -Mediterráneo- totalmente dominado por Roma. Se resalta que el intercambio de bienes entre occidente y oriente, de mercancías, cultura, costumbres, religión, fue la que permitió la romanización<sup>86</sup>. En efecto, no es de extrañar que los territorios que no estaban interconectados con el mediterráneo fueron los menos romanizados, como Britania<sup>87</sup>.

Ahora bien, aunque es innegable la autonomía que se le daba a los habitantes de los territorios conquistados, también se observa esta tendencia de institucionalizar cada vez más los mecanismos priva-

84 Traducción por el autor: Quien acepte el nombramiento como árbitro en virtud del compromiso estará constreñido a dictar sentencia.

85 Zappalá, (2010pg.199) argumenta que *“la fórmula del arbitraje surge en la cultura griega hacia el año 520 A.C”*. Esto mismo sostiene Fernández de Buján (2017, pg.28-36). Zumpano & Donati, (2014pg.3) establece que el origen de la composición entre particulares fue ampliamente difundido en el mundo antiguo, pero inexplicablemente cita únicamente el ejemplo de Grecia, aunque menciona que en China, por la filosofía confuciana, el arbitraje existió. Lo mismo sucede con Garavito (2013pg.1-2) quien dice que gracias al comercio Roma adoptó el arbitraje, pero solo da un ejemplo griego de su preexistencia antes de Roma. En otras palabras, o hay un sesgo admirador hacia Grecia por parte de los estudiosos del tema, como expone Monateri, o la verdad es que Grecia fue la precursora de esta institución con el *arbitraje de la Anfictionía*.

86 Ver Pirenne 1997 y sus apuntes preliminares del comercio a lo largo de la cuenca mediterránea en el imperio.

87 Según Pirenne (1997), en Mahoma y Carlomagno: *“la peculiarità dell'impero romano risiede nel suo carattere mediterraneo; Roma ne ha fatto il principale veicolo di trasmissione di cultura, religione, scambi commerciali. Il Mare Nostrum collegava le parti vitali dell'impero; non è un caso che le province tagliate fuori dal mare -quelle del Nord- fossero anche le meno assimilate dalla romanità”*.

dos de resolución de controversias a medida que el emperador ganaba más poder. Del mismo modo, se evidencia que en las provincias más revoltosas es donde hay mayor aplicación del derecho local- judea, por ejemplo-. Por lo tanto, la institucionalización del arbitraje por el poder público es sinónimo de una intromisión cada vez mayor del emperador en el control de la vida de sus súbditos, lo cual va acompañado del otorgamiento de una cierta autonomía a los pueblos conquistados para que acepten la dominación romana.

Empero, como se verá en la parte final de este módulo, a medida que se institucionaliza cada vez más el arbitraje, este comienza a desaparecer. En otras palabras, el arbitraje es un mecanismo que se consolida en Roma, pero que fue necesariamente desarrollado en occidente de forma posterior; porque la idea de un soberano que controla todos los aspectos del imperio, como se desarrolló en el Imperio Bizantino, es incompatible con la autonomía individual para juzgar<sup>88</sup>.

#### IV) Bajo Imperio.

Para terminar con este recuento histórico el lector debe asimilar que cómo todo inicia, también todo tiene su fin. Algunos dirán, como lo dijo un gran y reconocido poeta romano, que *Roma nacida de sus humildes orígenes se opacó por su mismo esplendor* y ello la llevó a su caída. Entonces, así mismo como el arbitraje tuvo su apogeo en un modelo de dominación del individuo en pro del imperio, llegó un momento en que hubo tanta dominación que el imperio opacó al arbitraje y la dominación total se impuso frente a la ilusión de autonomía. Llegó un punto en que el modelo de integración del individuo a un modo de vivir romano entró en crisis. Por consiguiente, cuando la dominación del emperador fue total, el comercio disminuyó y el arbitraje tambaleó.

- A) Para el 286 D.C, con la instauración de Diocleciano como emperador nos adentramos en la época post-clásica del derecho romano. Aquí el proceso *cognitio extra ordinem* se impone como el procedimiento de todo el imperio. Para este periodo, el emperador ha absorbido todos los poderes de las antiguas magistraturas republicanas y se ha convertido en la única fuente de derecho. Se exponen las palabras de Gibbon a continuación:

<sup>88</sup> Ver *Rusia la Heredera de Bizancio* de Arnold Toynbee (1950, 1-16). Según este autor la división entre Oriente y Occidente radica en las disputas que surgieron entre el proyecto político y religioso desarrollado en el Imperio Bizantino, en contraposición con la autonomía y poder que adquirió la Iglesia Católica en occidente. Bizancio, oriente, heredó y se mantuvo en la idea de que todos deben estar sometidos al poder del Estado, el Emperador, incluso la religión ortodoxa se convirtió en un ministerio más del imperio, en oposición a lo que sucedió en occidente donde la Iglesia conservó su autonomía y aumentó su poder. Así, Pirenne (1997), en su libro *Mahoma y Carlomagno* describe como a partir del proyecto de Carlomagno, Occidente se construyó a través de un ideal de una Europa unida por la cristiandad, que a su vez mantuvo las bases del ordenamiento jurídico dejado por Roma. Este ideal era necesariamente opuesto al modelo bizantino donde la religión debía ser un instrumento del Estado y no al contrario. Del mismo modo, Pirenne (1997) evidencia cómo en los territorios donde llegó el islam, a diferencia de lo que sucedió en Europa Occidental, las instituciones dejadas por los romanos eran incompatibles con lo establecido por el Corán y su idea de reconstrucción del mundo, por lo cual la herencia romana fue erradicada. Entonces, como bien lo establece Pirenne (1997), si Carlos Martel hubiese perdido la batalla en Poitiers (1356), tal vez no estaríamos haciendo este trabajo sobre el arbitraje. Así las cosas, aunque oriente fue el lugar de producción del *Corpus Iuris Civilis*, será Occidente a través de los glosadores de la escuela de Bolonia los encargados de interpretar y reescribir el derecho romano de nuestras corrientes jurídicas modernas (Lorena Carvajal Arenas, 2014).



*“El desagrado que mostraba Diocleciano hacia Roma y la libertad romana no era consecuencia de un capricho momentáneo sino el resultado de una política extremadamente hábil. El astuto príncipe había elaborado un sistema de gobierno imperial que completó luego más tarde la familia de Constantino; mientras el senado preservaba religiosamente la imagen de la antigua constitución, él determinó despojar a esta asamblea de las pequeñas parcelas de poder y consideración que conservaba” (2003, 180-181).*

- B) Por consiguiente, para este periodo el emperador se convierte en un déspota universal<sup>89</sup>. Diocleciano abandona Roma como sede imperial y divide administrativamente los territorios en 4 sectores. Esta división será la que más tarde dará lugar a la división definitiva de occidente y oriente. Gibbon describe en su obra este periodo:

*“Cuando los príncipes romanos perdieron de vista el senado y su antigua capital (...). El término de emperador, (...), adquirió matices (...) como el epíteto de dominus o señor, que (...) hacía referencia al poder despótico<sup>90</sup> de un amo sobre sus esclavos (...)” (2003, 182).*

- C) Sin embargo, no olvidemos lo que significó el dominado para el derecho romano y los temas que nos conciernen. En el bajo imperio se monopoliza la justicia en cabeza del emperador. Es más, en la era Bizantina todos los aspectos de la vida social y política son controlados por el poder público, por lo que el arbitraje perdió terreno. La religión se convierte incluso en un ministerio más del poder imperial, la cual debe actuar en beneficio del *princeps*<sup>91</sup>. Los jueces son jerarquizados y especializados en derecho. El procedimiento es totalmente institucionalizado y nace la apelación:

*“En efecto, al amparo de la potestad imperial nace una nueva jurisdicción (cognitio extra ordinem), que estaba destinada a crear una legalidad procesal de naturaleza plenamente pública: el proceso se desarrolla por entero ante un magistrado o funcionario que actúa en virtud de una potestad jurisdiccional conferida por delegación imperial (...). Al organizarse la función jurisdiccional den-*

---

89 Del griego δεσπότης despótēs y se utilizaba simplemente para referirse a un *señor, amo o soberano*. Durante el Imperio Bizantino (del siglo IV al XV) se utilizó la palabra déspota para dirigirse al *emperador* y a aquellos miembros de la familia imperial bizantina-señor absoluto-. La forma ‘*déspoto*’, que se asemeja a la definición actual de persona que abusa del poder, se encuentra en un escrito del siglo XVI del historiador palentino Gonzalo de Illescas en la que se refiere de ese modo al rey de Rusia. El término déspota entonces se debe entender en el texto como el gobernante supremo que ha absorbido todas las esferas del poder y busca controlar cada aspecto de la vida social y política de sus súbditos. (Joan Corominas, 2008, Breve diccionario etimológico de la lengua Castellana, Editorial Gredos)

90 Entiéndase por Déspota: Poder total- poder supremo.

91 Arnold Toynbee (1950) argumenta que durante el Imperio Bizantino cualquier soberano que aceptaba la religión ortodoxa era súbdito del Imperio Romano de Oriente. No podía haber una persona que dijese ser ortodoxa sin reconocer al emperador como su soberano. Aquí, se está haciendo referencia a la idea Bizantina heredada de Roma de un dios- un emperador. Por esto mismo, según el autor mencionado, se da la ruptura entre Oriente y Occidente en una pugna por el poder que se llevó a cabo a través de la confrontación entre la Iglesia Romana y la concepción universalista ortodoxa de imposibilidad de desligar la religión a la existencia de un solo soberano, el Emperador Romano.

*tro de una administración civil jerarquizada, la sentencia puede ser objeto de un juicio rescisorio por vicios procesales ante un órgano jurisdiccional de superior rango, pero también una sentencia válida es revisable en apelación, por disconformidad con la interpretación de las pruebas o del derecho aplicable”* (Fernandez y García 2011, 581).

D) Entonces, en relación con la institución del arbitraje, en este periodo se puede afirmar que se consolida definitivamente la diferencia entre la esfera pública y privada de resolver las controversias. Aquí, la justicia es totalmente monopolizada por el poder imperial, el arbitraje se diferencia ya de forma ostensible de los funcionarios judiciales y se encuentra en oposición al poder único del emperador. Sin embargo, el arbitraje subsiste gracias a la práctica jurídica comercial vigente en el imperio<sup>92</sup>:

*“Los arbitrajes compromisarios<sup>93</sup>, nacidos en el ámbito de la cultura política republicana, se sitúan, no sólo fuera del sistema procesal, sino en abierta contraposición con el mismo. Mantienen, sin embargo, su vigencia en la vida social, sin que la potestad normativa imperial intervenga en su regulación; especialmente significativo resulta que las sentencias arbitrales no fuesen atraídas por la expansión de la apelación (...), y que ese principio se mantuviera en el derecho procesal posterior”* (2011, 581)

Sumado a lo anterior, el arbitraje adquiere una connotación cada vez más institucionalizada y se asemeja cada vez más a un juicio en derecho que en equidad. Por ejemplo, en el *corpus iuris civile* de Justiniano “*se establecen las condiciones para la eficacia de la base negocial de los arbitrajes compromisarios y las que debe reunir la sentencia arbitral para que resulte de obligatorio cumplimiento”* (2011, 582).

Aquí es importante aclarar que la institucionalización del arbitraje, al establecer el fallo en derecho, los requisitos del laudo, entre otros, se debió al aumento del poder público en cabeza del emperador que buscaba controlar los aspectos de la vida privada de sus súbditos. Por eso mismo, Justiniano buscó reglamentar cada vez más el arbitraje; para que este se pareciera a un juicio y no a un mecanismo autónomo de solución de controversias. Incluso, si no hubiese sido porque Justiniano buscaba recuperar

92 Pirenne (1997 *Germani nella romanía*) argumenta que cuando cae el Imperio Romano de Occidente en el 486 D.C, las tribus bárbaras germanas mantuvieron durante años el título de *foederati*, soldados mercenarios al servicio del emperador. Por ende, aunque ya no existía el Imperio Occidental, estas tribus nunca buscaron remplazar el Imperio Romano que habían destruido por uno visigodo, vándalo o longobardo. Por el contrario, los reyes de estas tribus germanas decían estar gobernando en nombre del emperador oriental, que todavía conservaba su investidura. En esta medida, Pirenne (1997, *Gli stati germani in occidenti; Il commercio interno*), sostiene que luego de la caída del Imperio Romano de Occidente, las relaciones mercantiles que habían permitido la romanización continuaron como si nada hubiese pasado. La ruptura se da cuando los árabes conquistan las orillas del mar mediterráneo, de las costas africanas, y el comercio entre occidente y oriente se detiene abruptamente. Así, en occidente el arbitraje subsiste con el derecho canónico, ya que la Iglesia católica romana buscaba mantener su autonomía y ganar poder frente a los reyes de occidente. Por el contrario, en oriente, donde el emperador debía controlar cada aspecto de la vida política del individuo, el arbitraje desaparece ante la ausencia de comercio en el mediterráneo (Zappalá 2010, 205).

93 *Compromissum* en latín significa acuerdo de las partes con la obligación de cumplir con la adjudicación de un árbitro. Se compone del prefijo con el prefijo griego *koinos*=común y la palabra *promissus*: -pro- a la vista de un -*missus*-mandado, encargo. D. Libro IV, Título VIII. De los árbitros. (Sala 1844). El arbitraje compromisario es solo uno de los arbitrajes que conoció Roma.

toda la cuenca mediterránea y se continuaba con el comercio a lo largo del *mare nostrum*<sup>94</sup>, el arbitraje no hubiese sido tenido en cuenta. Esto lo demuestra el hecho de que cuando la Iglesia Romana de Occidente ya no reconoció más al Emperador de Bizancio y se interrumpió el comercio en el mediterráneo, el arbitraje desaparece en oriente, aún si el derecho bizantino consagró dicha institución en el *corpus iuris civilis*<sup>95</sup>.

#### 4. Algunos mecanismos alternativos de resolución de conflictos existentes en Roma.

Hecha una aproximación a la evolución histórica de la institucionalización del arbitraje en Roma, se pasa a determinar algunos antecedentes importantes de dicha institución. Para esto se analizan otros mecanismos privados de solución de controversias que conocieron los romanos.

##### I) *Transactio*

- A) Según Vallejo Pérez, (2018) el origen de la transacción se dio en la Roma arcaica a través del *pactum*<sup>96</sup>. Las partes inmersas en un conflicto terminaban un conflicto eventual por medio de un convenio<sup>97</sup>. Ulpiano indica algunas situaciones que podían ser resueltas por medio del *pactum* con el fin de evitar un juicio (comentarios del libro tertio ad edictum) “*quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniurarum, ítem furti*” (D.2.14.1)<sup>98</sup>. Ahora, a medida que Roma se expandió y amplió su espectro jurídico, “(...) *aquel arreglo familiar y amigable se iría configurando como transacción*” (Pujadas 1979, 647). En efecto, en el siglo II con el *edicto perpetuo* de Adriano -*edicto traslaticio*-<sup>99</sup> apareció una regulación específica sobre pactos en general, *de pactis conventionibus*<sup>100</sup>. Como bien lo demuestra Vallejo Gema, Ulpiano afirma que la *transactio* se distanció del *pactum* porque: “*se transige sobre cosa dudosa y pleito incierto inacabado, mientras que quien pacta lo hace por liberalidad, donación y cosa cierta*” (2018.pg.108). En

94 Ver Pirenne (1997): *Gli stati germani in occidenti*; Il commercio interno, Giustiniano (527-567D.C).

95 Zappalá, (2010, pg. 204.) expresamente sostiene: “*En la edad posclásica y justiniana, con la desaparición del proceso por fórmulas, el arbitraje privado fue sacudido y golpeado por la necesidad imperial de agrupar todas las manifestaciones jurídicas bajo su poder (...)*”.

96 Vallejo Pérez, 2018. Pg.105.

97 D 2.14.1. Del mismo modo Fernández de Buján indica que *pactum* significaba en la época arcaica *pacis* o *pacere*, sinónimo de paz o eliminar. Por ende, con el *pactum* de forma literal se “eliminaba” el conflicto (pg. 52-53).

98 Traducción del autor: algunas disputas podían ser resueltas por medio de un pacto: aquellas relativas a los perjuicios ocasionados por el hurto e injuria.

99 Adriano encomendó a Juliano para que realizara un edicto que no pudiese ser modificado por el nuevo magistrado que ocupaba el lugar del anterior. Se recuerda que bajo el *ius honorario* el pretor publicaba su edicto donde otorgaba un número de acciones con base a su *imperium*, pero los individuos estaban limitados a las acciones que el pretor otorgaba. Cada vez que un nuevo magistrado ocupaba el cargo podía decidir qué acciones otorgaría. Por lo mismo, Adriano en el siglo II determinó que existían ciertas acciones que no podían ser modificadas por el nuevo magistrado y debían incluirse obligatoriamente en su edicto. Este edicto se le dominó el *edictum perpetuum*. El *edictum perpetuum* fue reconstruido por Rudorff y Lenel. Ver *Essai de Reconstitution de l'Édit Perpétuel* (Paris 1901-1903), « *De pactis et conventionibus* » ; *Das Edictum Perpetuum*, 1927 reimpr. 1985, Leipzig.

100 Según FERRINI, *Opere* (Milán, 1929-30), Vol. 3. \*, pp. 250 ss., la rúbrica debió ser en su origen de *pactis et conventis*. En este mismo sentido -de *pactis conventis*- Schultz, *Classical roman Law* (Oxford, 1951), tr. esp, Barcelona, 1960, pp. 449 s.; D'ORS, ob. cit, pp. 135 s

particular Tribuniano quiso realizar la distinción entre “pacto” y “transacción” en el libro 2do, título XV del Digesto.

- B) Además, como afirma JF Pujadas, “dicho acuerdo y sus efectos no tuvieron más límite que las reglas político-morales que los romanos calificaban como *bonas mores* y lo dispuesto por el *ius publicum*” (1979. pg. 644). Por consiguiente, no todos los asuntos eran susceptibles de *transactio* en Roma, pues lo concerniente al *ius publicum* y las buenas costumbres quedaban excluidos. Igualmente, no era válido transigir sobre la *vindicta publica*- acción criminal<sup>101</sup>. Estas características de la *transactio* romana parecen recogerse en lo dispuesto hoy en los artículos 2469, 2472, 2473, de nuestro Código Civil:

“C.C. 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

“C.C. 2472. La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal”

“C.C. 2473. No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”

Aquí es importante detenerse ya que la evolución de la *transactio* tiene intrínseca relación con la institucionalización del arbitraje. Con el paso del *pactum* a la *transactio* se determinó que no todos los asuntos eran susceptibles de resolución privada de controversias. Solo son transigibles aquellos derechos de carácter patrimonial de las personas. Las acciones criminales y el derecho público quedan excluidos tanto en Roma, como en el ordenamiento moderno colombiano, de ser resueltos por *transactio* o arbitraje<sup>102</sup>.

## 2) La mediación, amigable composición y conciliación

- A) Frente a los orígenes de la mediación, amigable composición y conciliación en Roma, a pesar de que las características inherentes a estos métodos extrajudiciales de resolución de conflictos son modernas, los Romanos se aproximaron a estos conceptos. Por ejemplo, Vallejo Gema explica que:

“cuando aún no existía ningún tipo de justicia, era necesario impedir el uso de la fuerza entre quienes se

101 D.2.15.1.22

102 Ver Digesto en las secciones de *Pactum*, *Transactio* y *Receptis Arbitris*. Solo los asuntos sujetos a transacción pueden ser objeto de arbitraje porque tanto la transacción como el arbitraje hacen parte de las convenciones-*pactum*. D.2.14.7.3. “Si se hubiera prometido, por razón de delito, que no se haría algo, no nace obligación de tal convención”; D.2.14.7.7. “Dice el pretor: “mantendré los pactos convenidos que hayan sido hechos sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y no sean en fraude de cualquiera de los mismos”. D.2.14.7.14. “Si yo pactase que no haré una denuncia (...), estiman algunos que no vale el pacto, porque esta materia entra en el imperio del pretor; pero Labeon distingue: si la denuncia se hace en cosas particulares, es lícito pactar; pero si en cosas públicas, no es lícito. Así pues, en todas las demás cosas pertenecientes al edicto del pretor que no se refieren a un perjuicio público, sino que afectan solo al patrimonio, es lícito pactar; pues también permite la Ley de las XII tablas pactar respecto al hurto”. D.2.14.7.16. “En general, cuando el pacto contradice el derecho común, no se debe observar (...) y si se hubiera interpuesto *stipulatio* de lo que no es lícito pactar, no se ha de observar sino rescindir por completo”. Traducción en: Tejero, Fuenteseca, García, & Burillo, 1968, págs. 116-119

*enfrentaban por intereses contrapuestos. Lo más probable es que se intentase (...) una solución pacífica recurriendo a un tercero que ayudase a ello. Tal vez, el pater familias actuaría como intermediador, (...) quizá en un ritual religioso, actuando como (...) negociador, conciliador o mediador (2018 pg.118).*

Verbigracia, Fernández de Bujan explica que *arbitrer* en latín primitivo significaba mediador o componedor, pero poco a poco dicha palabra iría perdiendo esa connotación de amigable componedor o mediador al institucionalizarse la figura del árbitro<sup>103</sup>. Este paso se explica a través de la figura intermedia del *arbitrium boni viri*- arbitraje de persona recta o justa- que se asemejaba más a una conciliación que al arbitraje como lo conocemos hoy en día. A su vez, la institución mencionada del *consilium domesticum* evidencia la existencia de figuras comparables a la amigable composición o mediación en Roma. Como bien lo explica Zumpano & Donati:

*“Le pratiche conciliative erano sicuramente conosciute e adoperate già all’epoca dell’antica Roma: si può infatti constatare con facilità come un passo delle XII Tavole, la più antica opera legislativa di Roma, contenesse l’obbligo dei magistrati di emanare sentenza per consacrare l’accordo che i litiganti avessero tra loro convenuto prima di recarsi davanti al Tribunale: “Si dum in ius veniunt, de re transactum fuerit inter vocatam et vocatum, ita ius esto” (2014.pg.3)<sup>104</sup>.*

Del mismo modo, se recuerdan las palabras de Suetonio en su obra *Vite dei dodice Cesari*:

*“la concordia aveva il suo tempio lontano dal Foro, ed il più bel monumento innalzato alla memoria e in onore del sommo Giulio Cesare fu la colonna ai cui piedi il popolo si portava per offrire i sacrifici e concludere le liti, con una solenne formula di giuramento pronunciata in nome del padre della patria” (1994)<sup>105</sup>.*

En cualquier escenario, se concluye que los romanos conocieron de métodos semejantes a la conciliación, mediación y amigable composición. Estos mecanismos fueron los precursores del arbitraje regulado por el poder público. Se recuerda que la conciliación y mediación son métodos autocompositivos de resolución de controversias: son las mismas partes que resuelven el conflicto, a diferencia del arbitraje que es un mecanismo hetero compositivo. Por otro lado, aunque la amigable composición también es un méto-

---

103 Vallejo Gema (2018), pg. 119.

104 Traducción por el autor: Las practicas conciliativas eran seguramente las más conocidas y practicadas ya en la época romana: se puede en efecto constatar con facilidad como una parte de Las Doce Tablas, la obra legislativa más antigua de Roma, contenía la obligación de dictar sentencia para consagrar el acuerdo que los litigantes hubiesen pactado entre ellos antes de llegar al tribunal.

105 Traducción por el autor: La concordia tenía su templo lejos del foro, y el más bello monumento alzado en memoria y honor al divino Julio Cesar fue la columna a la cual el pueblo se dirigía para ofrecer sacrificios y concluir las liti, con una solenne formula de juramento pronunciada en nombre del padre de la patria.

do hetero compositivo, es mucho más informal y menos regulado por el poder público que el arbitraje<sup>106</sup>.

## 5. El arbitraje en el periodo clásico del derecho romano

Vistos los antecedentes jurídicos de algunos métodos privados de resolución de disputas que existieron en Roma, se pasa a explicar qué clases de arbitramento concibieron los romanos para llegar a la noción de compromiso que se conoce en la actualidad.

### I) Arbitraje no formal: *Arbitrum boni viri*.

A) Como ya se explicó anteriormente, el arbitraje no formal, o *merum arbitrum*, fue el arbitraje más primitivo que conocieron los romanos<sup>107</sup>. En particular, hay que aclarar que no es un arbitraje propiamente dicho<sup>108</sup>. La decisión tomada por el *arbitrum boni vir* no tiene más fundamento que la moral y la rectitud, mas no tiene protección jurídica. Es decir, el *arbitrium boni vir* consistía en un acuerdo mutuo entre las partes, sin necesidad de ninguna formalidad, por el cual un tercero, *prohombre* – ciudadano destacado escogido por su rectitud y moralidad, ayudaba a las partes a llegar a una solución amigable proponiendo una decisión. A modo de crítica, el arbitraje *boni vir* no puede ser considerado un arbitraje o amigable composición, toda vez que son las partes involucradas quienes deciden si aceptan o no la propuesta del “árbitro”, lo que la aproxima más a una conciliación. Empero, la institución daría origen al arbitraje. Por ello, aunque Garavito y Fernández de Buján aboguen por un punto intermedio de dicha institución con el arbitraje, la verdad es que este mecanismo nunca pasó de ser un arreglo autocompositivo. El árbitro *bonis vir* proponía una fórmula de arreglo a los litigantes y estos decidían si la aceptaban o no. Ahora bien, es importante resaltar la postura de Garavito y Fernández de Buján que argumentan que las partes estaban constreñidas a cumplir la propuesta del árbitro desde un punto de vista moral. La palabra en Roma tenía un significado mucho más importante que en la actualidad. Por ende, no acatar la decisión del *arbitrum bonis vir* habría acarreado sanciones sociales que el individuo romano habría tomado muy en cuenta.

B) Sin embargo, el *merum arbitrum* demuestra que no todos los asuntos eran de libre disposición de las partes y por tanto transigibles. Solo los temas ligados a la economía agraria, contratos de sociedad, delimitación de predios, términos del arrendamiento, del usufructo, monto de la dote, eran susceptibles de arreglo por medio de este mecanismo<sup>109</sup>. Tal vez esta disposición de “asuntos de libre disposición de las partes”

106 Garavito (2013.pg2). “El derecho romano contó con varios mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, diferenciados por su formalidad y grado de vinculatoriedad. Y es precisamente gracias al grado de intervención del tercero neutral que es posible establecer cuál es el mecanismo escogido por las partes: Si éste ayuda a que las partes lleguen por sí mismas a un acuerdo, estamos en presencia de una conciliación; si, por el contrario, el tercero neutral adjudica, se está en presencia de un arbitraje.”

107 Buján, (2017) y Garavito (2013) consideran que existió desde la edad arcaica de Roma y tiene fuertes raíces del arbitraje griego.

108 Ver Garavito, 2013. Pg. 3.

109 Ver Garavito 2013, pág. 4 y “D. 4.8.13.2: cuando estamos o no ante un arbitraje, según Pedio. D. 17.2.75.79: existen dos tipos de arbitraje: a) el de los árbitros cuya decisión debe acatarse, y b) el de los arbitrajes de personas justas, que no son arbitrajes en sentido técnico-jurídico, cuyas decisiones, en el caso de constituir una iniquidad manifiesta, pueden impugnarse mediante una acción de buena fe; D. 18.1.7 pr.: arbitrio de un hombre justo; D. 19.2.25: fijación de renta en arrendamiento conforme al arbitrio de un tercero determinado; D. 50.17.22.1: remisión de la condición, en juicio de buena fe, al arbitrio del dueño o del procurador;

fue producto de la evolución que se le dio al *pactum*, tema ya explicado en la institución de la *transactio*.

## II) Importancia del *ius gentium* en la construcción del arbitraje.

A) Ahora bien, ya se ha sido reiterativo en la importancia que tuvo el *commercium* en la configuración del arbitraje romano. No obstante, se debe repetir que es gracias al *commercium* que se pasa de una *fides* primitiva<sup>110</sup> a un concepto de *bona fides* en un sentido mucho más elaborado y objetivo<sup>111</sup>. Esta es la *bona fides* que se ve consolidada en el *ius gentium* a finales de la República<sup>112</sup>. En este orden de ideas, se evoluciona de unas prácticas y costumbres mercantiles protegidas por el *ius gentium* a un verdadero reconocimiento de los pactos entre comerciantes, con base a la *bona fides* consagrada en el *pacta conventis* del edicto del pretor<sup>113</sup>. En este orden de ideas, la *bona fides* se convierte en el núcleo de protección de la consensualidad y se vuelve casi sinónimo del *ius gentium*<sup>114</sup>. El *ius gentium* se caracteriza por su flexibilidad y autonomía debido a su fundamento puramente mercantil y comercial, en contraposición del *ius civile* formalista y exclusivo a los *cives*<sup>115</sup>. Por este motivo, el *ius gentium*, basado en la *bona fides* y *aequitas*, se convierte en el derecho “universal”, accesible tanto a peregrinos como a romanos, y protegido por el *imperium* del pretor<sup>116</sup> (Garavito 2013, 5-6). Aquí hay que aclarar que es a partir de esta protección de la consensualidad y celeridad de las relaciones mercantiles nace el *arbitrium*: estimación

---

*entendido como arbitrio de una persona justa, bonus vir; C.J. 5.11.3: el acuerdo de fijación de dote por persona concreta se entiende como arbitrium boni viri»*” (Buján, 2017.pg39). Ver también Garavito y reflexiones sobre Catón y Cicerón (2013.pg 2-4).

110 La *fides* primitiva se basa exclusivamente en la importancia de la palabra dada, desde un punto más moral que jurídico (Buján.2017. pg. 52).

111 Sautel se opone a esta teoría de Huvelín, sostenida también por Fernández de Buján, porque considera que los tratados entre Roma y otros pueblos no tuvieron nunca implícito el otorgamiento de *ius commercium* (Bujan, F. PG. 54). A nuestro parecer, como ya se ha expuesto a lo largo del texto, es innegable la interacción que tuvo Roma con otras culturas desde el punto de vista comercial y su interés cada vez mayor de regular dichas relaciones. Además, no se puede contraargumentar que desde el 493 A.C-tratado de Casio- Roma firmó acuerdos con los pueblos itálicos aliados y otorgó *ius commercium* a estos pueblos. Del mismo modo no se puede desconocer la existencia de condiciones muy favorables para los *latini prisci* o *latini colonarii* en Roma.

112 Ver Buján. F. 2017 pg.55-56.

113 Javier Patricio (2014.pg28) explica que: “*el edictum de receptis fue introducido en el siglo II D.C según Knütel, Marrone dice que debió serlo entre finales del siglo II y comienzos del I A.C. Naturalmente, esto no excluiría que la práctica de acudir a stipulationes compromissi como modo de asegurar el arbitraje privado pueda ser anterior en el tiempo a la intervención pretoria a través de la cláusula edictal (...) el deber del árbitro quedaba reducido al officium, sin coertio pretoria alguna*”. Por lo tanto, se pasa de una práctica jurídica protegida mediante *stipulationes* recíprocas a una protección a través del *imperium* del magistrado de estos compromisos en el siglo I-II D.C. En relación con lo anterior, Fernández de Buján (2017. pg.54) explica que en Roma con los tratados “internacionales”, protegidos por la *reciperatio* y los *recuperatores*, se protege al extranjero. Se les garantiza el acceso a los tribunales romanos para salvaguardar sus intereses privados. Por ello, se establece que la existencia de un tratado bajo *reciperatio* lleva incluida la cláusula de *commercium* (Bujan 2017, pg.54)., Buján argumenta que, con esta interacción comercial con peregrinos en Roma se crearon usos y costumbres dentro de la élite comerciante. Estos pactos basados en la costumbre luego serían reconocidos por el *ius gentium* romano. Sin embargo, con la llegada del proceso formulario y el edicto del pretor, este *ius gentium* basado en la costumbre será protegido por medio de acciones a través del *pactis conventis*. En esa transición, la *bona fides* se transforma en el aspecto central de regulación de los contratos comerciales y adquiere un elemento objetivo para su valoración por el pretor.

114 Ver Buján. F. 2017 pg.55-56 y también Lucía Nemme (2010pg.165): “La *fides* corresponde a una concepción formal que no tiene en cuenta cabalmente las exigencias de la buena fe, (...)la *bona fides*, en el *ius Gentium* con base a la protección del pretor, comporta, además de optar en el cumplimiento del propio compromiso una conducta leal, propia de una persona honesta, que atienda los especiales deberes de conducta que se deriven de la naturaleza de la relación jurídica y de las finalidades perseguidas por las partes” (Negrillas añadidas)

115 Ver Robles, Juan Ramón. *Magistrados, jueces y árbitros en Roma*. Competencia civil y evolución. Editorial Dykinson. Madrid. 2009. Pág. 69.

116 Como ya se explicó en los módulos anteriores, con el nacimiento de la magistratura pública del pretor urbano y peregrino, hay una protección cada vez mayor de los peregrinos en Roma. Ver Garavito 2013, 5-6.

del alcance *ex fide bona* de los pactos- es decir estimación del alcance de los convenios al momento de una controversia (Garavito 2013, 6). Este es el campo de acción del árbitro, pero también la limitación para decidir sobre las disputas surgidas entre peregrinos y *cives* romanos.

### III) Arbitraje Legal.

A) A primera vista, desde las XII Tablas aparece un “arbitraje legal” que se distancia del *arbitrum bonis vir* por su naturaleza mixta público-privada. En esta medida, Garavito (2013g.7-8) cataloga a este arbitraje como un *arbitrum iudicis*, “un híbrido entre juicio y arbitraje”. Mediante la *legis actio per arbitrivem postulationem*, los litigantes acudían al pretor para que nombrara un árbitro de una lista de ciudadanos que podían ejercer como jueces en casos especificados por la ley<sup>117</sup>.

No obstante, a modo de crítica a las posturas que sostienen que esto constituía un arbitraje, se expone que, si se aceptara como “arbitraje legal” lo dispuesto por la *legis actio per arbitrive postulationem* se debe afirmar que todo el ordenamiento jurídico romano fue arbitral hasta el reconocimiento del *proceso cognitio extra ordinem*. Esto se debe a que todos los juicios durante el proceso de las *legis actiones* y proceso *formulario* tenían dos fases: una fase *in iure* ante el magistrado y otra *apud iudicem* ante simples ciudadanos privados que decidían sobre la controversia<sup>118</sup>. De la misma manera, se recuerda que durante las *legis actiones* la *sententia*- sentencia- equivalía a “decir sentimientos”; los jueces privados expresaban sus sentimientos<sup>119</sup> y, por consiguiente, tanto en la *arbitrivem postulationem*, como en las otras *legis actiones*, se decidía en equidad. Se rememora que *arbitrium* puede tener varios significados, puede significar libre albedrío o derecho según el caso, como se explicó al inicio del documento<sup>120</sup>. Por consiguiente, sin desacreditar a las personas que han hecho estudios lingüísticos en la materia, puede suceder que en las XII Tablas la distinción entre juez y árbitro no existía. Tal vez, como hemos visto a lo largo del ensayo, lo primero que existió fue un árbitro y luego apareció el juez, y que incluso en ese devenir los jueces surgieran de esos prohombres, por lo cual no se podría hablar de arbitraje legal en *strictu sensu*<sup>121</sup>.

117 Ver fragmentos de Gayo, *Institutas*, 4,17. y Valerius Probus, iv,8; Girard, Manuel 1929. pp.1050-51; Hulevin, *Cours...* 1. pp.151-154; A. Giffard, *Leçons de procédure*, pp.45-49 en Correa (2015), pp. 136. Se podía interponer esta acción en los casos nacidos *ex sponsione*, decisión de repartir bienes de una sociedad, de herencia o deslinde.

118 Según Patricio, 2014. pg.36-37: “*Es sabido que el oficio de juez en Roma era un deber público (manus publicum) que recaía sobre el elegido para juzgar y que carecía de cualquier compensación económica. Pero, ¿Era esa también una regla que regía para los árbitros? Las fuentes guardan silencio sobre el particular. (...) Mateo Marrone por ejemplo manifiesta que al árbitro no le correspondía ningún tipo de compensación por su actuación (...)*”.

119 Ver. Correa 2015, 140.

120 Wlassak expone en su crítica de bipartición voluntaria y obligatoria del proceso civil romano. Para Wlassak el proceso nace por la institucionalización del arbitraje. Por consiguiente, con la integración del *arbitrer* al proceso oficial nace el proceso en Roma. Es por esta razón que la palabra *iudex* no distingue entre árbitro o juez (Patricio, 2014.pg20-21)

121 Gayo en sus *institutas*, en lo pertinente a la *actio per iudicem postulationem*, repite reiteradamente la palabra *recuperator* y *arbitrer*. Si se observa un diccionario de latín se encuentra que *recuperator* significa “*encargado de las restituciones, indemnizaciones etc*”. Esta palabra se toma como sinónimo de árbitro y ligada a la palabra *reciperatores*- árbitros encargados de solucionar disputas entre ciudadanos romanos y ciudadanos de algún pueblo aliado de Roma. No obstante, si se observa detalladamente la etimología de la palabra *recuperator* el diccionario indica que en latín primitivo significaba “juez”. Fue luego que esta palabra adquirió significado de árbitro. Por consiguiente, puede ser que Gallo no se refería a *recuperator* en términos de árbitro, sino en términos de “*juez encargado de las restituciones o indemnizaciones*” (VOX 2019). Por otro lado, frente a la palabra *arbitrer*; Antonio Silva Sánchez (pg.482) afirma que el árbitro y juez “*llegaron a conocer de temas similares, llegando a confundirse una y otra figura*”. A su vez, se tiene que tener en cuenta que la palabra *iudex* no distinguía entre juez o árbitro (VOX 2019).



B) No obstante, Garavito expone que:

*“un rasgo importante de esta acción de la ley (empleada según la naturaleza específica del caso llevado por el pretor) radica en que de este juez se esperaba que actuara no solo como boca de la ley, sino también como experto, mediante avalúos de daños y de tierras o partición de copropiedades, **arbitrium litis aestimandae**”* (2013, pg.7).

En resumen, si se acepta que el árbitro de las XII tablas sí se distanciaba ya de la figura del juez, debía ser por este aspecto de tecnicidad y conocimiento en la materia a diferencia de los jueces<sup>122</sup>. En este caso, se estaría hablando de los orígenes del arbitraje técnico que se tiene en la actualidad en la legislación colombiana<sup>123</sup>. Del mismo modo, aceptar que este mecanismo era un arbitraje permitido por la *Lex* constituye el argumento principal de la corriente jurisdiccional, la cual sostiene que el arbitraje nace a partir del poder público al permitir al árbitro ejercer funciones públicas transitorias de administrar justicia. La corriente opuesta a esta teoría es la contractualista, la cual aboga por la existencia del arbitraje desde un punto de vista del derecho privado y autonomía de las partes. A nuestro parecer, el arbitraje nace exclusivamente de la voluntad de las partes y las relaciones comerciales, pero a medida que el poder público se consolidó, se tendió a ver el arbitraje desde una postura jurisdiccional y a limitar cada vez más esta autonomía privada<sup>124</sup>. Esta visión jurisdiccional es la que se evidencia en la legislación actual<sup>125</sup>.

#### IV) Arbitraje Compromisario

A) Frente al arbitraje compromisario se puede determinar que efectivamente este se consolidó como un arbitraje de naturaleza mixta: que nace de la autonomía privada de las partes y que es protegido por el poder público a medida que este se consolida (Garavito, 2013, pg.8). Es por esto por lo que el

122 Hay que tener en consideración que el Juez podía distanciarse del árbitro porque se podían nombrar varios mientras que solo podía haber un juez. Además, el *arbitrer* se desplazaba al lugar de los hechos o las cosas para examinarlas, mientras el juez profería parecer desde el *comitium o foro*. Entonces pareciera que el juez se diferencia del *arbitrer* sobre todo por la especialidad, experiencia, tecnicidad que debía tener el *arbitrer*, mientras que el juez era un ciudadano común-*Lex Sempronia* 122<sup>a</sup>-C (Antonio Silva Sánchez pg.482).

123 Ver inciso 3ero de la Ley 1563 de 2012.

124 Patricio, (2014, Pg21) explica: “*aparte (...) la mayor discrecionalidad que tenía el arbitrer frente al iudex a la hora de enjuiciar- (...) la figura de árbitro (arbitrer) siempre tuvo un origen al margen del ámbito procesal oficial, con ulterior recepción en el mismo*”. Ahora bien, cuando el árbitro es integrado a los procesos oficiales es muy explicable porque en estos procesos “*tendese a prevalecer la palabra iudex para designar al juzgador unipersonal (...)*”.

125 Dionisio Anzilotti (2021) fundó la teoría dualista. Para este autor, el derecho internacional y el derecho en general, tiene su fundamento en el Estado. Así, aunque el derecho internacional interactúa con el derecho interno, son ordenamientos separados. Anzilotti critica fuertemente las teorías monistas a través del primer capítulo de su libro *Il diritto internazionale nei giudizi interni* (pg.1-49). El autor argumenta que el derecho internacional ha sido abordado solo desde un punto de vista *ius naturalista* y cuestiona la visión que se tiene del derecho internacional para su época. Por eso mismo, Anzilotti fue el fundador del positivismo y dualismo internacional. Esto es relevante para nuestro texto porque Colombia adoptó desde el siglo pasado la teoría del positivismo y dualismo. En esta medida, en Colombia el arbitraje tiene su fundamento en el derecho público interno y es aplicable por el reconocimiento del Estado de este mecanismo alternativo de solución de disputas. Ahora bien, la Corte Constitucional con su sentencia C-400-98 argumenta que Colombia tiene un sistema de “monismo moderado”, lo cual es totalmente falso. La corte malinterpretó el monismo moderado de Verdross (Cárdenas 2016, 225).

compromiso- acuerdo entre las partes para delegar a un tercero la solución de sus controversias<sup>126</sup>- pasa de ser un mero acto de voluntad protegido por el *ius gentium* a ser exigible por medio del edicto del pretor<sup>127</sup>. No obstante, a pesar de ser reconocido por el derecho público como un mecanismo viable para terminar las controversias, esta protección nunca se desligó del ámbito privado y autonomía de las partes. A pesar de la institucionalización del arbitraje que se observó a lo largo de la historia de Roma, la protección del *compromissum* siempre se llevó a cabo desde un punto de vista contractual<sup>128</sup> (D.4.8.32.15- el árbitro decide en función del compromiso y de los lineamientos de la convención). En otras palabras, durante el Alto Imperio, incumplir el compromiso, o no acatar el laudo, solo conllevaba una *actio ex stipulatu* para exigir el pago de la *stipulatio poenae*<sup>129</sup> acordada por las partes. Como explica Justiniano en el Digesto<sup>130</sup>:

“Colíjase de la definición que hemos dado al árbitro, que hablando con propiedad no debe ser llamado juez; pues (...) no puede constituirlo el consentimiento de los particulares; por cuyo motivo no hay juez alguno que no sea nombrado por autoridad pública: de modo que lo establecido por el árbitro no tendrá fuerza de cosa juzgada, ni por tanto nacerá de su fallo o sentencia la *actio iudicati*, ni podrá apelarse de ella.”

En efecto, Leopold Wenger, en *Actio Iudicati* 1954, se determina que el laudo que se toma en virtud del compromiso no permite la posibilidad de exigir su cumplimiento por vía *actio iudicati*. Por consiguiente, el arbitraje compromisorio en el Alto Imperio era en esencia contractualista, pero protegido a través del *pactus conventis* y *edictum de receptis* del edicto del pretor<sup>131</sup>. Sin embargo, en Roma, el árbitro nunca ejerció funciones públicas de impartir justicia porque no tenía iurisdictio. Solo será hasta el periodo del Dominado – Siglo IV D.C.-, momento en el cual se intenta controlar cada vez más la vida privada, política y social de las personas, que el arbitraje será protegido mediante la *exemptio* y *denegatio actionis*. Con esto se impide a la persona que pretende eludir el compromiso que pueda instaurar un juicio público, por lo cual el arbitraje es ya totalmente institucionalizado y protegido por el poder público para este periodo<sup>132</sup>.

126 Sala (1848) pg.51. D.4.8. Compromiso: “la convención por medio de la cual los que han de litigar se sujetan al arbitrio de determinada persona, bajo cierta pena en que incurrirá el que no obedeciera su sentencia”. D. 8.4.1: Paulus: “el compromiso se acomoda a semejanza de los juicios y sirve para resolver las controversias”

127 Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 1927 reimpr. 1985, pág. 265: “*quiarbitrum pecunia compromissa receperit, eum sententia dicere cogam*” (al que hubiera asumido un arbitraje mediando una cantidad comprometida, le forzaré a dar sentencia)

128 Como dispone el digesto 4.8.43: “Lucio y Mevio Sempronio hicieron un compromiso para que decidiera un árbitro sobre todos sus asuntos y controversias, pero por error, Lucio Ticio dejó de consignar en la petición de ambos extremos, y el árbitro nada sentenció sobre los mismos; se preguntó si podrían reclamarse judicialmente por los extremos omitidos. Se respondió que si ya que no se incurría en la pena del compromiso.”

129 Especie de cláusula penal si se me permite la comparación.

130 D.4.8.2 - Ulpiano; D.4.8.11. Pomponio. Versión traducida en Sala, (1848). Pg. 51.

131 Este tema ya fue explicado en la de la *transactio* y la importancia del *ius gentium* en el arbitraje romano. Se repite que la recopilación del *edictum perpetuum* se puede encontrar en el trabajo de Otto Lenel (1925) y y Rudorff (1869).

132 En derecho procesal moderno algo equivalente a las excepciones de falta de jurisdicción y competencia. Ver Fernández de Buján. Pg.45

- B) Como ya se expuso anteriormente, es en el Dominado, con el *corpus iuris civilis*, que se toman las mayores medidas para delimitar la autonomía de las partes. En particular, en relación con el compromiso y aceptación del encargo de árbitro se dispone que:
- 1) el laudo arbitral debe contener los mismos requisitos que la decisión tomada por un juez. D.4.8.19,
  - 2) El laudo arbitral debe ser proferido en el lugar donde se acordó en el compromiso o en su defecto en el lugar donde se haya pactado -D.4.8.7-,
  - 3) la decisión no puede superar el tiempo establecido por las partes, o en su defecto el tiempo acordado entre los comprometientes y el árbitro -D. 4.8.14,
  - 4) las causales de aumento del plazo acordado son excepcionales y limitadas-D.4.8.12; D. 4.8.13.4-,
  - 5) el laudo debe ser proferido en presencia de las partes-D. 4.8.27.5-,
  - 6) en el momento de proferir el laudo se deja de ser árbitro D.4.8.29,
  - 7) el árbitro, aunque hubiera incurrido en error al dictar sentencia, no puede corregirla D.4.8.20, entre otras<sup>133</sup>.

Para terminar, en la época Justiniana – Siglo VI D.C - se permitió la acción ejecutiva del laudo arbitral mediante una *actio in factum*<sup>134</sup>, ante jurisdicción pública.

- C) Por ende, se está de acuerdo con Garavito (2013) en determinar que la esencia del arbitraje tanto romano, como moderno, se funda en esta autonomía de las partes, en la equidad, celeridad e informalidad para llevar a concluir ciertas disputas de exclusivo origen patrimonial y, por lo tanto, de libre disposición de los comprometientes<sup>135</sup>. Así mismo, a través de la evolución de Roma se observa cómo el compromiso, de origen contractualista e *ius privatistico*, comienza a ser institucionalizado y limitado cuando se consolida el poder público. Esta tendencia jurisdiccional, si se me permite, será

133 Sala (1848) pg.51-54: el árbitro debe ser un hombre bueno, no pueden ser jueces y al mismo tiempo árbitros, ni ser mujeres, debe ser mayor de 20 años, además, como indica Paulo, no pueden ser sujetos de causales de impedimento, como en el caso de los *recuperatores*.

134 Ver Fernández de Buján (2017). Pg48. Del mismo modo ver Sala (1848) pg.52-D.4.8.23: “Estableció también el mismo Emperador en la *Constitutio transcrita en la l.5.C.H.T, que naciese del compromiso la acción in factum, siempre que los comprometientes a continuación de la sentencia se obligasen (bajo su firma) a su cumplimiento, o callasen por el espacio de 10 días, no protestando ante el juez o árbitro. La sentencia del árbitro, no apelada y consentida, se llama laudo homologado*”. Se debe también recordar lo establecido por Proculo. D.17.2.76 que establece que la decisión del árbitro debe acatarse sea justa o injusta. Ulpiano también se manifestó al respecto y determinó que: “*Debes soportar con buen ánimo la sentencia menos probable, es decir la más absurda o la más injusta (“vel minus probabilem sententiam aequo animo debes”)*” D.4.8.27.2.- Traducción en Javier Patricio (2014. pg.41).

135 Javier Patricio (2014.pg 32) “*El ámbito de las materias que podían ser objeto de arbitraje era muy amplio, pero algunas quedaban excluidas. En cualquier caso, los supuestos de exclusión que se mencionan en las fuentes son muy explicables, porque en todos ellos el interés público aparece en primer plano*”. Ejemplo: Paulo 13ad Ed. D.4.32.6 y D.4.32.7. Igualmente, se pone de presente el extracto del compromiso y aceptación del encargo de árbitro de Pedio transcrito por Ulpiano D.4.8.13.2. Además, la Tabla TABULA HERCULANENSIS (a. 69 d. C) es ejemplo del ánimo de celeridad comercial y autonomía privada que rige el arbitraje a través del compromiso: “*En la controversia que existe entre L. Cominio Primo y L. Apuleyo Próculo sobre los límites del fundo Numidiano, que es de L. Cominio Primo, y del fundo Estrataniciano, que es de L. Apuleyo Próculo; y, puesto que L. Apuleyo Próculo y L. Cominio Primo han establecido por entre ellos sobre esta controversia... Así estipularon y así pactaron sobre esta controversia: lo que Tiberio Craso Firmo, árbitro en virtud de compromiso entre L. Cominio Primo o bien su heredero y L. Apuleyo Próculo o bien el suyo, pronuncie como sentencia o como resolución interlocutoria públicamente y en presencia de ambos, o haga pronunciar -a través de un tercero-, y con tal que pronuncie sentencia o la haga pronunciar antes de las próximas calendas de febrero, y alargue o haga alargar el plazo el compromiso; si se hiciera algo contra ello, o bien algo no fuera hecho así, se darán debidamente mil sesteracios de ley, y que queden, ahora y en el futuro, esta controversia y arbitraje exentos de dolo malo.*” (Garavito, pg. 10). Del mismo modo, el Digesto dispone que solo los asuntos sujetos de transacción pueden someterse a arbitraje- es decir, solo asuntos de libre disposición de carácter patrimonial- D. 4.8.23 y 24- Sala. (1848) pg.52, numeral 10.

la que en adelante adoptaron los sistemas occidentales europeos francés, italiano y español<sup>136</sup> y que constituyen los fundamentos de nuestra institución moderna en Colombia<sup>137</sup>. Por el contrario, países como Alemania<sup>138</sup>, Holanda<sup>139</sup> e Inglaterra conservaron durante muchos años la esencia *ius privatistica*- contractualista- del arbitraje romano. Esto se explica en el siguiente módulo.

## 6. Antecedentes históricos del arbitraje contemporáneo.

- A) Llegado a este punto, no se puede dejar de lado el hecho de que entre la Ley 1563 de 2012 y el derecho romano hay un espacio temporal de más de dos mil años; esto quiere decir que no se puede pasar a la legislación contemporánea sin hacer un preámbulo de la historia del arbitraje en el mundo occidental y en Colombia. En consecuencia, primero hay que determinar que luego de la caída del Imperio de Occidente, el arbitraje conocido en casi todos los rincones del imperio comienza a ser olvidado<sup>140</sup>. Es la Iglesia Católica y el derecho canónico quien salvaguardó el conocimiento de esta institución, que solo hasta el siglo XI-XII D.C reaparece en el escenario jurídico<sup>141</sup>. Esto se debió a la reapertura del

136 Por ejemplo, José Carlos Fernández Rozas, La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro, III Revista de la Corte Española de Arbitraje, 29-52 (1986), explicaba la tendencia publicista, jurisdiccional en España así: “*Los desarrollos sectoriales del arbitraje en España, por su fuerte incidencia del poder público, vacían de contenido la institución no aportando en la práctica las suficientes garantías a las partes en litigio. Dicha tendencia ha de ser corregida a través de una reglamentación de carácter general. Si esto es así en el plano interno, la actual situación del arbitraje en España no se acomoda a las necesidades del tráfico externo*”. José M, (1959, pág. 93)manifiesta como el absolutismo marcó la política de España: “*Tornado el estamento noble de fuerza política peso muerto, que eso resulta de su paso feudal o palatino, faltó aquel equilibrio social que formaban Rey, clero, nobles y ciudadanos o estado llano; quedó el poder real sin contrapeso, tentado de absolutismo, al modo romano; cedió a la tentación y sobrevinieron las monarquías absolutas (...)*La legislación, desde el siglo XVI hasta comienzos del siglo XX, más parece aspirar a la comodidad de quienes administran que al interés de aquellos a quienes ha de servir”.

137 Durante el siglo XIX y principios del siglo XX Anzilotti contrapuso a la teoría monista la teoría dualista que plantea la idea de que el derecho internacional nace por el reconocimiento dentro de la jurisdicción interna de los Estados de una norma aplicable en materia internacional. Es decir, el derecho y cualquier norma jurídica tiene su fundamento en el Estado y no en “la razón” como afirmarían las corrientes monistas *ius naturalistas*. En países como Francia, Italia, Colombia se evidencia una tendencia de observar el derecho desde un ámbito codificador *ius publicista*. Del mismo modo, es indiscutible que Colombia en el siglo pasado reconoció la teoría dualista dentro de su ordenamiento. No obstante, la Corte Constitucional intenta argumentar por “un monismo moderado en Colombia”, lo cual es un completo error- Ver Corte Constitucional. C-400-98.

138 Ver Respondek, 2014, pág. 289: “*For 130 years, Germany has taken a favorable approach to arbitration. (...) the guiding principles of this early codification were the respect for far-reaching party autonomy (...) this favorable attitude toward arbitration was in stark contrast to the skepticism with which arbitration was treated in other legal systems*”

139 Se recuerda que las ciudades hanseáticas. (Países Bajos y Norte de Alemania), se fundaron bajo el comercio. Por ello, Hugo Grocio en su obra “*mare liberum*” defiende la idea de libertad de los mares con el fin de proteger los intereses de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales. Grocio, jurista holandés, siglo XVII, es el precursor del *ius naturalismo* y de la teoría del “contrato social”. Ver Emilio P. 2021. pág.487: “*Vico o proclamou “o jurisconsulto do gênero humano”. John Locke o incluía entre os principais escritores para ser lido por homens civilizados*”. En lo que respecta al arbitraje estableció que “*existen tres procedimientos para el arreglo de las diferencias: las conferencias-juicios-, el arbitraje y la decisión a través de la suerte*” (Rodríguez 1983, 95). De la misma manera, Grocio es defensor de la idea de autonomía privada en el arbitramento: “*el jurista holandés aceptó la Bula como laudo arbitral entre España y Portugal, pero advertirá que ésta tuvo efectos de carácter vinculante únicamente para las únicas dos partes del conflicto*” (Arriola, Bonilla Saus y Campo 2010, 35). Como bien lo determina Emilio. P (2021) Grocio debe ser entendido en el surgimiento comercial holandés y la defensa de la autonomía privada y el comercio de su patria Pg. 486-487: “*Somente uma leitura a partir do contexto cultural em que o próprio Grócio se encontrava pode compreendê-lo melhor: O pensador holandês surge em tempos de transição. De um lado, as forças do novo, que já concebiam a política em termos de unidades nacionais, representadas pela pessoa do Cardeal Richelieu; de outro, as forças do velho, escritores papalistas e imperiais que pregavam a restauração das decadentes instituições centrais da cristandade latina*”.

140 Esto debido a la absorción del poder público de todos los aspectos de la vida social y política en Oriente y por la ruptura del comercio del mediterráneo con la llegada del islam. Esto ya se explicó en el módulo ii de este texto.

141 « *L'arbitrage était donc développé en droit romain et il a été connu, pratiqué dans toutes les terres conquises par Rome. Il sera peu à peu oublié après la chute de Rome, bien que l'Église catholique en transmette la mémoire au sein d'un cercle de lettrés. Il faudra alors attendre la fin du XIe siècle, soit la redécouverte et la reprise de l'enseignement du droit romain en Europe, pour*

comercio en el mediterráneo y la consolidación de la *Lex Mercatoria* en occidente<sup>142</sup>.

- B) Ahora bien, contrario a lo que muchos pensarían, durante el periodo de la monarquía absoluta en Francia y España, la revolución francesa y el primer Imperio Napoleónico, las instituciones públicas se muestran reticentes a aceptar la coexistencia de una forma pública y privada de impartir justicia. Esto se explica porque en donde el poder es absoluto la autonomía privada es anulada y el arbitraje no es compatible<sup>143</sup>. Así, en Francia, solo hasta 1806 se plantea de manera sumaria la existencia de un *juge de paix*- juez de paz, en un escenario de codificación impulsado por Napoleón, para abrir las puertas a un mecanismo parecido al arbitraje como conoció Roma<sup>144</sup>. Esta noción de juez de paz se evidencia por primera vez en Colombia en el artículo 307 la Ley 105 de 1890<sup>145</sup> y es una copia exacta del código de *procedure civile* francés. Aquí, se pasa a un descubrimiento importante: la práctica y uso

---

*que l'arbitrage se développe à nouveau.* » (Jallamion 2018, 293). Es indispensable hacer la salvedad que el arbitraje subsiste en occidente en cabeza de la Iglesia que buscaba mantener su autonomía frente a los reyes de Europa occidental y el patriarcado de Constantinopla. La iglesia, al salvaguardar las instituciones romanas de justicia, ve la posibilidad de ganar un espacio en la administración de la nueva Europa occidental tras la caída del imperio: “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 Católica” (Zappalá 2010, 205). Es en este contexto que se forja la cultura jurídica europea occidental. Paricio & Barreiro, (2010, págs. 185-186) explican: “el punto de partida históricamente significativo para la formación de la cultura jurídica europea, en continuidad con la concepción del derecho romano jurisprudencial, lo constituye el descubrimiento científico del Digesto y su adopción desde principios del siglo XII como base para el estudio y la enseñanza universitaria del derecho, a partir del modelo de formación jurídico iniciado en la Universidad de Boloña”. Así, a través de la escuela de glosadores de boloña y “la prevalencia de la idea de la cristiandad como forma común de interpretación de la existencia y en la vinculación a la Iglesia de Roma” se construye el modo de argumentar y pensar el derecho en el mundo occidental (Paricio y Barreiro 2010, 185-187).

142 Pequeñas ciudades estados comienzan a surgir en la Europa occidental dedicadas únicamente al comercio marítimo en el mediterráneo. Estas ciudades son Venecia, Génova, Barcelona, centros que se convierten en los puntos de reunión de comerciantes. Son en estos puntos de aglomeración mercantil donde nace la *Lex Mercatoria*: un cúmulo de costumbres y usos entre comerciantes de carácter privado. Como manifiesta Arenas, (2014pg.351) la *Lex Mercatoria* tiene su base en el *ius gentium* heredado de roma, sobre todo por su esencia basada en la *bona fides* romana.

143 Sin embargo, aunque el arbitraje se presenta en latente oposición al poder absoluto del monarca, la acumulación de riquezas no se detiene en la clase comerciante que se convierte en la nueva burguesía. Allí, a espaldas del poder público el arbitraje subsiste como reconocen por ejemplos los edictos franceses de 1560 y 1563 y las ordenanzas de Bilbao de 1737 (Zappalá 2010).

144 Zappalá (2010. pg. 209) opina que el arbitraje nace para la época contemporánea con los decretos de agosto de 1790 y junio 1793 en la revolución francesa. A pesar de lo anterior, esta hipótesis no tiene mucho sentido porque no se evidencia lógica en que el arbitraje haya sido tenido en cuenta en el periodo del terror en Francia, donde a pesar de encontrarse ante el periodo del iluminismo, la autonomía privada es ampliamente restringida por los tribunales revolucionarios. Esto mismo sucede en el Imperio Napoleónico. Aún si Napoleón se preocupa en codificar las costumbres de los comerciantes en el código de comercio, al fin y al cabo, lo hace para institucionalizar, incorporar al poder público, estos mecanismos que se encontraban al margen del poder. En otras palabras, no hay evidencia empírica de que el arbitraje fuese promovido por el primer y tercer Imperio Francés cuando buscaban controlar cada aspecto de la vida política del individuo a través de la codificación. Al parecer, Napoleón solo consideró el arbitraje como un mecanismo sumario necesario por el aumento de la burguesía comerciante francesa. Además, como expone Jallamion, (2018pg.301-303), Francia en materia comercial adoptó un sistema proteccionista del comercio hasta finales del siglo XIX, cuando por primera vez hay apertura económica. Es en esa apertura económica donde encontramos las bases actuales del arbitraje compromisario francés, no antes. No obstante, es innegable que con la carta política de 1791 de la revolución francesa se plantea sumariamente que “el arbitraje no puede sufrir ninguna restricción por parte del poder ejecutivo que constituyó las bases del moderno y actual *compromissum* de la época del derecho clásico romano” (Zappalá, 2010. Pg.2011). Igualmente, Napoleón primero sí concibió dicha institución en el “*Code de Commerce*”, pero al mismo tiempo se habla de arbitraje obligatorio en muchos casos, lo cual contradice la autonomía de las partes que es la esencia de este mecanismo.

145 Ver Bejarano, 2020, pág. 410. Así mismo, se observa que el artículo 37 de La Ley 169 de 1896 remite al artículo 15 de la Ley 30 de 1888 donde ya se menciona la noción de juez de paz y árbitro.

del arbitramento fue ampliamente difundida en la jurisdicción inglesa<sup>146</sup>, italiana<sup>147</sup> y alemana<sup>148</sup>. Por el contrario, en Francia la utilización del arbitraje llegó de forma tardía.

En efecto, en el segundo Imperio Francés, Napoleón III firma los primeros tratados de comercio internacionales de apertura económica en Francia con países como Inglaterra y Prusia. En consecuencia, el comercio internacional se multiplicó y hubo un interés por parte del Estado de aplicar la olvidada institución arbitral. Fruto de lo anterior y muchos años después, en la 3era República, “pour la première fois en 1904, année de l’Entente cordiale entre la France et l’Angleterre, la Cour de cassation française affirme en effet la validité d’un arbitrage rendu à partir d’une clause compromissoire” (Jallamion 2018, 303)<sup>149</sup>. Así mismo, en la experiencia jurídica francesa, solo hasta los años 1923, 1925 y 1928, producto del comercio con Alemania e Inglaterra, se les da validez a cláusulas compromisorias tanto en el ámbito nacional como extranjero<sup>150</sup>.

146 Esto se explica porque en Inglaterra, con el triunfo del *common law* y la *equity*, lo cual se debió a que “los juristas se habían aliado con el Parlamento en su lucha contra las tendencias absolutistas de la corona” (Paricio y Barreiro 2010, 220), se respetó la autonomía particular.

147 En Inglaterra, el *arbitraje compromisorio* formalmente se consolidó desde 1698 por el interés que tenía la corona en regular las disputas dentro del gremio comerciante. Luego, en 1833, con *The civil procedure act* establece los requisitos de la aceptación del árbitro y el carácter irrevocable de su cargo, con obligación de dictar sentencia. Del mismo modo, *the Common Law Procedure Act* de 1854 y *The Arbitration Act* de 1889, son muestra clara del interés e importancia que se le dio al arbitraje en Inglaterra. Esta regulación es la base del arbitraje que conocemos hoy. Esto se debió principalmente a que Inglaterra, a diferencia de España o Francia que eran proteccionistas, adoptó un modelo siempre de apertura total económica y fue el mayor defensor de la liberalización de la economía en el siglo XIX. Del mismo modo, la regulación en Inglaterra del arbitraje se hizo a través de los tribunales de la corona y el precedente. Ver Ellenbogen, 1952, págs. 657-658. En Italia, el primer *codice civile* italiano de 1865 separa cardinalmente el arbitraje de la esfera pública de impartir justicia. En esta medida, el arbitraje es confinado exclusivamente a la voluntad privada de las partes. Esto se debió a la aceptación en Italia de la teoría Hegeliana de “concesión del Estado”, teoría que establece que la justicia no puede ser una función exclusiva del Estado, por lo cual el arbitraje entendido como justicia privada se separa definitivamente del poder público (Zappalá 2010). Una teoría crítica a la expuesta anteriormente sostiene que para las tendencias codificadoras del siglo XIX el arbitraje no era concebible, pues se buscaba tener una legislación unitaria. Por lo tanto, es por esto que en el código civil italiano de 1865 el arbitraje es relegado a la autonomía privada y no es considerado por el poder público o el legislador, (Ferri 2021, 1-6). Es de resaltar que en Italia el arbitraje será golpeado fuertemente por el fascismo, el cual desconoció la existencia de esta forma privada de solucionar los conflictos.

148 En Alemania, la escuela Pandentística con Savigny expuso en un inicio que el arbitraje era esencialmente de naturaleza pública, oponiéndose a Grocio: Se argumenta que en Roma dicha institución solo se consolidó con la protección que se hizo a partir del edicto del pretor y el emperador, Ver *System des heutigen römischen Rechts* (Ferri 2021, 6). No obstante, Georg Friedrich Puchta, en *Pandekten- «Kompromiss»*, reconoció el origen e incidencia de la autonomía privada en el compromiso. Por consiguiente, en Alemania a través de los debates de la escuela Pandentística, el arbitraje se configuró como de naturaleza mixta público-privada desde mediados del siglo XIX- haciendo énfasis claro a la incidencia pública del arbitraje. Estas posturas fueron las acogidas posteriormente en las corrientes romano-germánicas del derecho que separó la noción de *arbitrer* a la de *arbitratus* (Ferri, 2021. Pg.6-14). Ver Bernhard Windscheid en *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Christian Friedrich Von Glück, en *Usus modernus pandectarum*, entre otros, por ejemplo. Estas discusiones en lo referentes al arbitraje fueron acogidas en el BGB alemán y en las codificaciones europeas continentales del siglo XX (Ferri, 2021. pg16). Como explica Paricio & Barreiro, (2010, págs. 224-225): “el proceso constructivo de una cultura jurídica alemana del derecho privado se debió(...) a la corriente científica (...) *usus modernus padectorum* (...), que protagoniza la adaptación del *ius commune* a las condiciones socio culturales del área germanica, utilizando para ello las aportaciones de la ciencia jurídica italiana (...) y los resultados de la interpretación de la misma practica judicial, así como los materiales proporcionados por los derechos locales y territoriales germánicos”. Situación muy distinta se vivió en Francia o España donde la unificación del derecho se llevó a cabo por medio del absolutismo monárquico.

149 Por primera vez, en 1904, año de celebración del entendimiento cordial entre Francia y Inglaterra, la corte de casación francesa afirma el efecto de validez de un arbitraje realizado a partir de una cláusula compromisoria.

150 « Or c’est cette même année 1923 que des efforts internationaux sont consentis en vue de développer l’arbitrage, alors considérée comme une institution destinée à favoriser les affaires et donc comme une institution de paix. Ainsi en janvier 1923 la Chambre d’arbitrage de la Cour de commerce internationale ouvre ses portes à Paris : elle est destinée à favoriser l’arbitrage entre les différentes nations et particulièrement entre la France, l’Angleterre et l’Allemagne. Très clairement le monde financier, commerçant, s’organise pour éviter une nouvelle guerre, pour protéger les investissements massifs qui ont été faits en Europe et la France, pays allié le plus proche de l’Allemagne, apparaît comme la mieux placée pour concentrer ces efforts. Également le 24 septembre 1923 est adopté à Genève, à l’initiative de la Société des Nations, un protocole qui valide la clause compromissoire

En otras palabras, la consolidación del arbitraje en Francia se da más bien en un periodo tardío en comparación con naciones como Inglaterra<sup>151</sup> y Alemania<sup>152</sup>, países que adoptaron desde mucho antes una política de apertura económica y dieron mayor importancia a la autonomía privada de las partes.

- C) En paralelo, en Colombia, como si fuese un ordenamiento calcado del francés, se promulgan las Leyes 103 de 1923, 105 de 1931 y Ley 2 de 1938<sup>153</sup>. No obstante, hay que resaltar que en Colombia existió una influencia propia del derecho español que puede rastrearse desde las siete partidas y la necesidad de aplicar el arbitraje en las colonias<sup>154</sup>. Por otra parte, si bien en la Constitución de 1886 se contempló en el Título XV – De la Administración de Justicia-, la posibilidad de conformar tribunales autónomos de comercio, <sup>155</sup> fue solamente hasta los años 1970, con la expedición del Código de Comercio y

*stipulée dans un contrat international. C'est pour le ratifier que la France modifie en droit en 1925, admettant la validité de la clause compromissoire en matière commerciale, tant interne qu'internationale* » (Jallamion 2018, 303)

151 “*There is not parallel in the English law of arbitration to what is known in French law as “amicable composition”, under which the parties bind themselves to treat the arbitration award as conclusive, and thereby debarred from resorting to the courts*” (Ellenbogen 1952, 659). En el Sistema inglés hay una semejanza evidente con el arbitraje Romano en la medida que las partes por medio del compromiso se obligan a pagar a la otra una cantidad de dinero en caso de incumplir la decisión de los árbitros.

152 Además, en el caso alemán es de recordar que el derecho romano fue derecho vigente hasta la expedición del CGB. Por ende, el derecho en Alemania hasta finales del siglo XIX fue controlado por la corriente *pandentística* del derecho romano. Igualmente, Carbonneau, (1984.pg739) manifiesta de manera expresa que en Francia : «*Avant le Décret du 14 mai 1980, les règles concernant a l'arbitrage figuraient dans le code de procédure civile de 1806 et étaient bien loin de satisfaire aux besoins modernes en matière d'arbitrage. Bien que les tribunaux aient bien assoupli et adapté ces textes désuets en fonction des réalités modernes, leur attitude initiale à l'égard de l'arbitrage a été marquée par la même défiance que celle ayant animé les premières décisions de justice en Angleterre et les États-Unis. (...) dans le régime antérieure (...) l'arbitrage n'était pas considéré comme un mode autonome de règlements des différends. Contrairement à l'évolution observée en Angleterre (...)*».

Ahora bien, es importante resaltar que las primeras decisiones tomadas en Inglaterra de las que habla el autor datan de medio siglo antes que las adoptadas en Francia. Al mismo tiempo, como lo afirma él mismo autor, existió en Inglaterra una tendencia de considerar el arbitraje desde una perspectiva de la autonomía privada, en contraposición al sistema francés *ius publicista*. En otras palabras, las teorías contractualistas de René David y Philippe Fouchard es solo una muestra del “ego francés “que nada tiene que ver con su tradición procesalista de su país.

153 Aunque se reconoce el arbitraje en estas leyes, la jurisdicción pública se muestra negativa a aceptar una forma autónoma de solución de controversias fuera del aparato público. Por ende, el arbitraje es poco institucionalizado o mencionado. El artículo 1 de la Ley 103 de 1923 menciona que solo en casos excepcionalísimos los particulares pueden administrar justicia. Solo con el artículo 5 de la Ley 2 de 1938 se reconoce la validez de la cláusula compromisoria.

154 A pesar de las Leyes del Toro-1505-, la recopilación de las Leyes de Indias- 1680-, las Ordenanzas de Bilbao-1737, “*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*” (Zappalá, 2010. Pag. 208) Por consiguiente, es de suponer que la consolidación del Imperio Español impidió el florecimiento del arbitraje, sobre todo por el absolutismo que predicó España. Del mismo modo, España adoptó un sistema de restricción del intercambio mercantil con otras potencias europeas, y reguló relaciones monopolísticas en el comercio, por lo que el arbitraje se vio restringido. Francisco José Urrutia (1920. pag.15) explica: “*(...) emancipadas de España las que fueron colonias de ella en el mundo americano, y constituidas en Estados Independientes, penetraron en la sociedad internacional sin preparación alguna. No habían recibido convenientemente educación por el régimen de libertad los pueblos americanos que de España dependieron*”. Ver también José M, (1959.pag. 95): “*Aparte la tendencia codificadora y uniformista del derecho civil, la monarquía, en donde siquiera de derecho resultan acumulados todos los poderes, legisla para cada asunto por medio de pragmáticas equivalentes a los reales decretos (...)*”. En Colombia, el artículo 188 de la Constitución de Cúcuta permitió la utilización de la legislación española vigente después de la independencia, por lo que el derecho de Castilla, las leyes del Toro, las ordenanzas de Bilbao, las siete partidas y el derecho indiano fue derecho vigente hasta que el artículo 15 de la ley 153 de 1887 que derogó toda la legislación española. La legislación española fue considerada vigente incluso por la Recopilación Granadina de 1845 y la Ley “orgánica del Poder Judicial de la Confederación” del 29 de junio de 1859. No obstante, desde la Constitución de 1853 y la creación del Estado de Panamá en 1855, se les permitió a diferentes Estados Federales de la nueva Granada de gozar de plena autonomía para organizar su legislación civil, comercial y judicial interna. Por lo tanto, mientras el Estado de Cundinamarca adoptó el código civil chileno de Andrés Bello, otros Estados pudieron seguir implementando la legislación española; Ver Gonzáles de Cancino (2007.pág 33-51).

155 El Artículo 163 de la Constitución de 1886 dispone: Podrán crearse Tribunales de Comercio. Sin embargo, los tribunales de Comercio tienen origen en Francia en el *Code de Commerce* de 1806. Hay que aclarar que estos tribunales no son propiamente ces arbitrales, sino órganos jurisdiccionales especializados en materia mercantil. Ahora bien, los orígenes de los métodos privados

el Código Procedimiento Civil cuando se habla de una mediana consolidación de dicha institución en nuestro ordenamiento<sup>156</sup> Luego, a finales de los años 1980, el Decreto 2279 de 1989 derogó las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código de Comercio en lo referente al arbitraje y estableció una mediana unificación de la institución en Colombia<sup>157</sup>. No obstante, solo hasta 1991, con el artículo 116 de la Constitución se permite delegar funciones jurisdiccionales a particulares en los términos que dictamine la ley y ya se habla formalmente de arbitraje en el país<sup>158</sup>. Se recuerda que

de resolución de conflictos en Colombia se encuentran en la ley 14 de octubre de 1821-art111-112, la Ley 14 de 1834, el Código de Comercio de 1853, entre otras leyes ya mencionadas en el presente trabajo.

156 Ver Bejarano 2020, 410

157 El art. 1 establece los asuntos que pueden ser sujeto de arbitraje, el art. 3 establece que el pacto arbitral debe ser escrito, el art. 5 determina los requisitos de validez del pacto arbitral, el art. 6 dispone que los arbitrajes pueden ser a conciencia, en derecho o técnicos, entre otras disposiciones.

158 A través de la Sentencia de unificación SU.174/07 de la Corte Constitucional, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, se dejó clara la postura jurisdiccional del arbitraje en Colombia: “El artículo 116 superior no deja duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros, al disponer que éstos pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia. El carácter jurisdiccional de la función arbitral se deriva, a su vez, del hecho de que, mediante el pacto arbitral, las partes sustraen el caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituida por el tribunal de arbitramento – el cual no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una derogación del sistema estatal de administración de justicia para el negocio en cuestión”. Esta tendencia de reconocer al arbitraje desde una postura jurisdiccional es de vieja data en la Corte Constitucional C-242 de 1997: El arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico ; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley. [...] La decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia. Esta línea argumentativa se rastrea también en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia desde 1969: “Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de fecha 29 de mayo de 1969, con ponencia del H. Magistrado Luis Sarmiento Buitrago: “[...] b) El arbitramento es un verdadero Juicio. Por esta inclusión del arbitramento entre los procedimientos que regula el Código del ramo, deber ser tratado como un verdadero procedimiento, sea simplemente ad similitudinem iudiciorum, como dijo Paulo, sea como verdadero juicio, según la tesis del procurador. Mas no es solamente por esta razón de mera técnica positiva por lo que debe ser tratada así la cuestión, sino porque conceptualmente se trata de eso, ya que, como todo procedimiento, es un medio de acción que tiene por objeto la efectividad de los derechos sustantivos, dentro de un orden preestablecido que permite a los árbitros el cumplimiento del encargo conferido a ellos por las partes y que facilita a éstas una amplia y metódica discusión de sus derechos. Pero es un procedimiento que difiere sustancialmente del común de los procedimientos estrictamente judiciales, por varias razones que lo tipifican de manera especial: porque no lo adelantan personas investidas de manera permanente de la jurisdicción del Estado para decidir en nombre de la República, sino por particulares designados para ello por las partes, que derivan del acuerdo de estas mismas la facultad de decidir con efectos de sentencia, por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de homologación o confirmación judicial posterior; porque es un procedimiento que no puede ser utilizado por toda clase de personas, sino por aquéllas que tengan capacidad legal para transigir esto es, que puedan directamente y ante sí terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual; y porque no toda diferencia o controversia puede ser sometida a arbitramento, sino aquéllas sobre las cuales sea lícito o permitido transigir”. (Citas Extraídas de: Florez, 2010, pág. 150) Ver También STC14794-2019 de la Corte Suprema de Justicia. Colombia. No obstante, a pesar de la aceptación del origen del arbitraje desde la teoría jurisdiccional-visión ius publicista que predomina-, se reconoce que el arbitraje es de naturaleza mixta, puesto que subsiste un pequeño escollo contractualista con base al compromiso que es originado por la autonomía privada: Las características del arbitraje han sido identificadas por la Corte de la siguiente manera: i) voluntariedad: porque existe un acuerdo previo libre y voluntario de las partes en conflicto de someter sus disputas a un tribunal de arbitramento. En ese sentido, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, “... tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. En ese orden de ideas, “... es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo.”; ii) temporalidad: el ejercicio de la función judicial atribuida a los particulares en calidad de árbitros es transitoria y se limita a la cuestión propuesta por las partes en conflicto. Para este Tribunal “... no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace



la incorporación del arbitraje en Colombia se debe en parte a la apertura de las relaciones económicas y comerciales fomentadas por el FMI y el Banco Mundial en la liberalización económica de América Latina. Así, en este contexto, con la Ley 23 de 1991, el decreto Ley 2651 de 1991, Ley 80 de 1993, Ley 270 y 315 de 1996, Ley 1285 de 2009 y el decreto 1818 de 1998, se da forma a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos que se conocen hoy<sup>159</sup>. No obstante, solo con la Ley 1563 de 2012 se instauró una normatividad unificada de arbitraje, oponiéndose a la dispersión presentada con anterioridad<sup>160</sup>.

D) En conclusión, el arbitraje es una institución bastante reciente en Colombia y que obedece a la ampliación de las relaciones mercantiles en el mundo de la globalización. Lo interesante aquí es que, a pesar de que Roma nunca conoció de la tecnología y las herramientas de la comunicación, sí conoció una ampliación comercial e interacción con otras culturas que explican la consolidación del arbitraje y que son la base de nuestra institución moderna. Así mismo, Roma nos demuestra que cuando el arbitraje se institucionaliza demasiado esta institución desaparece porque hay un Estado que centraliza cada vez más el poder.

Así mismo, vista la herencia francesa, italiana, alemana, inglesa y española en nuestra legislación arbitral, se puede afirmar que Colombia es de la corriente mixta: aboga por la autonomía privada basada en el *compromissum*, pero busca dar un trato a la institución arbitral desde una visión *ius publicista*, como si de un proceso judicial se tratase. Es decir, el arbitraje tiene en Colombia su fundamento en el derecho público, pero que a su vez conserva algunos matices contractualistas<sup>161</sup>. No obstante, el fundamento de la aplicación del arbitraje lo encontramos en la autorización que hace el Estado para que terceros ejerzan funciones de administración de justicia, contrario a lo que algunas teorías monistas en el país afirman<sup>162</sup>.

---

de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art 113)”; iii) excepcionalidad: el ejercicio de jurisdicción por los particulares tiene límites materiales, como quiera que no todo asunto puede ser resuelto en un laudo arbitral, pues existen bienes jurídicos cuya disposición no está sujeta a una resolución arbitral particular, así se haya estipulado voluntariamente por las partes en conflicto. En ese orden, con fundamento en el principio de la seguridad jurídica, ciertas materias, como aquellas relacionadas con la garantía de los derechos fundamentales, no podrán ser objeto de arbitraje, toda vez que están reservadas a los jueces; y iv) es una figura de naturaleza procesal: la solución de las controversias jurídicas sometidas a los particulares investidos de jurisdicción debe realizarse en concordancia con la Constitución y la ley. En ese sentido, el arbitraje tiene la naturaleza de un proceso, en el que se respeten las garantías fundamentales de defensa y contradicción de las partes enfrentadas, a través de etapas y oportunidades para el debate argumental, la valoración de las pruebas aportadas y la revisión de los pronunciamientos hechos por las partes.

159 A pesar de la promulgación de estas leyes, nunca se llegó a tener en Colombia una normativa unificada en materia de arbitraje hasta la Ley 1563 de 2012. Del mismo modo, con la llegada del arbitraje internacional el Estado se preocupó cada vez más en regular este mecanismo, sus requisitos y la validez del laudo ante la jurisdicción interna. A causa de esta dispersión y problemática, se le encarga al maestro Fernando Hinestroza la redacción de un proyecto unificado en materia de arbitraje que se consolidó con la Ley 1563 de 2012. Ver: Jonhatan Tarazona. “Ruta histórica legislativa del arbitraje nacional colombiano”. Revista Chilena de Derecho” (2011. No116. Pg15).

160 Ver: Jonhatan Tarazona. “Ruta histórica legislativa del arbitraje nacional colombiano”. Revista chilena de derecho (2011. No116. Pg15).

161 Ver Pablo Rey Vallejo (2013). El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización. 126 Vniversitas, Pg.203-208.

162 Se está de acuerdo con lo que Garavito (2013) argumenta al respecto en su texto frente a la concepción del arbitraje en Colombia desde el dualismo y monismo (pg.11). Se recuerda que el monismo sostiene que la realidad está compuesta en su totalidad por una única instancia. Por lo anterior, para las teorías monistas, tanto el derecho interno como internacional son inseparables el uno del otro, puesto que se componen de la misma sustancia. En Colombia, la Corte Constitucional, Sentencia C400 de 1998, intentó explicar las distintas teorías sostenidas por el monismo y dualismo desde el punto de vista constitucionalista, internacionalista y moderado. A diferencia del monismo, la teoría dualista afirma que el derecho interno es totalmente diferenciable del derecho internacional, puesto solo mediante la figura del Estado, mediante la aceptación del Estado de una convención internacional, ese derecho internacional es aplicable al derecho interno- teoría de supremacía del Estado como creador de derecho-. En otras palabras, el monismo por definición rechaza la idea de que el Estado es el ente máximo soberano. En Colombia, la Corte Constitucional estableció

## 7. Algunos aportes del arbitraje romano y críticas a la ley 1563 de 2012.

Ahora bien, visto el recuento histórico del arbitraje, es momento de detenerse en las bases del arbitraje moderno y los aportes del derecho romano a nuestra institución actual.

### D) El pacto arbitral

Es evidente que Roma planteó la base contractualista del arbitraje a través del compromiso: un acuerdo de voluntades que nace de la autonomía privada para facilitar las relaciones comerciales entre las personas. Esto se mantiene vigente en el artículo 3 de la ley 1563 de 2012 que dispone:

*“El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.*

*El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.*

*En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho”.*

Así como se determinó en Roma, en la legislación moderna hay ciertos asuntos que no pueden ser delegados a la autonomía de las partes por estar en completa oposición con los intereses del poder<sup>163</sup>. Por consiguiente, el arbitraje solo es viable frente a los asuntos donde haya capacidad de transigir. Estos asuntos deben estar fuera del derecho público y únicamente vinculados a controversias económicas patrimoniales. Se recuerda lo determinado en el artículo 1 de la ley comentada:

*“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. (...)”*

Además, la herencia romana enseña que el arbitraje se rige por la equidad y la autonomía. Esto, ya que la historia de dicha institución denota que el intercambio comercial y los principios de celeridad e informalidad deben ser los principios que rijan este mecanismo.

---

que Colombia es miembro de la corriente del monismo moderado, lo cual se trata de desvirtuar en este trabajo.

163 Por ejemplo, Ramiro Bejarano (2020 pg. 413) manifiesta que desde la promulgación de la ley 1285 de 2009, la sentencia C-014 de 2010 se cerraron las puertas para que el arbitraje conociera de procesos de la jurisdicción voluntaria. Ahora, aunque desde el Alto Imperio no son transigibles las disputas que tengan que ver por ejemplo con el estado civil de las personas, la patria potestas, entre otros temas de jurisdicción voluntaria, Roma enseña que todos los asuntos patrimoniales que no afectan al derecho público son transigibles, por lo que se aboga que es posible transigir sobre asuntos de jurisdicción voluntaria que tengan efectos únicamente económicos y no afecten el derecho público. A su vez, desde la concepción del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, no se puede transigir sobre el contenido de los actos administrativos, solo los efectos patrimoniales emanados del mismo. Esto también ya se discutió en Roma cuando se excluyó al *ius publicum* de los asuntos transigibles.

Por lo mismo, se concuerda en que reglamentar el arbitraje es necesario para dar seguridad jurídica y permitir su funcionamiento; pero, si el Estado se entromete demasiado en su regulación se convierte en un juicio más<sup>164</sup>, controlado por el aparato público. En este orden de ideas, es innegable la tradición jurídica colombiana tendiente a intentar ver el arbitraje desde un punto de vista *ius publicista* en los años recientes. Por ejemplo, admitir la procedencia de la tutela contra el laudo arbitral<sup>165</sup> es un mecanismo de institucionalización pública cada vez mayor del arbitraje. Se recuerda que, si se reglamenta demasiado el arbitraje este pierde su significado.

Así mismo, con la resolución No. 04 de 2018, se evidencia cómo al arbitraje nacional e internacional se le imponen más trabas en su funcionamiento y limitaciones frente a la viabilidad del compromiso en materia de contratación Estatal. Por lo anterior, es innegable estar de acuerdo con Ramiro Bejarano (2020), el cual sostiene que el arbitraje en Colombia es por definición jurisdiccional<sup>166</sup><sup>167</sup>. No obstante, se concuerda con Garavito (2013) en que en Colombia subsiste un matiz contractualista del arbitraje basado en el compromiso<sup>168</sup>. Sin embargo, estos rezagos subsistentes de autonomía están en peligro. Por ejemplo, con la interpretación de la Corte Constitucional, que declaró exequible el art 2 del decreto 2651 de 1991<sup>169</sup>, se aceptó la teoría de que el arbitraje es viable para procesos ejecutivos bajo estrictos lineamientos. Hay que dar las gracias a que hasta el momento no se ha promulgado una ley que reglamente la materia como exige la Corte Constitucional, más aún cuando no es clara la división del ámbito privado y público de dicha institución.

## II) *Receptis arbitris y laudo*

Frente a la aceptación del árbitro se recuerda que, tanto en el periodo clásico de Roma, como hoy en día,

164 Por ejemplo, establecer lineamientos rígidos procedimentales obligatorios por los cuales debe regirse el arbitraje, la revisión amplia de las decisiones arbitrales por parte de los jueces, una mayor limitación del alcance de las decisiones arbitrales, limitar cada vez más las situaciones que pueden ser susceptibles de arbitraje, todo acto que limite la esencia flexible comercial de la institución, puede ser considerado como acción encaminada a erradicar el arbitraje por parte del poder público.

165 Ver Corte Constitucional. T-055/14 M.P: Alberto Rojas Ríos: 3 de febrero de 2014 y la Sentencia SU-033 de 2018. M.P Alberto Rojas Ríos: 3 de mayo de 2018. Esta parte se resuelve en las conclusiones de este trabajo.

166 Se atreve comentar que, en Roma, durante el periodo clásico del derecho romano, el arbitraje conservó aspectos mucho más contractualistas. El árbitro nunca poseyó *imperium, coertio, potestas o executio*. Así mismo, el árbitro nunca ejerció *iurisdictio*, ni era investido temporalmente con estas funciones. El arbitraje era protegido exclusivamente por vía contractual y el laudo no daba trámite a cosa juzgada ni a la *actio iudicati*. Por el contrario, en Colombia, a pesar de que el árbitro sigue sin tener *imperium o coertio*, si es investido temporalmente con funciones jurisdiccionales, puede fallar en derecho y el laudo arbitral da trámite a cosa juzgada. Ver Bejarano, (2010) pg. 411-413.

167 Se recuerda lo dispuesto en la C-1038 de 2002: “*El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial- en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan estas actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial (...)*”.

168 La Corte Constitucional en Sentencia C-538 de 2016, MP. Luis Hernesto Vargas Silva, reconoció de manera expresa la aplicabilidad de la teoría mixta o eclética del origen del arbitraje: “*Es posible considerar que el actual modelo constitucional en cuanto al arbitraje adopta la postura mixta, puesto que (i) somete la justicia arbitral a la regulación legal del Estado, por ejemplo excluyendo determinadas materias de dicho mecanismo de resolución de conflictos, o fijando el procedimiento aplicable al tribunal de arbitramento; y simultáneamente (ii) acepta que la activación de dicho mecanismo exige la preexistencia de un pacto arbitral a través del cual las partes habiliten la actividad jurisdiccional de los árbitros*”.

169 Corte Constitucional. C-1038 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lineet. Bogotá D.C, veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002).

la ley 1563 prohíbe desistir del encargo una vez aceptado<sup>170</sup>. A su vez, al momento de instalarse el tribunal arbitral y consignar los respectivos honorarios<sup>171</sup>, nace la obligación de pronunciarse sobre la controversia. Por otra parte, el laudo arbitral debe ser en derecho o en equidad en función de la voluntad de las partes. Aquí es importante hacer la acotación de la herencia romana, puesto que, aún si el laudo debe ser proferido en derecho en algunos casos, el árbitro en todo momento debe tener en cuenta los principios rectores de la institución arbitral basada en la buena fe - *bona fides* - y la equidad heredada de Roma. Del mismo modo, así como en Roma, el árbitro tiene que ser un buen ciudadano y pro hombre<sup>172</sup>, no puede haber sido condenado por sentencia judicial privativa de la libertad, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución. Además, debe contar con unos requisitos mínimos para ser árbitro. A su vez, en el momento de emitir decisión de fondo se extingue la facultad de ser árbitro<sup>173</sup>. Ahora, frente al laudo, tanto como hizo Justiniano en el Digesto, en la ley 1573 de 2012 se establecen requisitos que se deben cumplir para que el Estado reconozca la validez de la decisión arbitral. Por ello mismo, se habla de causales de nulidad o de revisión del laudo arbitral que deben ser interpretadas de manera restringida para proteger el funcionamiento de esta institución<sup>174</sup>. No obstante, algunos llaman a estas causales como “impugnación” del Laudo arbitral<sup>175</sup>, terminología que no es nada acertada. Desde el *corpus iuris civilis* se evidencia que el arbitraje nunca fue absorbido por la institución de la apelación, pues la esencia del arbitraje es que se conserve su carácter autónomo de la jurisdicción pública. Por este motivo se habla de causales de nulidad y revisión limitados, que nada tienen que ver con una impugnación.

Es aquí donde la herencia de Roma debe prevalecer; esto es, cuando se evidencia una tendencia cada vez mayor de anular las decisiones arbitrales y someter a esta institución privada además de la anulación a la procedibilidad de la tutela. Es decir, el arbitraje está perdiendo cada vez más autonomía en la tendencia *publicista y jurisdiccional*<sup>176</sup>.

170 A menos que medie causal de recusación, impedimento, a falta al deber de información. Art 15 y 16 de la Ley 1563 de 2012.

171 Ver artículo 27 de la Ley 1563. Incluso, aceptado el encargo y no habiéndose cumplido el termino para consignar los honorarios el tribunal debe pronunciarse sobre la validez de la cláusula arbitral.

172 Ver artículo 7 Ley 1563 de 2012.

173 Ver artículo 35 de la Ley 1563 de 2012

174 Ver artículo 167 del decreto 1818 de 1998 y artículo 40 a 45 de la ley 1563 de 2012.

175 Ver Bejarano (2020), pg. 450.

176 La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 1 de julio de 2009, M.P William Namén Vargas demuestra de forma ostensible la naturaleza mixta del arbitraje en Colombia- con fuerte tendencia jurisdiccional: “La fuente generatriz del arbitramento es un acto dispositivo, *rectius*, “pacto arbitral” o negocio jurídico “compromisorio” (cas. civ. sentencia de junio 17 de 1997, exp. 4781), fruto de la autonomía privada, por cuya inteligencia, las partes de un conflicto, litigio, disputa o res dubia, determinado, actual y presente (compromiso, *compromissum de cum promittere*, [tanto como prometer]; *simil promittere stare sententiae arbitri* [prometer al mismo tiempo, atenerse al parecer de un árbitro], artículo 117 de la ley 446 de 1998) o de una, varias o todas las controversias contingentes, hipotéticas, potenciales e inminentes derivadas de la formación, celebración, ejecución y terminación de un contrato mediante acuerdo contenido en cláusula expresa (*accidentalia negotia*) o en documento anexo (cláusula compromisoria, *pactum de compromittendo*, artículo 116 de la ley 446 de 1998), con sujeción al ordenamiento jurídico disponen someter su conocimiento y decisión a un tribunal arbitral (*arbiter ex compromisso*) investido en virtud de la disposición de las partes por mandato constitucional expreso de la función pública jurisdiccional de administrar justicia, idénticos poderes disciplinarios, de coerción, ordenación, investigación, deberes y responsabilidades de los jueces permanentes, esto es, dotado por excepción, en forma temporal y transitoria de *iurisdictio*, *auctoritas*, *potestas* e *imperium*, originando un proceso judicial de única instancia por carencia de superior funcional, sujeto a las directrices preordenadas por las partes y el legislador; al respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales, especialmente, el debido proceso, el derecho de defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia, comprensivo de un procedimiento integrado de diversas etapas procesales en las cuales se proferieren providencias judiciales

### III) Aportes novedosos del derecho romano.

Para terminar, sería importante resaltar que Roma tiene todavía innovaciones a considerar en el presente. A modo ilustrativo, un demandante alega la existencia de un compromiso o cláusula compromisoria; como consecuencia, se surten los trámites de aceptación, instalación del tribunal arbitral y se llega a la audiencia de conciliación, en la cual no se logra acuerdo alguno. Por lo anterior, se fijan los honorarios que deberán pagar los interesados y el demandante cumple debidamente con la consignación de su parte, pero el demandado se niega a consignar y el demandante no tiene dinero suficiente para consignar el monto de su contraparte. ¿Qué hacer con la persona que incumple el pacto arbitral? En la actualidad parece no haber sanción por incumplimiento de la cláusula compromisoria, o el compromiso, a pesar de catalogar abiertamente el pacto arbitral como un negocio jurídico en el artículo 3 de la ley 1563. Si se buscan los orígenes contractuales de dicha institución en Roma, se permite dilucidar que sí debería haber una sanción emanada del contrato en caso de incumplimiento, como en cualquier relación contractual. ¿Por qué no optar igualmente por cláusulas penales compromisorias, como se hacía en Roma, en caso de incumplimiento? Del mismo modo, Roma adoptó el arbitraje en situaciones interesantes de estudio que podrían ser muy utilizadas en Colombia. Por ejemplo, el arbitraje testamentario, por el cual el *de cuius* obligaba a sus herederos a solucionar controversias patrimoniales después de su muerte por arbitramento<sup>177</sup>.

Es así que se concluye que Roma aún tiene mucho que aportar para el entendimiento de esta institución jurídica y donde muchas veces para innovar solo se tiene que mirar el pasado

## 8. Conclusión.

- A) De conformidad con el marco teórico sociológico e histórico del presente ensayo, se llegó a la conclusión de que los mecanismos privados de resolución de conflictos anteceden a cualquier forma pública de impartir justicia. De esta forma se constató que en la Roma antigua se pasó de una justicia primitiva en manos de los particulares, donde la autotutela prevalecía, a una justicia hetero compositiva, en la

---

*de trámite o interlocutorias, concluyéndose mediante un laudo o sentencia arbitral definitiva decisoria de la litis planteada*". En dicha sentencia se estableció que el beneficiario o fideicomisario no puede beneficiarse de una cláusula compromisoria establecida en el contrato de fiducia porque es un tercero – el compromiso no lo vincula y, además, se recuerda que los árbitros ejercen funciones limitadas, temporales y transitorias de administración de justicia por autorización del Estado. Aún cuando se reconoce el ámbito *contractualista* del compromiso, el análisis de la autonomía de las partes que hace la Corte Suprema de Justicia es bastante reducido para tan grandes civilistas. En Colombia, la estipulación por otro, que beneficia y no perjudica a un tercero, es válida- Art 1506 del C.C: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”. Se recuerda que el beneficiario tiene *interés* en el contrato de fiducia y por tanto de las vicisitudes que resulten del contrato. Por consiguiente, ¿Porque determinar que la cláusula compromisoria no puede aplicársele al fideicomisario cuando es él el que se beneficia de la fiducia y es la causa final del contrato? Lo más probable es que sea por la tendencia de ver el arbitraje desde el punto de vista jurisdiccional restringido, lo cual limita cada vez más la autonomía privada e impide la utilización de la institución arbitral.

177 En el derecho español se ha establecido validez a las cláusulas arbitrales testamentarias para cuestiones de distribución o administración de la herencia entre herederos y legatarios-art 10 Ley 60/2003, España. Esto es una herencia romana donde: “la conexión entre la materia testamentaria y el arbitraje se manifiesta ya en la Ley de las XII Tablas, del siglo V a.C., *legis actio per iudicis arbitri postulationem*, para los supuestos en los que se planteaba una controversia en la división de una herencia entre coherederos o legatarios” (Bujan 2017).

cual un tercero resolvía las controversias surgidas entre las partes. En paralelo, se observó que el poder público se expandió y monopolizó cada vez más la justicia; como consecuencia de ello, los mecanismos privados de resolución de disputas fueron cada vez más institucionalizados por el “Estado”<sup>178</sup> y en ese contexto se consolidaron las bases del arbitraje que se conocen en la actualidad.

- B) Ahora bien, en aras de entender el arbitraje en la historia, se probó que dicha institución se construyó a través del intercambio mercantil en una civilización que ante todo optó por el “pragmatismo”<sup>179</sup>. Roma se forjó en función del comercio y su expansión territorial. Por consiguiente, a medida que Roma se expandió, adoptó soluciones jurídicas que se acomodaban a sus necesidades políticas y mercantiles. Como lo afirma Spengler (1928-1923), Grecia fue Don Quijote y Roma Sancho Panza<sup>180</sup>. Es por esta razón que la construcción del arbitraje en la historia debe entenderse bajo la máxima romana *mutatis mutandis*- aplicando los cambios necesarios-. El arbitraje fue institucionalizado por el poder público para mantener la convivencia social con los pueblos sometidos y, por ende, para controlar cada vez más las vidas privadas de las personas. Al mismo tiempo, el arbitraje conservó su esencia contractualista con el fin de privilegiar el comercio de cabotaje y la romanización.
- C) No obstante, también se observó que el arbitraje desapareció en el momento en que el monopolio del poder del emperador en oriente fue total. Por ende, esta institución se preservó en Occidente gracias a que la Iglesia Católica de Roma buscaba conservar su autonomía y afincar su poder. Del mismo modo, los gremios de comerciantes se iban consolidando en Europa Occidental, lo cual permitió la conservación del arbitraje. En otras palabras, parece que el arbitraje, además de ser una herramienta que incentiva el comercio, también es un mecanismo de legitimación del poder.
- D) Ahora, frente a los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos que existieron en Roma, se puede concluir que estos fueron poco a poco institucionalizados por el poder público. Se evidencia que un principio estos se basaron en la moral y la costumbre, con un valor abstracto, y fueron adquiriendo una concepción jurídica que se mantiene hasta hoy. En este paso de la moral al *ius* nacen las instituciones jurídicas modernas del arbitraje, la *transactio*, la conciliación entre otros. Es por este motivo que el arbitraje debe ser considerado como un mecanismo, ante todo, basado en los principios de la *bona fides*, *aequitas*, con una finalidad preponderantemente comercial que privilegia la autonomía

178 Poder público-emperador.

179 La teoría del pragmatismo fue creada en los Estados Unidos a finales del siglo XIX. Dicha corriente filosófica se centra en la vinculación práctica de la teoría. Es decir, en la obtención de resultados. La palabra pragmatismo deriva de los léxicos griegos -πράγμα- *prassein*- (hacer) y *ma* (resultado) y el sufijo *ismo* (actividad, sistema, doctrina). En otras palabras, pragmatismo significa la actividad, doctrina o sistema, que se ocupa de crear resultados. Ver Real Academia de la Lengua- pragmatismo: <https://dle.rae.es/pragmatismo>.

180 Don Quijote es un hidalgo, hombre de clase media alta y Sancho Panza es su vecino, de origen humilde y de poca educación. Don Quijote vive en un mundo idealizado, intelectual, de un caballero andante. Por el contrario, Sancho Panza es un hombre ignorante, pero práctico que siente gran admiración por los ideales de Don Quijote. Los dos hombres se convierten en inseparables, pero mientras Don Quijote piensa en el mundo ideal, Sancho trata de hacer entrar en razón a Don Quijote, quienes muchos tildan de loco. Es por esto que cuando se compara a Grecia con don Quijote, se está haciendo referencia a una Grecia idealizada, intelectual, culta, pero poco práctica -un sueño irrealizable-. Por otro lado, cuando se hace la comparación de Roma con Sancho Panza se habla de una civilización de origen humilde, ignorante, pero práctica que sintió admiración por su vecino intelectual y buscó traer ese mundo idealizado a la realidad.

privada. Roma enseña que el poder público solo debe intervenir i) en asuntos limitados que no pueden ser sujeto a acuerdo privado de las partes y 2) para permitir el adecuado funcionamiento de dicha institución.

- E) A partir de lo anterior, se descubrió que en la tradición jurídica occidental surgieron dos posturas de aproximación a la utilización del arbitraje. Por un lado, en países como Francia y España, aunque se reconoció la existencia de este mecanismo privado de resolución de controversias, se optó por privilegiar los intereses *ius publicistas* y jurisdiccionales en la impartición de justicia. Por consiguiente, el arbitraje en España y Francia fue relegado por el poder público. Esto se debió principalmente a la tendencia absolutista y a la limitación del comercio que se vivió en dichos países, en donde el arbitraje vivió verdaderos periodos de crisis y poca utilización. Por otro lado, en países como Alemania, Holanda, e Inglaterra, la apertura hacia del comercio permitió la conservación de la utilidad práctica del arbitraje: un mecanismo basado en la autonomía privada con fuertes vínculos contractualistas. En este contexto, se comprendió que el poder público debía institucionalizar el arbitraje solo para dar seguridad jurídica, permitir su funcionamiento y proteger los intereses de naturaleza pública.
- F) En relación con Colombia se concluye que hasta finales del siglo XX este país fue fiel heredero de la tradición francesa y española en lo que respecta al arbitraje. El poder público vio con desconfianza la aplicación de esta institución, la cual fue poco reglamentada o mencionada en la legislación. Solo con la paulatina apertura económica es que el arbitraje comienza a consolidarse<sup>181</sup>. Ahora bien, el arbitraje presente en nuestro ordenamiento se cataloga de naturaleza mixta: tiene su fundamento en la autorización del Estado para administrar justicia y en la autonomía privada de las partes por medio del pacto arbitral. Empero, esta autonomía está en constante peligro y contradicción con el poder público que busca cada vez más limitar estos rezagos de libertad. Parafraseando a Sócrates: el pasado tiene sus códigos y costumbres de los cuales se nos hace difícil desprendernos. La herencia del obscurantismo español y francés sigue más vigente que nunca en Colombia en el modo de ver esta institución alternativa de resolución privada de conflictos.
- G) De igual forma, no se sabe si la mayor institucionalización del arbitraje privado sea un termómetro que indique la existencia de una acumulación y centralización cada vez mayor del poder; pero, lo que sí es cierto es que, en la historia, cuando hubo dictadura el arbitraje no tuvo campo de aplicación. Es por esto que entender los orígenes de dicha institución y su evolución en el derecho romano, permite comprender el núcleo del funcionamiento de los MASC modernos. Comprender que las bases del arbitraje se remontan al mundo antiguo nos instruye en que este mecanismo es en esencia privado, pero solo puede funcionar cuando el Estado lo institucionaliza. Por consiguiente, Roma es la cuna de la consolidación del arbitraje moderno y tiene mucho que aportar al entendimiento de esta instrucción. No solo en lo que respecta al origen del arbitraje desde un punto de vista monista, dualista, contractualista o jurisdiccional, sino en un plano innovativo. Cuando se entiende el cómo, por qué y

---

181 Habrá que preguntarse en trabajos posteriores el papel que jugó la Estrella del Norte en la consolidación del arbitraje en Nuestro País.

para qué de esta institución, se encuentran soluciones jurídicas del pasado innovadoras en el presente. En nuestro pasado está la comprensión del presente y los debates del futuro.

H) Finalmente, se concluye que Colombia está perdiendo la oportunidad de ver el arbitraje como un verdadero mecanismo de desarrollo del comercio e inversión que tanto le beneficiaría al país. Mientras se siga viendo el arbitraje desde una postura jurisdiccional, como “un juicio más”, como tienden algunas Altas Cortes a interpretar, la utilización del arbitraje nunca será el esperado. Tal vez este ensayo sea un punto de inicio para que el legislador haga una reforma a la Ley 1563 de 2012 en donde :1) favorezca mucho más la autonomía privada de las partes, 2) examine nuevamente las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela contra el laudo arbitral, el cual no es un proceso ordinario, 3) amplíe y describa detalladamente los asuntos que son susceptibles de arbitraje en Colombia y 4) establezca expresamente que, aún cuando se deba fallar en derecho, el arbitraje siempre debe tener en cuenta los principios de la buena fe y equidad que nos enseña Roma.



## Bibliografía

### I. Derecho Romano (Historia e Instituciones):

- Arenas, L. C. (2014). La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (XXXVI), pp. 345 - 364.
- Arriola, J., Bonilla Saus, J., & Campo, M. (2010). Hugo Grocio: en los orígenes del pensamiento internacional moderno. *Universidad ORT Uruguay.*, 1-46.
- Bonfante, P. (1925). *Corso di diritto romano. I Diritto di famiglia*. Milán: Giuffrè.
- Bujan, F. d. (2017). *La deuda Historica del Arbitraje Moderno: Concordancia entre la ley 60 de 2003, de arbitraje y el derecho arbitral griego y romano*. Madrid: Dykinson.
- Cordoba, F. E. (2007). Del derecho Romano a las tradiciones jurídicas. *Democracia y justicia en tiempos de globalización*, 7-32.
- Correa, E. A. (2015). *Curso de Derecho Romano Tomo 1*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Emilio. P. (2014) "Modernidade e Medievalismo em Grócio: o discurso do método". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 14: pág. 485-513. DOI: 10.1016/S1870-4654(14)70013-3.
- Fernandez, A., & García, J. (2011). ARBITRAJE Y JUSTICIA ORDINARIA. LOS ARBITRAJES. *AFDUC*, 15(ISSN: 1138-039X), pp. 575-596.
- Ferri, G. (15 de noviembre de 2021). La costruzione teorica dei poteri dell'arbitro. *La Sapienza di Roma.*, 1-37. Obtenido de word press.: [http://www.storiadeldiritto.org/uploads/5/9/4/8/5948821/ferri\\_arbitrato.pdf](http://www.storiadeldiritto.org/uploads/5/9/4/8/5948821/ferri_arbitrato.pdf)
- Gandur, J. F. (2019). Reseña: Mercogliano, F., Hostes Novi Cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*(37), 361-266. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6068/7967>
- Garavito, D. (2013). La justicia arbitral en el derecho romano. *Cámara de Comercio de Bogotá*, 1-13. Obtenido de file:///C:/Users/JUAN%20PABLO/Downloads/2013%203.%20David%20Garavito%20Cuervo%20(1).pdf
- Gayo. Inst. *In codice rescripto bibliothecae capitularis veronensis nuper reperturum*. Extraído el 18/11 de 2021: <https://textos.pucp.edu.pe/pdf/4885.pdf>
- Gibbon, E. (2003). *Historia de la Decadencia y Caída del Imperio Romano*. Barcelona, España: Carmen Franci Ventosa.
- Hartman, D. (2016). *Archivio di Babatha*. Milano: AIDEIA EDITRICE.
- Hinestrosa, F. (2003). De los deberes morales a la obligación: del nexum a la spontio. . En F. Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones I* (págs. 60-65). Bogotá: Universidad del Externado.
- Kunkel, W. (1966). *Historia del derecho romano*. (J. Miquel, Trad.) Barcelona: Ariel.
- Lenel, O. (1927 reimp. 1985). *Das Edictum Perpetuum*. Leipzig: 3era edición.
- Livio, T. (2011). *Ab Urbe Condita*. (A. D. Sanchez, Trad.) Bruce J. Butterfield. Obtenido de

- <https://historicaldigital.com/download/tito%20livio%20i.pdf>
- López, R. J., & Molina, A. B. (2016). *Los peregrini durante el Alto Imperio. Exclusión e inclusión desde el siglo I hasta el 212 d.C.* Concepción, Chile: Tesis Magister en Historia. Dpto. de Ciencias Históricas y Sociales, Facultad de Humanidades y Arte. Universidad de Concepción. Obtenido de [http://repositorio.udec.cl/bitstream/11594/2059/3/Tesis\\_Peregrini\\_durante\\_el\\_Alto\\_Imperio%20.Image.Marked.pdf](http://repositorio.udec.cl/bitstream/11594/2059/3/Tesis_Peregrini_durante_el_Alto_Imperio%20.Image.Marked.pdf)
- Ihering (1889-1866). *Über der Grund Des Besitzshutzes ; Der Besitzwelle.*
- Meylan, F. (1955). *Cours de Droit Romain.* Faculté de droit, Université de Lausanne.
- Mitteis, Ludwig (2001). *Romishes Privatrecht bis auf die Zeit Dioketians.* Adamant Media Corporation.
- Modestino. (s.f.). l. sing. de manumissionibus.
- Mommsen. (1889-1996). *Droit Publique.* Paris. Versión traducida: Mommsen, T. (1942). *Compendio del Derecho Público Romano.* Buenos Aires: Ed. Impulso.
- Mommsen. (1983). *Historia de Roma, Volumen IV, desde la reunión de Italia hasta la sumisión de Cartago y Grecia.* Madrid: Ediciones Turner.
- Paricio, J., & Barreiro, A. F. (2010). *Historia del derecho romano y su recepción europea.* Madrid: Marcial Pons.
- Patricio, J. (2014). *Los arbitrajes privados en la Roma clásica.* Madrid: Marcial Pons.
- Pirenne, H. (1997). *Maometto e Carlomagno .* Laterza.
- Pujadas, J. (1979). “Una nota sobre la transactio”. *Anuario de derecho español, Uni Rioja.*, 643-652.
- Quisbert, E. (2006). *Las XII Tablas.* Recuperado el 26 de septiembre de 2021, de [ermoquisbert: https://ermoquisbert.tripod.com/dr/12t/12t\\_apunte.pdf](https://ermoquisbert.com/dr/12t/12t_apunte.pdf)
- Reyes López, M. J., & Buigues Oliver, G. (1996). Notas para un estudio histórico crítico de la fianza. *Anuario de derecho civil, 1401-1508.*
- Riccobono, S. (2021). Esbozo de la evolución del derecho romano. *Revista de Derecho Privado* (0123-4366), 497-5015. Obtenido de <https://eds-a-ebcohost-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=d4ccd5f2-5de7-4d60-94e3-94eb59da-7d2e%40pdc-v-sessmgro3>
- Rivas, E. A. (2017). La transformación de la ciudadanía romana en el fin del imperio. *Rev. estud. hist.-juríd. Universidad del Desarrollo, Concepción Chile* (39), 61-83. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552017000100061>
- Robles, J. R. (2009). *Ver Robles, Juan Ramón. Magistrados, jueces y árbitros en Roma. Competencia civil y evolución.* Madrid: Dykinson.
- Rodriguez, L. V. (1983). *Hugo Grocio y el derecho internacional.* Ecuador: Universidad Central del Ecuador.
- Sala, D. J. (1844). *Digesto Romano-Español.* Madrid.
- Sánchez, A. S. (nn). “Derecho Romano: En torno al ordo privatorum”. *Universidad de Extremadura;*

- Dialnetrioja.*, 479-501.
- Santos, F. J. (2007). "CIUDADANÍA ROMANA Y COSMOPOLITISMO MODERNO". *FISO. Universidad de Valladolid; Ministerio de Educación y Ciencia y Feder*, 254-265.
- Savigny, V. (1837) *Das recht des Besitzes*.
- Spengler, (1926). *La decadencia de Occidente: Bosquejos de una morfología de la historia universal*. Ed. Espasa-Calpe
- Stein, P. (1999). "Roman Law in European History. *Cambridge*" *University Press*, 1-37.
- Svetonio, G. (1994). *Vite dei dodici cesari*. RUSCONI LIBRI.
- Tamayo, J. Á. (2007). CRISTIANISMO Y MUNDO ROMANO: V y VI ciclos de conferencias. En U. d. Vasco (Ed.), *CRISTIANISMO Y MUNDO ROMANO: V y VI ciclos de conferencias, Área de Derecho Romano*. (págs. 11-247). San Sebastián, España: Argitalpen zerbitzua servicio editorial.
- Tejero, F. H., Fuenteseca, P., García, M., & Burillo, J. (1968). *El Digesto de Justiniano*. Pamplona: Ed. Aranzadi.
- Toynbee, A. (1950). "Rusia, Heredera de Bizancio". No. 49. *Unirioja*. Pág-125-140.
- Vallejo Pérez, G. (2018). *Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Romano: Especial referencia a la mediación*. Madrid: Dykinson. Obtenido de <https://www-digitaliapublishing-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/a/59854>
- Villey M (1975). *Cours, la formation de la pensée juridique moderne*. Paris
- Villareal, M. L. (2010). *La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Wenger, L. (1954). *Actio Iudicati*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción: Roberto Goldschmidt y José Julio Santa Pinter.
- Wenger, L. (1955). *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. New York: Liberal Art Press.
- Zappalá, F. (2010). "UNIVERSALISMO HISTÓRICO DEL ARBITRAJE". *Universitas*(121), 194-216. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a08.pdf>
- Zumpano, & Donati. (2014). "Alle Origini della Mediazione". *Tesis Corso Magistrale*, 1-55. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/79615197.pdf>.

## **2. Derecho Comparado (Histórico y Actual).**

### **Francia :**

- Carbonneau, T. (18984). « Étude Historique et Comparée de l'arbitrage:Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences ». *revue internationale de droit comparé* ., 727-781.
- Jallamion, C. (2018). « La tradition Francaise de l'arbitrage ». *Faculté de Droit et de Science politique*, 289-306.

Robert J & Moreau B. (1983). *L'arbitrage : Droit Interne, droit international privé*. Paris. Dalloz.

### **Derecho Español e Indiano:**

José M, M. y. (1959). *Sintesis Historica del Derecho Español y del Indiano*. Bogotá: Bibliográfica Colombiana.

Rojas. D (2021). “¿Arbitraje Papal? Alejandro VI y los descubrimientos Luso- Castellanos del siglo XV”. *Imago Temporis Medium Aevum*. Vol 15.p. 538-557.

Pineda. (2021). “El arbitraje y su contribución a la definición y delimitación de los espacios marinos”. *Anuario Español de derecho internacional*. Vol. 37. P.321-352.

Pozo. F (2021) “El procedimiento arbitral en el arbitraje de inversiones. Un análisis crítico desde el tripartito: Transparencia, Interés Público y Partición de Terceros”. *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*. Vol. 33. Pág.523-615.

Urrutia, F. J. (1920). *La evolución del principio de arbitraje en América*. Madrid: Editorial- América.

### **Alemania:**

Junker, A. (2017). *Internationales Privatrecht*. . Munich: C.H.Beck.

Respondek, A. (2014). German Arbitration. *The American Review of International Arbitration*, 25(2), 289-296.

### **Inglaterra:**

Ellenbogen, G. (1952). English Arbitration Practice. *Law and Contemporary Problems: Commercial Arbitration*. Published Duke University School of Law, 656-678.

Stavros Brekoulakis (2019) “Historical Treatment of Arbitration under English Law and the Development of the Policy Favouring Arbitration”. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, Fascículo 1. pp. 61-78

Marsh. N (2014) The English Arbitration Act. 1996: International Paradigm or Room for Improvement? *International Commercial Arbitration Review*, Vol., Issue 2. pp. 85-94

### **Italia:**

Anzilotti, D. (2021). *il diritto internazionale nel diritto interno*. Univ. degli Studi di Camerino Ristampe: edizioni scientifiche italiane.

Mantucci. D. & 20 altri (2010). Trattato di diritto dell'arbitrato - VOL. IV. Edizione Scientifiche Italiane.

Mantucci. D. & Perlingieri. M & D'Ambrossio. M. (2019) Dibattito sulle ricerche della dottrina Civilistica nel biennio 2017-2018. Ed. Sicientifiche Italiane.

### 3. Derecho Colombiano actual e Histórico:

#### Doctrina:

Bejarano, R. (2020). *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*. Bogotá: Temis S.A.

Cárdenas, J. H. (2016). MONISMO MODERADO COLOMBIANO: EXAMEN A LA TEORÍA OFICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DESDE LA OBRA DE ALFRED VERDROSS. *Vniversitas.l Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de La Sabana*(132), 197-234. doi:<http://dx.doi.org/10.111144/Javeriana.vj132>

Florez, Á. S. (2010). En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *RAI- Revista analisis internacional*, 147-154.

Gonzales de Cancino. E. (2007). *Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil Colombiano*. Universidad Externado de Colombia.

Tarazona, J. (2011). Ruta Historica legislativa del arbitraje nacional colombiano. *Revista Chilena de Derecho* (16), 1-15.

Villalba. J.& Valderrama. R (2008). “Orígenes y panorama actual del Arbitraje”. *Prolegómenos*. Vol. 11. Pp. 141-170

#### Jurisprudencia:

Corte Constitucional. C-1038 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lineet. Bogotá D.C, veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-347 de 1997. MP. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional C-242 de 1997. MP. Hernado Herrera Vergara.

Corte Constitucional. C-014 de 2010. MP. Mauricio Gonzales Cuervo.

Corte Constitucional. T-055/14 MP. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. SU.174/07, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-538 de 2016, MP. Luis Hernesto Vargas Silva

Corte Constitucional. Sentencia SU-033 de 2018. MP Alberto Rojas Ríos.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de fecha 29 de mayo de 1969. Magistrado P. Luís Sarmiento Buitrago

Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 1 de julio de 2009, REF: 11001-3103-039-2000-00310-01. M. P William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia. STC14794-2019. Radicación n.º 11001-22-03-000-2019-01621-01. Luis Armando Tolosa Villabona. 30 octubre de 2019.

#### Normas:

- Constitución Política de 1821. Cúcuta. Congreso General.

- Ley. “Que arregla el procedimiento civil de los tribunales y juzgados de la república” promulgada el día 13 de mayo de 1825.
- Ley 14 de mayo de 1834. “Debiendo dar el correspondiente arreglo de las causas civiles, conforme a la nueva organización dada al poder judicial” del día 14 de mayo de 1834.
- Constitución política de la república de Colombia de 1886. El pueblo de Colombia
- Código de Comercio de 1853, 1 de mayo “De los comerciantes y agentes de comercio”. Congreso de la Nueva Granada.
- Ley 153 de 1887. “Que adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887”. Consejo Nacional Legislativo.
- Ley 105 de 1890. “Sobre reformas de procedimientos judiciales” 24 de diciembre. Congreso de Colombia.
- Ley 103 de 1923 (diciembre 05). “Sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil”. Congreso de Colombia
- Ley 105 de 1931(octubre 17). “Sobre organización judicial y procedimiento civil”.
- Ley 2 de 1938 (febrero 25). “Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria”. Congreso de Colombia.
- Decreto 1400 de 1970(agosto 6). “Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970”. Presidente de la República de Colombia
- Decreto 410 de 1971. (marzo 27) “Por el cual se expide el Código de Comercio”. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Presidente de la República de Colombia.
- Decreto 2279 de 1989. “*Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dicta otras disposiciones.*” Presidente de la república de Colombia.
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991. El pueblo de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Ley 23 de 1991(marzo 21) “Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones”. Congreso de Colombia,
- Decreto <Ley> 2651 DE 1991 (noviembre 25) Diario Oficial No. 40.177, del 25 de noviembre de 1991 Departamento administrativo de la presidencia de la república.
- Ley 80 DE 1993 (octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de la República.
- Ley 270 DE 1996 (marzo 7) Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996 “ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”. Congreso de Colombia.
- Ley 315 DE 1996 (septiembre 12) Diario Oficial No. 42.878, de 16 de septiembre de 1996. “Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones”. Congreso de Colombia.
- Decreto 1818 de 1998 (septiembre 7). Diario oficial no. 43.380, del 07 de septiembre de 1998. Minis-

terio de justicia y del derecho. “por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”.

- Ley 1285 DE 2009 (enero 22) Diario Oficial No. 47.240 de 22 de enero de 2009. “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”. Congreso de la República.
- Ley 1563 de 2012 (julio 12) Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. Congreso de Colombia
- Resolución No. 04 de 2018. Presidencia de la República.

#### **4. Filosofía, Historia y Sociología Jurídica:**

Alarcón, J. R. (2010). La sociedad política, el problema del Estado en Hegel. *Scielo*. Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-13242010000200003](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-13242010000200003)

Aristóteles. (2005). *Ética Nicomachea*. Alianz Editorial. Obtenido de <http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2017/12/Etica-a-Nicomaco-Aristoteles-PDF.pdf>

García, G. S. (2019). LAS TEORÍAS DEL CONFLICTO Y FENOMENOLÓGICA EN EL ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DEL DERECHO. *Acta Sociologica (0186-6028)* (Issue 79), 85-105.

Hausberger Bernd (2018). *Historia mínima de la globalización temprana*. Ed. Ebook Academic Col.

Hegel, G. F. (1968). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Claridad.

Paris, S. (2013). Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz. 3. *Sonia Paris* (2013) “Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz”.

*Revista ERIKSA de Filosofía*(3, Sonia Paris (2013) “Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz”. Un109). Obtenido de <https://www.revistadefilosofia.org/50-09.pdf>

#### **5. Diccionario etimológico Latín- Español.**

VOX. (2019). *Diccionario Ilustrado Latín Español*. Barcelona: SPES EDITORIAL, SL.

#### **6. Notas de clase y apuntes.**

Apuntes de clase y textos de derecho romano del curso de Carlos Enrique Tejeiro López. Universidad de los Andes.

Apuntes de clase y textos de derecho romano de los cursos “Storia e istituzione di diritto romano” y

“Scienza giuridica europea” de Maria Luisa Navarra y Carlo Lorenzi. Università degli Studi di Perugia.