

**ARBITRAJE:
LA LINGÜA FRANCA DEL DERECHO GLOBALIZADO**

INTRODUCCIÓN

La globalización es un proceso originado gracias a la tercera revolución industrial o revolución tecnológica; provocando la reducción de las dimensiones del mundo, creando un nuevo orden global, que a su vez, ha implicado transformaciones en los operadores económicos, políticos y sociales.

El Derecho es una construcción dinámica, en la cual, se ven reflejados las relaciones de poder y dominación sociales que no han sido indiferentes a las influencias de la globalización. Frente a los retos que impone este fenómeno, el Estado y sus instituciones se han visto en la necesidad de evolucionar, generando procesos de adecuación de sus operadores jurídicos o de creación de otros, que permitan dar respuesta a esos retos que surgen de la globalización.

Dentro de esos cambios que vive el Estado, la sociedad y las instituciones, el tema que nos preocupa especialmente es la justicia. Este contexto, es donde se enmarcan los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, que como su nombre lo indica, son una alternativa válida para el tratamiento de los problemas. Son muchas las causas que originaron el surgimiento de estos mecanismos, pero en especial ha sido la globalización la que ha impulsado al Estado y la sociedad, como lo dijimos anteriormente, a adecuar sus instituciones o a crear otras para dar respuesta a las necesidades que han surgido de la globalización.

Gracias al principio de la autonomía de la voluntad, los Estados han otorgado la facultad a las partes de escoger entre un arreglo “formal” ante los organismos de administración de justicia estatales, o un arreglo “informal” por medio de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. El planteamiento anterior ha desdibujado el monismo jurídico del estado nación para dar paso a un nuevo concepto de la administración de justicia en la cual los particulares juegan un papel protagónico.

El objetivo de esta primera parte es hacer un análisis del arbitraje como mecanismo alternativo de justicia que responde a las necesidades de una sociedad globalizada.

Para lo anterior, hemos dividido esta primera parte en cinco capítulos: La globalización como proceso, La globalización como cambio, La globalización del derecho, De la globalización al arbitraje y, ¿Arbitraje y Globalización?.

En el primer capítulo: La globalización como proceso, estudiaremos la globalización a partir de su definición, sus antecedentes intelectuales, nos adentraremos en los procesos que hicieron posible este fenómeno como lo fueron: la revolución tecnológica y la Internet, para finalmente enunciar sus características. Todo lo anterior nos permitirá tener una visión general de lo que es la globalización como un proceso que en

la actualidad ha transformado las relaciones sociales que es el tema a tratar en el segundo capítulo.

En La globalización como cambio, analizaremos los cambios que ha sufrido el Estado por la globalización, empezaremos con una retrospectiva histórica de las formas y fases del Estado, comenzando por el Estado liberal, siguiendo con el Estado de Bienestar, para finalizar con el Estado neoliberal y evidenciar con este proceso cómo el Estado a lo largo de su historia ha obedecido a las necesidades de unas circunstancias específicas, teniendo entonces que: el Estado en esta nueva fase del capitalismo: la globalización, se ha transformado (Estado neoliberal) para dar respuesta a los retos que le impone el fenómeno de la globalización. Otro aspecto que se analizará es el capítulo quinto “¿El Estado Impotente?” de la obra de Manuel Castells “La Era de la Información, Economía, Sociedad y Cultura. Volumen 2: El Poder de la Identidad”, en donde el autor hace un profundo estudio para demostrar la incapacidad del Estado para navegar en las tormentosas aguas de la globalización. Así, veremos cómo el Estado se ve en la obligación de introducir importantes transformaciones en su estructura y dar respuesta a los retos que le impone la globalización.

En el tercer capítulo: La globalización del derecho, presentaremos las diferentes transformaciones que ha sufrido el derecho (como eje central que regula las relaciones sociales) por las consecuencias que ha traído la globalización. Como afirmamos al comienzo, los operadores jurídicos no han sido indiferentes a los desafíos de dicho proceso, viéndose envueltos en lo que Boaventura De Sousa ha llamado la transnacionalización de los campos jurídicos¹. En este contexto, analizaremos cómo los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, y en especial el arbitraje, son un ejemplo de esa globalización del derecho, y, finalizaremos con un estudio de la *Lex Mercatoria* como una de las formas de dicha globalización y la implementación del arbitraje como mecanismo idóneo de solución de conflictos en ella, a partir de las ideas de Boaventura.

En el capítulo cuarto: De la globalización al arbitraje, lo que trataremos de dilucidar es cómo el arbitraje se encuentra justificado en la globalización; y para ello, partiremos de la crisis en la administración de justicia (originada por la crisis del Estado-nación como consecuencia de la globalización). Frente a la mencionada crisis, veremos cuáles fueron las respuestas del Estado y la sociedad para solucionarla, lo que para nosotros son los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Para comprender mejor esta respuesta, representada en los M.A.S.C., presentaremos un análisis de la retórica, la burocracia y la violencia como mecanismos de dominación del Estado, para ver cómo se articulan en la informalización de la justicia². Además, tomaremos cuatro de las más claras estrategias de la política neoliberal, como lo son: la flexibilización, la privatización, la descentralización y la localización, para justificar la puesta en marcha de los Mecanismos Informales de Justicia. Para finalizar, mostraremos las ventajas que representa el arbitraje, como uno de esos mecanismos, para satisfacer las necesidades de la sociedad global.

¹ SANTOS, 1998.

² SANTOS, 1991.

En el capítulo quinto: “¿Arbitraje y globalización?” haremos un puente entre lo que es la globalización como marco teórico de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y el arbitraje.

En síntesis, esta primera parte intenta construir un marco teórico del arbitraje (como mecanismo alterno a la justicia formal) eficiente y eficaz a los desafíos de la globalización, además de demostrar, cómo el arbitraje se justifica en dicho fenómeno.

CAPÍTULO PRIMERO LA GLOBALIZACIÓN COMO PROCESO

Hugo Fazio Vengoa³, quien cita a Renato Ortiz⁴, señala que el uso recurrente de metáforas para denotar las grandes transformaciones de finales de siglo –“primera revolución mundial” (Alexandes King), “tercera ola” (Alvin Tofler), “sociedad informática” (Adam Schaff), “*shopping center global*” (Theodore Levitt), “sociedad amébrica” (Kenichi Ohmae), “aldea global” (Marshall McLuhan), “fábrica global”, “tránsito de la sociedad de *high volume* a otra de *high value*” (Robert Reich), “fin de la historia” (Francis Fukuyama), “ciudad global” (Saskia Sassen), etc.- son una evidente demostración de que hemos entrado en una nueva era.

Esta nueva era a la que hace referencia el Profesor Fazio, es la globalización.

La globalización, se presenta como un fenómeno de naturaleza compleja, manifestado en una sumatoria de cambios estructurales políticos, económicos, sociales, culturales y tecnológicos.

Estos cambios interactúan a escala mundial por la expansión (transfronteras) : del conocimiento, la información, el comercio, y las tecnológicas, más allá de polos económicos o político-militares; y generan tensiones en relación con la gobernabilidad de un sistema mundial de Estados-Nación, hoy en franco retroceso.

1. GÉNESIS DEL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN

El fenómeno de integración de las distintas economías no es un fenómeno radicalmente nuevo, sino que es el resultado de un largo proceso histórico y de la propia lógica de la acumulación del capital. Por otra parte, no todos los sectores y factores de producción se hallan en el mismo grado de integración.

Todo gran cambio histórico ha venido siempre posibilitado y caracterizado por una nueva oleada tecnológica y su uso histórico en unas condiciones dadas. Cifrándonos al proceso histórico de evolución de la sociedad industrial la mayoría de los autores lo

³ LÓPEZ DE LA ROCHE, 1999.

⁴ ORTIZ, 1997.

dividen en tres etapas, tomando como criterios, tanto la fuente de energía significativamente utilizada en cada época como los sectores-punta de la producción industrial.

La Primera Revolución industrial (en un contexto societal pre-industrial) se extendería desde mediados del siglo XVIII hasta las últimas décadas del XIX. La energía innovadora fue el carbón plasmándose tecnológicamente en la máquina de vapor. La industria textil primero, y más tarde la sidermetalúrgica, actuaron de locomotoras para el resto de la actividad económica.

La Segunda Revolución Industrial (en un contexto de sociedad ya industrial) estaría marcada por la invención de la turbina y el motor de explosión interna y por la utilización del petróleo y la electricidad. De forma aproximada podemos decir que se desarrolla desde finales del siglo XIX a mediados del presente siglo. Los sectores básicos de la actividad económica se centraron en la industria petroquímica, automóviles, desarrollo de los transportes, técnicas y medios de comunicación.

La Tercera Revolución Industrial⁵ (la llamada sociedad post-industrial) comenzaría a mediados de este siglo. Está caracterizada por la utilización de la energía nuclear, la terciarización de la economía, las técnicas avanzadas en la química, biología (genética), robótica, informática...

Tras esta Tercera Revolución industrial es donde debe situarse el actual proceso de globalización. Por una parte, es continuación del referido proceso de industrialización pero, por otra, supone una ruptura que es lo que nos permite hablar del nacimiento de

⁵ Frente a esta tercera revolución industrial Alun Lewis se refiere a ella es su libro *Glimpses of Heaven: Visions of Heli in Cyberspace*, en *Intermedie*, international Institute of Communications, vol. 23, núm. 3, Londres, junio/julio de 1995, pág. 4, de la siguiente manera :

“En los últimos quince años más o menos, la lenta convergencia de las computadoras y las comunicaciones se ha parecido a una *revolución silenciosa* para quienes han estado involucrados en ella. En contraste con la fuerza bruta y la energía de la Revolución Industrial --una extensión de nuestra tuerza muscular, a través del acero y el vapor-- la sociedad de la información ha llegado a estar ampliamente presente en las escenas de la vida cotidiana hoy en día. Las tecnologías así empleadas, son con mucho más abstractas que la caldera o el pistón --y para el hombre de la calle, el electrón y el protón habitan un espectral fantasma a tal grado que el mundo se parece más a la magia que a la ingeniería”. Otro autor como Alexandre King y Bertrand Schneider, *The First Global Revolution. A Repoff by the Council/ of the Club of Rome*. Pantheon Books, Nueva York, 1991, pág. XXIII, se refiere sobre el mismo tema de la siguiente forma :

“La revolución global no tiene bases ideológicas. Está siendo moldeada por una mezcla, sin precedentes, de terremotos geoestratégicos y por factores sociales, económicos, tecnológicos, culturales y éticos. Las combinaciones de tales factores conducen a situaciones impredecibles. En este período de transición la humanidad, por lo tanto, está enfrentando un doble desafío:

tener que buscar a tientas su camino hacia un entendimiento del nuevo mundo que todavía tiene tantas facetas ocultas y, también, en las tinieblas de la incertidumbre, aprender a dirigir a ese nuevo mundo y a no ser dirigida por él. Nuestro objetivo debe ser esencialmente normativo: para visualizar la clase de mundo en el que nos gustaría vivir, para evaluar los recursos --materiales, humanos y morales--, para hacer nuestra visión realista y sustentable y entonces para movilizar la energía humana y la voluntad política para fraguar la nueva sociedad global”.

un una nueva etapa histórica. El tratamiento de la información ya no es un sector más dentro de la actividad económico-productiva sino que se convierte en el motor y la clave explicativa del nuevo modelo social.

¿Qué ha hecho posible la globalización?

2. FACTORES QUE HICIERON POSIBLE LA GLOBALIZACIÓN

A costa de ser reduccionistas podríamos hablar de dos grandes transformaciones que han traído consecuencias realmente revolucionarias:

2.1.1. EL FACTOR TECNOLÓGICO: El campo afectado por el actual cambio tecnológico es el de la información, su tratamiento, almacenamiento y transmisión. Pero la novedad no radica únicamente en ello. Lo novedoso es el dinamismo que pone en marcha. Quizá la clave esté en lo que señala Castells al afirmar que "lo que caracteriza a la revolución tecnológica actual no es el carácter central del conocimiento y la información, sino la aplicación de ese conocimiento e información a aparatos de generación de conocimiento y procesamiento de la información/comunicación, en un círculo de retroalimentación acumulativo entre la innovación y los usos" (Castell; o.c. 58).

Una nota distintiva del actual proceso de cambio tecnológico radica en la velocidad con las propias innovaciones quedan obsoletas. Realmente el proceso innovador muestra una gran aceleración.

2.1.2 EL FENÓMENO INTERNET: Hablar hoy de globalización es hablar de Internet. Este carácter simbólico de Internet procede del hecho de que la red es un fenómeno social, fruto de un modo determinado de hacer las cosas. Con las autopistas de la información determinadas sociedades apuestan por un determinado modelo de configuración social de carácter dialéctico. Potencialmente Internet genera mecanismos y posibilidades de carácter liberador y democrático. Muchas más personas, organizaciones, expresiones de la vida social y cultural, pueden emitir sus mensajes y comunicarlos ampliamente. Los países actualmente situados en una posición subalterna deben considerar su participación en la sociedad de la información y en sus múltiples y sin duda revolucionarias aplicaciones.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA GLOBALIZACIÓN

La globalización como fenómeno tiene entre otras, las siguientes características :

- Se presenta como una mayor intensidad en los flujos comerciales y de capitales internacionales, junto con un abatimiento de las barreras y los perfiles que antaño organizaban al mundo en zonas de producción de bienes específicos. La globalización es consumo sin más limitaciones que las del mercado pero tiene además otros alcances.

- Una disminución en la presencia pública del Estado, como regulador de la economía pero también, por añadidura, de las relaciones sociales y políticas. No estamos ante el fin del Estado, como llega a decirse, pero sí ante condiciones que exigen una revisión en las reglas y los alcances para la presencia y el funcionamiento del conjunto de instituciones a través de las cuales se ejerce el poder político en una nación.
- Una mayor fuerza de las grandes corporaciones. La globalización tiene como actores centrales no a los pueblos ni a los gobiernos, sino a las compañías capaces de traspasar fronteras con sus productos, servicios y/o mensajes.
- Junto con ello, también se pueden identificar nuevas formas del ejercicio político: por una parte los intereses corporativos tienden a influir en las decisiones nacionales; por otra, la política doméstica llega a tener como marco de referencia el contexto internacional, del cual se retroalimenta.
- Una propagación más rápida de las crisis.
- Ausencia de reglas claras, que a la vez sean nuevas. Esta situación vale lo mismo para las finanzas, que para las relaciones geopolíticas y los intercambios culturales.

CAPÍTULO SEGUNDO LA GLOBALIZACIÓN COMO CAMBIO

Como hemos venido afirmando, la globalización es un fenómeno de naturaleza compleja que se manifiesta en la sumatoria de cambios estructurales políticos, económicos, sociales, culturales, tecnológicos, jurídicos, etc. Estos cambios han afectado de manera profunda, no sólo las relaciones de los individuos entre sí, sino también, las relaciones de los individuos con el Estado. Y es precisamente el Estado, en toda la extensión de la palabra, el que más fuertemente se ha visto afectado por la globalización.

A continuación, se presentará una síntesis del capítulo quinto: “¿El Estado Impotente?”, de la importante obra de Manuel Castells: “La Era de la Información, Economía, Sociedad y Cultura. Volumen 2: El Poder de la Identidad”⁶, en donde el autor después de un estudio de 12 años, expone cómo el Estado se ve “impotente” frente a los retos que le impone el proceso de la globalización:

1. ¿EL ESTADO IMPOTENTE?

⁶ Esta importante obra de Castells, según Anthony Giddens no es exagerado comparada en importancia con la obra de Max Weber: Economía y Sociedad, escrita hace casi un siglo.

Empieza Castells citando a Nicolás Poulantzas con la frase: “lo específico del Estado capitalista es que absorbe el tiempo y espacio sociales, establece sus matrices y monopoliza su organización, convirtiéndolos, por su acción, en redes de dominio y poder. Por eso, la nación moderna es producto del Estado”⁷. Ya no es así. El poder y control estatal sobre sus elementos: territorio, población y gobierno, se ve superado cada vez más por los efectos de la globalización. En efecto, el reto al que se enfrenta el Estado (en su concepción moderna) es el sobrevivir a la globalización que plantea nuevas formas de relación: superpuestas, flexibles e interconectadas, en un mundo cada día más “pequeño” y sin fronteras.

“La capacidad instrumental del estado-nación resulta decisivamente debilitada por la globalización de las principales actividades económicas, por la globalización de los medios y la comunicación electrónica y por la globalización de la delincuencia”⁸ (...)

2.1 LA GLOBALIZACIÓN Y EL ESTADO DE BIENESTAR

La globalización de la producción y la inversión también amenaza al Estado de Bienestar, un elemento clave de las políticas del estado-nación en el medio siglo pasado, y probablemente el componente básico de su legitimidad en los Estados industrializados⁹. Ello es así porque cada vez resulta más contradictorio para las empresas operar en los mercados globalizados e integrados, mientras experimentan importantes diferenciales de costo en prestaciones sociales, así como diferentes grados de regulación entre los países. Los límites a esa «competitividad negativa» en el pasado fueron dobles: por una parte, el desfase en cuanto a productividad y calidad entre los países protegía a los trabajadores de las economías avanzadas frente a los competidores menos desarrollados; por la otra, la presión interna inducía al proteccionismo, de modo que, mediante los aranceles, se aumentaba el precio de las importaciones hasta un nivel en el que se anulaba la ventaja comparativa del abastecimiento externo. Ambos límites están desapareciendo (...) En una economía cuyos mercados centrales de capital, bienes y servicios se integran cada vez más a escala global, queda poco espacio para Estados de Bienestar muy diferentes en economías con niveles relativamente similares de productividad laboral y calidad productiva (...)

⁷ Poulantzas, 1978, pág. 109.

⁸ El análisis de la crisis del estado-nación presupone su definición y teoría. Pero como el objetivo de Castells sobre este tema se fundamenta con teorías sociológicas ya desarrolladas desde varias fuentes, en Anthony Giddens en *The Nation-state and Violence*, 1985, pág. 121: “El estado-nación, que existe en un complejo de otros estados-nación, es un conjunto de formas institucionales de gobierno que mantiene un monopolio administrativo sobre un territorio con límites definidos (fronteras), su gobierno está sancionado por la ley y posee el control directo de los instrumentos de la violencia interna y exterior”. No obstante como escribe Giddens, “sólo en los estados-nación modernos puede el aparato del estado, en general, reclamar con éxito el monopolio de los instrumentos de la violencia y solo en estos estados el ámbito administrativo del aparato del estado se corresponde directamente con los límites territoriales reclamados” (pág. 18). En efecto, como sostiene, “un estado-nación es un contenedor de poder con límites”, el contenedor de poder preeminente de la era moderna. (pág. 120).

⁹ Wilensky, 1975; Janowitz, 1976; Navarro, 1994; Castells, 1996.

(...) Así pues, el estado-nación cada vez es más impotente para controlar la política monetaria, decidir su presupuesto, organizar la producción y el comercio, recabar los impuestos sobre sociedades y cumplir sus compromisos para proporcionar prestaciones sociales. En suma, ha perdido la mayor parte de su poder económico, si bien aún cuenta con cierta capacidad regulatoria y un control relativo sobre sus súbditos (...)

2.2 LA IDENTIFICACIÓN DEL ESTADO

La institucionalización selectiva de la identidad en el Estado tiene un efecto indirecto muy importante sobre la dinámica general del Estado y la sociedad. A saber, no todas las identidades son capaces de encontrar refugio en las instituciones de los gobiernos locales y regionales (...)

(...) Así pues, el aumento de las presiones sociales amenaza el equilibrio de todo el Estado. La creciente incapacidad del Estado-nación para responder a tales presiones, a causa de la descentralización de su poder, deslegitima aún más su papel protector y representativo frente a las minorías discriminadas. En consecuencia, estas minorías buscan refugio en sus comunidades locales, en estructuras no gubernamentales de autocontrol. Así pues, lo que comenzó como un proceso de relegitimación del Estado mediante el paso del poder nacional al local, puede acabar profundizando la crisis de legitimación del Estado-nación y la tribalización de la sociedad en comunidades constituidas en torno a identidades primarias (...)

CAPÍTULO TERCERO LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

1. LA GLOBALIZACIÓN COMO FENÓMENO SITÉMICO

La globalización ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política en el sentido de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común. Aunque puede ser discutible que ello lleve al bien común¹⁰.

La globalización se distingue de la internacionalización que es definida como el medio para posibilitar a las naciones-estados de satisfacer sus intereses nacionales en áreas en las cuales son incapaces de hacerlo por sí mismas. La internacionalización implica cooperación entre Estados soberanos mientras que la globalización está minando o erosionando la soberanía¹¹.

Es importante aclarar que el fenómeno de la globalización no es único, existen diversos procesos de globalización y en diversas áreas: la económica, la cultural, la de las enfermedades, etc. Y ellos se encuentran interrelacionados.

¹⁰ Véase H.P, Martin y SCHUMANN,1996.

¹¹ Véase SPOTA, la Ley 26/2/99 p. 1.

En el caso del derecho que siempre suele ir a la zaga de los fenómenos económicos y sociales puede decirse que recién nos encontramos en los prolegómenos de este proceso. Benjamín R. Barber, inclusive, sostiene que no hay tal globalización del derecho, pero que, sin embargo, hay poderosas fuerzas de globalización actuando en el mundo moderno y ellas están arrastrando consigo al derecho¹².

Los ejemplos más visibles y resonantes del fenómeno de la globalización jurídica, en los últimos tiempos, han sido : la creación del Tribunal Penal Internacional, ya que en el campo de los derechos humanos es donde comienza a notarse la aparición de mecanismos e instituciones jurídicas globales¹³, así como, el resurgimiento y/o creación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (M.A.S.C.), que son la solución a los problemas de la Administración de Justicia del Estado Paternalista.

En “La Globalización del Derecho”, Boaventura de Sousa Santos nos sintetiza en un cuadro los siete tipos de transnacionalización jurídica que él distingue (VER: tabla en la siguiente página).

2. FORMAS DE GLOBALIZACIÓN

Para comprender la globalización a partir del estudio realizado por Santos es preciso distinguir cuatro formas de globalización:

2.1 LOCALISMO GLOBALIZADO

Es un proceso en donde un fenómeno local es llevado a un estado global con éxito, como ejemplo de ello tenemos: la globalización de un tipo de comida como las hamburguesas norteamericanas o la adopción de leyes sobre propiedad intelectual norteamericanas a nivel mundial.

2.2 GLOBALISMO LOCALIZADO

Es el fenómeno contrario, se identifica en la influencia o impacto que ejercen las transnacionales en un espacio local, teniendo como resultado que las condiciones locales se reestructuran para corresponder a las demandas de las transnacionales; como ejemplo de ello encontramos toda las medidas que deben tomar los Estados para permitir el libre comercio, el deterioro de los recursos ambientales, etc.

2.3 COSMOPOLITISMO

Las relaciones internacionales en el contexto de la globalización impone nuevas formas de poder con determinados intereses. Frente a esas nuevas formas de dominación complejas, surgen alianzas entre las partes subordinadas (Estados, organizaciones,

¹² BARBER.

¹³ Véase ANDRICH, Actualidad 18-2-99 p2.

localidades, etc) para contrarrestar los efectos de la globalización y proteger los intereses que les son comunes. En este grupo tenemos las organizaciones de derechos humanos, los tratados entre Estados periféricos, entre otros.

2.4 HERENCIA COMÚN DE LA HUMANIDAD

Está referido a las situaciones que abarcan al globo en general, el más claro ejemplo lo tenemos en la protección al medio ambiente, la supervivencia de la raza humana, el cuidado y protección a la flora y fauna; todas estas son expresiones de un interés común, por el cual la humanidad se une para hacer frente a problemas como las armas nucleares, etc.

De los siete tipos de globalización o transnacionalización jurídica que nos trae Boaventura, sólo haremos referencia al tercero: La Lex Mercatoria, por ser el más cercano a nuestro objeto de estudio: el arbitraje.

3. LA LEX MERCATORIA

También entendida como Derecho Mercantil, es todo el conjunto de reglas y principios en que se basa la contratación internacional para constituir una *lingua franca* entre los diferentes contratantes del globo. Lo que se busca con esta regulación es unificar todos los usos y costumbres mercantiles que rigen el derecho comercial internacional para una mayor seguridad a la hora de realizar las diferentes transacciones de las personas (naturales o jurídicas) pertenecientes a culturas jurídicas diferentes, en donde el contenido del derecho es visiblemente disímil.

“La Lex Mercatoria está compuesta por varios elementos, entre los que se encuentran los principios generales del derecho reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, las reglas de organizaciones internacionales, las costumbres y los usos, los contratos tipo y los laudos arbitrales”¹⁴.

Como los contratos transnacionales pretenden evitar la sujeción a las leyes nacionales o ser regidos por normas de derecho interno, fueron considerados autoregulatorios, sujetos sólo a sus propias provisiones: *contrats sans loi, contratti senza legge, rechtsordnunglose Verträge* (contratos sin ley).

“La internacionalización del capital ha sido siempre el motor detrás del desarrollo de la Lex mercatoria. La Lex mercatoria es, por lo tanto, básicamente un derecho transnacional de los negocios o, en términos más amplios, un derecho económico.

Al respecto, cada forma o sistema de gobierno o Estado debe entenderse a la luz de la teoría sistémica, como métodos diferentes que adopta cada Estado para mantener o encontrar, en caso de crisis, su equilibrio inestable.

¹⁴ Santos, 1998.

En esta línea, a nuestro juicio, debe encararse la visualización de la globalización jurídica en su proceso de desarrollo y consolidación. Carlos Floria ha señalado¹⁵ que hay buenas razones para que espacios e instituciones jurídicas transnacionales no sean ya un lujo sino desde hace tiempo, una necesidad para todos los Estados en la era global, y ello porque los Estados nacionales en el proceso de la globalización pierden quizá en cada vez más campos no la capacidad de decisión pero sí el control sobre el cumplimiento de las regulaciones jurídicas. Dado que las estrategias de actuación de los estados individuales actúan en el vacío por ejemplo en Internet¹⁶, en la percepción de impuestos o en la lucha contra la desocupación y la criminalidad económica, los Estados individualmente se ven obligados a la cooperación transnacional con el fin de hacer cumplir el derecho nacional.

La noción clásica de que el Estado Nacional tiene el monopolio de la fuerza ya está dejando de tener validez, por lo que venimos diciendo, y ello explica, quizá, muchos de los fenómenos que se registran en diversas partes del mundo : el aumento de la violencia, la desjerarquización de la Justicia, la imposibilidad de control eficiente de las migraciones, la aparición de métodos alternativos de resolución de conflictos, etc.

Y es precisamente el último punto: la aparición de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en la “era de la globalización”, como marco filosófico general lo que nos permite introducir además del contexto de la globalización del derecho el punto central de nuestro trabajo: el arbitraje.

En el capítulo siguiente, expondremos cómo el arbitraje (en su contexto de Mecanismo Alternativo a la Justicia Formal Estatal) se presenta justificado en la globalización; una globalización que hemos venido estudiando como proceso, como cambio (en el Estado), en el derecho, y finalmente la transición: De la globalización al arbitraje.

CAPÍTULO CUARTO DE LA GLOBALIZACIÓN AL ARBITRAJE

1. CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ESTATAL

La congestión judicial es un hecho bastante conocido desde la década de los ochenta; sin embargo, esta crisis aún no ha sido superada en nuestro país, prueba de ello son las diferentes investigaciones que se siguen realizando y que demuestran el grave problema de la falta de equilibrio entre la oferta y la demanda en la justicia.

¹⁵ FLORIA, 1998.

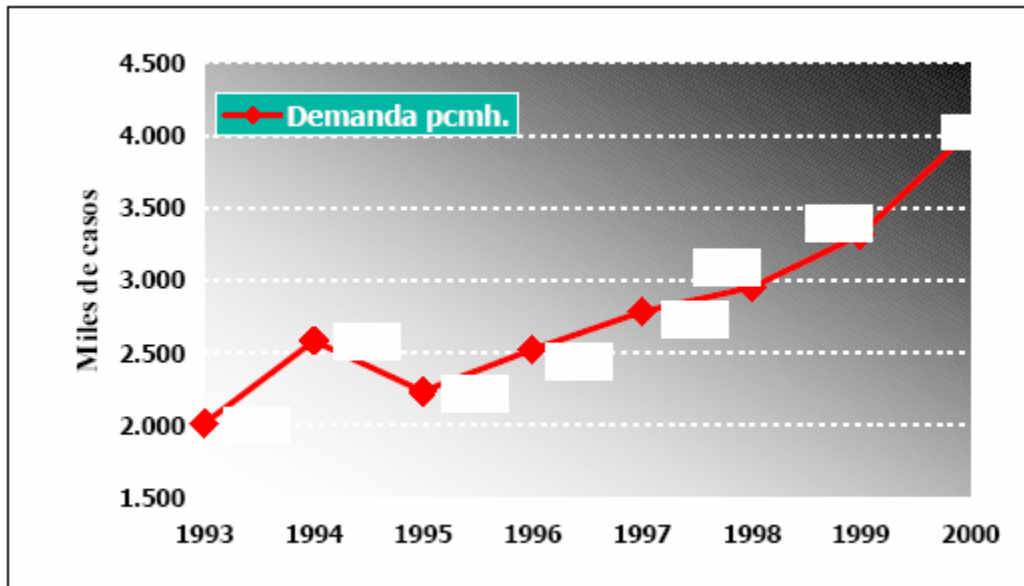
¹⁶ véase respecto de la influencia de Internet sobre el derecho y la política internacional el interesante trabajo de PERRITT: www.law.indiana.edu./glsj/vol5/no2/4perritt.com

A continuación citamos algunos apartes de la investigación realizada por la Universidad de los Andes y la Fundación Ford presentada en el Taller Sociedad Civil y Justicia en Colombia en junio de 2002.

“Aunque muchos conflictos que afectan a los ciudadanos no se denuncian ante las autoridades por considerar que la justicia no opera, la demanda de nuevos casos que llegan a la jurisdicción ordinaria (casos penales, civiles, laborales, de familia) ha crecido en forma significativa a lo largo de los años noventa (Gráfico 10). En el período comprendido entre 1993 y 2000, las demandas por cada 100.000 habitantes que llegaron a dicha jurisdicción pasaron de 2.015 a 4.028 casos, es decir, se duplicaron, generándose fuertes presiones sobre los funcionarios que administran justicia, en especial en los despachos civiles y penales. En efecto, la desagregación de la demanda de nuevos casos que se presentan ante la jurisdicción ordinaria, muestra que la mayoría de ellos son de naturaleza penal y civil. En el año 2000, un 38.7% de los 1.52 millones de nuevas demandas presentadas en primera instancia ante las autoridades judiciales correspondió al área civil y un 30.5% a la penal.

Según la encuesta nacional de acceso a la justicia realizada por el Departamento Nacional de Estadística, DANE, si bien el 52% de los hogares encuestados acuden a las autoridades cuando sufren las consecuencias de conflictos o actos ilícitos delictuales o contravencionales, más del 37% de las personas afectadas no hacen nada para resolverlos; un 3% optó por solucionar el conflicto por cuenta propia y un 4% logró superarlos mediante acuerdos. Entre aquellos que no acudieron al sistema judicial, más del 40% considera que la justicia no opera y por tanto no ofrece soluciones adecuadas a sus conflictos.

Gráfico 10: Demandas en la Jurisdicción Ordinaria



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura y cálculos propios.

Actualmente ingresan anualmente a estos despachos más de 1.55 millones de casos, de los cuales un 98% son estudiados por los 3.262 juzgados y el resto a las salas de los Tribunales Superiores. El ritmo de demanda significa que se ha registrado un incremento de nuevos conflictos cercano al 60% con respecto a 1994, cuando ingresaban en primera instancia 0.98 millones de casos. Frente a esta dinámica de la demanda, la respuesta ha sido una apreciable la mejora en productividad como resultado del esfuerzo de los recursos humanos de la rama. En efecto, el incremento en los egresos de primera instancia para el mismo período de seis años fue del 166%. Así, el volumen de egresos de los jueces pasó de .54 millones de casos evacuados en 1994, a 1.4 millones en el año 2000.

A pesar de esta mejora en la productividad de la jurisdicción ordinaria, los índices de evacuación muestran que los egresos producidos por los jueces cada año, apenas alcanzan a representar un 90%, aproximadamente, del número de nuevas demandas que ingresan en el respectivo año. En términos de número de casos atendidos, quedan entonces sin resolver los que vienen de años anteriores y parte de los nuevos que ingresan cada año. El resultado de ello es que la congestión sigue aumentando en esta jurisdicción desde mediados de los años noventa. Así, entonces, mientras que el inventario final de casos sin resolver a fines de 1994 era de 2.5 millones de casos, en el año 2.000 pasó ser de 3.6 millones.

El Cuadro 3 permite ilustrar lo que viene sucediendo cada año en la justicia ordinaria. Al iniciarse el año 2.000, había un inventario inicial de 3.28 millones de procesos sin resolver, que se incrementó durante dicho año hasta convertirse en una carga anual de trabajo de más de más 5 millones, al añadir los nuevos ingresos de 1.7 millones, tanto en primera como en segunda instancia. Frente a esta carga laboral, los juzgados y tribunales sólo pudieron despachar 1.4 millones de casos, lo que, en balance, generó una elevación de la congestión desde 3.25 a 3.61 millones de procesos en el período anual comentado.

Cuadro 3

Distribución de funcionarios y empleados, según jurisdicción- 2000

JURISDICCION	FUNCIONARIOS	EMPLEADOS	TOTAL	DISTRIB. %
ORDINARIA	3.714	14.090	17.804	94%
CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA	154	627	781	4%
DISCIPLINARIA	63	257	320	1.68%
CONSTITUCIONAL	9	126	135	0.71%
TOTAL	3.940	15.100	19.040	100%

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura- Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico- UDAE.

No obstante, es preciso tener en cuenta que dentro de la carga laboral que tienen los despachos de la jurisdicción ordinaria al finalizar cada año, existe una proporción de procesos inactivos, aunque su dinámica procesal podría ser reactivada. Se estima, por ejemplo, que cerca del 50% del inventario de procesos al iniciarse al año 2.000 se encontraba sin trámite, es decir, que no habían sido objeto de trámite procesal durante un año o más. Haciendo el ajuste correspondiente de las cifras mencionadas de inventarios finales, se encuentra que la congestión a fines de ese año se reducía a unos 2 millones de procesos activos. Esta situación de casos sin trámite obedece a la falta de interés de impulsar el proceso por las partes, como también a que los jueces no están desarrollando sus facultades de dirección de la actividad procesal. Adicionalmente, no se aplica adecuadamente la figura de la perención procesal. Por otra parte, el Estado colombiano a través de la gerencia de la rama judicial sigue en mora de propiciar la introducción de cambios legales de fondo para hacer más expeditos y más transparentes ciertos procesos, como los juicios ejecutivos, que de tiempo atrás tienen empantanada a la jurisdicción civil”.

2. ESTADO, DERECHO Y LUCHAS SOCIALES

A continuación se hará un análisis del capítulo tercero “El Derecho y la Comunidad: Las Transformaciones recientes de la naturaleza del poder del Estado en los Países Capitalistas Avanzados” de la obra: “Estado, Derecho y Luchas Sociales” de Boaventura de Sousa Santos, en donde el autor presenta un estudio sobre la Administración de Justicia.

Frente a la crisis en mención, Santos nos dice que se presentaron dos tipos de soluciones:

- La primera, impulsada por magistrados judiciales que consideran que la solución radica en más apoyo presupuestal para la Rama Judicial, lo que se traduciría en más jueces, tribunales, funcionarios. Sin embargo, la viabilidad de esta posibilidad es remota por la crisis financiera del Estado.
- La segunda, adelantada por científicos sociales y administradores ligados al sistema judicial, que opinaban que la solución estaba en una mejor gestión de los recursos existentes, lo que llevaría a alteraciones en la división del trabajo judicial, delegación descendentemente del trabajo administrado y la promulgación de normas que hagan el proceso más expedito.

Ninguna de las dos soluciones proyectadas anteriormente se llevó a cabo; sin embargo, dado el caos en la Administración de Justicia, se plantean dos tipos de transformaciones al aparato estatal judicial:

- Las primeras reformas o transformaciones estaban orientadas hacia una completa sistematización de la Rama Judicial; esto generaría rapidez en el acceso, conocimiento, análisis y eventual solución de los procesos, lo que llevaría a una descongestión de los despachos, uno de los factores primordiales de la crisis. Para lograr lo anterior, se hacía indispensable la

formación y capacitación del personal que manejaría esta “Administración Tecnocrática de la Justicia”.

- El otro tipo de reformas, formulaban la solución a partir de la creación y/o impulso¹⁷ de Mecanismos Alternativos al Aparato Judicial Formal o Estatal. Dichas alternativas han sido llamadas de distintas formas: “informalización de la justicia”, “deslegalización”, “justicia comunitaria”, “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (M.A.S.C.)”, etc¹⁸.

Las dos propuestas de reformas anteriores son recíprocamente consistentes y se deben adelantar simultánea y articuladamente, siendo los “recursos tecnocráticos” concentrados en ciertas áreas de la administración de justicia, mientras que en otras se concentrarán los “recursos informalizantes”¹⁹.

Boaventura continúa su análisis centrándose en el segundo tipo de reformas (Mecanismos Alternativos al aparato Judicial Estatal) a partir de un modelo teórico de legalidad de los Estados capitalistas que le servirá de fundamento.

2.1 DERECHO DEL ESTADO CAPITALISTA

Según Boaventura, la legalidad capitalista está constituida por tres componentes estructurales básicos –la retórica²⁰, la burocracia²¹ y la violencia²²– que se articulan de una forma característica. En la nueva fase del capitalismo (la globalización) estos elementos se articulan de una manera compleja; cada uno tiene su lógica, discurso, estructura y principios. A continuación se distinguirán las tres principales articulaciones que nos trae Santos: la covariación cualitativa, la combinación geopolítica y la interpenetración cualitativa.

2.1.1 ARTICULACIONES DE LA LEGALIDAD CAPITALISTA

¹⁷ Debemos hacer una diferenciación al hablar de Mecanismos Alternativos, en el sentido que no todos implican una creación del Estado (se crearon por ejemplo : la Conciliación en Equidad, los Jueces de Paz, etc.), muchos de ellos ya existían y lo que se hizo fue impulsarlos (Arbitraje, Conciliación en Derecho, Negociación, etc.).

¹⁸ Ver : FELSTINER, 1975; FRIEDMAN y REHBINDER, 1976; NADER y SINGER, 1976; SARAT, 1976; AARONSON *et al.*, 1977; BLANKENBURG y REIFNER, 1978; FELSTINER y WILLIAMS, 1978; REIFNER, 1978; CAPPELLETTI, 1978-1979; ABEL, 1979, GALANTER, 1979, MERRY, 1979; NADER, 1979; HARRINGTON, 1980; SINGER, 1980; NADER, 1980; BLANKENBURG, 1980; FELSTINER *et al.*, 1981; CAIN y KULCSAR, 1981, 1982; GARTH, 1982; HOFRICHTER, 1982; SPITZER, 1982; ABEL, 1982; TRUBEK *et al.*, 1982.

¹⁹ SANTOS, 1991.

²⁰ La retórica se basa en la producción de persuasión y de adhesión voluntaria, a través de la movilización del potencial argumentativo de secuencias y artefactos verbales y no verbales socialmente aceptados: SANTOS, 1991.

²¹ La burocracia se basa en la imposición autoritaria, a través de la movilización del potencial demostrativo del conocimiento profesional de las reglas formales generales y de los procedimientos jerárquicamente organizados: SANTOS, 1991.

²² La violencia se basa en el uso o amenaza de la fuerza física: SANTOS, 1991.

2.1.1.1 COVARIACIÓN CUANTITATIVA: En esta articulación, con base en las investigaciones realizadas por el autor y recopiladas en sus obras de 1974 y 1977, presenta las siguientes conclusiones:

- Cuanto mayor sea el nivel de burocracia de la producción jurídica, menor es el espacio retórico de la estructura y del discurso jurídico, y viceversa.
- Cuanto más poderosos fueren los instrumentos de violencia al servicio de la producción jurídica, menor será el espacio retórico de la estructura y del discurso jurídico, y viceversa.

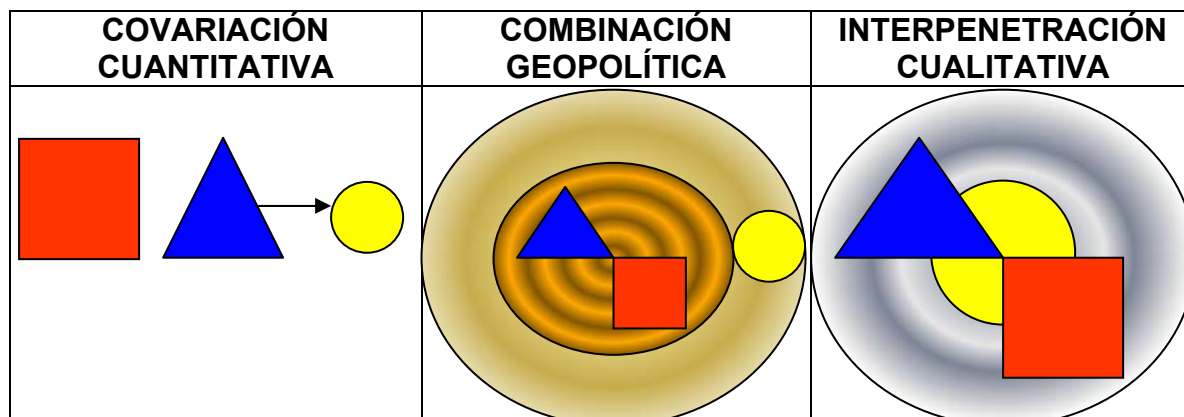
Con lo anterior vemos como mientras la retórica se reduce, aumentan la burocracia y la violencia.

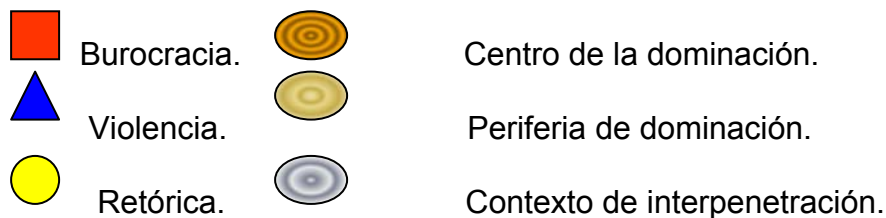
2.1.1.2 COMBINACIÓN GEOPOLÍTICA: De conformidad con la asimetría y fragmentación que presenta el Estado, su dominación política no la ejerce de manera uniforme en las diferentes esferas de las relaciones sociales. El Estado centra sus acciones en el *núcleo central*, donde el Estado y no-Estado son claramente distintos y en la *periferia de la dominación*, el Estado recurre a medios más difusos de dominación política: ahí Estado y no-Estado tienden a no distinguirse claramente.

La hipótesis planteada por Santos es que la retórica tiende a dominar en la periferia de la dominación jurídica, mientras que la burocracia y la violencia tienden a dominar el núcleo central.

2.1.1.3 INTERPENETRACIÓN CUALITATIVA: Consiste en la presencia de una determinada estructura (dominante) dentro de otra estructura (dominada); así, la retórica se ha visto penetrada por la burocracia y la violencia, en donde estas tres estructuras se reproducen simultáneamente.

En conclusión, podemos presentar el estudio de Santos de la siguiente manera:





El mismo Santos también la resume de la siguiente manera: “Con base en mi investigación sobre la sociología de la retórica jurídica llego a la conclusión que el desarrollo de la legalidad capitalista hasta nuestros días se caracteriza por el hecho de que la retórica ha sido progresivamente reducida en términos cuantitativos y relegada a las áreas de la periferia de la dominación y además de eso, interna y cualitativamente penetrada y “contaminada” por las estructuras dominantes de la burocracia y de la violencia o sea, la historia del sistema jurídico estatal capitalista en los últimos 200 años se ha caracterizado por la progresiva reducción de la retórica y por la correspondiente progresiva expansión de la burocracia y de la violencia en cada uno de los tres tipos de articulación estructural que identifiqué²³”.

Con base en el anterior modelo teórico, Santos intenta analizar las reformas a la Administración de Justicia estatal que se conocen con el nombre de “justicia informal”, lo que para nosotros son los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (M.A.S.C.).

2.2 REFORMAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Las reformas al aparato estatal de justicia se pueden estudiar a la luz de la triple articulación estructural presentada anteriormente:

Empezando por la *covariación cuantitativa*, las reformas apuntan hacia un modo de producción jurídica dominado por la retórica. Los M.A.S.C. buscan que sean las personas las que legitimen y acepten las decisiones tomadas por medio de éstos. Gracias al discurso, los M.A.S.C. han logrado que sean los individuos los que elijan dichos mecanismos para solucionar sus conflictos, aceptando de antemano que la solución a la que se llegó, ya sea impartida u orientada por un tercero, es de obligatorio cumplimiento. En consecuencia, la burocracia y la violencia presentan una disminución. Teniendo en cuenta que estas dos estructuras han sido las protagonistas en las dos últimas centurias del proceso de producción jurídica, estos cambios se han entendido como de deslegalización, concepto errado por dos razones: La primera, porque la retórica también hace parte de la dominación jurídica como lo hacen la burocracia y la violencia, y por tanto, que una estructura dada no se vuelve menos jurídica por el hecho de pasar a ser dominada por la retórica²⁴. La segunda, porque los M.A.S.C. no son mecanismos de “deslegalización” como se afirma, los M.A.S.C. conviven con la legalidad : hacen parte del pluralismo jurídico.

²³ SANTOS, 1991, pág. 129.

²⁴ SANTOS, 1991.

La segunda estructura es la *combinación geopolítica*, en donde Santos se pregunta : si el espacio retórico de la estructura jurídica está de hecho por expandirse, tal hecho ¿tiene lugar en la periferia o en el centro de la dominación?. Como respuesta a la anterior pregunta, Boaventura formula la siguiente hipótesis : “la burocracia y la violencia deben concentrarse en aquellos campos jurídicos que corresponden al núcleo central de dominación política donde el objetivo principal consiste en definir al enemigo como enemigo (no necesariamente como enemigo de clase) y dispersarlo a través de mecanismos de neutralización, represión y exclusión (Area de actuación del “modelo de la justicia”), al paso que la retórica se está expandiendo en los campos jurídicos que corresponden a la periferia de la dominación política donde el objetivo principal consiste en definir el enemigo como no enemigo y dispersarlo a través de mecanismos de socialización, integración y trivialización (Area de actuación de la “informalización de la justicia”)”²⁵.

La división centro-periferia de la dominación es pertinente y se aplica para los asuntos de “interés de Estado” o “seguridad nacional”, es decir: el centro lo entendemos como los asuntos en los cuales debido su importancia el Estado centra su atención y atiende con cuidado, un ejemplo típico para ello es el narcotráfico: nadie negará que este “flagelo criminal” atrae un interés especial del Estado y la sociedad para su tratamiento. Así mismo, la periferia es entendida como los asuntos que por su naturaleza el Estado no se preocupa mucho y que en consecuencia no considera de interés primordial, ejemplo de ello lo tenemos en los “conflictos de pequeñas cuantías” como el “robo de la gallina” que es tan popular en el argot jurídico académico. La hipótesis de Boaventura nos plantea que en el centro de la dominación, por su importancia, se debe centrar la burocracia y la violencia, en donde se “debe definir al enemigo como enemigo” para el tratamiento de los conflictos y, el mejor ejemplo es la política criminal. En la periferia, por su naturaleza, se debe centrar la retórica para el tratamiento de los conflictos que hacen parte de ella. Frente a estas consideraciones no estamos de acuerdo por las siguientes razones:

Si se parte de la distinción centro-periferia para determinar qué estructura (violencia, burocracia, retórica) debe entrar a operar para el procesamiento del conflicto que se deriva, debemos tener en cuenta que con la globalización, los “intereses del Estado” han cambiado, mejor aún: se han transformado²⁶.

Antes, en plena vigencia de la Guerra Fría (Estado de Bienestar) lo que le preocupaba al Estado eran los aspectos en donde se viera afectada la “seguridad nacional”; esa “seguridad nacional” no sólo ha cambiado en su contenido (ya no es el comunismo el enemigo), sino que ha cambiado también en su estructura. Con la globalización, el interés del Estado se vuelca hacia: A) La habilidad de ser independientes en la producción militar. B) A ser fuertes en el mercado global. C) Poder manejar los flujos de capitales en una balanza favorable para la economía interna. D) El medioambiente. E) Aumentar el nivel de competencia con las multinacionales. F) Brindar medios de

²⁵ Ob. Cit. Pág. 132.

²⁶ Ver: BUZAN, 1997; WAPNER, 1995; CASTELLS, 1998.

desarrollo sostenible y acortar la brecha entre ricos y pobre; entre otros aspectos que son definidos por el Estado a partir de las exigencias del mercado mundial.

Como vemos, los intereses del Estado están orientados hacia la economía mundial, el Estado ha entendido que con el flujo del capital no se pelea, sino que, se maneja a conveniencia. En este sentido, si un punto central para el Estado es el manejo de la economía, mal podría pensarse que los conflictos derivados de ella son de periferia y, que por tanto, los mecanismos de solución también lo sean; el arbitraje en el marco de los M.A.S.C. no se encasilla entonces al tratamiento de trances de periferia, sino de centro de la dominación.

Para recapitular: veníamos analizando las dos primeras articulaciones estructurales (covariación cuantitativa y combinación geopolítica) a la luz de las reformas a la administración de justicia formal, nos falta la tercera: interpenetración cualitativa.

La pregunta que se hace Boaventura en este caso es: ¿será posible detectar la presencia de otra estructura (dominante) dentro de este espacio?, en otras palabras, ¿habrá “infiltración o “contaminación” estructural?, a lo cual responde afirmativamente. En lo que se refiere a la burocracia, dice Santos, este tipo de articulación estructural nos llevaría a analizar los tipos de argumentos que tienden a ser más persuasivos en los contextos informales, a fin de ver en qué medida la lógica y el discurso burocráticos se están filtrando en las instituciones y en los procesos no burocráticos. Para respondernos encontramos un ejemplo: una de las características del proceso informal de la administración de justicia es que la tercera parte (conciliador, mediador, árbitro) no es en general un jurista, un profesional del derecho. Por eso se refieren a él como un “lego”, que puede ser una persona con otra área de conocimiento (en el arbitraje técnico se requiere que el árbitro posea un amplio conocimiento de la materia de la cuál va a decidir, verbigracia: ingeniería civil) y por lo tanto su discurso es diferente y lo filtra a la resolución de conflictos informal.

Concluiremos el estudio de esta parte en las palabras de Santos: “Este análisis sobre los tres modos de articulación estructural, aunque preliminar, tiene el mérito de llamar la atención hacia la necesidad de:

- Interpretar desarrollos y reformas parciales o sectoriales a la luz de la estructura jurídica global.
- Concebir esta estructura global como altamente contradictoria, inestable e internamente asimétrica en sus correspondencias con las diferentes áreas de dominación política.
- Reconocer que la resistencia a tal dominación debe ser también altamente diversificada, especialmente si pretende ser una resistencia global”²⁷.

²⁷ Ob. Cit.

Debemos tener en cuenta que las propuestas presentadas para las reformas a la administración de justicia implicarían cambios en la estructura de la dominación. La pregunta que surge de lo anterior sería, ¿cuál será el impacto de dichas reformas en la naturaleza del poder del Estado?, a lo cual nos dedicaremos a continuación:

1. EL NEOLIBERALISMO Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El neoliberalismo presenta algunas características²⁸ que es importante estudiar y contextualizar con los M.A.S.C. para comprender mejor la génesis de las reformas a la administración de justicia. Esas características son:

1.1 FLEXIBILIZACIÓN

La flexibilización cambia la concepción rígida del derecho, de manera que sean más las condiciones sociales y económicas las que las determinen, hacen parte de la propuesta neoliberal en el sentido de desregularizar las condiciones en que se desarrollan las relaciones sociales, buscando que la estructura dada por del derecho cambie para poder satisfacer las necesidades de una nueva era: la de la informalización.

Ante esta directriz que busca influir en las relaciones capital-trabajo, los M.A.S.C. resurgiría para el neoliberalismo como un apoyo en la justificación de la regulación proteccionista. Es decir, que al permitir que las comunidades asuman sus conflictos a través de mecanismos que les resultan más cercanos, seguros, ágiles, inteligibles, eficientes y eficaces, el Estado encuentra una forma de legitimar la flexibilización en campos distintos, incluso en aquellos donde la normatividad favorece a esas mismas colectividades²⁹.

1.2 PRIVATIZACIÓN

En el capítulo segundo vimos como una de las propuestas neoliberales para la eficiencia y la eficacia en los servicios (incluyendo los que se consideran públicos) era la prestación de los mismos por los particulares, a este proceso se le llama privatización.

En relación con los M.A.S.C., la privatización encuentra su justificación en la ineficiencia e ineficacia de la prestación de los servicios por las entidades públicas, y específicamente en la administración de justicia que, como vimos, es realmente retardada y ello implicó toda una crisis en el sistema judicial. Sin embargo, y pese a las virtudes de la privatización, el Estado no privatizó completamente la administración de justicia. La modalidad utilizada es la llamada intermedia, en donde se privatiza sólo una parte del servicio, quedando en manos del Estado el control global del mismo.

²⁸ Las características del neoliberalismo y la conexión con los M.A.S.C. están basadas en un estudio realizado en la monografía de grado de CAROL VILLAMIL de 1998.

²⁹ VILLAMIL, ob.cit.

1.3 DESCENTRALIZACIÓN

“La descentralización entendida como la estrategia “para sacar del centro” la prestación de los servicios y llevarlos a los espacios directos de la demanda se halla fuertemente arraigada dentro de los principios básicos de la nueva configuración del Estado³⁰. Sin embargo, desde la implementación misma de la administración de justicia, se ha concebido la descentralización como característica necesaria para su funcionamiento³¹, lo cual nos llevaría a cuestionar no la ausencia de descentralización sino la insuficiencia de ella (particularmente en su sentido territorial), hecho que se hace evidente ante la gran distancia física entre cuerpos del aparato oficial de justicia y los habitantes del país”³².

Esta condición nos conduce a ver que el arbitraje (como uno de los M.A.S.C.) en relación con el neoliberalismo podría constituirse en una descentralización. Para ello tenemos que considerar que el reconocimiento que hace el Estado en el arbitraje para poder administrar justicia en Centros de Arbitraje sin una competencia territorial, como sí la tienen los juzgados, puede ser una forma de extender, al menos simbólicamente, el papel del Estado, de llevar la administración de justicia a los espacios donde la sociedad tiene su demanda y, de superar parte de la ilegitimidad que le ha generado su incapacidad para impartir justicia a gran parte de la población distantes a núcleos económicos e institucionales, o en muchos casos por los diferentes inconvenientes que implica para los interesados el desplazarse para poder hacer vales su derecho a dichos centros de administración de justicia.

1.4 RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LA POBLACIÓN

Los M.A.S.C. permiten al Estado hacer una oferta de justicia a la cual puedan acceder las personas de escasos recursos, esto no sucede con el sistema judicial formal que pese a su principio de gratuidad, las investigaciones han demostrado los altos costos que representan para las partes el llevar a cabo un proceso (como por ejemplo: pago de honorarios a abogados, el tiempo invertido que se traduce en pérdida de dinero, entre otros), en el caso específico del arbitraje, se piensa en principio de una justicia para ricos, pero ese imaginario no tiene realmente muchos fundamentos.

1.5 GLOBALIZACIÓN-LOCALIZACIÓN

Debemos considerar un último elemento de la teoría neoliberal que contribuye a la reflexión sobre los M.A.S.C. Frente a la difusión del fenómeno de la globalización parece contradictorio que se estimulen estos Mecanismos Alternativos de Justicia, y con ellos los poderes locales. Sin embargo, los dos fenómenos son las caras de una misma moneda, esta realidad es advertida por Santos, Boaventura cuando afirma que la justicia popular puede interpretarse desde la realidad estatal sometida a dos procesos: “...la intensificación de prácticas transnacionales tiene lugar a través de un proceso dialéctico

³⁰ GARAY, 1994.

³¹ NÉMOGA, 1990.

³² VILLAMIL, Ob. Cit.

por el cual nuevas formas de globalización ocurren con nuevas formas de localización, es decir, de identidad nacional o étnica. (...) como una interdependencia global y una intensa interacción, las relaciones sociales en general parecen desterritorializarse, cruzando los límites impuestos ante las costumbres, el nacionalismo, el idioma, la ideología, (...) pero, por el otro lado, y en aparente contradicción con esta tendencia, emergen nuevas identidades regionales, nacionales y locales...”³³.

Debe concluirse entonces, que desde la perspectiva neoliberal, la Justicia alternativa es una de esas formas de desarticulación de los Estados Naciones que favorecen intereses globales. No obstante, siendo esta una consideración teórica, debemos advertir que en la práctica, desde la realidad, la justicia informal no puede desarticular lo que nunca ha estado unido o, al menos, vinculado, y este es el caso de justicia y la organización de los Estados Periféricos y de las poblaciones en vía de desarrollo. Por el contrario, los M.A.S.C. sí pueden desanudarnos de las limitaciones que implican una justicia que se quedó corta para responder a las necesidades de un mundo globalizado³⁴.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN:

En una sociedad globalizada, con una alta velocidad en los flujos de capitales, se debe tener por objetivo el brindar una genuina posibilidad de tutela a los justiciables que no es necesariamente la jurisdiccional.

Resulta necesario alentar una protección accesible, plural y heterógena que permita a los particulares elegir entre los diversos mecanismos disponibles.

Los justiciables se encuentran en óptimas condiciones de discernir acerca de su posibilidad de acceder a un procedimiento efectivo que le permita disminuir el tiempo de espera y los costos de la demora como precio de mercado.

Para la solución de los conflictos entre partes resulta indispensable contemplar aquellos mecanismos que permitan arribar a soluciones cooperativas que contribuyan a la futura interacción y efectiva reanudación de las relaciones existentes antes del estallido de la controversia.

El arbitraje, se ha consagrado paulatina pero firmemente como un medio eficazmente apto para resolver los litigios.

Este mecanismo no solamente puede resultar el más rápido, el menos costoso, el más confidencial, el más flexible, el que ofrece mayor libertad entre los métodos para resolver las controversias, sino que lo que acaso es su rasgo más saliente, que cuenta con la aceptación de quienes son sus destinatarios que han elevado a esta modalidad, hasta convertirla en la más empleada en el área contractual.

³³ SANTOS, 1992.

³⁴ VILLAMIL, Ob. Cit. Con algunas modificaciones nuestras.

La preferencia de las partes en la elección del arbitraje guarda una íntima vinculación con la posición estatal de reconocer, garantizar y fomentar este mecanismo alternativo de solución de conflictos, otorgándole completa validez.

Las partes como sus asesores, deberían realizar esfuerzos para conocer y así poder reclamar y recomendar el empleo de una prestigiosa institución que consagrada desde los albores de la historia, permanece brindándose en bandeja de plata para quienes quieran probar sus innegables beneficios.

Todo lo anterior, permite que las personas que hacen parte de una sociedad postmoderna, tengan a su alcance un mecanismo adecuado que imparta justicia en los casos donde ha surgido un conflicto, esa justicia es la arbitral. Una justicia que nos permite hablar en una *lingua franca* en un mundo cada vez más globalizado.

CAPÍTULO QUINTO **¿ARBITRAJE Y GLOBALIZACIÓN?**

En esta Primera Parte: Globalización y Arbitraje, hemos querido estructurar un marco teórico del arbitraje como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos a partir de la globalización.

Consideramos la globalización como el fenómeno que ha impulsado la creación y/o fomento de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Por ello, nuestro interés ha sido demostrar cómo este proceso ha desarrollado la implementación de dichos mecanismos.

Para ubicarnos mejor acerca de lo que son los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y cómo se estructuran con la justicia ordinaria o aparato de administración de justicia formal del Estado lo podemos hacer a través del siguiente esquema:

FORMAS DE ACCESO A LA JUSTICIA

1. APARATO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ORDINARIA O DEL ESTADO.

2. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: son todos aquellos mecanismos de resolución pacífica de conflictos que, instituidos o no por el Estado, ofrecen una opción de arreglo o solución a los conflictos de una forma válida y con plenos efectos jurídicos. Dentro de este abanico de alternativas tenemos:

- ARBITRAJE.
- CONCILIACIÓN
- AMIGABLE COMPOSICIÓN
- MEDIACIÓN

- TRANSACCIÓN
- JUSTICIA COMUNITARIA.

Cuando hablamos de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos lo primero que debemos preguntarnos es ¿Por qué?, ¿Cómo podemos ubicar teóricamente su aparición? y a partir de estas preguntas cuestionarnos por las razones que justifican estos mecanismos.

Somos partidarios que los fenómenos sociales no son consecuencia de la coincidencia o el azar. Por ello, consideramos primordial antes abordar el estudio de una institución, el conocer sus antecedentes y evolución para indagar dónde se encuentran sus cimientos y, a partir de esto, profundizar en la naturaleza de la institución.

Al formularnos todos estos interrogantes y en la constante inquietud de encontrar un fenómeno que fuera la génesis de estos mecanismos, hallamos en la globalización la explicación.

La globalización es un proceso, y como todo proceso es complejo, todos hemos escuchado en algún contexto esta palabra, que la globalización esto, que la globalización lo otro; pero ante la misma confusión del término, nuestra primera tarea fue investigar acerca de este fenómeno y querer brindar un panorama claro de lo que significa, o más bien, implica.

Después de investigar y recoger información, consideramos que lo primero que debíamos elaborar era un capítulo que nos explicara qué es la globalización, cómo la podemos entender y debido a qué ésta ha sido posible. Como sabemos, no es fácil, aunque sea evidente como realidad social, tratar de exponer un proceso que ha vivido la humanidad desde mediados de este siglo y presentar las implicaciones que esto conlleva, todos los procesos que contiene.

Pero para lograr nuestro primer objetivo, era necesario aclarar esta parte y por eso llamamos al primer capítulo “La globalización como proceso”.

Después de tener claro qué es la globalización, nos centramos en exponer qué cambios ha traído este fenómeno a la sociedad.

La globalización es un fenómeno tan fuerte y penetrante que ha transformado casi todos los operadores sociales, económicos, políticos, jurídicos, etc. su poder es tal, que hasta los mismos Estados se ha doblegado ante él.

Los cambios que han ocurrido a raíz de la globalización son múltiples, los vemos en todas las esferas de la acción social. En especial, el Estado ha sido uno de los más afectados por esta nueva ola.

El Estado ha sido por varios siglos el protagonista de todos los fenómenos sociales y ha sido el punto de referencia obligado cuando queremos tratar cualquier tema de las ciencias sociales. Así, cuando hablamos de seguridad, justicia, organización, estilo de vida, cultura, etc. nos debemos remitir inevitablemente al Estado. La globalización ha cambiado todo esto.

Con la globalización, el Estado pierde protagonismo al punto de dudar de su importancia y cuestionar su existencia. Y es precisamente el estudio de estos factores el objeto del segundo capítulo: “La Globalización como Cambio”.

Pero, como nuestro interés se centra en el ámbito jurídico y nuestro norte está trazado en ubicar los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en este marco, el tercer capítulo: “La Globalización del Derecho” tiene como objetivo el exponer en qué medida el Derecho y los operadores jurídicos se han visto afectados por la globalización.

El derecho como uno de los fenómenos sociales, rector de las conductas y usos sociales, no ha sido indiferente a las transformaciones que ha generado la globalización, así, las instituciones del Estado y del ordenamiento jurídico se han visto en la imperiosa necesidad de mutar para adecuarse a las exigencias de estas nuevas circunstancias y demandas, para hacer posible la “conservación institucional”.

En el tercer capítulo hemos querido presentar un panorama de lo que es hoy el derecho, más dinámico que nunca, más cambiante y flexible.

En nuestros estudios del derecho, nos enseñaron e insistieron que el único ente legítimo que administra justicia y produce el derecho es el Estado. La globalización también ha cambiado esta teoría.

Desde sus inicios se concibió al Estado y se le llegó a justificar por Rousseau, Locke, Hobbes, entre otros, por su función casi exclusiva de garantizar la paz social, esa paz que se había perdido en el Estado de naturaleza y que de alguna manera es la base del “contrato social” de los individuos que se unieron para formar este acuerdo de voluntades.

Con el Estado se crea el aparato de administración de justicia que en nuestro siglo vino a sufrir una crisis que se hizo insostenible a partir de las exigencias de la globalización. La globalización es, de alguna manera, la excusa para el replanteamiento de la estructura del Estado y en especial de su aparato de administración de justicia.

Frente a esta crisis, se presentan varias alternativas o soluciones, Boaventura nos advierte dos de ellas: o modernizamos al Estado o permitimos mecanismos flexibles que cumplan las funciones que el Estado no puede. Lo primero implicaba una inyección fuerte de capital, lo cual no había o hay por la crisis fiscal del Estado; lo segundo, era un fenómeno social que no se había reconocido y no se le había prestado atención.

La opción tomada fue la segunda, a esto se le llamaron Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, donde el Estado retoma todas estas formas de resolución pacífica de conflictos, las fortalece, reconoce e impulsa para garantizar la justicia que ya no es administrada en su totalidad por los funcionarios del Estado que son los jueces, sino que los particulares entran a jugar un papel protagónico en esta nueva asignación de funciones y ahora se les permite administrar justicia transitoriamente.

En este punto, el capítulo cuarto: “De la globalización al Arbitraje” tiene como objetivo mostrar la crisis de la administración de justicia del Estado de Bienestar, y exponer algunas de las soluciones planteadas a dicha crisis por la política y la academia que hicieron aportes interesantes a la solución y tratamiento del problema.

El neoliberalismo ha hecho su aporte buscando la modernización del Estado. Aspectos como: la privatización, el pluralismo jurídico, la flexibilización, la localización, la descentralización, entre otros, son aristas de una misma figura que busca ayudar al Estado para sacarlo de la crisis en que se encuentra, comprobando que el capital se adapta a las necesidades que va creando.

En conclusión, queremos brindar una herramienta de análisis para las personas que como nosotros creemos y estamos interesados en el estudio de estos Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Consideramos que dichos mecanismos, en especial el arbitraje, encuentran su justificación en la globalización. Nuestro objetivo es ofrecer un marco teórico de razonamiento para el mejor entendimiento y comprensión de esta alternativa de justicia.