

EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCION DE CÁDIZ Y SU PROYECCIÓN EN LOS PAISES DE HISPANOAMÉRICA

ARBITRATION IN CADIZ CONSTITUTION AND HIS PROYECTION IN HISPANOAMERICAN COUNTRIES



José Ulises Montoya Alberti*

Departamento de Derecho Privado. Facultad de
Derecho y Ciencia Política. Universidad Nacional
Mayor San Marcos. Ciudad Universitaria, Lima -
Perú.

E-mail: umontoya@yahoo.com
jmontoya@unmsm.edu.pe

Fecha de Recepción: 13/07/2015

Fecha de Aprobación: 10/09/2015

Sumario

Resumen. Abstract. Palabras claves. Key Word. 1. Antecedentes. 2. Época Colonial. 3. Antecedentes de la Constitución de Cádiz. 4. Los trabajos preparatorios en materia de arbitraje en la Constitución de Cádiz. 5. La Jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz. 6. Naturaleza del arbitraje. 6.1. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje. 6.2. La naturaleza contractual del arbitraje. 6.3. La naturaleza mixta del arbitraje. 6.4. La naturaleza autónoma del arbitraje. 6.5. La procedibilidad negocial del arbitraje. 7. La Constitución de Cádiz y los países de Hispanoamérica. 7.1. Juramentación de la Constitución de Cádiz por los Países de Hispanoamérica. 7.2. Constituciones del Siglo XIX. Legislación Constitucional en materia de arbitraje. 7.2.1. Provincias Unidas de Centro América (Guatemala), Costa Rica, Honduras, El Salvador, Nicaragua. 7.2.2. Costa Rica. 7.2.3. República Dominicana. 7.2.4. El Salvador. 7.2.5. Guatemala. 7.2.6. Honduras. 7.2.7. México. 7.2.8. Nicaragua. 7.2.9. Panamá. 7.2.10. Perú. 7.2.11. Venezuela. 8. Conclusiones. Anexo. Bibliografía.

RESUMEN

A raíz de la invasión napoleónica a España se reúnen en la ciudad de Cádiz las denominadas Cortes de Cádiz, los representantes españoles y de sus colonias a efecto de aprobar una Constitución para el territorio español y sus territorios de ultramar, luego a ser presidente de dicha Corte el peruano Vicente Morales Duarez.

El contenido de dicha Constitución tuvo influencia en los diversos campos del derecho en los países de Hispanoamérica al alcanzar su independencia.

Dentro de este contexto se encuentra el arbitraje como un medio pacífico de solución de controversia.

* MONTOYA ALBERTI, José Ulises. Bachiller, Abogado, Economista, Magister y Doctor. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. (UNMSM). Profesor Principal. Docente Pre y Post Grado.



El estudio tiene por finalidad determinar los alcances de dicha influencia de la Constituciones de los Países de Hispanoamérica y su posterior desarrollo.

Las regulaciones sobre el arbitraje existían antes de la Constitución de Cádiz es así que las ordenanzas españolas sobre esta materia fueron materia de aplicación en los Países de Hispanoamérica bajo su dominio.

La investigación tiene por finalidad destacar el arbitraje considerado dentro del campo Constitucional como lo hace la Constitución de Cádiz cuya influencia dio lugar a su incorporación en la de Países de Hispanoamérica.

El objetivo general es la evolución del arbitraje dentro del marco legal que permite que se considere como un artículo dentro de la Constitución de Cádiz de 1812 la referencia y el objetivo específico su incorporación en las constituciones de Hispanoamérica y el desarrollo de esta institución.

ABSTRACT

Following the Napoleonic invasion of Spain meet in the city of Cadiz in what is called the Cortes of Cadiz, the Spanish representatives and their colonies in order to adopt a constitution for the Spanish territory and its overseas territories, came to being president of the Peruvian Vicente Morales Duarez Court.

The content of the Constitution had influence in the various fields of law in the Countries of Hispano-American to achieve independence. Within this context arbitration it is as a peaceful means of dispute settlement.

The study aims to determine the extent of this influence of the Constitutions of the Countries of Hispano-American and its further development.

The regulations on arbitration existed before the Constitution of Cadiz so the ordinances on the matter were the subject of application in the countries of Latin America under their rule.

The research aims to highlight the arbitration considered within the constitutional field as does the Constitution of Cadiz whose influence led to his inclusion in the legislation of Hispano-American countries.

PALABRAS CLAVE

Constitución de Cádiz. Trabajos preparatorios. Jurisdicción. Laudo Arbitral. Constituciones de Hispanoamérica. Influencia.

KEYWORDS

Cadiz Constitution Preparatory work. Jurisdiction. Arbitration award. Constitutions of Hispano - American. Influence.

La Constitución de Cádiz considera entre sus artículos 280º al 285º al arbitraje y a la conciliación como medios de solución de controversias, en particular los artículos 280 y 281¹, los que se ubican en el Capítulo II "De la administración de justicia en lo Civil", que se incluyen en el Título V bajo el rubro "De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal".

Las disposiciones en la Constitución de Cádiz en lo referente al arbitraje, tienen como antecedente el desarrollo histórico de la legislación española, cuyos principios básicos son recogidos en la mencionada Constitución.

Estas disposiciones constitucionales se proyectan a las primeras Constituciones de los países de Hispanoamérica, al nacer a su vida independiente, dando lugar al desarrollo de su propia legislación, bajo los principios constitucionales en materia arbitral que incorporaron.

A partir de entonces las legislaciones de esos países teniendo presente dichos principios desarrollarán sus propias normas, incorporadas en un comienzo en sus Códigos de Procedimientos Civiles y a partir de la segunda mitad del siglo XX en leyes específicas, disposiciones arbitrales.

¹ Constitución de Cádiz de 1812. Artículo 280. No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.



1. ANTECEDENTES

En cuanto al régimen judicial en España² mientras dominaron los romanos, estuvo sujeta al régimen judicial de éstos, a pesar de haber sido invadida por los visigodos a principios del siglo V, continuó gobernándose según las leyes romanas; así los invasores promulgaron, el Código de Tolosa, compuesto de las disposiciones germánicas, para los godos, y el Código de Alarico³, extractado de los Códigos Romanos, para los españoles. Posteriormente, con el objeto de reunir en una nación, las dos en que España estaba dividida, se fundieron ambos Códigos con otras leyes dictadas al efecto, en el célebre Fuero Juzgo.

El Código de Alarico o Breviario de Ananio, promulgado por el Rey Alarico II el 2 de febrero del año 506, contiene una regulación específica que considera al arbitraje con carácter jurídico privado, incluyendo las normas arbitrales contenidas en las disposiciones teodisianas.

Correspondió al Fuero Juzgo⁴ la primera disposición legal, en el Derecho Medieval, articulada conocida sobre el arbitraje, al árbitro se le va a considerar como una especie de Juez, tendencia que siguen tanto el Fuero Real como Las Partidas.

El Fuero Juzgo, se da inicio a una tradición judicialista del arbitraje, frente a la tradición privatista del mismo. Concibe al arbitraje desde la

perspectiva judicial y a otorgar a las sentencias arbitrales fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada⁵.

Por su parte el Libro de los Tribunales de Justicia (*Liber Iudiciorum* o *Lex Wisigotorum*) se establece una equivalencia entre los árbitros y los jueces, lo que influyó para que el Fuero Juzgo recogiera el principio de considerar al árbitro como una especie de juez.

El *Liber Iudiciorum* (o *Lex Wisigotorum*) fue un cuerpo de leyes visigodo, de carácter territorial, dispuesto por el rey Recesvinto y promulgado probablemente el año 654. También es conocido como *Código de Recesvinto*, *Libro de los Jueces*, *Liber Iudicum*, *Liber Gothorum*, *Fori Iudicum*, *Forum Iudicum* y *Forum Iudiciorum*. Ha pasado a la historia como la gran obra legal del reino visigodo. En 1241 fue traducido, con algunas modificaciones, del latín al castellano por orden del rey de Castilla Fernando III para ser concedido como fuero a ciertas localidades de la zona meridional de la península ibérica, siendo denominado Fuero Juzgo⁶.

Sus normas se extendieron a la población goda y romana, El *Liber Iudiciorum* deroga las leyes anteriores (el Breviario de Alarico para los romanos y el Código de Leovigildo para los visigodos

El Fuero Juzgo, considera al árbitro como una especie de juez, reflejándose en el Derecho Municipal este predominio de los caracteres judiciales sobre los obligacionales, sí se usarán

2 Artículo 281. La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar.

De la Lama, Miguel Antonio. "Código de Procedimientos Civiles". Con nociones Históricas, Citas, Exposición y Críticas. Tomo I. Librería e Imprenta Gil. Lima. 1912. pp. 46 y siguientes.

3 Es un cuerpo legal visigodo en el cual se reconoce el derecho romano vigente en el reino visigodo de Tolosa, que fue elaborado durante el reinado del Rey Alarico II (484-507 d. C). Se le conoce también como Breviario de Aniano, por el canciller que suscribió las copias dirigidas a los comités provinciales, después de la promulgación real. También tiene las siguientes denominaciones: *Lex romana Wisigothorum*, *Corpus Theodosianus*, por ser su contenido principal leyes del Emperador Teodosio. Además se le suele llamar *Liber legum*, *Corpus Legum* y *Liber legis*.

http://es.wikipedia.org/wiki/Breviario_de_Alarico.

4 Se trata del Código visigodo llamado *Liber Iudiciorum*, traducido al romance con el nombre de Fuero Juzgo. Esta obra fue vertida al castellano, en la baja Edad Media, leones y gallego. Este Fuero fue concedido a diversas ciudades, como ejemplo Córdoba, Sevilla, Jerez, etc.

5 En cuanto al Fuero Juzgo es la versión en lengua romance de una compilación de leyes visigodas reunidas en doce libros y un exordio o apéndice de dieciocho leyes más. Para superar la multiplicidad de legislaciones en vigor en el reino visigodo, al aplicarse los Códigos de Eurico, Alarico, Recesvinto y Ervigio, Flavio Egica, inspirándose, además, en el Derecho romano, presentó este fuero al XVI Concilio de Toledo, que lo aprobó en el año 681. El texto que ha llegado hasta nosotros es la versión que mandó hacer Fernando III el Santo, para darlo como fuero a la ciudad de Córdoba (1241), y más tarde a la de Sevilla (1248), ordenando que se tradujera al romance vulgar, momento en el que tomó el nombre por el que hoy es conocido. Antes de esto, dicha compilación era conocida como Código de las Leyes o Libro de los godos. Doval, Gregorio. Nuevo Diccionario de Historia. Términos, Acontecimientos e Instituciones. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, S.A., 1995, pp. 183 y 184.

6 Fue impreso por vez primera en lengua latina en París en 1579 bajo el título "*Codicis Legum Wisigotorum Libri XII*" y su primera impresión en traducción castellana, por Alfonso de Villadiego, se publicó en Madrid en el año 1600.



términos que son propios de los sujetos que desempeñan una función judicial “alcaldes avenidores”⁷ teniendo las sentencias arbitrales fuerza ejecutiva y de cosa juzgada.⁸

En cuanto a la equiparación de las funciones de los árbitros con los jueces ordinarios, Merchán Álvarez en un estudio sobre el arbitraje en el derecho histórico, sostiene que en el *Liber Iudiciorum* del Derecho visigodo se dio inicio a una tradición, en la que el arbitraje se equiparaba a la función de los jueces ordinarios, estableciendo que los iudices *ex consensu partium* han recibido potestad de juzgar y por ello deberán tener el nombre, los derechos y responsabilidades de los otros jueces (II, 1,27) esta orientación sin modificaciones sería materia de inclusión en el Fuero Juzgo y en algunos fueros municipales⁹. En cuanto a la recusación de los jueces de avenencia (árbitros, en la terminología del derecho histórico) es tratado sólo en el Espéculo¹⁰ (5,2 ,1 [2]) en que expresamente se excluía la recusación a los jueces, al estimar que por haber sido elegidos por las partes no tienen derecho a “desecharlos por sospecha”¹¹.

El Título II del Quinto Libro de El Espéculo o Espejo de todos los derechos, se refiere a la recusación de los jueces.¹²

Posteriormente se crearon municipalidades con la facultad de administrar justicia por medio de los *alcaldes* que nombrasen, llamados de *fuero*, para distinguirlos de los alcaldes mayores nombrados por el Rey; a cuyo efecto se dictaron varios fueros municipales.

Con la legislación foral¹³ aparecieron los graves inconvenientes de la anarquía, pues cada villa era como una república independiente, con leyes diversas; y aún había pueblos que no tenían fuero¹⁴.

En el año de 1255, durante el reinado de Alfonso X, el Sabio, Rey de Castilla se dio un Código General a la Nación, con el nombre de Fuero Real en el que se dispuso que la jurisdicción se ejercía sólo por los Alcaldes nombrados por el Rey y por los Árbitros; se arregló el orden judicial fijando los trámites, términos, días feriados pruebas, sentencias, apelaciones, autoridad y penas de los Jueces; se organizó la abogacía haciendo necesaria la intervención de los abogados é imponiéndoles la obligación de defender gratuitamente a los pobres, de informar en pie sin injuriar a nadie y de no exigir por su trabajo más de la vigésima parte del capital demandado; y se trató de los Escribanos Públicos numerarios y de los procuradores ó personeros además de aspectos correspondientes al orden

7 Desde un punto de vista dogmático la alcaldía de avenencia, denominación que recibe el arbitraje en el Derecho local medieval, es una institución en virtud de la cual dos o más sujetos contendientes (partes comprometentes) nombran a una o varias personas (jueces elegidos por las partes, alcaldes de avenencia o árbitros en sentido muy amplio), por medio de una declaración de voluntad que reúne determinadas formalidades (acto de constitución o compromiso), para que decidan las controversias que entre ellos existen (objeto del arbitraje), obligándose al mismo tiempo a cumplir lo que se haya decidido por aquéllas (sentencia arbitral) como si se tratara de una decisión judicial.

“La alcaldía de avenencia como forma de justicia municipal en el Derecho de León y Castilla”, Antonio Merchán Álvarez, Universidad de Sevilla. p.66.

8 Merchán Álvarez, Antonio. “El Arbitraje. Estudio histórico jurídico”, Universidad de Sevilla, 1981. pág. 39.

9 Liber Iudiciorum II, 1, 27 (=Fuero Juzgo, II.1.), Liber Iudiciorum, II,1,18 (=Fuero Juzgo, II.1.16). A Merchán Álvarez. “El Arbitraje. Estudio histórico jurídico”, Universidad de Sevilla, 1981. pág. 39.

10 Esta obra, también conocida como El espejo de las leyes o El reflejo de las leyes fue redactada en torno a 1255-1260 y forma parte de la obra jurídica de Alfonso X el Sabio. La denominación con la que se le conoce deriva de su consideración como “espejo del derecho”, expresión ésta que figura en el prólogo de la misma. Consta de cinco libros, tal como se conoce, el Espéculo es, sin embargo, una obra incompleta cuya redacción fue abandonada, por lo que no tuvo vigencia oficial.

11 Sobre este tema mayores antecedentes cfr. Gonzáles Coronas, Santos M. “La recusación judicial en el derecho histórico español”, en AHDE, Madrid, 1982, t. LII. pp. 511 a 615.

12 Se ocupa de la recusación de los jueces bajo el rubro: “De las sospechas contra los judgadores, e como las partes deven razonar contra el judgador que lo fizo aplazar primeramente la sospecha, si la an contra el ante que otra razon ninguna.” La Ley I de mencionado Título trata de “Quales jueces pueden las partes desechar por sospechas en todo, e a quales en dello, non pueden desechar en todo nin en partes”, señalando en su párrafo final: “E lo que no se puede desechar en todo, ni en dello son los alcalles de avenencia. Ca non es derecho, que pueden que los escogen, e se avienen en ellos, que los desechen por sospecha”.

13 Constituye el derecho foral el ordenamiento jurídico proveniente del fuero, que eran los estatutos jurídicos que recogían en la Edad Media las costumbres de cada localidad, además de los privilegios otorgados por los reyes a las mismas, así como el conjunto de disposiciones que preservaban la nobleza, el clero y el vasallaje de una zona. Se le considera un tipo de derecho local o propio. En España, se utiliza generalmente para designar al Derecho foral civil que por razones históricas existe en determinadas comarcas o región.

14 De la Lama, Miguel Antonio.- Ob.cit. págs. 47



judicial, como la fijación de los trámites, términos, días feriados, pruebas, sentencias, apelaciones, autoridad y penas de los Jueces. Las Leyes de Estilo se dieron para declarar las del Fuero Real y para fijar la práctica de los Tribunales.¹⁵

En el Fuero Real se otorga a los alcaldes la facultad para constituir al arbitraje en un procedimiento general. Se consolida su aspecto jurisdiccional distinguiéndose entre *avenidores* que resuelven en derecho, y *arbitradores* que actuaban como amigables componedores. Se dispuso que la jurisdicción se ejercía sólo por los Alcaldes nombrados por el Rey y por los árbitros; además de aspectos correspondientes al orden judicial, como la fijación de los trámites, términos, días feriados, pruebas, sentencias, apelaciones, autoridad y penas de los Jueces.

El Fuero Real junto a las Siete Partidas, se convirtió *de facto* en derecho castellano. Las normas promulgadas así por el rey eran más claras, concisas y justas que las que regían en las grandes ciudades del Reino de Castilla, sometidas al arbitrio de los señores o de los tribunales locales. Su implantación no estuvo exenta de polémica. Alfonso X impuso en algunos casos el Fuero Real por encima de las normas locales, enfrentándose a la nobleza privilegiada de la zona. Él mismo eliminó privilegios que, a su entender, mermaban el buen gobierno.

Al estar el sistema feudal en crisis, las ciudades acogían la norma con la esperanza de librarse del yugo más intransigente de los nobles locales. Además, los burgos iban adquiriendo carta de naturaleza en el desarrollo económico de Castilla, y una norma común para los distintos territorios en materia civil, penal y judicial ayudaba al comercio y a la seguridad jurídica.

El otorgamiento del Fuero Real iba acompañado de la alianza con vasallos que le fueran absolutamente fieles y a quienes daba entonces el beneficio de la alcaldía u otros empleos públicos.

El componente ideológico y político característico del Fuero Real supuso la rotura con respecto al derecho privilegiado propio de la Alta Edad Media. En él, Alfonso X plasmó los principios de la teoría de la realeza y del poder real, y con particularidad, los principios de creación de Derecho.

El monarca, influenciado por el derecho romano justinianeo, dejaba patente que sólo al rey le correspondía legislar, sin ningún tipo de intervención estamentaria en su iniciativa, deliberación y posterior aprobación. También le quedaba reservada al monarca la potestad para la designación de los alcaldes de las localidades, atentando de este modo contra la totalidad de los privilegios de autogobierno recogidos en la mayoría de los fueros.

Además, en el Fuero Real se prescribía que únicamente podrían ser alegadas en juicio las leyes que este texto albergaba, lo que llevaba a la derogación de todos los fueros y costumbres de las localidades a las que había sido concedido.

Finalmente, el mismo fuero, bajo la apariencia de derecho tradicional, introdujo varias instituciones influenciadas por la romanística, principalmente vinculadas a los campos de derecho procesal y criminal, lo que provocó que en algunos momentos se realizasen interpretaciones erróneas del fuero, requiriéndose aclaraciones regias que recibieron el nombre de Leyes nuevas.

Al año siguiente de ser concedido a Aguilar de Campo, en 1256, el texto se concedió a diferentes villas y ciudades castellanas (Burgos, Palencia, Sahagún, Santo Domingo de la Calzada, Valladolid y probablemente, a Miranda de Ebro), al igual que a comunidades de villa y tierra de la Extremadura castellana (Alarcón, Alcaraz, Atienza, Arévalo, Ávila, Buitrago, Cuellar, Hita, Peñafiel, Segovia, Soria, y posiblemente Cuenca) e, incluso, de la Extremadura leonesa (Trujillo).

En 1257 se concedió a Talavera de la Reina, para tres años después volver a retomar la política de concesiones del mismo texto a localidades

15 De la Lama, Miguel Antonio.- Ob.cit. págs. 47.



como Ágreda (1260), Béjar, Escalona y Villa Real (1261); y finalmente a Guadalajara, Madrid, Plasencia y Tordesillas en 1262. La política de uniformidad del derecho mediante la aplicación del *Fuero Real* se vio paralizada coincidiendo con los problemas económicos que atravesaba el reino y con el levantamiento de los mudéjares en Murcia y Andalucía en 1263.

En el año de 1256, aparecen las Siete Partidas, o las Partidas obra del Rey don Alfonso X, el Sabio,¹⁶ establece el arbitraje jurídico, apartándose un tanto de la concepción contractualista del arbitraje considerándole como una especie de función judicial, incluyendo a los «Juzgadores de albedrío» en la parte dedicada a enumerar de las «muchas maneras» que hay Jueces. En P. III, 4, 23¹⁷, se alude a los árbitros como *Jueces avenidores* (árbitros en latín), nombrados por las partes para que oigan y libren sus contiendas según Derecho, «como si fuesen jueces ordinarios; a los que llaman en latín *arbitradores*, es decir, «albedriadores e comunales amigos, que son escogidos por avenencia de ambas partes, para avenir e liberar las contiendas que hubieren entre si, en cualquier manera que tuvieren por bien».

Es importante “resaltar que las partidas adquirieron fuerza legal en el reinado de Alfonso XI”, “al ser incorporadas en el orden de prelación establecido por la ley 1ª del título 28 del ordenamiento de Alcalá de 1348”¹⁸

En las Partidas se consolida definitivamente la función judicialista del arbitraje; siendo su aportación más importante la división que hace: entre *avenidores* que resolvían en derecho y *arbitradores* que decidían como simples amigables componedores, según su leal saber y entender, se refuerza la eficacia del laudo, al establecerse la pena como cláusula sanciona-

dora al que incumpliese lo establecido por el árbitro.

Las Partidas presentan una extensa regulación de la institución en la que se produce una síntesis entre el sistema tradicional y las novedades de la recepción del derecho común. Las modificaciones más importantes hacen referencia a los aspectos vitales de la institución como son el valor de la sentencia arbitral y la posibilidad de recurrirlas en apelación, los cuales se encuentran regulados en un conjunto de disposiciones que refundidas se conocen con el nombre de Ley de Madrid de 4 de diciembre de 1502, la que además recogía los motivos por los cuales las partes optaban por el arbitraje¹⁹.

En las Partidas (Ley XXXV, Título IV) se destaca que en el juicio arbitral no cabe la apelación, sin embargo, la parte que no estaba conforme con el laudo podía pactar la pena convencional y con ello estar obligada a obedecerlo. En el caso de que no se había pactado pena alguna, una de las partes podía negarse a obedecer el laudo y no ser obligado a obedecerlo si así lo expresaba, pero si ninguna de las partes se inconformaba con la resolución y la acataban ya sea de palabra, por escrito o tácitamente dentro de un término de diez días, el juez ordinario del lugar lo podía hacer cumplir a instancia de alguna de las partes.

Con la finalidad de subsanar algunos vacíos y enmendar defectos que fueron encontrándose en las Partidas se publicaron diversos Ordenamientos, las ordenanzas dadas por Don Fernando y Doña Isabel en Madrid publicadas el 4 de diciembre de 1502, capítulo 45 y las dictadas por Don Carlos y Doña Juana en las Cortes de Toledo de 1529 fueron conocidas como Ley de Madrid. La Ordenanza de Madrid se anunció para abreviar pleitos. En esta ordenanza se recogían los motivos por los cuales las partes optaban por el arbitraje, a partir de esa las sentencias dictadas por los jueces de avenencias, tanto árbitros como arbitradores, por el mero hecho de ser dictadas causaban ejecutoria, es

16 Las Partidas se empezaron a redactar entre el 26 de junio de 1256 y se terminó el 28 de agosto de 1263, con algún agregado en 1265, bajo la dirección personal de Alfonso X.

17 La Tercera Partida contiene normas procesales y algunas de Derecho Civil y Mercantil.

18 Álvaro Planas, Manual, UNED, Madrid, 2002, pág. 548. El Ordenamiento de Alcalá es un conjunto de 131 leyes, divididas en 32 títulos, 1 promulgadas con ocasión de las cortes reunidas por Alfonso XI en Alcalá de Henares en el año de 1348 y son consideradas parte importante del corpus legislativo principal de la corona de castilla de la baja edad media y desde entonces hasta 1505 (leyes del toro).

19 “Porque acaece, que las partes por bien de paz y concordia y por evitar costas y pleytos y contiendas... acuerdan poner y comprometen los tales pleytos y contiendas en manos de jueces árbitros...”



decir, las sentencias dictadas por los jueces de avenencia pasaban a tener fuerza ejecutiva, independientemente de que fueren dictadas por árbitros de derecho o amigables componedores, y lo mismo ocurría si se pactó pena liberatoria en el compromiso como si no se pactó.

En cuanto a los requisitos para la ejecución de la sentencia arbitral la Ley de Madrid establecía los siguientes: la presentación de la carta de compromiso y de la sentencia arbitral otorgada ante el escribano público; la verificación por el juez ejecutor de que la sentencia se dio dentro del plazo establecido en el compromiso sobre el objeto en él determinado; y la satisfacción por la parte que insta la ejecución de las fianzas pertinentes para el caso de que sea recurrida la sentencia y esta se revocare.

La Nueva²⁰ y Novísima Recopilación de 1567 y 1805 respectivamente, modifican profundamente este estado de cosas, al recoger con carácter general para todo el Reino lo que venía siendo la práctica en algunos Fueros locales, y, sobre todo, en la *Ley de Madrid*, integrada por las Ordenanzas de Madrid de 1502 y ciertas disposiciones de las Cortes de Toledo de 1529, esto es, el carácter ejecutorio de la sentencia arbitral, ya fuera dada por árbitros de derecho (Jueces árbitros *iuris*), ya por árbitros de equidad (jueces amigos, árbitros arbitradores), admitiéndose también la apelación contra ellas.

La Nueva recopilación “es un antiguo cuerpo legal de la Monarquía Hispánica del Antiguo Régimen, sancionado oficialmente el 14 de marzo de 1567 que se aplicara por todos los tribunales de justicia por el rey Felipe II.”⁵⁹ Se establecen los pasos para proceder a la ejecución de las sentencias arbitrales. El compromiso del

laudo se debía presentar signado por escribano público para que el juez ordinario verificase que el laudo se dictó dentro del plazo fijado en el compromiso y sobre los asuntos sometidos al arbitraje, la parte que estuviera de acuerdo con la sentencia y buscara su ejecución debía presentar fianzas. La revocación de sentencia se debía solicitar ante la real audiencia, la cual podía confirmarla o revocarla, si la confirmaba no cabía la suplicación ni la nulidad. Si el laudo arbitral era revocado por la Real Audiencia, ante la misma audiencia se podía recurrir, manteniendo las cosas en el estado en que se encontraban hasta su resolución definitiva.

La Ordenanza de Bilbao de 1737, contienen las leyes mercantiles, considera el arbitraje obligatorio entre los socios de una compañía mercantil, y lo justifica para “evitar pleitos largos y costosos capaces de arruinar a todos, como la experiencia ha demostrado” (Cap. X. Ley 16).

Esta Ordenanza tenía como causa las Ordenanzas francesas de 1560 y 1673, que estatúan el arbitraje obligatorio entre comerciantes pertenecientes a la misma sociedad comercial.

La Novísima recopilación de leyes de España, promulgada en 1805, es una sistematización del derecho español, usado también como texto de estudios durante el siglo XIX “Como consecuencia de la importancia que adquirieron las corrientes codificadoras y el movimiento ilustrado, y las numerosas críticas que había contra la Nueva recopilación, en el siglo XVIII surgió una nueva recopilación de derecho castellano conocida como Novísima recopilación de leyes de España”.²¹

Paralelamente al Derecho común, el eclesiástico reconoció ampliamente el arbitraje durante la Edad Media y Moderna, al estatuir el sometimiento del obispo del lugar a las controversias planteadas por los feligreses.²²

20 La multitud de disposiciones legales publicadas después de don Alfonso X el Sabio, derogadas unas limitadas otras y las dudas que se generaron dieron lugar al Ordenamiento Real o de Montalvo, (del jurista Alfonso Díaz de Montalvo) formado durante las Cortes de Toledo de 1480, primera compilación de los Reyes Católicos, publicadas en Huete en 1484. La segunda compilación hecha en los tiempos de esos Monarcas se formó en Alcalá de Henares en 1503. La tercera recopilación en tiempo de esos Reyes constituye las llamadas Leyes de Toro, promulgada en 1505; su principal objeto fue dirimir las dudas que existían sobre algunos puntos de derecho, llenando al mismo tiempo vacíos que se notaban en la legislación. Finalmente, en 1567 se publica la Nueva Recopilación. Cfr. Miguel Antonio de la Lama. Ob.cit. págs. 48 y 49.

21 <http://es.wikipedia.org/wiki/novisimarecopilación>

22 Citado por Chillón Medina J.M. y Merino Merchán José Fdo. Ob.cit. pág. 48.



2. ÉPOCA COLONIAL

La conquista de América por España a principios del siglo XVI, dio lugar a que rigieran en el territorio Americano las leyes españolas mencionadas; y además de las Ordenanzas generales de la Armada, la Ordenanza Naval, la Ordenanza de Matrículas y la Constitución de Cádiz de 1812, restablecida en 1820.

Como las condiciones individuales de América no podían estar regladas por la legislación de la Metrópoli, ni el régimen de ambos países podía ser el mismo, hubo necesidad de expedir decretos, reales cédulas y ordenanzas especiales que fueron; Ordenanzas de Toledo – Sumario de la Recopilación general de leyes- Recopilación de leyes de Indias-Ordenanza de Intendentes- Ordenanza de Minería- Reales Cédulas recopilación por el padre Matraya.

En este sentido el arbitraje llega a América con la conquista a través del derecho español, el que fue de aplicación durante la Colonia, entre las disposiciones sobre la materia se encuentran las contenidas en el Fuero Juzgo en la Ley 13, Título I del Libro II; el Título VII, Libro I del Fuero Real y las Leyes XXIII, XXIV, y XXV del Título IV, Partida III; en las Ordenanzas Reales de Castilla, en la Ley V, Título 15 del Libro; en la Novísima Recopilación en la Ley V, Título I, Libro V y Libro IV, Título XVII del Libro IX; en la Recopilación de Indias en la Ley V, Título X, Libro V²³.

En el caso del Perú en los primeros años de su vida independiente, 28 de julio de 1821, continuaron rigiendo las leyes españolas, pero con especiales modificaciones, en la organización judicial y en los procedimientos.

Es así que el primer Código de Comercio, empezó a regir desde el 30 de mayo de 1853, el que tuvo vigencia hasta el año de 1902 en que se promulga el que rige actualmente.

23 Aramburu Menchaca, Andrés A.- "El arbitraje comercial en Iberoamérica". Editado por el Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España.. Madrid. 1982.

3. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

La Constitución de Cádiz, fue promulgada por las Cortes Generales de España el 19 de marzo de 1812 en Cádiz. Fue la primera Constitución promulgada en España, el día de San José, de donde vendría el sobrenombre de la Pepa,

Oficialmente estuvo en vigencia dos años, desde su promulgación hasta el 19 de marzo de 1814, con la vuelta a España de Fernando VII. Posteriormente estuvo vigente durante el Trienio Liberal (1820-1823), así como durante un breve período en 1836-1837, bajo el gobierno progresista que preparaba la Constitución de 1837. La constitución establecía el sufragio universal masculino indirecto, la soberanía nacional, la monarquía constitucional, la separación de poderes, la libertad de imprenta, acordaba el reparto de tierras y la libertad de industria.

A la declaración constitucional del arbitraje contenidas en la Constitución de Cádiz, le preceden las disposiciones constitucionales mencionada en las Constituciones francesas del siglo XVIII de 1791, 1793, 1795 y 1799.

Como referencia de las disposiciones en Francia en materia de arbitraje se tiene el Edicto de Francisco II, de agosto de 1560, confirmado por la Ordenanza de *Moulins*, que impone el arbitraje forzoso en la diferencia entre mercaderes, las demandas de participación entre los parientes próximos, y las cuentas de tutela y administración. En estos casos se preveía que debían ser resueltas, sumariamente, por tres o más personas, elegidas por las partes, o en caso de no hacerlo, elegidas por el Juez.²⁴

Son también de relevancia las leyes francesas de 16 y 24 de marzo de 1790. El arbitraje surge como la institución que traduce, dentro del dominio de la justicia, el ideal de fraternidad entre los hombres, como reacción contra la complejidad de la organización judicial legada por el régimen anterior, el legislador consagra la importancia de la institución arbitral.

24 Citado por Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón Hebe M.- "El Arbitraje". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998. p.41.



Es así que el artículo 1º del Título I de la ley del 16 y 24 de agosto de 1790 se dispone: “El arbitraje es el modo más razonable de concluir las cuestiones entre los ciudadanos, los legisladores no pueden hacer ninguna disposición tendiente a disminuir el valor o la eficacia de los compromisos”. Puede ser materia de arbitraje todas aquellas cuestiones concernientes al interés privado de las partes. Por el artículo 4º se prohíbe las apelaciones de las sentencias arbitrales, salvo que las partes hubieran reservado expresamente esa facultad en el compromiso.

Se organiza un tribunal arbitral particular denominado *tribunal de familia* ante el que se deben presentar las cuestiones concernientes a litigios familiares o problemas de tutela.

En la Constitución francesa de 1791 de 3 de septiembre de 1791, se proclama en su artículo 5º el derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje, disponiendo que ese derecho no pueda ser objeto de afección por los actos del Poder Legislativo.

En este sentido se trata de una instancia de carácter judicial, al mencionar definitivamente, lo que significa que no hay instancia superior a la decisión arbitral.

Las disposiciones sobre el arbitraje en las Constituciones de los años 1793 y 1795 son similares y comprenden dos artículos referentes al arbitraje uno de ellos concerniente a la proclamación del derecho y el segundo que trata sobre el valor de la sentencia arbitral y la posibilidad de impugnarla.

El artículo 86 de la Constitución de 1793 dispone: “No puede atentarse de ningún modo contra el derecho de los ciudadanos a resolver sus diferencias mediante árbitros de su elección” y el artículo 87 que: “La decisión de estos árbitros es definitiva si los ciudadanos no se han reservado el derecho a reclamar”.

En forma similar la Constitución de 1795 dispone que no procede apelación ni recurso de casación contra la sentencia de los árbitros si las partes no se los han reservado expresamente (art.211).

La Constitución de 1799 no se refiere en un dispositivo especial al arbitraje, lo trata en su artículo 6º ubicado dentro Título V “De los Tribunales” al referirse a la función de los jueces de paz, la que es de conciliar a las partes que litigan y, en el supuesto de que no sea posible la conciliación, invitarles a que resuelvan sus litigios mediante el juicio de árbitros.

La Constitución de Cádiz se hizo receptora de estos principios al adoptar las fórmulas constitucionales sobre los arbitrajes incluidos en las constituciones francesas del 1793 y del 1795, como ha puesto de manifiesto W.M. Diem²⁵ Se sostiene que esto no significa pura y simplemente la adopción o mera copia de principios extraños a nuestra tradición jurídica; a nuestro entender, a los constituyentes gaditanos no les debió de repugnar la adopción de unas formas y técnicas extranjeras en las que perfectamente se podía incrustar la sustancia de una larga tradición: la del juicio arbitral.

4. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS EN MATERIA DE ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

En lo que concierne a los documentos elaborados entre los que se encuentran referencias al arbitraje y los artículos que sobre esta materia fueron incorporados en la Constitución de Cádiz se tiene el Discurso Preliminar de la Constitución de 1812 de don Agustín de Argüelles, las Actas de la Comisión de Constitución y el Diario de Sesiones de las Cortes²⁶.

Las Actas de la Comisión de Constitución y el Diario de Sesiones de las Cortes no contienen mayores detalles respecto a las proposiciones, deliberaciones o debates en lo que se refiere a la naturaleza del arbitraje, su carácter jurisdiccional, sus antecedentes etc.

25 W. M. Diem.- “La Fuentes en la Constitución de Cádiz, en Estudios sobre las Cortes de Cádiz, Pamplona pp.351-358.

26 Agustín de Argüelles. Discurso Preliminar a la Constitución de 1812. 213. Con una introducción de Luis Sánchez Agesta. Cuadernos y Debates. Bicentenario de las Cortes de Cádiz. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.2011. Edición Electrónica 2011, pp. 108 y 109.



El Discurso Preliminar a que se hace referencia reconoce que el principio de la libertad natural es el fundamento que tiene el individuo para terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros²⁷. En dicho discurso de fecha 24 de diciembre de 1811, a cargo de don Agustín de Argüelles en la parte correspondiente a la libertad civil y la justicia en la que se refiere al arbitraje manifiesta, que es el derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces arbitros está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural.

Nuestra antigua constitución y nuestras leyes le han reconocido y conservado en medio de las vicisitudes que han padecido desde la monarquía goda. Y el espíritu de concordia y liberalidad que hacen tan respetable la institución de jueces arbitros persuade cuan conveniente sea que los alcaldes de los pueblos ejerzan el oficio de conciliadores en los asuntos civiles e injurias de menor momento para prevenir en cuanto sea posible que los pleitos se originen o se multipliquen sin causa suficiente. Las reglas que han de observar los alcaldes en estos casos se dirigen a evitar que esta precaución no sea ilusoria. Leyes doctrinales sólo manifiestan el buen deseo del legislador; mas la obra queda incompleta si la ley no comprende dentro de sí misma el medio de asegurar su observancia.

Como todas las diferencias en asuntos civiles que no puedan arreglarse por el intermedio de arbitros o conciliadores han de llegar a ser examinadas por jueces o tribunales según el método prevenido en las leyes, es preciso fijar un término al progreso de las causas.

En cuanto a la Comisión de Constitución, en su sesión de 20 de setiembre del 1811, al tratar el Capítulo 2º cuyo título es la “Administración de Justicia en lo Civil”, se refiere a los artículos 276º y 277º que conciernen al arbitraje, los que posteriormente se incorporan a la Cons-

27 “El derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundada en el incontrastable principio de la libertad natural. Nuestra antigua constitución y nuestras leyes lo han reconocido y conservado en medio de las vicisitudes que han padecido desde la monarquía goda. Y el espíritu de concordia y liberalidad que hacen respetables la institución de jueces arbitros...” Agustín de Argüelles. Ob., cit. p. 108.

titución de Cádiz con los numerales 280 y 281 respectivamente²⁸.

En lo que respecta a las Actas del Diario de Sesiones, en la sesión del 6 de diciembre de 1811, se trató el Capítulo II “De la Administración de Justicia”, que contenían los artículos 278 y 279²⁹.

En lo concerniente al artículo 278º la única intervención que hubo fue la del Sr. Lujan quien manifestó que no se levantaba para oponerse al artículo, sino para plantear observaciones de otro asunto tratado para que pase a la comisión de Constitución para que dé sobre ella su dictamen.

En cuanto al artículo 279º, intervino el Sr. Vasquez Canga quien manifiesta que el artículo no estaba concebido en términos claros, porque quedaba la duda de si las sentencias dadas por los árbitros debían de ser ejecutivas o no, y si debían serlo si aún en el caso que las partes se hubiesen reservado el derecho de apelar. Lo que dio lugar a un debate ante proposiciones que debería decirse “si las partes no se hubiese reservado el derecho a reclamar.”

A lo que el Sr. Villanueva reflexionó: “que siendo la sentencia de los árbitros una sentencia verdadera, está bien puesta la palabra *apelar*, y que en cuanto á los demás creía que la mente de la comisión era que esta sentencia debía tener el carácter de ejecutoria”.

El Sr. Creus apoyo la posición que se utilizase el término de derecho a reclamar. En su intervención menciona que la sentencia de los árbitros

28 Comisión de Constitución. Sesión del día 20 de setiembre de 1811. “Pasose enseguida a tratar del capítulo 2.º y quedó acordado lo siguiente: Capítulo 2.º DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LO CIVIL.

Artículo 276. No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes.

Artículo 277. La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar.

Se quedó en que se trataría en la sesión siguiente del pensamiento que propone el señor Romanillos sobre que no pueda instaurarse pleito alguno sin tentar antes el medio de la conciliación.-*Evaristo Pérez de Castro*”.

29 Estos artículos correspondían el 278 al artículo 276º y el artículo 279 al artículo 277º tratados en la Comisión de Constitución, siendo en ambos casos el mismo texto.



es por naturaleza ejecutiva; pero siendo la apelación de cualquier juicio de derecho natural, no pueden ser despojados de él las partes que se comprometen, á menos que ellas mismas hubiesen espontáneamente renunciado a este derecho.³⁰

El Sr. Mendiola en su intervención se refiere de las instancias judiciales que daría lugar a la apelación, conocida de antes “con el nombre de reducción al árbitro de buen varón, no puede ser un recurso de primera instancia al juez inferior; porque disponiendo el derecho público que los pleitos se terminen en tres instancias, y no pudiendo los particulares renunciar a esta instancia estaría en el arbitrio de las partes introducir cuatro, es á saber: una ante el árbitro, otra ante el inferior, y las dos restantes en la Audiencia respectiva. Concluyó diciendo que se aprobase el artículo como está”.

Puesto á votación el artículo quedo aprobado. No hubo en consecuencia ninguna modificación producto del debate.

5. LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

La consecuencia de incluir en la Constitución de Cádiz los artículos concernientes al arbitraje, fue elevar a rango constitucional la institución del arbitraje para la América hispana.

Con relación a la inclusión de las normas sobre el arbitraje en la Constitución de Cádiz con un carácter jurisdiccional manifiesta Merchán Medina, que los caracteres predominantes en el arbitraje histórico hispánico son constitucionales³¹.

Así, expresa, que en el derecho visigodo del *Liber* se inicia una tradición judicialista del arbitraje que llega hasta la Constitución de 1812³². Para el *Liber Iudiciorum* han recibido potestad

para juzgar, *los iudicies ex consensu partium*, y por ello deben tener el nombre, los derechos y las responsabilidades de los otros jueces; y además su sentencia es ejecutiva como la de los otros jueces. Se trata de una tradición que se recogió sin modificaciones en el Fuero Juzgo³³.

Sobre la naturaleza jurídica de la institución del arbitraje también podemos inducir conclusiones de interés. A nuestro entender nos encontramos ante un supuesto de reproducción de la naturaleza judicialista del arbitraje. Al igual que sucede en el derecho tradicional, al que hemos tenido acceso, la institución del arbitraje en la Constitución de 1812, se enmarca en la sede normativa propia de los jueces y de la administración de justicia: concretamente, en el Título V. *De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal*. Capítulo II De la Administración de Justicia en lo civil, Pero además el lenguaje que se utiliza en la Constitución de Cádiz es claramente judicialista: el elemento dirimente se denomina *jueces árbitros*; la solución a la controversia, sentencia; y la reclamación sobre la misma, *derecho de apelar*.

De la Constitución de 1812, a tenor de sus artículos 280 y 281, siguiendo a Merchán se puede inducir la siguiente definición de la institución del *arbitraje*: un *derecho*, reconocido constitucionalmente, del cual *no se puede privar a ningún español*, en virtud del cual es posible dirimir o *terminar*, los litigios o *diferencias*, por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes contendientes, que se formaliza en un *compromiso*, cuyo objetivo es que la solución de las diferencias sea mediante *una sentencia expedida por los árbitros*; la mismas que tendrá un carácter definitivo y será ejecutable en forma inmediata *si las partes* al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar³⁴.

30 Así se propuso que el artículo se extendiese en estos términos: “La sentencia que dieran los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso hubiesen renunciado al derecho a reclamar”.

31 Merchán Álvarez, Antonio.- “La Jurisdicción Arbitral en la Constitución de Cádiz”, Universidad de Sevilla, p. 133.

32 Cfr. Merchán Álvarez, Antonio “La jurisdicción arbitral, cit. p. 133.

33 *Liber Iudiciorum* 11, 1,27 (= Fuero Juzgo, ii, i, i); *Liber Iudiciorum*, 11, 1,18 (= Fuero Juzgo, n, i, 16). Cfr. Merchán Álvarez, Antonio, *El arbitraje*, cit., p. 39.

34 Cfr. Merchán Álvarez, Antonio “La jurisdicción arbitral, cit. p. 134.



Al referirse el artículo 280º de la Constitución de Cádiz, que no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar su diferencia, por medio de los jueces árbitros, considera al arbitraje como una opción, en que las partes deben de estar de acuerdo para someter sus controversias al arbitraje.

La referencia que “no se podrá privar” trae como consecuencia la voluntad de las partes de someter la controversia al arbitraje, lo que se materializa en el convenio arbitral. Lo que da lugar a que este medio de solución de controversias no sea impuesto en forma unilateral, aunque se debe señalar que en algunos casos el arbitraje es impuesto mediante una ley, lo que da lugar al arbitraje legal³⁵.

En segundo lugar el artículo 281 dispone que las diferencias concluyen con el arbitraje, en consecuencia no habiendo instancia superior que pueda revisar lo resultado por los árbitros procediéndose a su ejecución a menos que la partes al hacer el compromiso se hubiese reservado el derecho a arbitrar.

La mención a que pueda ser apelable fue materia de intervenciones, al tratarse este artículo en la Sesión del 6 de diciembre de 1811³⁶.

La Constitución los llama jueces árbitros y en consecuencia investidos de las potestades y atribuciones de los jueces, siendo estos elegidos por ambas partes (artículo 280).

35 Un caso de arbitraje legal es lo dispuesto en las Ordenanzas de Bilbao en el sentido que tratándose de comerciantes sus diferencias se resuelven mediante arbitraje.

36 Las legislaciones contemplan los recursos que pueden interponerse contra lo resuelto por los árbitros en el laudo, tales como el de apelación y el de nulidad.

El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Por lo general no procede contra los laudos de conciencia.

Tratándose del recurso de anulación procede sólo por las causales taxativamente establecidas en la ley. El recurso tiene por objeto la revisión de la validez del laudo, sin entrar al fondo de la controversia y se resuelve declarando su validez o su nulidad.

Algunas legislaciones contemplan la posibilidad de interposición de ambos recursos, otras que puede plantearse una u otro y finalmente que sólo procede el recurso de anulación.

En cuanto a lo que se manifiesta que los árbitros son elegidos por ambas partes, puede dar lugar a una primera interpretación que cada parte designa a sus árbitros, o que ambas partes designan a los árbitros, en tal sentido este son designados conjuntamente por ambos.

Una de las críticas al nombramiento de los árbitros por cada parte, es la vinculación que nace del nombramiento por la parte que lo nombro, y que no se condice en nuestro sistema que el árbitro este inclinado a sostener la posición de la parte que lo nombro.

En la Constitución de Cádiz, dice Merchán, nos encontramos, por tanto, con un diseño de la institución del arbitraje bastante conseguido, desde el punto de vista técnico- jurídico, en función de sus aspectos dogmáticos fundamentales.

Tales como los elementos subjetivos: las partes litigantes que pueden ser cualesquiera españoles; el elemento juzgador, o jueces árbitros, elegidos por ambas partes. El elemento objetivo o diferencias o asuntos litigiosos que se quieren someter a arbitraje. El elemento formal o compromiso, es decir el acto jurídico en virtud del cual las partes litigantes eligen a un tercero, el juez árbitro, para que decida sobre la cuestión controvertida existente entre ellas; y la sentencia o acto resolutorio que adoptan los árbitros acerca del objeto del arbitraje a ellos sometido, el cual resulta más o menos definitivo en función de la actitud que se haya adoptado en el compromiso sobre el derecho de apelar la sentencia arbitral.³⁷

Considera además dos aspectos de la institución que presentan una especial trascendencia a la hora de valorar su funcionalidad: los que hacen referencia al valor de la sentencia arbitral y consiguientemente al derecho a impugnarla. En estos asuntos la regulación constitucional tuvo una notable incidencia sobre el sistema anterior vigente y la literatura jurídica comentó con cierto detenimiento y polémica los pormenores de la misma. Para llegar a comprender el verdadero significado de la repercusión de Cádiz. En estos puntos, veamos

37 Merchán Álvarez, Antonio.- “La Jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”. Ob,cit. p.134



en primer lugar cuál era la situación antes de su promulgación y a continuación los detalles concretos de los efectos de su vigencia en estos campos.

A partir de la Ley de Madrid³⁸ las sentencias dictadas por los *jueces de avenencias*, tanto árbitros como arbitradores, por el mero hecho de ser dictadas causaban ejecutoria, es decir, las sentencias dictadas por los jueces de avenencia pasaban a tener fuerza ejecutiva, independientemente de que fueren dictadas por árbitros de derecho o amigables componedores, y lo mismo ocurría si se pactó pena liberatoria en el compromiso como si no se pactó³⁹

Con ello se producía una revalorización de la sentencia de los *jueces de avenencia* (árbitros y arbitradores) que tenía como motivación legal evitar que los procedimientos arbitrales perdieran su funcionalidad mediante los recursos a los que podían ser sometidos las sentencias arbitrales, como eran el de nulidad, el de reducción a albedrío de buen varón (exclusivamente diseñado para las sentencias de los arbitradores) y sobre todo un nuevo recurso, hasta entonces inexistente a nivel legal - que luego trataremos- y que precisamente alcanza naturaleza legal por virtud de esta Ley de Madrid: el recurso de apelación⁴⁰.

38 Las ordenanzas de Madrid de 1502 y ciertas disposiciones de las Cortes de Toledo de 1529, conocidas unas y otras como Ley de Madrid, e incluidas en la Nueva Recopilación IV, 21,4, y Novísima Recopilación, XI, 17,4, establecieron un nuevo criterio en lo que se refiere al valor de la sentencia arbitral, de gran trascendencia en el cuadro general de la institución, representado fundamentalmente hasta entonces por el sistema normativo de la Partidas.

39 Ley de Madrid: «Porque acaesce que las partes ... acuerdan de poner y comprometer los tales pleytos y contiendas en manos de jueces árbitros iuris...o de jueces amigos, árbitros arbitradores, y prometen de estar por la sentencia que dieren, y de no reclamar della so cierta pena; y los jueces árbitros, y jueces arbitradores, usando la facultad que les fue dada, dentro del término que les fue dado, y sobre aquellas cosas sobre que fue comprometido, dan sentencia,...mandamos, que luego que la tal sentencia arbitraria fuese dada de que la parte pidiere ejecución, se ejecute libremente...».

40 27. Ley de Madrid: «...los jueces arbitros y jueces arbitradores, usando de la facultad que les fue dada, dentro del término que les fue dado, y sobre aquellas cosas sobre que fue comprometido, dan sentencia, de la qual una de las partes acaesce que reclamo y pide della reducción a albedrío de buen varón, o hacen contra ella nulidad o por otro remedio; así que, comienza el pleyto de nuevo, y se alarga y dilata más que si prosiguiera por tela de juicio...».

6. NATURALEZA DEL ARBITRAJE

En lo que se refiere a la naturaleza del arbitraje se presentan ciertas posiciones, que son llamadas también teorías.

Algunas de ellas proceden de vieja data y otras que han surgido en los últimos tiempos, entre las primeras se encuentran las que tratan de explicar la naturaleza del arbitraje desde un punto de vista, jurisdiccional, contractual o procedimental, entre las últimas se tiene las mixtas, autónoma y la negocial.

La primera, distingue entre la sumisión al arbitraje y el laudo, a éste último, se le compara con una sentencia expedida por las cortes ordinarias. La segunda considera la sumisión al arbitraje y el laudo como dos fases de un mismo acuerdo; el acuerdo arbitral y el laudo que tienen un carácter contractual y éste no puede ser comparado a una sentencia. La tercera, la intermedia, entre las dos anteriores, considera una sentencia sujeta a los tribunales ordinarios, pero que requiere de una orden preliminar (*exequatur*), la que sugiere que el arbitraje es una institución autónoma y la negocial.

La determinación de cual de las posiciones será la que impere en un ordenamiento jurídico dependerá de la forma como la legislación de cada país ha regulado al respecto.

6.1. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje

Para un sector de la doctrina basada en el carácter público que reviste la administración de justicia como función primordial y exclusiva del Estado, el arbitraje corresponde al campo público, los árbitros tienen el carácter de verdaderos jueces, aunque transitorios pero ejercitan la función jurisdiccional del Estado y dictan una auténtica sentencia.

En este sentido la ley nacional deberá reconocer el arbitraje, permitir que las partes le sometan en controversias, dar poder a los árbitros para escuchar y determinar los asuntos materia de disputa, y establecer los mecanismos para que las decisiones de los árbitros se ejecuten.



Se está cambiando la persona del juez por el árbitro en virtud de jurisdicción o de derogación de competencia.

Por otra parte, la función de administrar justicia le corresponde al Estado. Si la ley permite que las partes puedan someter sus controversias a arbitraje, esta institución está ejerciendo una función pública, teniendo que concluirse que el laudo es una sentencia con la misma autoridad que los fallos de las cortes del Estado.

Teniendo presente que el poder y autoridad de un árbitro se asemeja a la del juez, al laudo se le considera en la misma forma y con los mismos efectos que las sentencias expedidas por los tribunales ordinarios.

En lo que concierne al cumplimiento del laudo, éste lo mismo que la sentencia, puede hacerse en forma voluntaria y en el caso de no ser así, tendrá que ser ejecutado por los tribunales de justicia. Los caracteres propios del arbitraje de acuerdo con esta teoría serían:

- 1) Los árbitros son jueces que ejercitan la actividad jurisdiccional del Estado. La designación del árbitro mediante el acuerdo arbitral, constituye una ampliación de las funciones del Estado, para algunos el acuerdo arbitral es una derogación de jurisdicción, en virtud de la cual esta se traslada a los particulares.
- 2) Los árbitros, no obstante ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha concedido a las partes la potestad de trasladarle una parte de la soberanía del Estado mientras dure el desempeño de sus funciones, a efectos que puedan resolver la disputa.
- 3) El laudo es una verdadera sentencia.
- 4) La responsabilidad de los árbitros es similar a la que tienen los jueces.

Ludovico Mortara⁴¹, considerado como uno de los mejores exponente de la teoría jurisdic-

cionalista, fundamenta sus puntos de vista en varias consideraciones principales, tales como que no es el simple nombramiento que hacen las partes el que confiere a los árbitros su poder de juzgar, ya que ellos en su condición de particulares no podrían otorgar una facultad que ellas mismas no poseen.

Lo que ocurre, continúa, es que el arbitraje existe porque la ley lo ha instituido, y ésta a su vez ha dado su autorización para que las partes tomando un cierto grado de la soberanía inherente al Estado confieran a los árbitros por medio del compromiso el poder que es necesario para resolver la controversia con plena autoridad. En consecuencia, los árbitros no son simples apoderados de las partes, sino verdaderos jueces y el laudo una verdadera sentencia.

Se señala que el efecto de esta teoría es no permitir que los árbitros tengan una mayor libertad en la aplicación de la ley sustantiva que la que tienen los jueces. Pone énfasis en la certeza legal y requiere que la sentencia esté conforme a la ley del Estado en que se emite.

Por otra parte, la teoría *jurisdiccionalista* acerca del arbitraje, posee numerosos adeptos. Un caso que lo expresaría sería, según Fernando Mantilla⁴², el de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que mediante decisión judicial de 21 de marzo de 1991 opta por explicar el *ámbito resolutivo* del arbitraje mediante la adopción de la teoría jurisdiccionalista acerca de su naturaleza jurídica.

Según la Corte Suprema de Colombia es la ley y no la voluntad de las partes el origen de los poderes jurisdiccionales de los árbitros. La atribución de funciones jurisdiccionales sitúa a los árbitros *en la categoría de particulares que ejercen, con carácter temporal, funciones públicas, como es el caso de la justicia*. Este argumento le sirve a la Corte Suprema Colombiana a su vez para hacer la siguiente afirmación: *como la Constitución colombiana reserva a los nacionales –como derecho político– el ejercicio de funciones públicas que llevan consigo el ejercicio de iurisdictio, los extranjeros no pueden actuar como árbitros en Colombia*.

41 Citado por Vargas García Fernando. "Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil". Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia, 1964, pp. 31 y 32.

42 Mantilla Serrano, Fernando. *Court Supreme de Justice de la Republique de Colombie (Chambre Plénière)*, en Rev. Arb. 4-1991 (pág. 723 y ss).



En el caso del Perú la Constitución de 1993 considera que el arbitraje es jurisdicción independiente del Poder Judicial.⁴³

6.2. La naturaleza contractual del arbitraje

Para otros el arbitraje no tiene carácter público sino meramente privado. Su origen es convencional y los árbitros no son jueces sino simplemente particulares, que no se encuentran investidos del carácter de funcionarios públicos encargados de administrar justicia en nombre del Estado, porque derivan su poder directamente de las partes. Su naturaleza, se señala, es evidentemente contractual.

Esta posición considera que si bien las sentencias tienen una importancia colectiva, cada litigio interesa a las partes involucradas, no pudiendo el Estado desconocer la facultad que estas personas tienen para disponer libremente de sus derechos y someter las controversias, a las personas que le merezcan amplia confianza. La teoría del carácter contractual del arbitraje se basa en que este depende en el acuerdo que celebren las partes, en el que se especificarán el nombre de los árbitros, el tiempo, lugar del arbitraje, procedimientos, y el compromiso a aceptar el laudo como efecto contractual y darle cumplimiento obligatorio.

Se sostiene, además, que el poder de los árbitros proviene del acuerdo arbitral y no de la ley o autoridad judicial, y que el arbitraje es creado por la voluntad y consentimiento de las partes.

El laudo arbitral es ejecutable por las partes como un contrato. El árbitro se constituye en un agente para ambas partes, autorizado por ellos para emitir un laudo para solucionar sus disputas. La sentencia, se señala, los obliga debido a que es un acuerdo hecho por los agentes en su representación. Las partes están obligadas a cumplir la sentencia arbitral voluntaria-

mente, la que es ejecutada por los Tribunales de Justicia, no como un reconocimiento y ejecución de una sentencia de otro Tribunal, sino como un contrato que no se ha cumplido. Los contractualistas aceptan el hecho de que una ley nacional puede influenciar un procedimiento arbitral, así como el laudo.

En este sentido un tribunal nacional no dará fuerza a un acuerdo de arbitraje respecto a una materia reservada por su "lex fori" a su exclusiva jurisdicción. Igualmente no ejecutará un laudo que viola el orden público o que los árbitros no han respetado las nociones fundamentales de la justicia natural. La teoría contractual reconoce una autonomía sin límites a las partes para determinar la ley que rija sus relaciones. De esta manera un árbitro que se encuentra con el problema de determinar la ley lo resolverá recurriendo directamente o indirectamente al deseo de las partes, expresado en el acuerdo arbitral o en el contrato principal de donde ha surgido la controversia.

De acuerdo con esta teoría el arbitraje tendría las siguientes características:

- 1) El arbitraje tiene una naturaleza privada. Proviene de un acuerdo de voluntades entre las partes, que convienen en someter sus diferencias a la decisión de los árbitros.
- 2) Los árbitros son particulares, designados por las partes, las que asimismo son personas privadas. En consecuencia, el vínculo entre árbitros y partes es privado y contractual.
- 3) El árbitro, por tanto, no ejerce acto jurisdiccional alguno; deriva su poder de la facultad que le han conferido las partes en virtud de un contrato; no tiene poder de coacción.
- 4) El laudo no es una verdadera sentencia, sino que deriva su obligatoriedad de la voluntad misma de las partes, que han querido someterse a ella. Tienen la misma obligatoriedad que tienen los contratos.
- 5) En los países cuya legislación exige la aprobación posterior del laudo, el acto de apro-

⁴³ La Constitución Política del Perú de 1979, así como la actual (1993) dispone esta última con un texto similar a la anterior: "Capítulo VIII, Poder Judicial Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y militar

No hay proceso judicial por delegación o comisión".



bación no le imprime carácter público al proceso arbitral, ya que tal aprobación es sólo un acto administrativo y reglamentario posterior.

Se señala que los árbitros derivan sus facultades de las partes y no de la ley, porque ésta podría concedérselas, en razón que siendo la soberanía indelegable y siendo el árbitro un particular la ley no podría otorgársele al árbitro una facultad que es exclusiva del Estado. El no es pues un funcionario, si no una persona privada cuyas facultades provienen de un compromiso.

6.3. Naturaleza mixta del arbitraje

Entre las disposiciones expuestas, aparece una posición intermedia que rechaza lo que considera errores de las dos primeras y fusiona todo aquello que de las dos considera acertado y ajustado al derecho.

El acuerdo arbitral, su forma y procedimiento están dentro del control exclusivo de las partes. El efecto legal de sus acuerdos y el carácter de ejecución del laudo dependen de las leyes de la jurisdicción a la que se someten.

En relación con esta teoría el Profesor Saucer-Hall en su reporte al Instituto de Derecho Internacional en 1952, sostiene que el arbitraje no puede estar más allá de cada sistema legal: tiene que haber alguna ley la cual pueda determinar la validez del acuerdo arbitral y la ejecución del laudo.

Igualmente reconoce que el arbitraje tiene su origen en un contrato privado y que el nombramiento de los árbitros y el procedimiento arbitral dependen principalmente del acuerdo entre las partes. Así sostiene que los elementos contractuales y jurisdiccionales del arbitraje están indisolublemente ligados. Consecuentemente define el arbitraje como: “una institución jurídica mixta, sui generis, la cual tiene su origen, en el acuerdo de las partes y deriva sus efectos jurisdiccionales de la ley civil”⁴⁴.

De acuerdo con esta posición, el arbitraje basa sus elementos en la ley privada y pública; tiene aspectos procesales y contractuales.

El acuerdo de arbitraje es un contrato y tiene que ser tratado como tal; su validez se determina por el criterio aplicable a los contratos.

El procedimiento arbitral sin embargo tiene que estar sometido a alguna ley nacional.

6.4. La Naturaleza autónoma del arbitraje

Esta posición sostiene que el carácter del arbitraje sólo puede ser realísticamente determinado mirando a su uso y propósito. En este sentido, el arbitraje no puede ser clasificado como puramente contractual o jurisdiccional, e igualmente no es una institución mixta.

Considera al arbitraje desde un ángulo completamente diferente a los anteriores. La cuestión es en que el sistema legal nacional e internacional se adecúa al arbitraje, y como y hasta qué medida la ley restringe el derecho a someter y a conducir el procedimiento arbitral. La teoría autónoma mira al arbitraje “per se”, en que consiste; La forma y manera como funciona; las leyes que se han dictado para ayudar y facilitar el desenvolvimiento del arbitraje.

Se rechaza la teoría contractual y jurisdiccional por no estar de acuerdo con la realidad, además de estar una con otra en contradicción. La ventaja del arbitraje no es la ejecución del laudo, sino más bien la rapidez y flexibilidad del procedimiento. En cuanto a la teoría mixta se le rechaza por demasiado indefinida e imprecisa.

Para esta teoría, tanto el acuerdo de arbitraje como los laudos tienen fuerza no como un contrato; no como una concesión por parte del Estado soberano para efectos de la ejecución, sino más bien como un requisito esencial para facilitar el funcionamiento de las relaciones comerciales internacionales.

Con respecto a la ley que rige los aspectos sustanciales, las partes son libres para escoger el

⁴⁴ Saucer-Hall.- “L’ arbitrage en droit international privé”, 4-I. Ann.inst.dr, int’l (1952), p.469.



sistema de leyes a aplicarse. Esta autonomía absoluta, sería el medio por el cual el arbitraje obtiene un carácter verdaderamente supra nacional en el cual la ley comercial internacional puede ser aplicada directamente.

De esta manera en un arbitraje, las partes están facultadas para seleccionar la forma como se regirán sus relaciones, aplicando un sistema nacional de leyes, o la ley del comercio internacional, la costumbre y usos que conciernen al comercio (*lex mercatoria*) o los principios generales de equidad. En ausencia de una designación expresa de la ley por las partes, la teoría autonómica dispensa a los árbitros de recurrir a las reglas de los conflictos tradicionales del lugar del domicilio o residencia permanente de los árbitros.

Más bien los árbitros pueden, o aplicar las reglas de conflicto de leyes que consideran apropiadas a las circunstancias de un caso particular, o puedan recurrir directamente a alguna ley internacional o una regulación pertinente a la disputa.

6.5. La procedibilidad negocial del arbitraje

El arbitraje resuelve controversias a partir de la suscripción de un convenio arbitral conceptualizado como un negocio jurídico que rehuye las posiciones contractualistas al uso para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje por cuanto, en una proyectada posición general del negocio jurídico, las opciones contractualistas han de ser preteridas en la medida en que la propeútica negocial se acerca al contractualismo pero, en cambio, se aleja de las soluciones procesales.

Frente a las denominadas posiciones contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas *la naturaleza jurídica resolutoria del arbitraje es de procedibilidad negocial*.⁴⁵

45 Bernal Gutiérrez, Rafael.- *"Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial"*, en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA), 2, 1993. p. 194.

7. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y LOS PAÍSES DE HISPANOAMÉRICA

La Constitución de Cádiz constituyó para los países de Hispanoamérica, a excepción de Venezuela⁴⁶ el primer texto constitucional, y que contó con la presencia de los diputados elegidos por territorios bajo el dominio español, como se ha señalado esta Constitución constituyó una reunión de pensamientos tradicionales españoles y de los nuevos que circulaban por las colonias americanas.

En cuanto a las disposiciones que contenía la Constitución de Cádiz en materia de arbitraje las mismas fueron recogidas en las primeras constituciones de los países americanos al nacer a su vida independiente.

La Constitución de 1812, por tanto, -como ya hemos dicho- supuso un cambio importante en la valoración de la sentencia arbitral, pues con su artículo 281 se derogó la fuerza ejecutiva general que la Ley de Madrid concedió a las sentencias arbitrales, al establecerse que la sentencia que dieran los árbitros sólo se ejecutaría si las partes al hacer el compromiso no se hubieran reservado el derecho de apelar. A partir de entonces, en consecuencia, si contra la sentencia arbitral procedía el recurso de apelación y este se ejercitaba dentro del término legal, quedaba aquella privada de la fuerza ejecutiva que antes poseía por virtud de la Ley de Madrid.

Es decir, se introduce con la vigencia de este artículo un sistema diferente al de la Ley de Madrid, en base al cual, como se ha visto la apelación no sólo era posible cuando las partes se reservaban el derecho de apelar, sino también cuando nada se estipulaba sobre ello.

46 La Constitución de Venezuela se expide 21 de diciembre de 1811, aún siendo previa al texto gaditano, manifiesta Ignacio Fernández Sarasola, muestra influencias de éste, puesto por esas fechas la Constitución de Cádiz se hallaba redactada en su mayor parte y podía conocerse por la prensa que circulaba con fluidez empezando por el español Blanco White. Fernández Sarasola, Ignacio. "La Constitución Española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana" pp. 60 y 61. Se sostiene que esta Constitución se inspiró en el pensamiento de la Revolución francesa y en la Constitución de los Estados Unidos. En su texto no se encuentra referencia al arbitraje.



Sostiene Merchán Álvarez, que los caracteres históricos hispánicos son los jurisdiccionales. Así manifiesta que en el derecho visigótico del *Liber* se inicia una tradición judicialista del arbitraje que llega hasta la Constitución de 1812. Para el *Liber Iudiciorum* han recibido para potestad para juzgar, *los iudices ex consensu partium*, y por ello deben tener el nombre, de los derechos y las responsabilidades de los otros jueces; y además su sentencia es ejecutiva como la de los otros jueces. Se trata de una tradición que se recogió sin modificaciones en el Fuero Juzgo⁴⁷.

Así, expresa, que en el derecho visigodo del *Liber* se inicia una tradición judicialista del arbitraje que llega hasta la Constitución de 1812⁴⁸.

Según define Lorca Navarrete, el arbitraje es un sistema de garantías procesales con proyección constitucional que se recae sobre la resolución de cuestiones litigiosas que se hallan en el ámbito de la libre disposición de quienes, como personas físicas o jurídicas, les asiste el poder de solucionarlas.

Históricamente no siempre fue de ese modo. No pasa desapercibida, en tal sentido, la alusión del arbitraje como *derecho* que bien podría conectarse con el carácter de *derecho fundamental* con el que fue acuñado en las Constituciones que surgen a fines del siglo XVIII y principios del XIX, frente a la *inoperancia y arbitrariedad* de la justicia del *ancienne regime* como fue el caso del artículo 5 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, al declarar: “*le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l’arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif*” y del artículo 280 de la Constitución española de 1812, al declarar que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”.

47 *Liber Iudiciorum* II,1,27 (= *Fuero Juzgo*, II,1,1); *Liber Iudiciorum*, II,1,18 (*Fuero Juzgo*, II,1,18). Cfr. A. Merchán Álvarez, cit., *El arbitraje* cit. p.133.

48 Merchán Álvarez, Antonio “La jurisdicción arbitral en la constitución de Cádiz”. Universidad de Sevilla.

Los países de Hispanoamérica al momento de la dación de la Constitución de Cádiz en 1812, carecían de una Constitución, a excepción de Venezuela cuya constitución provenía del año 1811.

La constitución de Cádiz, señala Sagües⁴⁹, se proyecta en América en dos niveles. Uno, el de su vigencia en determinadas regiones. Otro, por haber sido fuente de varios artículos de las constituciones de los países hispanoamericanos.

7.1. Juramentación de la Constitución de Cádiz por los países de Hispanoamérica

En cuanto a la Juramentación de la Constitución de Cádiz, por los países

de Hispanoamérica hubieron algunos países que en ese entonces pertenecían a los Virreinos, Capitanías Generales y Audiencias, que la juramentaron y otros que no⁵⁰.

Entre los que juramentados la Constitución de Cádiz se encuentran:

En el Virreinato del Río de la Plata, no se juró en la mayor parte del mismo, aunque sí en Montevideo, el 27 de septiembre de 1812. Rigió hasta que Fernando VII la derogó, en 1814.

En las regiones norteñas que pertenecían al virreinato rioplatense, o sea, en el Alto Perú, el virrey Abascal (del Perú) la hizo jurar en Charcas (hoy Sucre), y se celebraron elecciones municipales de resultas de ella en Charcas, Potosí y La Paz.

En México la constitución de Cádiz fue jurada el 30 de septiembre de 1812, hecho que dio lugar a que el “Zócalo” de la capital fuera declarado “Plaza de la Constitución”. Posteriormente resultó suspendida y luego restablecida, más tarde derogada por el decreto de Fernando VII del 4 de mayo de 1814, y reimpuesta en 1820. Resultó formalmente abolida por el art. 1º del “Reglamento Político Provisional del Imperio

49 Sagües, Néstor Pedro.- La proyección de la Constitución de Cádiz en las Américas. p.1

50 Sagües, Néstor Pedro.- Menciona quienes juraron y quienes no la Constitución de Cádiz y que países comprendió. Ob, cit.



Mexicano”. Algunos sostienen una vigencia interrumpida, y también en los primeros años del México independiente (constitución federal de 1824), como norma supletoria. Otros autores destacan que nunca tuvo aplicación completa, sino fragmentaria y selectiva.

En el Virreinato del Perú la Constitución de Cádiz fue jurada por orden del Virrey Abascal en Lima, el 2 de octubre de 1812, disponiéndose la elección de autoridades locales conforme a ella.

En el Virreinato de Nueva Granada (hoy, básicamente, Colombia), la suerte de la constitución gaditana fue múltiple: algunas provincias la acataron, muchas otras no, según reconocieran o desconocieran a las autoridades peninsulares.

En la Audiencia de Quito, la constitución gaditana fue jurada solemnemente (incluso por los curas párrocos) y tuvo vigencia relativa.

En Costa Rica, a su turno, también fue jurada y tuvo vigencia, hasta que fue derogada en España. En otros lugares del istmo centroamericano fue asimismo observada, no siempre con pulcritud, como en Panamá, Nicaragua, Guatemala.

En Venezuela, fue inicialmente jurada aunque tuvo una vigencia efímera, desde julio de 1812 hasta mediados de 1813, cuando Bolívar retoma el control de Caracas.

En definitiva, la Constitución de Cádiz fue formalmente acatada en dos de los cuatro virreinos existentes en la época (Perú y México) y en partes de los otros dos (Nueva Granada y Río de La Plata); en ciertas capitanías generales y en la Audiencia de Quito. A esta lista cabe sumar, naturalmente, República Dominicana, Cuba y Puerto Rico, que permanecieron bajo dominio español hasta fines del siglo XIX. Esta situación ha permitido afirmar, con cierto optimismo por cierto, que se juró y estuvo vigente en casi toda la América española, aunque estudios más moderados, pero más seguros, alertan de todos modos que más de la mitad de los habitantes de las colonias hispánicas la aceptaron.

Entre los que no juramentado la Constitución de Cádiz se encuentran: Chile, Paraguay o Argentina.

7.2. Constituciones del Siglo XIX. Legislación Constitucional en materia de arbitraje

En lo que se refiere al arbitraje como cláusula constitucional, la Constitución de Cádiz tuvo una gran influencia en los países hispanoamericanos, al nacer a la vida independiente y aprobar las primeras constituciones que regirían sus destinos.

7.2.1. Provincias Unidas de Centro América (Guatemala, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Nicaragua)

Constitución de 1824

“Artículo 172.- La facultad de nombrar árbitros en cualquier estado del pleito es inherente a toda persona: la sentencia que los árbitros dieren es inapelable, si las partes comprometidas no se reservaren este derecho”.

Reformas a la Constitución Federal de Centro América de 1835

Artículo 178.- Contiene el mismo texto del artículo 172 de la Constitución de 1824.

7.2.2. Costa Rica

Constitución de 1844

“Artículo 158º: La facultad de nombrar árbitros en las acciones civiles y en cualquier estado del pleito, es inherente a toda persona. La sentencia que los árbitros dieren es inapelable si las partes comprometidas no se reservasen este derecho. La misma facultad es extensiva a las testamentarias del modo que establezca la ley”.

Constitución de 1847

“Artículo 142º: En inherente a toda persona el derecho de nombrar árbitros en las acciones civiles, en cualquiera estado del pleito; y las sentencias que éstos pronunciaren no pueden



ser apelables, sino cuando las partes se han reservado esta prerrogativa. También pueden ser evacuados por Jueces árbitros las causas mortuales de aquellos testadores que hayan querido usar de este derecho”.

Constitución de 1859

“Artículo 44°. Todos los costarricenses o extranjeros, residentes en la República, tienen el derecho de terminar sus diferencias, en materia civil por medio de árbitros, ya sea Antes o después de iniciado el pleito”.

Constitución de 1869

Artículo 42°. Contiene el mismo texto del artículo 44° de la Constitución de 1859.

Constitución de 1871

Artículo 48°. Contiene el mismo texto del artículo 44° de la Constitución de 1859.

7.2.3. República Dominicana

Constitución de 1844

“Artículo 45. El poder Judicial se delega a Jueces árbitros, Alcaldes de Comunes, Justicia Mayores de Provincias, Tribunales de Consulado y de Apelación, Consejos de Guerra y a una sola Suprema Corte de Justicia residente en la Capital, para toda la República”.

7.2.4. El Salvador

Constitución de 1824

“Artículo 58. A ninguno podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por Jueces árbitros que nombren las partes, cuya sentencia, si no hubiese reservado en el compromiso el derecho de apelar, será ejecutada”.

Constitución de 1841

“Artículo 89. Ningún juicio contencioso o sobre injurias podrá establarse sin hacer constar que ha intentado antes el medio de la conciliación

exceptuándose los casos en que la ley expresamente no lo requiera. La facultad de nombrar árbitros en cualquier estado del pleito, es inherente á toda persona y sentencia que pronuncien es inapelable, si las partes comprometidas no se reservasen expresamente este derecho”.

Constitución de 1864

“Artículo 94. A los juicios contenciosos ó sobre injurias precederá la conciliación, excepto los casos en que la ley expresamente no la requiera. La facultad de nombrar árbitros en cualquier estado del pleito, es inherente á toda persona y sentencia que pronuncien es inapelable, si las partes comprometidas no se reservasen expresamente este derecho”.

Constitución de 1871

“Artículo 120. La facultad de nombrar árbitros y de transigir en cualquier estado del pleito, es inherente á toda persona, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley”.

Constitución de 1872

Artículo 38. Contiene el mismo texto del artículo 120° de la Constitución de 1871.

7.2.5. Guatemala

Constitución de 1825

“Artículo 179. La facultad de nombrar árbitros en cualquier estado del pleito es inherente a toda persona. La sentencia de los árbitros es inapelable, si las partes comprometidas no se reservaren este derecho”

7.2.6. Honduras

Constitución de 1825

“Artículo 67. A ninguno se le prohíbe comprometerse en árbitros para terminar sus diferencias: el compromiso será una ley que hará



ejecutoria la sentencia de los árbitros, que no será apelable, si las partes no se reservaren este derecho.

Constitución de Honduras de 1831, no tuvo vigencia”.

“Art. 76. A ninguno se le prohíbe comprometerse en árbitros para terminar sus diferencias: el compromiso será una ley que hará ejecutoria la sentencia de los árbitros, que no será apelable, si las partes no se reservasen este derecho”.

Constitución de 1839

“Artículo 74. La facultad de nombrar árbitros en cualquier estado del pleito es inherente a toda persona; la sentencia que los árbitros dieren, es inapelable, si las partes comprometidas no se reservan este derecho”.

Constitución de de 1848

“Artículo 110. Contiene el mismo texto del artículo 120º de la Constitución de 1839”.

Constitución de 1894

“Art.132. Ninguna persona que tenga la libre disposición de sus bienes, puede ser privada del derecho de determinar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”.

7.2.7. México

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824

Sección VII. Reglas generales a que se sujetará en todos los Estados y territorios de la Federación la administración de justicia

“Artículo 156. A nadie podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio”.

Siete Leyes Constitucionales del 30 de diciembre de 1836. Quinta Ley Constitucional.

“Artículo 39. Todos los litigantes tienen derecho para terminar, en cualquier tiempo, sus pleitos civiles ó criminales, sobre injurias puramente personales, por medio de Jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme á las leyes”.

Bases para la Organización Política de la República Mexicana del 12 de junio de 1843.

“Artículo 185. Contiene el mismo texto del artículo 39º de las Bases para la Organización Política de la República Mexicana de 1843”.

7.2.8. Nicaragua

Constitución de 1826

“Artículo 120. No se podrá privar a ninguna persona del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por las partes. La sentencia que dieren será inapelable, si los comprometidos no se hubiesen reservado este derecho”.

Constitución de 1838

“Artículo 158. La facultad de nombrar árbitros en cualquier estado del pleito es inherente a toda persona. La sentencia de los árbitros es inapelable, si las partes comprometidas no se reservaren este derecho”.

7.2.9. Panamá

Constitución de 1841

“Artículo 156. “Todos los istmeños tienen la libertad de comprometer sus diferencias en árbitros en cualquier estado de los pleitos, con tal que observen las formalidades legales”.

7.2.10. Perú

Constitución de 1839

“Artículo 164º. “Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de Jueces árbitros”.⁵¹

51 La Constitución de 1839, estuvo vigente hasta 1856, siguiendo el artículo 280 de la Constitución de Cádiz menciona en su art. 164º, como garantía individual que se encuentra en el Título XVIII, Garantías Constitucionales.



7.2.11. Venezuela

Constitución de 1819

“Artículo 8. En cada Parroquia habrá un Juez de Paz ante quien se propondrán todas las demandas civiles, y las criminales en que no pueda procederse de oficio. Él debe oír a las partes sin figura de juicio, procurando transigirlas, y reducirlas a concordia, bien por sí, bien por árbitros, o amigables componedores en quienes se comprometan”.

Constitución de 1830

“Artículo 190. Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de domicilio, ausentarse del Estado, llevando consigo sus bienes, y volver á él, con tal que se observen las formalidades legales: y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley”.

Constitución de 1857

Artículo 100. Contiene el mismo texto del artículo 190º de la Constitución de 1830.

Constitución de 1858

Artículo 150. Contiene el mismo texto del artículo 100 de la Constitución de 1857.

8. CONCLUSIONES

1. La Constitución de Cádiz significó para Hispanoamérica una propuesta de reconocimiento institucional, ya que América se inserta en el documento como un segmento con perfil propio y esencial de las Españas.
2. Una propuesta de igualdad de personas, con idéntica nacionalidad; y de instituciones, con diputaciones similares en todas las regiones de las Españas.
3. Una propuesta de participación en la integración de las Cortes y de su comisión permanente, como en el Consejo de Estado.

4. La inserción de varias de sus cláusulas en varios documentos constitucionales locales posteriores.
5. La inclusión en las Constituciones de Hispanoamérica los principios arbitrales contenidos en la Constitución de Cádiz, contribuyendo al desarrollo del arbitraje en este continente.

9. ANEXO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA

Promulgada en CADIZ a 19 de marzo de 1812

TÍTULO V

DE LOS TRIBUNALES Y DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LO CIVIL Y CRIMINAL

CAPÍTULO II

De la administración de justicia en lo civil.

Art. 280

No se podrá privar á ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

Art. 281

La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar.

Art. 282

El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles ó por injurias, deberá presentarse á él con este objeto.

Art. 283

El alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y



al demandado, se entenderá de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin mas progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial.

Art. 284

*Sin hacer constar que se ha intentado el medio de **la conciliación**, no se entablará pleyto ninguno.*

Art. 285

En todo negocio, qualquiera que sea su quantía, habrá á lo más tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas. Quando la tercera instancia se interponga de dos sentencias conformes, el número de jueces que haya de decidirla, deberá ser mayor que el que asistió á la vista de la segunda, en la forma que lo disponga la ley. A esta toca también determinar, atendida la entidad de los negocios, y la naturaleza y calidad de los diferentes juicios, qué sentencia ha de ser la que en cada uno deba causar ejecutoria.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARAMBURU MENCHACA, Andrés A. El arbitraje comercial en Iberoamérica. Editado por el Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid-España. 1982.
2. Cuadernos y Debates. Bicentenario de las Cortes de Cádiz. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2011. Edición Electrónica 2011.
3. BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial. En Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA), 2. 1993.
4. CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Editorial Civitas. Madrid-España. 1991.
5. DE LA LAMA, Miguel Antonio. Código de Procedimientos Civiles. Con nociones Históricas, Citas, Exposición y Críticas. Tomo I. Librería e Imprenta Gil. Lima-Perú. 1912.
6. DIEM, W.M.- La Fuentes en la Constitución de Cádiz. En Estudios sobre las Cortes de Cádiz. Pamplona-España.
7. DOVAL, Gregorio. Nuevo Diccionario de Historia. Términos, Acontecimientos e Instituciones. Ediciones Temas de Hoy. Madrid-España.
8. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M. El Arbitraje. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires-Argentina. 1998.
9. FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. La Constitución Española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana.
10. GONZÁLEZ SORIA, Julio. La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral. Editado por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid. 1988.
11. MANTILLA SERRANO, Fernando. Court Supreme de Justice de la Republique de Colombie (Chambre Plénière), en Rev. Arb. 4. 1991.
12. MONTROYA ALBERTI, Ulises. El arbitral comercial. Ed. Cuzco. Lima-Perú. 1987.
13. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. El Arbitraje. Estudio histórico jurídico. Universidad de Sevilla.
14. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. La Jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz. Universidad de Sevilla.
15. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. La alcaldía de avenencia como forma de mu-



- nicipal en el Derecho de León y Castilla”,
Universidad de Sevilla.
16. SAGÜÉS, Néstor Pedro. La proyección
de la Constitución de Cádiz en las Amé-
ricas.
17. SÁNCHEZ AGESTA, Luis. “Historia del
constitucionalismo español”.