



EL ARBITRAJE COMO SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTEXTO CULTURAL CONTEMPORÁNEO EN EL PERÚ Y AMÉRICA LATINA DEL SIGLO XXI

Omar Sumaria Benavente
osumaria@pucp.edu.pe

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú. Maestría en Derecho Procesal Universidad de Rosario (Argentina). Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín (Colombia). Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Interamerican Bar Association, International Association of Procedural Law, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Instituto Colombo Venezolano de Derecho Procesal. Profesor en Derecho Procesal Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Academia de la Magistratura. Arbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor Externo del Banco Mundial para el Proyecto de Mejoramiento de Servicio de la Justicia (PMSJ). Socio del Estudio “Cabrejos, Vassallo & Sumaria” Abogados.

Recibido: 3 de mayo de 2014

Aceptado: 17 de mayo de 2014

“-No hay ninguna duda que detrás de las manifestaciones de este tribunal, en mi caso, pues, detrás de la detención y del interrogatorio de hoy, se encuentra una organización. Una organización, que no sólo da empleo a vigilantes corruptos, a necios supervisores y jueces de instrucción, quienes, en el mejor de los casos, sólo muestran una modesta capacidad, sino una judicatura a rango supremo con su numeroso séquito de ordenanzas, escribientes, gendarmes y otros ayudantes, si, es posible que incluso emplee verdugos, no tengo miedo de pronunciar la palabra, y ¿cuál es el sentido de esta organización señores? Se dedica a detener personas inocentes y a incoar procedimientos absurdos sin alcanzar en la mayoría de los casos, como el mío, tengan resultados. ¿Cómo se puede evitar, dado lo absurdo de todo el procedimiento, la corrupción general de todo el cuerpo de funcionarios? Es imposible, ni siquiera el juez del más elevado escalafón lo podría evitar con su propia persona-” (KAFFKA, 1925, pág. 32).

SUMARIO

Introducción

La ineficiencia del proceso civil como escenario para nuevas formas de solución de controversias

Arbitraje y contexto cultural del siglo XXI: incertidumbre jurídica, utilitarismo, flexibilidad, rapidez, escepticismo

Conclusión

RESUMEN

El espacio de inercia estatal y falta de estrategias integrales para la reforma del sistema de justicia que provoca la ineficiencia del sistema estatal de solución de controversias y abre paso a nuevas

formas de iniciativa privada como es el arbitraje en el que se reemplaza al Estado para la satisfacción de esta necesidad de cumplimiento del derecho.

Sin embargo, la ineficiencia del sistema estatal para solución de conflictos no es la única causa, y el “contexto cultural” también es un elemento principal en el desarrollo de los ADR’s dependiendo directamente de los cambios en los valores en conflicto a finales del siglo XX, la desconfianza en el gobierno, las privatizaciones, la humanización de las instituciones a gran escala, el progreso social a través de la mejora individual, y el escepticismo posmoderno que se identifican una cultura basada en la libertad, individualismo, populismo, igualdad, liberalismo, utilitarismo considerando que los procedimientos empleados para resolver controversias tienen su origen en la cultura propia de la sociedad.

PALABRAS CLAVES

Arbitraje, proceso, jurisdicción, Estado, sociedad, cultura jurídica - conflictos, controversias - justicia, ADR - MARS

ABSTRACT

The state space inertia and lack of comprehensive strategies for reform of the justice system that cause the inefficiency of the state system of dispute resolution opens the way for new forms of private initiative and is arbitration which replaces the State satisfying this need for compliance with the law. However, the inefficiency of the state system for conflict resolution is not the only cause, and the “cultural context” is a major element in the development of ADRs directly dependent changes in conflicting values at the end of the century XX, distrust in government, privatization, the humanization of large-scale institutions, social progress through individual improvement, and postmodern skepticism that a culture based on freedom, individualism, populism, equality are identified, liberalism, utilitarianism considering that the procedures used to resolve controversies are rooted in the culture of society.

KEYWORDS

Arbitration process, jurisdiction, state. Company legal culture, conflicts, disputes, justice, ADR, MARS.

INTRODUCCIÓN

La cita que da inicio a este ensayo se asemeja a la queja común de un visitante del Palacio de Justicia en el día de hoy, sin embargo, se refiere a una

realidad que detalla Franz Kafka, en la Europa de 1914, en el que el personaje Josef K, un ciudadano correcto de extracción media, quien intempestivamente es arrestado y llevado a un tribunal sin que se le dé explicación alguna y sin que se llegue a saber el motivo de su arresto, cuando trata de defenderse es remitido, una y otra vez, a “instancias superiores” pero siempre se encuentra con una barrera que le impide acceder a la justicia y a la ley.

Cualquier parecido con la realidad no es coincidencia porque al parecer hasta la fecha la situación no ha cambiado mucho. Y aunque el servicio de justicia es uno de los enfermos más diagnosticados que existen no se ha hecho mucho al respecto o por lo menos lo que se ha hecho no resulta muy visible para el ciudadano común en su experiencia de vida diaria,² y las respuestas dadas hasta hoy a la problemática procesal no han resultado lo más efectivas en tanto ha habido una ausencia de una visión y de soluciones integrales (Hernández Breña, 2007, pág. 16)

En el caso del Perú, en el último Rule Of Law Index 2014, publicado por el World Justice Project (Project, 2014), nuestro país se encuentra en un nivel medio bajo (lower middle) con relación a la región de Latinoamérica y el Caribe en cuanto al resultado de los promedios establecidos para determinar un buen servicio de justicia, encontrándose en el puesto 62 de 99 naciones, con resultado promedio de 0.49, a diferencia de Uruguay y Chile que son los “high score” en la región, quienes se encuentran el puesto 20 y 21 respectivamente con promedios de 0.69 y 0.68.

El resultado más bajo obtenido en el Index 2014 es con relación al sub factor: “retardo en la administración de justicia en el área civil” (7.5 No unreasonable delays) y “ejecución de las sentencias” (7.6 Effective enforcement), los cuales forman parte del factor “Civil Justice” (project, 2014, pág. 134)³, advirtiéndose que con relación a la justicia civil en el Perú esta es percibida como lenta, costosa, e inaccesible, especialmente para los grupos sociales en desventaja.⁴

1 Kafka, pese a vivir en Praga, estaba completamente sumergido en la cultura alemana por motivos del negocio familiar. Kafka estudió Derecho en la Universidad de Praga y consiguió trabajo como pasante. Max Brod, amigo, editor y albacea literario de Kafka tras su muerte, conoció la existencia de la obra en 1914, pues Kafka, según su costumbre, le leyó algunos pasajes. Desde un primer momento quedó fascinado por la fuerza de la historia, por lo que insistió, como en otras ocasiones, en que se publicara, contra la habitual reticencia de su autor. Tras la prematura muerte por tuberculosis de Kafka en 1924, y a pesar de que el autor había manifestado en una nota su deseo de que todos sus escritos fuesen destruidos sin ser leídos, Max Brod decidió publicar El proceso años después

2 Entre estos proyectos se encuentra el PNRIAJ, “Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia” elaborado por el CERIAJUS en abril de 2004, que establecía una inversión para el período 2005 al 2007 de 1,346 millones de soles. Por otro lado el PMSJ, “Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia” financiado por el Banco Mundial con una inversión de s/. 48'952.007. Finalmente, el JUS-PER “Proyecto de apoyo a la reforma del sistema de justicia del Perú” con el financiamiento de la Unión Europea (UE) con un presupuesto de s/. 56'048.107. Todos ellos en ejecución con mayor o menor resultado pero que en líneas generales no resultan perceptible para la población

3 Los otros factores establecidos para la evaluación del servicio de administración de justicia son: Constrains on government powers, Absence of corruption, Open Government, Order and security, Fundamental Rights, Open government, Regulatory enforcement, Criminal Justice

4 RULE OF LAW INDEX, 2014, WPI. “The civil justice system is perceived as slow, expensive, and inaccessible, particularly for disadvantaged groups”. Pág. 54

En estos sub factores mencionados se tiene un resultado promedio de 0.28 con relación a un óptimo de 1, lo que implica que se encuentra muy por debajo del rango satisfactorio. Contradictoriamente, en el sub factor relativo al “acceso a los mecanismos alternos de solución de conflictos” (7.7 Impartial, and effective ADR’s) se obtiene un resultado alentador de 0.52 sobre el óptimo de 1, que es el más alto promedio en el componente “Civil Justice”.

Esto implicaría que en la población hay una relación inversa en cuanto a la percepción de eficiencia del sistema formal de administración de justicia a través del proceso jurisdiccional, la cual es muy baja, con relación a los denominados mecanismos alternos de solución de conflictos (MARS o ADR’s) entre los cuales se encuentra el arbitraje, en los que la que se aprecia una percepción positiva de la ciudadanía.

Parte de la explicación de este resultado lo señala Linn Hamberg para quien las reformas para el proceso civil establecidas en la década del ’90 (Hamberg, 2004, pág. 305), aunque introduciendo elementos positivos, agravaron los problemas que pretendían resolver, porque la manera en que fueron introducidas y gran parte de su contenido tendieron a debilitar la cohesión interna del Poder Judicial, su liderazgo y dañar los recursos humanos que lo componen por fallas en la estrategia de implementación. Generando en parte por estas circunstancias un espacio o escenario propicio para el desarrollo de formas alternas, subsidiarias o complementarias para la solución de controversias distintas al proceso jurisdiccional.

De otro lado, la creciente complejidad de las relaciones socioeconómicas, y un mejor conocimiento de los derechos e intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, han propiciado un notable incremento de la litigiosidad, y la consiguiente reflexión en torno a cómo adecuar los procesos al nuevo contexto y la posible entrada en escena de soluciones alternativas o complementarias como es el caso del arbitraje.

LA INEFICIENCIA DEL PROCESO CIVIL COMO ESCENARIO PARA NUEVAS FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Uno de los aspectos que provoca la ineficiencia del servicio de justicia es el ineficiente procedimiento civil y la ineficiente asignación de recursos para el desarrollo del procedimiento civil que propicia el escenario para el desarrollo de formas no estatales para la solución de conflictos.

Al respecto de este problema si bien existen propuestas extraídas del mismo seno del Poder Judicial como el “Plan Nacional de Descarga Procesal”, aprobado por R.A 099-2007-CE-PJ, el cual

se desarrolló en tres etapas i) Depuración y actualización de expedientes; ii) Inventario de expedientes; y iii) fortalecimiento de órganos y creación de órganos de descarga. Estas hicieron mayor énfasis en el aspecto cuantitativo pero no se atacó el problema de fondo que es el origen de la “carga procesal”.

Recientemente con la publicación de la Res. 127-2012-CE-PJ respecto del funcionamiento de los módulos corporativos de los juzgados laborales que hace referencia al “Informe” de la Comisión de propuesta de modernización de Despachos Judiciales, aprobado por Resolución N° 162-2010, se colocó mayor atención en el aspecto administrativo, en tanto, que los principios base fueron: a) Separación de funciones jurisdiccionales y administrativas; b) Establecimiento de un sistema administrativo y; c) Uso masivo de tecnología e informática.

También se observa propuestas más integrales y generales desarrolladas bajo la dirección del Poder Ejecutivo, como el Plan Nacional para la Reforma de Administración de Justicia elaborado por el CERIAJUS.

Y de otro lado se presenta una extensa literatura nacional e internacional sobre este tema como el informe hecho por Linn Hammergren para el Banco Mundial sobre reformas judiciales en América Latina, el caso del Perú (Hammergreen, 2004), o investigaciones particulares como la tesis de los economistas Eufrazio León y Silva Gil sobre Reforma del Sistema de Administración de Justicia (Eufrazio León & Silva Gil, 2009), así como también, publicaciones de organismos no gubernamentales como “13 mitos de la carga procesal” (Hernandez Breña, 2007) y “Carga procesal bajo la lupa” (Hernandez BREÑA, La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional, 2008) del Instituto de Defensa Legal Justicia Viva.

Pero, en este escenario son escasos los estudios interdisciplinarios que ponga atención en los indicadores que revelen la calidad del proceso judicial, más que en la cantidad y que pueden colaborar finalmente en el desempeño del sistema.

Santos Pastor Prieto, con el fin de poder analizar integralmente el sistema de justicia y su rendimiento propone una serie de indicadores, que de forma “derivada” o “debida a” son las causas de ineficiencia en la administración de justicia. Estas causas de ineficiencias pueden ser (Pastor Prieto, 1993):

- a.- Derivadas de carácter racional de los sujetos involucrados en la prestación del servicio y de la rigidez del sistema de riesgos y recompensas.
- b.- Debidas a las fallas en la información.

- c.- Derivadas de la propia naturaleza monopolística del servicio.
- d.- Derivadas del carácter de “bien público” del buen funcionamiento de los servicios.
- e.- Debidas a la impune dejación de responsabilidades.
- f.- Derivadas de la falta de profesionales de la gestión.
- g.- Debidas a la especial rigidez impuesta a la gestión.
- h.- Derivadas de la no fijación de objetivos precisos.

Estos factores están todos ligados a variables causantes de la falta de operatividad y baja efectividad de los sistemas de administración de justicia.

En tal sentido, un análisis sistémico se produce en relación con todos los factores que implican el sistema que son:

- a.- Contexto: determinado por los estándares fijados por normas internacionales
- b.- Demanda: variable Cuantitativa. Respecto de la cantidad de casos que ingresan al flujo del sistema de justicia
- c.- Servicio: variable cualitativa. Calidad de las resoluciones
- d.- Usuarios: perfil del sujeto que accede al sistema
- e.- Proceso: elementos de carácter normativo en comparación con su real implementación

En consecuencia, la hipótesis a tratar es que uno de los aspectos que provoca la ineficiencia del servicio de justicia es el ineficiente procedimiento y la ineficiente asignación de recursos para el desarrollo del procedimiento civil, en tanto, pese a haberse incorporado en la legislación las herramientas necesarias, persisten obstáculos estructurales que impiden el real acceso a la justicia debido a la morosidad de esta, y que no existen planes integrales para contrarrestar este problema.

De esta forma, los datos relevantes a la lentitud de la justicia se centran en dos temas principales:

- a.- Falta de acceso a la justicia: por la que gran parte de la población, por razones de exclusión social o económica no tienen acceso a la jurisdicción. Situación que se agrava en caso de grupos especialmente vulnerables como los niños, adolescentes, mujeres, indígenas, homosexuales, transexuales, ancianos, campesinos, ambientalistas y que finalmente provocan legislación espectáculo, reactiva o populista y agrava el sistema procesal en lugar de descargarlo.
- b.- Morosidad en la justicia: por la que los que finalmente llegan a los tribunales se encuentran con esta morosidad que torna en ineficaz la prestación jurisdiccional (ALMEIDA FILHO, 2010, pág. 88)

En este escenario, posibles soluciones novedosas como la propuesta del “proceso electrónico o digital”, aparentemente positivas, pueden sin embargo, agravar la desigualdad en el proceso, ya que justamente los que tienen necesidad de acceso a la justicia carecen de recursos para la inclusión digital, y por otro lado los que pueden acceder a la justicia tienen estos recursos, lo cual con una mala estrategia provocaría una estructura procesal elitista.

En este sentido, siendo la unidad de análisis el procedimiento mismo, que se verifica a través de unas variables internas o intrínsecas a este, como el tiempo en el procedimiento y la asignación de esfuerzo procesal, y otras variables de carácter externas o extrínsecas al procedimiento, como son la congestión procesal y la falta de asignación presupuestal, que finalmente conjuntamente con otros elementos puedan concurrir para elevar o mejorar el servicio de administración de justicia en el Perú.

Con relación a las variables intrínsecas como el tiempo y asignación de esfuerzo procesal, por ejemplo, en el procedimiento civil vemos que de acuerdo al Código Procesal Civil el tiempo formal de un procedimiento de conocimiento (la vía más lata) debería ser 90 días, de un proceso abreviado es de 45 días, y de un proceso sumarísimo de 15 días⁶, sin embargo, en tiempo real demoran de 3 a 4 años⁷ con tendencia a extenderse más.

Igualmente, en el flujo de trámite del procedimiento civil, se deben identificar los “tiempos muertos” o de inactividad jurisdiccional, los “tiempos innecesarios” entendiendo por aquellos en los que el juez no desarrollara labor jurisdiccional sino administrativa para el desarrollo del proceso, y los “tiempos ineficientes” aquellos en los que la asignación del esfuerzo procesal debe ser trasladado a las partes en lugar de ser subsidiado por el Estado a través del funcionario juez.

En el mismo sentido, se aprecia que el “circuito” que debe seguir un escrito o una resolución implica un costo de tiempo adicional al establecido legalmente, y por consiguiente una demanda adicional de los suficientes recursos humanos y materiales.

En el aspecto externo se aprecia que la congestión procesal ha ido incrementándose, y, sin embargo, la asignación de recursos materiales para el desarrollo de esta labor se mantiene en un promedio estable en los últimos años.

⁵ El término “asignación de esfuerzo procesal” se puede revisar con mayor detalle en: COOTER, Robert y Thomas ULEN. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, México 1999. Primera reimpresión en español. Pág. 514

⁶ Código Procesal Civil. 1993. Artículos 478°, 491° y 554° respectivamente

⁷ Fuente: EYZAGUIRRE, Hugo. “Marco Institucional y económico: La reforma judicial en América Latina. BID. 1997. En: MONROY GALVEZ, Juan. Estudio Preliminar “La reforma del Código Procesal Civil -quince años después- “. Anexo A. Código Procesal Civil. Communitas, Lima, 2009. Pág. 66

Así, por ejemplo, la tasa de evolución de expedientes pendientes por año, en la Corte Superior de Justicia de Lima, aumento de un 25.7% en el año de 2007, a un 35.9% en el 2010⁸, teniendo en el año 2007 la misma cantidad de juzgados civiles que en la actualidad (57° Juzgados Civiles) siendo la distribución de la carga procesal en el distrito judicial de Lima del 30%, mientras que la distribución del presupuesto es tan sólo del 18%⁹ con relación al resto de país.

En un plano más general el proyecto CERIAJUS solicitó en el año 2004 la cantidad de s/.1,346,300.967 para la implementación de la Reforma de la Administración de Justicia¹⁰, y en el año 2010 tan sólo se asignó s/.1,236,513.00¹¹.

Esto sugiere que la cantidad de recursos invertidos para el sistema de administración de justicia resulta insuficiente y hace inviable cualquier tipo de reforma teniendo efecto directo con relación al sistema procedimental, por lo cual las políticas de reforma se deben hacer a bajo costo y poniendo énfasis en cuanto a las variables internas que pueden ser manejo directo y tienen como sustento la reasignación del esfuerzo procesal y la eliminación de subsidios procesales, ante el fracaso de la obtención de un mayor presupuesto para una reforma integral, lo cual, sin embargo, debe ser motivo de un estudio más detallado y profundo.

Eduardo Buscaglia (Cisneros Vilches, 2014) toma el concepto de “jurimetría”, pero entendida como la medición de los diferentes aspectos del funcionamiento de los sistemas de administración de justicia, avocándose en identificar el nivel de sostenibilidad de un sistema, a través de la determinación de variables cuantitativas (como la falta de fondos, asignación no eficiente de fondos) o cualitativas (como la discrecionalidad de los jueces) y de sus indicadores, detectando las faltas o fallas del sistema judicial a considerar al momento de realizar una reforma procesal.

En este aspecto y siguiendo las recomendaciones del Centro de Justicia para las Américas (CDJA) (Américas, 2009, pág. 17) el enfoque sistémico significa que no puede tratarse de manera aislada los componentes de una reforma, sino que se requiere observar los principios esenciales del sistema judicial como organización a través de un enfoque contextual distinto al meramente analítico.

8 Fuente: Sub gerencia de Estadística del Poder Judicial Feb. 2010

9 Fuente: Propuesta Plan de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima para el año 2011-12

10 COMISION ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA (CERIAJUS). Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Abril 2004

11 Ley de Presupuesto de la República para el año 2010⁸⁶

Esta perspectiva se desarrolla en tres dimensiones:

- a.- Dimensión vertical, que tiene en cuenta todos los elementos constitutivos del sistema (normas, organización, prácticas, recursos)
- b.- Dimensión horizontal, que implica que todo cambio debe ser armonioso con todo el sistema a fin de no contrariar la unificación procesal y mantener una economía a escala de nivel organizacional y tecnológico.
- c.- Dimensión integral en manera territorial a fin que tenga un efecto gradual y paulatino de extensión a los habitantes del país.

En conclusión, si bien el artículo 139°, inciso 2) de la Constitución Política del Perú¹² establece un derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, el cual se debe materializar en los mecanismos formales de solución de controversias como el proceso jurisdiccional, esto de acuerdo a la tesis de Cass SUSTEIN y Stephen HOLMES no será posible en tanto el Estado no invierta recursos en este derecho, porque los derechos tienen un costo y sólo puede existir si hay una estructura detrás tendiente a garantizar su satisfacción proponiendo de esta forma un estrecha vinculación entre derechos y gasto estatal (Holmes & Sustain, 2012, pág. 20).

Este espacio de inercia estatal y falta de estrategias integrales para la reforma del sistema de justicia que provocan la ineficiencia del sistema formal o estatal de solución de controversias abre paso a nuevas formas de iniciativa privada elaboradas en el seno de la misma sociedad para la satisfacción de esta necesidad de cumplimiento del derecho, entre ellas la negociación, la mediación, el arbitraje, el med-arb en las cuales la iniciativa privada reemplaza al Estado en esta actividad.

Bruce L. Benson reflexiona al respecto de la ineficiencia e insatisfacción de la ciudadanía del servicio estatal de justicia y cuestiona “¿Por qué confiamos las decisiones relativas a la satisfacción de nuestras necesidades más perentorias (como el alimento y el vestido) a sujetos individuales del sector privado, que operan en un sistema de libre mercado, y por qué permitimos al Estado interferir y tratar de dominar el mismo sistema que produciría, de forma eficaz y económica, el derecho y su aplicación?” (BENSON, 2000, pág. 15) en tanto, que si bien ningún sistema es perfecto, pero ante la creciente insatisfacción de los resultados que obtiene el sector público en este aspecto frente a la creciente confianza en las alternativas privadas de solución de conflictos, indica que es hora de cuestionar la presunción de que el orden público debe proveerlo necesariamente el Estado.

¹² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993. “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ... 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”

ARBITRAJE Y CONTEXTO CULTURAL DEL SIGLO XXI: INCERTIDUMBRE JURÍDICA, UTILITARISMO, FLEXIBILIDAD, RAPIDEZ, ESCEPTICISMO.

La decisión si un Estado prefiere un sistema particular de adjudicación de derecho tipo arbitraje o un sistema concentrado de adjudicación de derecho, poder judicial, responde a una decisión política, económica y cultural, en tanto, que entre más compleja y grande sea la sociedad, es menos costoso un órgano centralizado que cumpla la función de restablecer la relación entre el mercado de las normas y el mercado de las relaciones sociales, disminuyendo los costos de transacción tanto en la conformación de este órgano predeterminado como a través de la previsibilidad de las reglas de juego y la previsibilidad de los fallos.

En este sentido, explica Robert Cooter que:

Las negociaciones entre legisladores producen las leyes, y las negociaciones entre ciudadanos producen contratos. A fin de facilitar la cooperación, las partes involucradas en la negociación necesitan un intérprete de sus acuerdos que sea independiente. A fin de disfrutar de la independencia, la riqueza y el poder del intérprete no debe verse afectado por la interpretación. El Estado puede proveer un intérprete de leyes y contratos que sea independiente, mediante la creación de un Poder Judicial. En lugar de alinear los intereses públicos con los intereses privados, la independencia rompe la conexión existente entre las decisiones de los jueces y su riqueza o poder propios” (Cooter & Ulen, 1999, pág. 516)

Pero a la luz de los hechos expuestos este sistema centralizado en el Estado de solución de conflictos tiende a la congestión y saturación, con lo que finalmente se vuelve más costoso que un sistema privado de solución de conflictos como el arbitraje en el que el árbitro tiene una relación específica en el conflicto, mientras que el juez predeterminado por el Estado tiene una relación genérica con todos los casos que son puestos bajo su responsabilidad, produciendo así una ventaja comparativa del árbitro en cuanto a la reducción de incertidumbre acerca de su actitud frente al caso, estableciendo adicionalmente un principio de clausura rápido que garantiza el cierre de la controversia, frente a las múltiples revisiones que pueden suceder en el sistema estatal que extienden el tiempo en el proceso, y aumenta la incertidumbre. (Barragan, 2009, pág. 133)

Sin embargo, el factor ineficiencia del sistema estatal de solución de conflictos materializado en el proceso jurisdiccional no es la única causa, y hay que reconocer que el “contexto cultural” actual, es un elemento principal en el desarrollo de los ADR’s, así como ocurrió

en la sociedad norteamericana del siglo XX, que fue producto de peticiones institucionales, maniobras políticas y el movimiento cultural de entonces.

Indica Oscar Chase que el desarrollo del arbitraje frente al proceso jurisdiccional “más específicamente, depende directamente de los cambios en los valores en conflicto a finales del siglo XX, la desconfianza en el gobierno, las privatizaciones, la humanización de las instituciones a gran escala, el progreso social a través de la mejora individual, y el escepticismo posmoderno acerca de la realidad objetiva, temas que se identifican como fundamentales en la cultura estadounidense: libertad, individualismo, populismo, igualdad, liberalismo, considerando que en cualquier sociedad los procedimientos empleados para resolver controversias tienen su origen en la cultura propia de la sociedad al tiempo que la conforman. De esta manera “la forma escogida por cada sociedad para el manejo de los conflictos es el resultado de una serie de elecciones conscientes e involuntarias que han sido realizadas desde sus condiciones de conocimiento, creencias y estructura social” (chase, 2011, pág. 133)

Si bien, para Michele Taruffo, la expresión “cultura jurídica” resulta un concepto algo vago e indeterminado y objeto de discusión, cumple una función importante en la apreciación de distintos sistemas procesales para “superar el nivel del puro y simple análisis técnico de normas específicas y precedentes, y ocuparse también de valores, actitudes, orientaciones e ideologías que circundan, fundan o pasan a través de las instituciones y de los conceptos jurídicos, en general, así como también en el ámbito del derecho procesal” (Taruffo, 2006, pág. 6).

En este sentido, señala que esto determina que en la base de la alternativa entre los ADR y el proceso judicial hay más profundas y complejas implicaciones culturales, que va mucho más allá del puro y simple problema práctico de la escogencia del instrumento más rápido y menos costoso para resolver una controversia (Taruffo, 2006, pág. 25)

En este rumbo, estudios más recientes acerca de la formación de un sistema procesal o sistema institucionalizado de resolución de conflictos colocan mayor énfasis en el concepto “cultura jurídica”, entendiendo por ella al conjunto de elementos comunes de los valores, prácticas, creencias, símbolos de cada concreto grupo social (CHASE, 2011, pág. 25) que, como menciona A. Garapon, se traduce en el modo de producción de la verdad y la adecuación a la política (Garapon & Papadopulos, 2006, pág. 21) en el que la “cultura jurídica” se convierte en un presupuesto de generación del mismo.

Es así que en el análisis o revisión de los mecanismos de resolución de conflictos no puede ser ajeno al elemento 'cultura', entendiendo por ella al conjunto de prácticas, valores, creencias y símbolos de determinada comunidad; porque el concepto de justicia, derecho y proceso, resultan justamente la representación de los valores, costumbres y prácticas de una determinada sociedad, en donde la justicia corresponde al valor adoptado, el derecho a la costumbre, y el proceso a la práctica.

La visión del ordenamiento jurídico como un método institucionalizado de resolución de conflictos en sentido amplio (prevención y resolución) es a menudo rechazada por juristas y abogados, que la ven como una descalificación teórica (Entelman, 2000, pág. 61), provocado por el hecho de que el sistema jurídico fue implantado en la sociedad con el uso de un discurso estridente que recurrió a la postulación de valores fundamentales divinos o de la razón, como discurso del "poder", y representación de la "soberanía", además, por el hecho de que el sistema jurídico se haya implantado mucho tiempo antes y que la ciencia que hace de su estudio su objeto ya tenga existencia secular mientras que la vocación por el análisis del conflicto como problema general de la sociedad haya aparecido recién a mitad del siglo XX (Entelman, 2000, pág. 69). Sin embargo, desde la antigüedad, el hombre había desarrollado, sin teorizar sobre ello, diversos métodos de resolución de conflictos (Entelman, 2000, pág. 61).

Así, el proceso jurisdiccional se convierte en un mecanismo o solución de controversias desarrollado en un específico contexto cultural determinado bajo la relación "Estado - Jurisdicción" a través del tiempo y que variando el contexto cultural, es decir, la situación histórico- social- política- económica da origen o va dando paso a formas distintas para la solución de controversias. De esta manera diversos factores de carácter económico, social, ideológico político determinan el "contexto" cultural que determinarán a la sazón la forma organizada como la sociedad enfrenta, absorbe o gestiona los conflictos internos que trascienden el umbral particular.

Pero, los elementos significativos de los procedimientos de resolución de conflictos difícilmente se generan solos. Al existir conflictos en todas las sociedades, encontrar los elementos que lo sostienen es investigar sobre la forma como se interrelacionan. De esta manera, un mecanismo de resolución de conflicto se entenderá mejor cuando se aprecie como se desarrolla y funciona simbólicamente.

El poder, también es siempre un factor a tener presente cuando los mecanismos de resolución de conflictos son desarrollados, utilizados, mejorados o reformados. Los procesos de resolución de conflictos no son neutrales respecto de la competencia entre grupos sociales, e incluso tampoco lo son respecto a las partes en disputa.

Quien decide el conflicto, y el medio a través del cual se resuelve, beneficiará y perjudicará a diferentes sectores de la sociedad.

En tal sentido indica O. Chase:

“Una aproximación interpretativa a los procedimientos de resolución de conflictos también se ve facilitada con los rituales que a menudo se emplean en aras de la legitimidad, o las formalidades que expresan la encantadora (o terrible) metáfora de los deseos y pasiones que son inherentes a las culturas que los fraguan” (Chase, 2011, pág. 23).

De esta manera el mecanismo de solución de conflictos se convierte en un espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico, en un campo social donde las representaciones y relaciones se actualizan continuamente en función de los contextos específicos de significación de cada sociedad y superponiéndose, no eliminando, a los elementos más antiguos. (López Ayllón, 1989)

En este nuevo contexto, en este “New Deal” se va generando en un ambiente de escepticismo general y frente al Estado en particular, y se pasa de un concepto de búsqueda de la “certeza del derecho” a un campo de incertidumbre o no certidumbre del derecho que abre camino al pensamiento estratégico en el derecho ante la imposibilidad de una respuesta única correcta (Barragán, 2009).

Una de las corrientes que más se ha preocupado por buscar soluciones a estos problemas de certidumbre del derecho es el realismo norteamericano que toma como “punto de partida comunes” según expresa Llewellyn: a) la concepción del derecho como un fluir, del derecho en movimiento y de la creación judicial del derecho, b) la concepción del derecho como un medio para fines sociales y no como un fin en sí mismo; c) la concepción de la sociedad como un fluir; d) el divorcio temporal entre el ser y el deber ser; e) la desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales; f) desconfianza hacia la teoría; g) la creencia de reagrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más reducidas y particulares; h) una insistencia en evaluar cualquier parte del Derecho en sus términos de efectos y en la búsqueda de utilidad de esos efectos. (Pérez Lledó, 2008, págs. 154-7)

Señala J. Barragán, que:

Esta corriente al constatar que los niveles de incertidumbre se encuentran asociados a un alto costo en las transacciones, buscaron proponer cambios en lo que podría llamarse cultura jurídica, propugnando que los procedimientos se dirigieran hacia la solución práctica y eficaz de los casos en lugar de centrarse en temas abstractos y declarativos” (Barragán, 2009, pág. 129).

Siendo el centro gravitacional el proceso contencioso se orientaron hacia la búsqueda de un método practicable y eficaz para lograr un objetivo a todas luces indiscutible que es hacer la mínima incertidumbre de las partes en relación con los resultados y el producir el menor costo posible en las transacciones en el terreno del derecho.

El arbitraje surge entonces como el camino alternativo a la vista de costos e incertidumbre que acompañan la solución contenciosa, que con la misma estructura lógica y mecánica del procedimiento contencioso, se le incorporan dos momentos en que las partes juegan papeles o funciones decisivas que son el momento de selección del árbitro, quien cumplirá el papel de juez y el establecimiento de las reglas de juego y un segundo momento en el que las partes se comprometen a aceptar la solución que el árbitro produzca.

En este aspecto, el desarrollo del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos nace ante el desencanto del servicio estatal de administración de justicia y una nueva forma de relación entre la Sociedad y el Estado.

Este modelo no es nuevo y ya se había desarrollado en los Tribunales Mercantiles de la Edad Media entendiendo a la siguiente explicación. La trayectoria y ensamblaje de la relación entre “Estado - Jurisdicción” es un presupuesto para la producción de un sistema procesal, de esta forma las claves para entender el funcionamiento del sistema de resolución de conflicto establecido en su contexto a raíz de la hipótesis propuesta dependen del juego armónico de sus dicotomías relacionales básicas. (Sumaria Benavente, 2012)

En una primera dimensión “micro”, en principio se va perfilando según las coyunturas el tipo de gestión equilibrada requerida entre la autonomía y la integración, o la adhesión, para el caso de las relaciones individuo-comunidad, cuya mecánica entre estos principios demarcadores se dan a través de una serie de factores modulantes como son el temor, la fraternidad, el compromiso, etc., según el peso que en cada momento se le conceda a cada uno de esos factores, de acuerdo a la evolución del individuo con su comunidad, habiendo la posibilidad de que dichos factores entren en conflicto de acuerdo a la escala espacio temporal de alcance, presentándose mecanismos calibradores, como el derecho o los sistemas de resolución de conflictos, como un código comunicativo imprescindible para el entendimiento entre los individuos de la misma comunidad o comunidad de comunidades, como fue la sociedad medieval y ahora el mundo globalizado.

En otro extremo, en una dimensión “macro”, la “separación y la acomodación” para las relaciones político-civil y religioso-cultural. En la

primera está la constitución de los poderes públicos (administraciones), y en la segunda, los poderes fácticos (confesiones, no necesariamente religiosas sino también ideológicas o políticas). El sistema funciona al ser viable la distribución entre dichos poderes establecidos, atribuyendo jurisdicciones y competencias propias, aunque no exclusivas o excluyentes, debido a que todos ellos resultan engranajes de un mismo mecanismo, con los que se asegura los dispositivos de control mutuos entre los engranajes, y de autocontrol del mecanismo en general. Como es la estructura del contexto a partir de la creación del Estado Moderno. (Sánchez-Bayón, 2009)

Luego, la postura será tratar de explicar la existencia y evolución de un “sistema procesal” o “sistema de solución de conflictos” a través del crecimiento y de la interdependencia de los conceptos “Estado” y “Jurisdicción” que no son simples atributos sino institucionalizaciones complejas que se constituyen mediante procesos específicos y surgen de luchas e intereses conflictivos. Son interdependientes y a su vez específicas, condicionadas por el nivel de formalización e institucionalización, ensamblando en estructuras concretas en distintos lugares y momentos, variando el tipo de instrumento denominado “proceso” a través del cual esta relación se constituye, así como el modo de inserción.

En dicho sentido, en la actualidad atendemos a una reacomodación de las relaciones individuo comunidad que van desde una lógica organizacional centrípeta basado en una normatividad dominante del Estado, propia de la Edad Moderna y Contemporánea, para luego devenir en una lógica organizacional centrifuga, basada en una normatividad multiforme y parcial propia de la Edad Media y de la actual Era de la globalización, lo que nos daría como resultado la forma institucionalizada de resolución de conflictos como sería el arbitraje.

Conforme a esto decir que el arbitraje encuentra su origen en el antiguo Iudex romano es un error, dado que finalmente el nombramiento de este ante la falta de acuerdo quedaba en manos del magistrado y representaba el control del poder político sobre la función jurisdiccional (Monroy Gálvez, 2009), que representa una lógica de formación y concentración de la autoridad del Estado sobre la comunidad.

La figura más parecida al arbitraje actual más bien se encuentra en los Tribunales Mercantiles de la Edad Media en la cual los mercaderes se “governaban” sin recurrir a la fuerza coactiva del Estado y tenían sus propios tribunales para administrar justicia y en donde la fuerza ejecutiva de las sentencias se basaban en la amenaza de exclusión social, es decir, la imposibilidad de volver a comerciar en determinado circuito. Así, los mercaderes formaban sus propios tribunales por varias razones, primero por la diferencia del derecho formal o real del derecho mercantil,

la extraterritorialidad de la fuerza de las sentencias de los tribunales mercantiles, la complejidad y técnica de las controversias mercantiles, la rapidez y ausencia de formalismos derivadas de la propia actividad mercantil (Benson, 2000). Descripción que bien se puede aplicar al momento actual.

Sin embargo, el moderno arbitraje puede centrar su resurgimiento en los Estados Unidos durante la Guerra de Secesión, en el cual el bloqueo naval que sufrió el Sur ocasiono un atasco en los Tribunales ingleses por causa de los litigios de la compra venta del algodón en los mercados británicos, debido a la situación de neutralidad del Estado Ingles en este conflicto, por lo que la Asociación de Comerciantes de Algodón de Liverpool acordó incluir cláusulas arbitrales en los contratos de sus asociados para evitar los tribunales públicos en caso de litigio. El éxito de este mecanismo fue reproducido luego por la Asociación de Comerciantes de Granos y la Asociación de Corredores de Comercio, y que fuera adoptado luego en todo Liverpool “Hacia 1883, un corresponsal del London Times llego a escribir que profesiones y sectores enteros de la economía prácticamente han dado la espalda a los tribunales” (Benson, 2000, pág. 253). Lo que llevo a una misión de Filadelfia a investigar en Londres los procesos de arbitraje y cuyo informe fuera en parte responsable de la reaparición del arbitraje mercantil en los Estados Unidos del siglo XIX.

Pero más allá, del dato histórico, la funcionalidad del arbitraje se debe a que se acomoda a esta nueva estructura de la relación Estado-Sociedad en donde la jurisdicción no se vuelve en función exclusiva del Estado.

Manuel Serra Domínguez afirmaba respecto del carácter absoluto de la jurisdicción “no se resuelve en una función estatal, sino que existe independientemente del Estado, siendo tan sólo unas circunstancias históricas las determinantes de que en el momento actual el Estado haya recabado para sí el monopolio de la jurisdicción. Pero que el Estado haya asumido la Jurisdicción supone una necesaria existencia de ésta anterior e independiente al concepto Estado, por tanto es perfectamente posible obtener un concepto valido de jurisdicción que prescindiera del sujeto que actualmente la detenta: el Estado” (Serra Domínguez, 2008, págs. 19-20)

En prueba de ello se aprecia como actualmente la jurisdicción se va separando del Estado, y se forman tribunales supranacionales como los referidos a los derechos humanos y particulares como los tribunales arbitrales, o de asociaciones como Cámaras de Comercio o Asociaciones Deportivas como la FIFA, cuya eficacia está en la aceptación de las partes a la decisión más que en la fuerza coactiva que pueda haber detrás de sus resoluciones.

CONCLUSIÓN

Generalmente “se vincula al arbitraje con cierta concepción del mundo, asociado con el progreso y la democracia, la soberanía de la razón y la existencia de un derecho universal superior a los derechos de los Estados, y lo presenta en oposición a la filosofía de las fuerzas del instinto, al determinismo histórico y una visión conflictualista de la sociedad” (Opettit, 2006, pág. 28) Sin embargo, en la actualidad, en la práctica el arbitraje se viene desarrollando “más como la continuación de una guerra por otros medios” (Opettit, 2006, pág. 29) que como un instrumento de realización de la armonías entre los hombres.

Mencionaba Bruno Opettit que en este nuevo escenario contemporáneo, el derecho del arbitraje se ha convertido en un derecho de soluciones, centrado principalmente en la satisfacción de intereses materiales y ha perdido en cierta medida, su carácter de disciplina metodológica. En donde los tribunales, usuarios y abogados infligen al arbitraje en preocupantes desviaciones, corrupción, faltas éticas, aumento de costos, maniobras desleales, burocratización de grandes instituciones, y abundan los congresos que se convierten en foros comerciales en los que donde florece la autopromoción publicitaria, rodeado de un ambiente de utilitarismo propio de los tiempos modernos, condenado posiblemente a ser una mercancía (Opettit, 2006)

Sin embargo, en este contexto cultural del mundo moderno que por ello no implica que sea perfecto, bueno o malo, el arbitraje como expresión de esta realidad contemporánea tiene las mismas características. En este punto se puede advertir que la justicia no es un modelo único y si bien se podría inferir que existe un antagonismo respecto del Estado contra el arbitraje y recíprocamente, en esencia, persiguen por vías distintas pero complementarias el mismo ideal de búsqueda de justicia a través de un sistema administrado en forma diferente pero complementaria.

BIBLIOGRAFÍA

Almeida Filho, J. C. (2010). *Proceso electrónico y Teoría General del Proceso Electrónico*. (G. Águila, Trad.) Lima: Editorial San Marcos.

Américas, C. D. (2009). *Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y El Caribe*.

Barragán, J. (2009). *Estrategias y Derecho*. México D.F.: Ediciones Miguel Ángel Porrúa.

Benson, B. L. (2000). *Justicia sin Estado*. (J. I. DEL CASTILLO, & J. GÓMEZ, Trads.) Madrid: Unión Editorial.

Chase, O. G. (2011). *Derecho, cultura y ritual*. Madrid: Marcial Pons.

Cisneros Vilches, B. (11 de Marzo de 2014). *Análisis económico del derecho*. Obtenido de <http://www.scrib.com/doc/13228133/Análisis-Económico-Del-Derecho>

Cooter, R., & Ulen, T. (1999). *Derecho y Economía*. (E. L. Suárez, Trad.) México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Entelman, R. (2000). *Teoría de los conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa.

Eufracio León, D., & Silva Gil, R. N. (2009). *Modernización del Sistema de Administración de Justicia en el Perú*. Tesis para optar el grado académico de Maestro en Gerencia Pública. Lima: Facultad de Ingeniería Económica y Ciencias Sociales, Sección Posgrado, Universidad Nacional de Ingeniería.

Garapon, A., & Papadopoulos, I. (2006). *Juzgar en Francia y en EE.UU. Cultura Jurídica Francesa y Common Law*. Bogotá: Legis.

Hammergreen, L. (2004). *La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas reformas*. En L. Pásara (Ed.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de Reforma en América Latina*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.

Hernández Breña, W. (2007). *13 mitos de la carga procesal*. Lima: Instituto de Defensa Legal Justicia Viva.

Hernández Breña, W. (2008). *La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Holmes, S., & Sustain, C. R. (2012). *El costo de los derechos. Porqué la libertad depende de los impuestos*. (S. Mastrangelo, Trad.) Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Kafka, F. (1925). *El proceso*. (M. Brod, Ed., & F. Formosa, Trad.) Valdemar.

López Ayllón, S. (1989). *El proceso como espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico. Una aproximación de sociología del derecho*. En AA.VV, *Libro Homenaje a Jorge Barrera Graf* (Vol. II, págs. 1015-1038). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Monroy Gálvez, J. (2009). Teoría General del Proceso (Tercera edición ed.). Lima: Communitas.

Opettit, B. (2006). Teoría del arbitraje. (E. Silva Romero, Trad.) Bogotá: Legis.

Pastor Prieto, S. (1993). ¡Ah de la Justicia! Política Judicial y Economía. Madrid: Centro de Publicaciones de Madrid, Editorial Civitas.

Pérez Lledó, J. A. (2008). El instrumentalismo en Estados Unidos. Bogotá: Temis.

Project, W. J. (2014). Rule Of Law Index 2014.

Sánchez- Bayon, A. (2009). Manual de sociología jurídica estadounidense. Del poder, lo sagrado y la libertad en la modernidad occidental (Segunda ed.). Madrid: Delta publicaciones.

Serra Domínguez, M. (2008). Jurisdicción, acción y proceso. Barcelona: Atelier.

Sumaria Benavente, O. (2012). Proceso y cultura. Del proceso a la tutela jurisdiccional. Editorial Académica Española.

Taruffo, M. (2006). Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. (B. Quintero, Trad.) Bogotá: Temis.