

CAPITULO VII.

Tendencia de los pueblos hácia el enjuiciamiento convencional.—Arbitraje.—Legislación mercantil.—Exámen de la ley primera, título doce del Ordenamiento de Alcalá.—Frecuencia de los pactos de enjuiciamiento.

Se ha hecho de antemano presente que la idea del enjuiciamiento convencional no es nueva, porque además de haberla columbrado el derecho romano y cultivádola los tratadistas, los pueblos han propendido constantemente á realizarla, á pesar de la resistencia opuesta por la monomanía tutelar del poder público.

Si esa tendencia ha existido por todas partes, y data de los mas apartados tiempos á que puede remontarse la historia, como se demostrará en este capítu-

lo, preciso es considerarla como una necesidad que al estado social importa satisfacer para mejorar la condicion de los asociados.

En el arbitraje se descubren á primera vista los caracteres todos del enjuiciamiento convencional. El compromiso no solo modifica la legislacion procesal, sino que del todo la suplanta en algunos casos. Por él adquieren jurisdiccion personas que legalmente no la tienen, y durante el tiempo que les conceden las partes para ejercerla. Él arregla la forma de la sustanciacion, determinando si ha de observarse la comun, la que á los arbitadores plazca, ó la que á las partes convenga: á él se atiende para saber si tienen lugar ó son improcedentes los recursos de apelacion y reduccion establecidos por la ley contra los fallos arbitrales.

El arbitraje, atendiendo á la necesidad que satisface, debe haber sido una de las primeras instituciones humanas, ó mas bien una práctica tan antigua como los juicios patriarcales. Basta, para fundar esta apreciacion, atender á lo que pasa ordinariamente en el curso de los negocios, y á la manera mas natural de terminar las diferencias que con motivo de ellos se suscitan. Si dos ó mas personas contienden sobre un punto cualquiera, y presencian otra ú otras la discusion, las primeras, por un movimiento casi instintivo, requieren á las segundas, sometiéndose á su buen juicio, para que resuelvan, oídos los fundamentos que por una y otra parte se expongan, cuál de ellas tiene la razon.

Jacob invitando á Laban en los tiempos bíblicos á sujetarse á la decision de los hermanos de uno y otro: El rey D.

Enrique nombrando sus árbitros en la edad média, para que, en union de los que designaron los prelados y ricos hombres, resolvieran las diferencias pendientes entre aquel y estos: la Inglaterra y los Estados Unidos buscando en un fallo arbitral la conservacion de la paz, que ha estado en la actualidad á punto de alterarse entre ambos países por la cuestion del Alabama; y los innumerables casos de arbitraje que por todas partes ocurren, prueban que ha atravesado las edades, sin perder ninguna de las ventajas que proporciona á los asociados, á quienes interesa tener una justicia de su eleccion, para sustraer sus debates á los gastos, á las dilaciones y chicanas que origina el enjuiciamiento comun.

Pero tan legítima aspiracion ha estado permanentemente reprimida por los le-

gisladores que, so pretexto de reglamentar el arbitraje para que no refluya en contra de los intereses comprometidos, no han hecho mas que desnaturalizarlo, dando en él intervencion á los tribunales comunes, ó estableciendo trámites que han de practicarse forzosamente, aunque no estén pactados en el compromiso. De ahí vinieron la apelacion del fallo arbitral ante la justicia ordinaria y la reduccion á arbitrio de hombre bueno introducidas por el derecho romano y adoptadas por las legislaciones que de él se derivan: de ahí el recurso de un nuevo juicio concedido por la del Indostan, que autoriza á cualquiera de las partes para que, en caso de estimar injusta la sentencia de los árbitros, se queje de ella ante el magistrado, quien habrá de nombrar otros. *

* Cod. de los gentus, páginas 114 y 142.

Mas racional era en este punto la legislacion ateniense. Una de las leyes de Solon dice: "Si los ciudadanos quieren elegir un árbitro para terminar sus disensiones, tomen al que quisieren de comun acuerdo, y estén despues á su decision, *sin poder ya ocurrir á otro tribunal.*" * Esta disposicion no concede á la autoridad judicial ingerencia en el arbitramiento; pero es antifilosófica, en cuanto que priva de este recurso á los litigantes, cuando voluntariamente quieran interponerlo. En justicia y en principio no hay que exigirlo como parte integrante de la sustanciacion, ni que prohibirlo como contrario á la índole de esta; sino dejar á los comprometidos en libertad, para que pacten sobre el particular lo que mejor cuadre á sus miras.

* Demósten., ley ática, pág. 344.

De todas maneras, el arbitraje, coetáneo de la sociedad, el arbitraje, anterior á las leyes y á los tribunales, el arbitraje, siempre en crédito en medio de la ruina de tantas otras prácticas forenses, no siendo mas que una de las formas del enjuiciamiento convencional, demuestra en este un importante resorte, cuyo entorpecimiento debe trascender á todo el mecanismo judicial.

El derecho mercantil es otra prueba de la propension que los pueblos manifiestan á esquivar en ciertos casos la embarazosa rutina de la sustanciacion comun.

Sea que el comercio estaba considerado antiguamente como ejercicio vil: sea la precision en que durante la edad média se encontraban los comerciantes de ocultar sus operaciones, para sustraerse á la rapacidad de los magnates:

sea en fin la costumbre, por tanto tiempo observada entre las corporaciones, de guardar rigurosamente ciertos secretos de su arte ú oficio; los comerciantes tenian sus prácticas particulares establecidas por reglamentos interiores y usos no escritos de que no estaban al tanto los legisladores ni la gente de otra profesion. Pero de todas maneras debió influir mucho en esto la necesidad de dar vida y soltura al tráfico.

Las grandes reformas de la legislacion, en lo relativo al comercio, no fueron ideadas por los legisladores, sino introducidas en la práctica por los comerciantes mismos y adoptadas luego por aquellos. Cuando Luis XI expidió la ordenanza de 1462 sobre letras de cambio, circulaban ya en Francia con muchos años de anterioridad, y no hizo mas que autorizar á los comerciantes de Lyon á que se

serviesen de ellas, como si ántes no les fuera permitido hacerlo. Las ordenanzas de 1549 y 1563 no crearon, sino que reconocieron la jurisdiccion consular de Tolosa y de Paris, á las cuales por costumbre y tácito convenio sometian los comerciantes sus contiendas, para evitarse, por una parte, costas y retardos, y para buscar, por otra, mayor acierto en las decisiones, como dadas por jueces de la profesion.

Lo mismo pasaba en España. Al advenimiento de los Reyes Católicos, de mucho tiempo atras se habian formado los comerciantes, particularmente en las poblaciones mercantiles, juzgados especiales, que resolvian los asuntos contenciosos á verdad sabida y buena fe guardada sin complicados trámites ni largos alegatos. La villa de Burgos solicitó que esa jurisdiccion privativa establecida en

lo particular lo fuera por la ley, y á ello defirieron dichos monarcas por real cédula expedida en Medina del Campo á 21 de Julio de 1564.*

Al objeto de esta obra conviene trasladar aquí algunos párrafos de la disposicion enunciada, para que en vista de ellos se juzgue con mayor seguridad sobre el punto histórico de que se trata. "Acatando cuánto cumple á nuestro ser-
"vicio, y al bien y pro comun de nuestros
"Reynos de conservar el trato de mer-
"cadería, y como en algunas partes de
"nuestros Reynos y en los Reynos co-
"marcanos *los mercaderes tienen sus*
"*Cónsules que hacen y administran jus-*
"*ticia en las cosas de mercaderías y en-*
"*tre mercader y mercader,* fué acorda-
"do, que en quanto nuestra merced y

* Ley 1ª, tít. 2, lib. 9, N. R.

“voluntad fuese, debiamos de proveer
 “en la forma y manera siguiente. Por la
 “presente damos licencia, poder y facultad y jurisdiccion á Prior y Cónsules de los mercaderes de la ciudad de Burgos, que ahora son y serán de aquí adelante, para que tengan jurisdiccion de poder conocer y conozcan de las diferencias y debates que hubiere entre mercader y mercader.

“para que lo libren y determinen breve y sumariamente *segun estilo* de mercaderes, sin dar lugar á largas dilaciones ni plazos de abogados.”

Esta disposicion se hizo despues extensiva á las villas de Bilbao y Madrid por reales cédulas de 22 de Junio de 1611 y 9 de Febrero de 1632. *

* Leyes 2ª y 4ª, tít. 2, lib. 9, N. R.

Fuera de propósito sería el encarecer aquí las ventajas del comercio, puesto que está universalmente reconocido como uno de los elementos mas fecundos de prosperidad y civilizacion. Cultivado por los pueblos de la antigüedad, decae en tiempo de los Bárbaros, para renacer con mas vigor en las Repúblicas Italianas; “y difundiendo de pueblo en pueblo los dones de su inagotable cornucopia, corre como un rio de oro por las venas del mundo.”

Pero el poder del comercio estriba en la facilidad y llana ejecucion de los contratos, en la rapidez de la circulacion y en la seguridad del crédito. Por eso las instituciones mercantiles han propendido siempre á dar exacto y pronto cumplimiento á las transacciones, y á evitar que los que abusan del crédito, hagan otro tanto con las formalidades, en mu-

chos casos innecesarias, del procedimiento comun, para eludir indefinidamente sus obligaciones.

Con la mira de llegar á este resultado, preciso era valerse de jueces y de juicios especiales; y como no los autorizaba la ley, los comerciantes, al renacer la industria mercantil, tuvieron que recurrir al enjuiciamiento convencional, sin cuyo auxilio habria tardado esta, quien sabe cuánto tiempo, en adquirir el prodigioso desarrollo que hoy presenta, lo cual deberia forzosamente refluir en detrimento de la civilizacion y del bienestar general.

Ahora bien: en cualquiera sociedad todos los asociados comercian entre sí, ya proveyéndose periódicamente de las mercancías que necesitan para el consumo diario, ya celebrando una que otra vez diversos contratos, en que resultan

cambiados, con ventaja para los contratantes, bienes ó trabajo de los unos por trabajo ó bienes de los otros; y no hay razon para que la prerogativa del enjuiciamiento convencional concedida de una manera estable á las personas que adoptan como profesion el comercio, se niegue á quienes ocasionalmente lo hacen, cuando la crean necesaria para el buen éxito de sus operaciones, el cual influye tambien en la prosperidad pública, que no es mas que la suma de las comodidades individuales.

Tan cierto es esto, que durante la misma época en que fué privadamente organizándose la jurisdiccion mercantil, las demás clases trabajadoras se afanaban por evitar en los contratos las embarazosas fórmulas y por abreviar en los juicios el dilatado procedimiento de la legislacion romana.

Por lo que hace á los contratos, ya se ha manifestado que la constante aspiracion de dichas clases á simplificarlos, fué la que dió origen á la célebre ley única, título seis del Ordenamiento de Alcalá, por la cual se dispone que apareciendo que se ha contraído una obligacion, se la tenga por válida, cualquiera que haya sido la forma ó manera de contraerla.

Por lo que á los juicios respecta, igual procedencia tuvo la no ménos famosa ley primera, título doce del mismo Ordenamiento. Ella es la confirmacion de lo que sobre el particular disponian los antiguos fueros municipales, en los cuales no hicieron los reyes mas que reconocer las franquicias recuperadas por el estado llano durante la lucha que sostuvo contra la aristocracia feudal.

Segun esta ley, pueden bien omitirse en la sustanciacion de un litigio las for-

malidades para ella establecidas, *con tal de que las partes no se opongan*; pues constando cuál es la demanda y cuál la contestacion, el juez, en vista de las pruebas, debe sentenciar á verdad sabida, "aunque desfallezcan las otras solemnidades y substancias de la orden de los juicios que los Derechos mandan." Pero si cualquiera de los litigantes pide que se practique la actuacion suprimida, habrá de hacerse así, so pena de nulidad de la sentencia, y de ser el juez condenado en las costas.

Los que se fijan en la forma desatendiendo la sustancia, aquellos que se pagan mas de las exterioridades que del mérito intrínseco de las cosas, se escandalizaron de esta disposicion; porque venia, en su concepto, á subvertir el orden judicial, preferible para ellos á la justicia misma, que siendo pronta y barata, pri-

va á la curia de una parte de los emolumentos que la conservacion del *orden* pudiera proporcionarle. Pero aun suponiendo que el lucro sea el móvil de los ménos, hay otro motivo para que tenga la ley opositores; y es, que habiéndose por tanto tiempo inculcado en las aulas como doctrina científica el defectuoso enjuiciamiento de los romanos, segun el cual una insignificante omision, un error sin trascendencia, viciaba el juicio todo; los que con tales ideas se han connaturalizado, al ver suprimidos tales ó cuales trámites, aun cuando así convenga al interes de los litigantes, se indignan contra lo que suponen ignorancia y profanacion del derecho, como si este consistiera mas en la observancia de rutineras prácticas que en la de los principios filosóficos.

Y si bien no estaban estos sino imperfectamente reconocidos en la época en

que se formó el Ordenamiento de Alcalá; entónces, como en otras veces, la necesidad fué madre de la ciencia. Aquellos pueblos habian logrado independerse por medio del trabajo, y prosperaban con la industria y el comercio que, viviendo de la actividad y la concordia, demandaban contratos fáciles y justicia expeditiva.

El espíritu de aquella época fué el que presidió á la expedicion de las leyes de que se trata, en las cuales es preciso ver, no ideas emanadas de los legisladores, sino condescendencias interesadas de los reyes con las justas pretensiones de las clases trabajadoras. Los sabios de aquel tiempo estaban muy distantes de columbrar las teorías económico-políticas en que se apoya la libertad de los pactos, y las que mas adelante se expondrán para fundar la conveniencia del enjuiciamiento convencional; y sin embargo fue-

ron sancionadas ambas reformas en dicha compilacion; pues la segunda de las leyes enunciadas no es mas que el enjuiciamiento convencional mediante pacto tácito, ya que autoriza la supresion de todas las solemnidades, con tal de que las partes no la contradigan y se conserven los elementos del juicio.

Si se formara la estadística del notariado, vendria á suministrar otra prueba de esa proclividad, general en los hombres de negocios, á buscarse jueces y procedimientos de su eleccion para el caso de contienda sobre intereses. Regístrese cualquiera protocolo, y se encontrarán de seguro en él varios instrumentos con pactos preconcebidos para el evento de un litigio, y dirigidos á suprimir ó abreviar trámites.

Esto es, sobre todo, muy frecuente, tratándose de contratos cuya definitiva

ejecucion depende solamente de una de las partes contratantes, por haber cumplido la otra de antemano sus obligaciones, como sucede, por ejemplo, en el préstamo y en la venta á plazo. Natural es que el prestamista y el vendedor, que desde luego se privan del aprovechamiento de la cosa prestada ó vendida con la esperanza de que será devuelta la una ó entregado el precio de la otra dentro de cierto tiempo, procuren evitar que el mutuario, comodatario ó comprador, despues de estar disfrutando los bienes sobre que versa el contrato con anterioridad al lleno de sus deberes, todavía se propongan eludirlos, dando lugar á un litigio en que abusarán de todos los medios de defensa para hacerlo interminable.

Al ver la frecuencia con que se escrituran pactos de enjuiciamiento, cual-

quiera que no esté versado en la práctica forense creerá que se los lleva puntualmente á efecto; y si no participa de la preocupacion escolar en punto á la inflexible observancia de la tramitacion legal, apénas podrá explicarse que tanto se haya escrito en esta obra para sostenerlos, cuando la ley no los prohíbe y salta á la vista la equidad intrínseca de ellos.

Pero la verdad es, que aun cuando no haya ley prohibitoria, * rige de ordinario alguna que norma los procedimientos; y se reputa como infraccion de esta el suprimir ó modificar cualquiera de los establecidos.

Ya se ha dicho que entre los tratadistas, si bien la mayor parte se inclina

* En Francia, como se ha manifestado al tratar de la cláusula de *voie parée*, se halla esta prohibida por la ley de 2 de Junio de 1841.

en favor del enjuiciamiento convencional, algunos hay que lo impugnan. Y como la idea nunca fué completamente desarrollada por ellos, y sus opiniones diseminadas al acaso y como perdidas en el cúmulo de materias que abarcan las obras de jurisprudencia, no han llegado á formar un cuerpo de doctrina, ni se las ha sometido al crisol de la ciencia; de ahí proviene que no se haya todavía uniformado la opinion, y que los jueces, en la duda, se resuelvan por el arbitrio que mas seguro parece, exigiendo, á pesar del pacto, el estricto cumplimiento de las leyes procesales.

Es, por otra parte, casi unánime el acatamiento que justamente se tributa á las "Reglas de Derecho" en los países que han normado su legislacion por la romana. Pues bien: conforme á las teorías profesadas por algunos de los glosa-

dores, *el orden judicial* pertenece á las instituciones de derecho público; y como segun dichas reglas este no puede ser abrogado ni modificado por los pactos privados, * los tribunales han encontrado en ellas el tema obligado de todos los fallos reprobatorios del enjuiciamiento convencional; por lo cual es preciso examinar con atencion el punto en el capítulo siguiente, para demostrar que se ha estado haciendo una falsa aplicacion del apotegma enunciado.

* Leyes 27 y 45 (*in fine*) de reg. jur.

CAPITULO VIII.

Imperfectas nociones de los romanos acerca del derecho público.—Cómo se lo debe definir.—A él no corresponde la sustanciacion civil.—Se examinan las opiniones de los tratadistas que se oponen al enjuiciamiento convencional.

Tratada ya la cuestion en abstracto á la luz de la historia y conforme á los principios del derecho universal, conviene ahora concretarla, procurando fijar la aplicacion de la Regla citada poco há, y examinando las teorías de los glosadores mas notables que han disentido de la opinion comun.

Entre los romanos la palabra *derecho*