

La deuda histórica del arbitraje moderno. Discurso leído el día 20 de enero de 2014, en el acto de su recepción por Académico de número, por el Excmo Sr. D. Antonio Fernández de Buján y Fernández, y contestación del Excmo Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente de la Academia, Madrid, 2014, 219 pp. [ISBN: 8490317844]

Seguramente el recordado apotegma de Eugenio D’Ors: “Lo que no es tradición es plagio”¹ pudiera parecer –a simple vista- algo exagerado, pero la postergación y el olvido al que intentan relegar los estudios de la Antigüedad es el reflejo de una sociedad que reniega de un saber y de una cultura que han conformado los pilares de nuestra civilización, de nuestra forma de ser y de actuar; de un saber que busca el saber². Ese *mirandum* fue el *principium*, el *initium* de la de Filosofía, de la Cultura. De ahí que no le faltara razón a Xavier Zubiri cuando afirmaba que no es que los griegos fueran los clásicos, sino que los griegos éramos nosotros, ya que “somos, en cierto modo, todo nuestro pasado”³. Un razonamiento que se halla presente en buena parte de la Historia del Pensamiento, y, en particular, en la brillante alocución que el Profesor Antonio Fernández de Buján presentó en su discurso de ingreso como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y que sirvió para ilustrar a los académicos, y a todos los presentes, sobre la deuda histórica que el moderno Derecho ha contraído con el arbitraje romano, con esas “voces de los sabios” que nos recuerda Cicerón en su *Pro Archia*⁴.

Son precisamente esas mismas voces las que nos hacen ver que de vez en cuando surge la grata sorpresa de encontrarse con estudios jurídicos que dejan un poso perdurable en quienes tienen la fortuna de leerlos. Son libros que por su compleja y cuidada construcción intelectual convienen ser conocidos, meditados, estudiados, anotados, recomendados y hasta citados. Son libros cuya erudición no se agota en el momento de su publicación, muy al contrario, son libros que nos sugieren nuevas y constantes lecturas, lo que les convierte en un desafío permanente para el lector, porque sus páginas nos sugieren preguntas y caminos aun no recorridos en nuestro saber académico. Son libros que una vez leídos dejan un poso de rigor, de seriedad, de esfuerzo, de lecturas múltiples, de minuciosidad de datos, de elegancia en la formas, y de una notable cultura jurídica que los entronca con aquella tradición alemana de la obra sólidamente construida, muy propia de los grandes juristas del siglo XIX. Sin duda, un ejemplo de esos libros de los que siempre se puede aprender de su esencia y de sus palabras lo hallamos en la presente obra que pasamos a recensionar.

¹ Eugenio D’Ors, *Primeros lemas, XVII, Gnómica*, 1941: “Clasicismo. Sólo hay originalidad verdadera cuando se está dentro de una tradición. Todo lo que no es tradición es plagio” (1911).

² En este sentido se manifiesta el profesor Alejandro Llano en su artículo “¿Ocaso de las Humanidades?”, *Revisiones*, núm. 7 (Invierno de 2011 / Primavera de 2012), pp. 185-192, cuando nos recuerda que: “Defender hoy día la enseñanza de las «letras» suele ser, en cambio, una actitud que merece reproches de pesimismo o melancolía, y suele castigarse con la marginación académica y la inopia social”.

³ Xavier Zubiri, “El acontecer humano. Grecia y la pervivencia del pasado filosófico”, *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, 1976, p. 312.

⁴ Cicerón, *Pro Archia*, 14: “Pero todos los libros están llenos, llenas las voces de los sabios, llena la antigüedad de ejemplos: todas estas cosas yacerían en las tinieblas, si no llegara la luz de las letras. ¿Cuántas imágenes —no sólo para mirarlas, sino también para imitarlas— de fortísimos hombres nos dejaron representadas los escritores griegos y latinos? Yo siempre, al administrar la república, imaginándomelas, conformaba mi corazón y mi mente a partir del recuerdo de estos hombres excelentes”.

La propia elección del tema del arbitraje nos recuerda, como ya señalara Lanfrancus de Oriano en su *Tractatus de arbitris et compromissis*, la utilidad y practicidad de una institución como el arbitraje, no siempre bien explicada por la doctrina –*Materiam arbitralem considerans utilem fore et quotidianam, a nostrisque doctoribus male explicatam*⁵–; una practicidad que la nueva Ley 11/2011 ha vendido a reivindicar sobre las bases de una tradición, la romanística, que nos permite observar, en palabras de Gadamer, que los hechos copiosos del pasado no tienen validez como *monumenta*, ni deben estar sujetos a ningún tipo de nostálgica admiración, sino que son el espacio en que debe trabarse el pasado con el presente⁶. Una interrelación que no es novedosa en la extensa obra del profesor Antonio Fernández de Buján⁷, como lo demuestra su *Derecho Privado Romano*, tratado que no sólo es ejemplar en esa importante labor teórico-formativa del joven alumno de primer curso, sino por adentrarse en ese necesario binomio representado por el devenir de la cultura jurídica romana y su influencia real en nuestra legislación civil⁸.

El estudio que presenta el autor sobre el arbitraje se divide en cuatro capítulos. El primero de ellos aborda la cuestión de la mediación al arbitraje compromisario o decisorio [pp. 19-67]. Con su habitual claridad expositiva, el autor señala cómo el arbitraje tuvo una notable difusión tanto en Grecia como en Roma. Con relación al Derecho Romano, el arbitraje cabe verlo ya en la Roma primitiva, en torno al s. VIII a. C., como fórmula de resolución de las controversias, y cuya pervivencia “se explica por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación... frente a la lentitud y formalismo del proceso oficial”, lo que hizo que los árbitros constituyeran una categoría de juzgadores prevista por la ley ya a finales de la República. En las etapas postclásica y justiniana se produjeron cambios relevantes en su configuración y en sus efectos, lo que no impidió un notable incremento de su utilización, como consecuencia del deterioro de la Administración de Justicia.

Una vez expuesta la evolución histórica de la figura, se analiza la distinta terminología en materia de arbitraje, su tipología, así como los distintos arbitrajes de derecho privado. A este minucioso estudio histórico y filológico se une la visión que aporta del arbitraje en Atenas, donde podemos ver ya procesos y arbitrajes en la época de Homero, como lo demuestra el pasaje de la *Ilíada* en el que Héctor da muerte a Patroclo, o en diversos pasajes de la *Odisea*, así como de su proceso arbitral, en el que el laudo podía ser apelado, y cuyos tribunales de apelación no podían utilizar leyes, ni proposiciones de las partes, ni pruebas diferentes a las recibidas por el árbitro.

El capítulo segundo lo dedica al examen de la *fides* en los pactos, y a la bona *fides* y a la *aequitas* en los arbitrajes y negocios *iuris gentium* [pp. 69-99]. En concreto, se analiza la figura del *pactum* en las XII Tablas, noción no pacífica entre la doctrina; los pactos en el *ius gentium*, adhiriéndose el autor a los planteamientos de Huvelin; las sanciones de los *pacta conventa* en el edicto del pretor, donde cabe destacar la especial

⁵ Lanfrancus de Oriano, *Tractatus de arbitris et compromissis*, Coloniae, 1590. *Proemio*.

⁶ Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, 1992, p. 359.

⁷ Con carácter ejemplificador, Antonio Fernández de Buján, “Clasicidad y utilidad del Derecho Romano”. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6, 1987, en especial, pp. 56-57.

⁸ Biondo Biondi, “Ricordi e riflessioni di un giurista che lascia l’insegnamento di Diritto Romano”, *Scritti Giuridici*, IV, 1965, p. 894. Frente a este planteamiento, Álvaro D’ors, *Sobre el valor formativo del Derecho Romano. Papeles del oficio universitario*, Madrid 1961, p. 167, por entender que éste tiene mayor envergadura jurídica que el Derecho Civil.

mención que se realiza a la tesis de Magdelain acerca de los pactos y el consentimiento; el estudio la *fides* primitiva, como fundamento de los pactos, a la *fides* como regla de conducta y medida de *responsabilidad* en los negocios *iuris gentium*; la bona fides y la *aequitas* como elementos de interpretación y aplicación en los *pacta conventa*; o, finalmente, al papel de la *bona fides* y de la *aequitas* en el arbitraje de *ius gentium*, en el arbitraje de compromisario y en los *iudicia bonae fidei*; figuras en las que el autor realiza un estudio narrado con una maestría que nace de la interrelación entre las fuentes y la doctrina, lo que le permite dar soluciones, resolver dudas y plantear líneas discursivas para nuevos y fecundos estudios sobre la materia.

El capítulo tercero lo dedica al estudio de los arbitrajes de naturaleza pública [pp. 101-131]. A nuestro juicio, este capítulo nos parece un ejemplo del quehacer histórico, ya que en sus páginas no sólo están cuidadas con un extenso aparato bibliográfico, sino que están plagadas de una elegante erudición. Y así, como en la mejor tradición ilustrada, junto a las fuentes jurídicas, cabe ver continuas referencias a las fuentes literarias –Tácito o Cicerón– y a los acontecimientos históricos, lo que permite al lector adquirir una completa visión de lo que supuso el arbitraje internacional, el federal, el administrativo y el legal, lo que nos hace ver la amplia formación histórico y jurídica del autor.

Finalmente, el último capítulo lo dedica al análisis de las bases romanísticas del arbitraje actual [pp. 133-197]. Quienes tenemos la fortuna de estar en contacto con el profesor Antonio Fernández de Buján, conocemos bien su pasión por la Cultura, de la que nos ha hecho partícipes con su magisterio. Una Cultura que le ha llevado a rechazar esa crítica a la Antigüedad iniciada por el humanismo jurídico, y que culminó en los principios expuestos por Montesquieu en su *Teoría de la legislación*; principios que intentan postergar el valor del Derecho romano-canónico a meras referencias del pasado⁹, hasta negar lo que con claridad señala Portalis: “Hemos levantado en parte nuestro edificio legislativo con los materiales que nos han transmitido los jurisconsultos de Roma”¹⁰. Esta necesidad por recuperar la importancia de las reglas y de las construcciones jurídicas del Derecho romano, de hacer ver cómo éstas, y no otras, son los andamiajes de nuestro actual sistema normativo, es lo que pone de manifiesto el autor en sus observaciones preliminares: “Del análisis de las concordancias examinadas entre el Derecho romano justiniano y la legislación actual en materia de arbitraje, cabe deducir la base romanística del arbitraje actual, en atención a la similitud existente entre numerosos textos romanos y las normas reguladoras de los distintos aspectos y soluciones previstas en la ley española de arbitraje y en el arbitraje internacional”. De ahí que no dude en sostener que “El presente capítulo tiene por objeto poner de relieve las concordancias existentes entre los textos jurídicos romanos y la regulación actual en materia de arbitraje...” [p. 134]. Una visión y un concepto del Derecho que sin duda le entronca con los más insignes juristas del siglo XIX, quienes no dudaron en reconocer

⁹ En este sentido son expresivas las palabras de Francisco Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la monarquía absoluta. (Siglos XVI, XVII y XVIII)*. Madrid, 1969, p. 139, quien, al describir la jurisprudencia penal castellana, sostiene que ésta se limitó “a repetir, añadir y comentar a sus mayores; y quienes, cansados de este fatigoso y cada vez más confuso estilo, lo abandonaron, fueron incapaces de crear nada nuevo. La doctrina penal castellana adquiere entonces, en pleno barroco, un carácter mortecino, un aire envejecido, de cosa usada y deslustrada, de ausencia de ímpetu innovador”.

¹⁰ Jean Etienne Marie Portalis, *Discurso preliminar al Código civil francés*, Madrid, 1997, p. 19.

la impronta que el Derecho romano tuvo en nuestra tradición jurídica y en la propia redacción del Código Civil¹¹.

Siguiendo esta línea argumental, a lo largo del capítulo –al que el autor dedica un amplio estudio a las materias objeto de arbitraje, al convenio arbitral, a la figura de los árbitros, a la sustanciación de las actuaciones arbitrales, a la sentencia, su anulación y ejecución– se pueden observar continuas referencias al Derecho romano, y su posible relación con la regulación actual en materia de arbitraje, lo que constituye un admirable ejemplo de diálogo entre las fuentes del pasado y del presente, un diálogo que ejemplifica el *rigor iuris* y el saber histórico con el que está redactado el estudio.

Acabada su lectura, uno recuerda que el entonces joven profesor Umberto Eco llegó a escribir que hay libros más fáciles de reseñar, explicar y comentar en voz alta que de leer por cuenta propia, porque sólo adoptando la posición de comentarista, de fino analista, es posible seguir sus numerosas argumentaciones, captar sus inexorables implicaciones lógicas y abarcar los nódulos esenciales de la cuestión. No me cabe la menor duda de que la obra que acabamos de recensionar pertenece a ese tipo de libros dispuestos para ser comentados y explicados, en la medida en que, bajo el ropaje de un saber académico sólidamente estructurado, son muchas y variadas las líneas argumentales esgrimidas por su autor¹². Éste es su gran legado, y ésta la gran lección que nos ha transmitido.

Únicamente nos queda felicitar al nuevo Académico de número de la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* por su merecido nombramiento, un nombramiento que honra a la disciplina y a su escuela, y que a buen seguro servirá para acreditar aún más su nombre y su obra.

Juan Alfredo Obarrio Moreno
Universidad de Valencia

¹¹ Véase, con carácter ejemplificador, Juan Sala, *Ilustración del Derecho Real de España*. Madrid, 1834; Cirilo Álvarez Martínez, *Instituciones de Derecho Civil*. Valladolid, 1840; Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza, 1974. Reimp. de la edición de Madrid, 1852; Domingo de Morató, *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, Valladolid, 1877; Benito Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*. Madrid, 1862.; Pedro Gómez de la Serna y Montalbán, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*. Madrid, 1886.

¹² Umberto Eco, *Apocalípticos e integrados*. Lumen, Barcelona, 1981, p. 383.