

**FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO: JURISDICCIÓN Y  
ARBITRAJE EN DERECHO ROMANO.  
Iustel, Madrid, 2006, 241 páginas**

**Luis Rodríguez Ennes**

*Vicepresidente del Tribunal Arbitral de Galicia. Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Vigo*

El autor del libro, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, es un consumado especialista en la jurisdicción voluntaria, tema éste al que ha dedicado numerosos estudios, todos ellos unánimemente valorados por la crítica científica, habida cuenta –abstracción hecha de su calidad intrínseca– de que ha sido el primer romanista en acometer de un modo sistemático el tratamiento de una cuestión tradicionalmente preterida por sus colegas, pese a su rabiosa actualidad.

El arbitraje fue conocido en Atenas pero su regulación perfecta es uno de los muchos legados impagables de Roma. Antes de penetrar en los detalles de la normativa romana al respecto –que con tanta maestría describe el Prof. Fernández de Buján– cumple señalar que el motivo del éxito y de la pervivencia del Derecho romano no estriba quizá en la existencia de un entramado jurídico ejemplar en el campo del derecho sustantivo, sino, sobre todo, en la eficacia acreditada por aquella administración de justicia. La bondad del sistema y su influjo en la cultura occidental depende en gran medida de las soluciones dictadas en cada supuesto litigioso. Algo absolutamente antitético con la realidad que hoy se vive en España.

El Profesor Montero hizo hace bastantes años un estudio científico sobre la duración de los procesos, probablemente el primero realizado en nuestro país con esa técnica, y llega a la conclusión de que “un proceso como el de mayor cuantía, con la primera instancia, apelación y casación, tiene una duración aproximada de cinco años y –lo que es más grave socialmente– que los juicios de cognición y verbal, los más próximos a las clases menos pudientes, alcanzan duraciones desproporcionadas a las cantidades que en ellos puedan reclamarse”. Treinta años después de la investigación citada, puede decirse que la situación se ha agravado notoriamente, no sólo en lo que se refiere a la duración sino también en lo que atañe a la calidad técnica de las resoluciones judiciales. Por un lado se debe a que el nuevo sistema político español “judicializa” en exceso los comportamientos públicos, de manera que –consciente o inconscientemente– se empuja al ciudadano a presentar constantemente reclamaciones judiciales, como si ello fuera una manifestación inequívoca y pública de que gozamos de una democracia homologable. Por otra parte, la torpeza de legisladores y gobernantes ha favorecido, igualmente, la proliferación de normas confusas que provocan un aumento de la litigiosidad. Además, no podemos olvidar que –como ya advirtió en su momento el Defensor del Pueblo– la Administración española abusa notoriamente del silencio administrativo, partiendo de la poca democrática idea de que quien recurre a la vía adminis-

trativa se lo piensa dos veces antes de entablar un contencioso, porque en él tendrá que pagar abogados y procuradores que, aún ciñéndose a sus aranceles, percibirán cantidades superiores a las eventualmente reclamadas.

Se dice, a veces, que el problema de la justicia española estriba en que no hay bastantes jueces. El profesor Jiménez de Parga se ha manifestado, con razón, en la prensa, contrario a semejante idea. El problema es mucho más hondo y depende en gran medida de cambios en los procedimientos y de otros aspectos que no sirve al caso exponer aquí. Se apunta, a propósito de muchas leyes del siglo XIX, que hay que cambiarlas para adaptarlas a las nuevas necesidades. No obstante, algunas de las nuevas como la Ley Orgánica del Poder judicial, han contribuido a deteriorar más el ya de por sí delicado mundo de la judicatura. Por lo que se refiere al número de jueces hay que pensar en una serie de cuestiones elementales. En primer lugar, más jueces no significa que la calidad de las sentencias sea mejor, ni que los trámites se agilicen. En segundo término, el actual sistema de oposiciones –con el acceso por los llamados “tercer” y “cuarto” turnos– no ha servido para mejorar el nivel de la carrera judicial sino a la inversa. En tercer lugar y en relación con lo anterior, el incrementar el número de plazas no significa correlativamente que los candidatos tengan mayor preparación. En cuarto, ser juez no es demasiado atractivo, ni desde el punto de vista económico, ni desde el punto de vista de promoción profesional. Se insiste, por lo demás, en el sistema de oposiciones-concursos, sin ensayar otros procedimientos alternativos. Mejor sistema es, sin duda, el británico, que permite a los abogados elegir a uno de entre ellos, dotado de amplia experiencia y auténtico y no ficticio “reconocido prestigio” para que actúe como juez, y además está muy bien retribuido. No por casualidad el Reino Unido es uno de los países en el que el nivel de independencia, de prestigio y de confianza en la justicia alcanza cotas más altas. Y con un número de jueces de carrera proporcionalmente muy inferior al de España.

Así las cosas y ciñendonos al criterio estrictamente utilitario, tan en boga en los tiempos que corren, cabe preguntarse qué lección entraña para el presente y qué perspectiva nos depara hacia el futuro el libro de Antonio Fernández de Buján. En este sentido, el autor, con pericia, va agavillando la copiosa bibliografía –hasta entonces dispersa– sobre el arbitraje y con la experiencia que aúna en su persona el ser conocedor en grado sumo del procedimiento arbitral romano y su condición actual de vocal de la Comisión General de Codificación encargada de la redacción del Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, va a demostrar sin ambages la persistencia del caudal traslativo del arbitraje romano desde sus orígenes –hace dos mil años– hasta nuestros días. En efecto, en Roma, el procedimiento formulario es el medio de resolver un conflicto de intereses mediante un proceso incoado ante el órgano jurisdiccional competente. Sin embargo, el ordenamiento jurídico romano –al igual que ocurre en los ordenamientos actuales– permite que las partes en discrepancia, sin intervención alguna del Estado, prefieran someter la resolución del conflicto a uno o varios particulares de su confianza. Cuando la justicia se hace lenta y costosa los ciudadanos prefieren acudir a instancias meramente privadas en procura de una solución de sus litigios. Tal hecho se produjo en Roma hacia el siglo II a. C.: para excluir la jurisdicción ordinaria ambas partes estipulaban el sometimiento de la controversia a la decisión de un árbitro. Designado el *arbiter*, era necesario que aceptase expresamente el encargo conferido y se comprometiera a pronunciar el fallo. En todo caso, la misión encomendada es asumible libremente, pues no existe obligación alguna de aceptarla. El árbitro goza de plena libertad de actuación en el desempeño de su cargo y no está sometido a regla alguna; su decisión –el laudo arbitral– es siempre inapelable.

Hoy –al igual que en Roma– se sigue entendiendo que el arbitraje nunca puede ser forzoso, porque su base legitimadora se encuentra en la voluntad de las partes que confían en la solución que provoca y propicia. Para penetrar en la verdadera naturaleza

de la institución arbitral debemos apartarnos de la teoría estatalizada de la justicia ya que el poder del árbitro no deriva del Estado sino de la facultad que tienen las partes, los interesados, para transigir y decidir sobre sus contiendas. Facultad que pueden diferir a un tercero, tal como se recoge en el artículo 1820 del Código civil, que no hace otra cosa que plasmar la antiquísima doctrina romana. En este sentido, la Recomendación N° R (86) 12, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de los tribunales, proclama la necesidad de que los gobiernos realicen las reformas adecuadas para que “en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial”. Siguiendo esta línea se ubica la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (B.O.E. del 7) de Arbitraje que “facilitará un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por los ciudadanos”.

Efectivamente, el arbitraje es un medio más sencillo, menos formalista y más rápido porque comprende una sola instancia que no debe durar más de tres meses, por cuyo motivo es también más económico y permite disponer para cada supuesto de un juez especializado en la materia que ha de resolverse, aspecto tan importante como olvidado en la jurisdicción, en cuya puesta en práctica observamos gravísimos pasos hacia atrás. En el momento presente sabemos que un juez por su sola voluntad puede cambiar de jurisdicción cuantas veces lo desee y después de pasarse muchos años en la jurisdicción laboral o penal puede tranquilamente pasar a resolver asuntos civiles que, como todos sabemos, son los más complicados, los de más enjundia jurídica, siendo esta materia precisamente la que presenta mayor campo de acción para el arbitraje.

A modo de conclusión, cabe señalar que el libro del Prof. Fernández de Buján constituye un excelente instrumento para conocer mejor la rotunda lección que los juristas romanos aportaron al derecho moderno, al idear un procedimiento para lograr la composición pacífica de los conflictos, evitando así la agresión psicológica que engendra todo proceso y, al propio tiempo, ofreciendo vías de solución al endémico atasco de la administración de justicia. El Derecho romano no es solamente un objeto de erudición, sino el elemento básico para el conocimiento del derecho privado con todos los países de cultura occidental. No es, pues, pura arqueología, sino parte viva del Derecho moderno. En efecto, en relación con el derecho positivo, constituye el Derecho romano un poderosísimo auxiliar interpretativo, ya que el Código no representa sino el punto histórico final en la evolución de un principio jurídico y sólo puede llegarse a una posible comprensión del mismo analizando la raíz remota de donde proceda. Con razón escribía Chesterton: “Lo verdaderamente importante acerca de los países europeos no es que tengan restos romanos, es que son restos romanos. En realidad no se trata tanto de restos como de reliquias, pues siguen obrando milagros. Debajo de las semillas de nuestras cosechas y de las raíces de nuestros árboles se encuentran unos cimientos de los que los fragmentos de teja y ladrillo no son más que unos símbolos; y por debajo de los colores de nuestras flores silvestres están los colores de una calzada romana”.