

**El arbitraje como cambio de paradigma para la administración de justicia.
Repensando la alternatividad desde la adjudicación del derecho.**

**Arbitration as a new pattern in ADR'S. Rethinking alternative resolution
from law's adjudication.**

Magda D'janon Donado¹

Carolina Isaza-Zuluaga²

Doris del Carmen Navarro Suárez³

Resumen

El arbitraje ha existido desde siempre en nuestra humanidad, pues los aparatos estatales de administración de justicia, en su forma incipiente y como génesis de lo que hoy conocemos, surgieron con la creación de los Estados modernos. Los conocedores de los métodos alternativos de solución de conflictos conciben ahora los mismos con una visión sistémica, pues ellos no están sólo para resolver conflictos de carácter privado sino que muestran un gran impacto social en nuestras complejas sociedades contemporáneas, en las que la justicia *alternativa* no puede entenderse de forma diferente a ser un 'instrumento al servicio de la paz y del logro de una mayor y eficaz justicia en las relaciones jurídicas, sociales y políticas. Su alcance va hacia afrontar el tema de la justicia o la eliminación del conflicto que le ha sido presentado. En razón de lo anterior, el arbitraje es cada

¹ Abogada Universidad Simón Bolívar. Conciliadora. – Magister en Derecho Administrativo, Doctoranda en Derecho, Profesora de Pregrado y Posgrado. magdadjanon-1@hotmail.com

² Abogada Universidad del Rosario. Conciliadora. Profesora - Investigadora Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas. Especialista en Negociación Conciliación y Arbitraje. Magister en Derecho Administrativo carolinaisazazuluaga@gmail.com

³ Abogada, Especialista en Derecho Administrativo – Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Doctoranda en Filosofía con énfasis en Ciencias Políticas. dlaw21@gmail.com

vez menos considerado como un sustituto de la jurisdicción estatal, ahora es más visto como *aquella* otra forma de administrar justicia.

Abstract

Arbitration has always existed in our humanity, because the state apparatus of administration of justice, in its incipient form and as genesis of what we know today, came with the creation of modern states. The connoisseurs of alternative methods of conflict resolution now conceive of them with a systemic vision, since they are not only to solve conflicts of a private nature, but they show a great social impact in our complex contemporary societies, in which alternative justice does not Can be understood in a different way to be an instrument in the service of peace and the achievement of greater and effective justice in legal, social and political relations. Its scope is to address the issue of justice or the elimination of the conflict that has been presented to it. Because of the above, arbitration is less and less considered as a substitute for state jurisdiction, it is now more viewed as that other form of administering justice.

Palabras clave: Arbitraje, Alternatividad, Derecho, Administración, Justicia, adjudicación, Administración de Justicia.

Keywords: Arbitration, Alternative, Law, Administration, Justice, adjudication, Administration of Justice.

Introducción

En un mundo globalizado, el arbitraje, como forma de resolución de conflictos, muestra ahora una característica de última frontera: ya no es tanto una alternativa para la adjudicación del Derecho, sino la primera y más deseable opción de resolución de los conflictos.

Esta percepción generalizada, aceptada por la doctrina más acendrada en el tema, ha sido una conquista ganada milímetro a milímetro. Como aquí se evidencia, el arbitraje, no obstante ser la primera forma de resolución de conflictos que hacía confundir a la institución con los orígenes mismos de la humanidad y del Derecho, ha tenido épocas de esplendor, pero también de decaimiento. Las etapas de disminución del arbitraje frente a la Administración de Justicia del Estado no han tenido otra explicación sino el aumento del poder estatal y de su espectro de influencia en todos los aspectos de la vida social.

El anterior modelo, fruto del ejercicio de ejercicios de *dominium* e *imperium* por parte del Estado, ha mostrado -en la época actual- su propio desgaste; los tiempos han cambiado, pues el Derecho, su adjudicación y el principio de tutela judicial efectiva ahora tienen otro motor que no se basa simplemente en la concepción más extensa de lo que podríamos entender por Estado liberal.

Ese nuevo motor se fundamenta, quizás, en la esencia misma de las garantías jurídicas cuando de la relación del Estado con el individuo se trata: el principio de la dignidad humana; sin que pueda obviarse señalar que el desgaste que ha tenido la tradicional forma de Administración de Justicia por parte del Estado se ha debido a la enorme judicialización de los conflictos y, por ende, a la congestión de los despachos judiciales.

En Colombia, con la Ley 1563 de 2012 –Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional- se dio un paso decidido hacia entender el arbitraje como una verdadera forma de administración de justicia con el más alto estándar de inspiración de los modelos internacionales; no ayudó mucho a este propósito el hecho de que existiera una reforma a la ley estatutaria de justicia que enmarcara dicha institución como un método alternativo, pues esta tajante división –no obstante la unificación de concepto y funcionalidad dada por el artículo 116 constitucional- con la vía ordinaria de adjudicación del derecho, genera la confusión en la población sobre hasta dónde puede ser implementada la figura, desestimulando su exploración, conocimiento y utilización.

El propósito de este artículo es mostrar que el arbitraje, independientemente de la concepción que se tenga sobre clasificación en una u otra orilla de la adjudicación del Derecho, es administración de justicia... y de la buena.

UNA MIRADA HISTÓRICA NECESARIA.

Actualmente se encuentra una idea circundante que cada vez toma mayor aceptación y cobra más fuerza, cual es la afirmación de que el arbitraje, con fundamento en el artículo 116 constitucional, se encuentra incorrectamente denominado como '*alternativo*' para calificar a este método de solución de conflictos. Claramente se trata de una perspectiva que se aparta de la mayoritaria aceptación que en la comunidad académica –salvo algunas excepciones- ha acuñado de manera cómoda ese calificativo para dicha institución jurídica de tan inmemoriales orígenes.

La razón de disidencia de esa forma común de encasillar al arbitraje como justicia alternativa se debe a una creencia doble para el caso colombiano: no es la Constitución la que le da ese apelativo y, además, que si él fuera considerado en

su completa dimensión y potencialidad, el modo como operacionaliza la adjudicación del derecho permitiría cambios positivos para nuestra sociedad, de tal suerte que podría pensarse en que descongestionaría, v.gr., los despachos judiciales, sería referente para la actual Administración de Justicia como un mecanismo eficiente y eficaz de resolución de conflictos y adjudicación del derecho y, quizás la de mayor trascendencia, sería un instrumento de paz para nuestra colectividad.⁴

*Como fuera señalado en el libro *Derecho Procesal y Perspectiva científica de la prueba*, ‘(...), si nos remontáramos a nuestro estadio más primitivo como especie humana, encontraríamos que los conflictos de aquel entonces, cuando individuos se enfrentaban entre sí –mas no individuos con entes públicos-, no encontraban un ente jurídico – político para ser canalizados y, por ende, ellos eran sometidos a la decisión de un árbitro.// El Estado moderno tiene sus comienzos en los siglos XV y XVI, en la época renacentista; pero, el arbitraje es mucho anterior al Estado y su aparato de administración de justicia; y la práctica de someter el conflicto a un tercero, aceptando de manera anticipada y obligatoria la decisión que éste tomara,*

⁴ La elección entre el arbitraje y la Administración de Justicia estatal pareciera consistir en un conflicto cultural social respecto a la vía que se escoge para la resolución de las controversias. De esta forma es visto por la Juez argentina Gladys Stella Álvarez, al señalar: ‘Desde la década de los ochenta, gran parte de los jueces en América Latina estamos comprometidos, de una forma u otra, a superar la crisis que atraviesa el sector justicia. Dos son los pilares de la Reforma Judicial: por un lado, la desjudicialización del conflicto y, por otro, la descentralización de su tratamiento.//Propiciamos cambios en políticas públicas, en especial dentro del segmento “*administración de justicia*”, y redefinimos a este último término de manera tal que incluya la institucionalización de las denominadas alternativas de resolución de disputas (RAD) en forma anexa, conectada o relacionada con el sistema formal. Esta propuesta conlleva, además, un nuevo enfoque de los caminos para una “*solución justa de los conflictos*”// (...) Una forma es focalizar el análisis en los indicadores de cambio en las subculturas que se entrecruzan en la gestión de los conflictos de (sic) interpersonales o intergrupales, nacionales e internacionales.//Así, al hablar del sistema judicial nos enfocamos en la *subcultura de los jueces, de los abogados, de los litigantes y de las instituciones que forman a los operadores del derecho*.//Como jueces pertenecientes a un sistema continental europeo nos preguntamos si el modelo clásico del juez –en cuanto a su función de dirimir conflictos- satisface las necesidades de los justiciables en la actual conformación social. O si se tratara de “un modelo saturado” que requiere ser sustituido por otro.’ ALVAREZ, Gladys Stella. *Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la “mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con Tribunales Civiles y Comerciales en Argentina. Diez años de experiencia*. En Arbitraje y Mediación en las Américas. Dr. Juan Enrique Vargas Viancos. Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez. Coordinadores. Páginas 29 y 30.

*precede históricamente a aquella estructura estadual. Con la consolidación de la organización política estatal y el nacimiento de la institución judicial dentro de dicha estructura pública, fue que se dio como resultado que los jueces se encargaran de la actividad esencial de impartir justicia de forma permanente, como es conocida hoy en día.*⁵

El arbitraje ha existido desde siempre en nuestra humanidad, pues los aparatos estatales de administración de justicia, en su forma incipiente y como génesis de lo que hoy conocemos, surgieron con la creación de los Estados modernos. Esto nos da para afirmar que el origen del arbitraje no fue como una forma de administración de justicia accesoria, sino –y muy por el contrario – la vía de primer orden para que los individuos tramitaran la resolución de sus conflictos.

No es del caso tratar *in extenso* la historia del arbitraje en este análisis, pero baste decir, para esbozar la idea de lo antigua de la figura y la presencia que siempre ha tenido en los aparatos gubernativos de administración de justicia –aunque con cierta pérdida de brillo-, que *‘con el empoderamiento del Estado como organización jurídico – política en la primera mitad del siglo XIX se da la última separación entre jurisdicción y arbitraje, donde éste es considerado un mecanismo de administración de justicia de carácter privado, limitado a la esfera de la voluntad privada y, lo que resulta paradójico aún, con la creación de los códigos de procedimiento civil, los árbitros resultan siendo actores sin mayor importancia en la adjudicación del derecho.*⁶

Sin embargo, los conocedores de los métodos alternativos de solución de conflictos conciben ahora los mismos con una visión sistémica, pues ellos no están sólo para

⁵ ISAZA-ZULUAGA, Carolina, NAVARRO, Doris y PALENCIA, Eduardo Antonio. *El Arbitraje frente al daño ambiental como método alternativo de solución de conflictos en el Estado Social de Derecho en Colombia*. En: Derecho Procesal y Perspectiva científica de la prueba. Patricia Helena Guzmán, compiladora. Editorial Universidad Simón Bolívar, 2015. Página 314.

⁶ ISAZA-ZULUGA, Carolina *et al*, *ibídem*, página

resolver conflictos de carácter privado sino que muestran un gran impacto social en nuestras complejas sociedades contemporáneas, en las que la justicia *alternativa* no puede entenderse de forma diferente a ser un ‘instrumento al servicio de la paz y del logro de una mayor y eficaz justicia en las relaciones jurídicas, sociales y políticas.’⁷

Es evidente que ha habido un avance notable en cuanto a las conquistas de las materias de conocimiento de los MASC, y cada vez más del arbitraje, pues tanto aquellos como éste –en particular- se dan en muchos ámbitos, siendo ‘el paisaje habitual de la solución de las controversias’⁸

Algunos autores, sin ser peyorativos, evidencian la proliferación de los MASC, pues son utilizados ampliamente para resolver los inevitables conflictos que surgen en el complejo mundo de las relaciones humanas.⁹

Pero, la crítica surge cuando esos métodos son vistos, principalmente, desde su concepción o perspectiva alternativa, en oposición a las formas judiciales tradicionales de solución de controversias. Sabido es que, al consagrar la Constitución de 1991 en su artículo 116 que, dentro de la Organización del Estado y su Estructura, la Rama Judicial¹⁰ tiene la función de administrar justicia, incluyendo

⁷ Gonzalo Quiroga, Marta, ed. Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia. Madrid, ES: Dykinson, 2011. Página 12.

⁸ GONZALO QUIROGA, Martha, ed., *ibídem*, página 12

⁹ *Ibidem*, página 12.

¹⁰ ‘Una de las estrategias creadas por los ideólogos de la Revolución Francesa para desmontar el poder absoluto del soberano fue la de formular la teoría de que el Poder Público debía ser dividido en distintas Ramas, correspondiendo cada una de ellas a las diversas manifestaciones de ese poder, —la de legislar, la de administrar y la de juzgar—, las que debían ser ejercidas por autoridades distintas de manera exclusiva y excluyente, para garantizar el equilibrio en el ejercicio del mismo. Igualmente para erradicar los juicios arbitrarios adelantados por los agentes del soberano, idearon la figura del debido proceso, según la cual, éstos deben ser adelantados conforme a reglas procedimentales claramente definidas. La dogmática jurídica formuló estos postulados no como estrategias con un claro sentido ideológico, sino como principios universales, absolutos y eternos, y los incorporó en las distintas constituciones políticas, constituyéndolos en pilares fundamentales de las democracias del mundo occidental. Nuestro país adoptó estos principios desde el inicio de su vida republicana, y si ellos han sido muy útiles como mecanismos pragmáticos para evitar el ejercicio

la habilitación temporal que las partes le dan a los árbitros, los MASC están integrados a la justicia estatal o al quehacer estatal.¹¹

Sin embargo, lo anterior no parece entenderse de forma totalmente pacífica, pues la justificación original de los MASC fue la de encontrar una solución *alternativa* a la justicia estatal. Concepción que se juzga como inadecuada, por el entendimiento que ahora tenemos de los métodos alternativos, así como la funcionalidad de los mismos.¹²

INCORRECTA DENOMINACIÓN DEL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVO. ASPECTO NORMATIVO.

Comenzando por el principio, al adentrarnos en el estudio del artículo 116 constitucional, vemos que el Título V, Capítulo I de la Constitución de 1991 aborda la temática de la Organización del Estado y su Estructura con un claro criterio organizativo y funcional, es decir, en palabras más o palabras menos, se establece la clásica concepción de funcionamiento estatal en la que el Legislativo hace las leyes, el Ejecutivo gobierna y los Jueces administran justicia. Sin embargo, esta división sería muy simplista y no abarcaría todas las entidades jurídicas y tareas que en realidad cumple la función de adjudicación del derecho, habida cuenta de que no es comparable –desde el punto de vista funcional- los Estados del Siglo XVI a los del Siglo XXI. De tal suerte, que en ese artículo 116 se indica que también el Congreso, autoridades administrativas y ‘particulares’ administran justicia; con ciertas limitaciones que por mandato constitucional establecería la ley. Este aspecto

arbitrario del poder, como dogma han tenido efectos muy nocivos en el ejercicio de la función judicial, pues condujeron a una judicialización de la casi totalidad de los conflictos que se presentan en la vida comunitaria, y a la ritualización de los procesos, dando lugar a la congestión del órgano judicial, y a la restricción del acceso a la justicia de las personas de escasos recursos económicos.’ Giraldo Ángel, Jaime. Obras Completas Tomo 4: problemas insolutos de la Justicia en Colombia. Mecanismos alternativos de solución de conflictos: La justicia comunitaria. Bogotá, CO: Universidad de Ibagué, 2012.

¹¹ Gonzalo Quiroga, *Ibídem*, página 12.

¹² *Ibídem*, página 13.

merece el comentario de que la textura con la que se planteó el arbitraje por parte de la Asamblea Constituyente, al redactar el artículo de la organización y estructura de las Ramas del Poder Público, fue muy amplia, pues le dejó al legislativo la completa libertad de decidir la medida en que esos particulares podían ser investidos por las partes para administrarles justicia en los ‘términos que determine la ley’¹³

Ahora bien, luego del cambio de Carta Política, que trajo como novedad –entre otras- la constitucionalización del arbitraje, sin calificativos de alternatividad alguno, se dio la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, que reitera a la justicia como un valor superior, que guía la acción del Estado, que garantiza la efectividad de los derechos fundamentales de las personas dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho, que logra la convivencia pacífica entre los colombianos, que -dada la trascendencia de su misión- genera responsabilidades en quienes la ejercen y que es una función pública; todas estas características predicables, también, respecto del arbitraje como forma de adjudicación del derecho. En el artículo 8º de esta Ley 270, en efecto, se consagraba la figura de la *alternatividad* como una ‘facultad legal’ para establecer qué mecanismos – diferentes al proceso judicial- solucionarían conflictos entre los asociados y sobre cuáles habría lugar al cobro de honorarios por esos servicios.¹⁴

El mencionado artículo 8º de la Ley 270 de 1996 no indicaba en forma alguna que el arbitraje era en sí un método de naturaleza alternativa, sino que fue con la Ley 1285 de 2009 –reformativa de la Ley 270- que modificando ese mismo artículo octavo titula la norma como *Mecanismos alternativos*, introduce el texto legal

¹³ Artículo 116. Constitución Política de Colombia.

¹⁴ Artículo 8º. ALTERNATIVIDAD. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

anterior y reproduce¹⁵ -parcialmente-, salvo lo de 'jurados en las causas criminales, el artículo 116 constitucional.¹⁶ Al haberse incluido al arbitraje en ese artículo 8 de la Ley Estatutaria de Justicia lo ha hecho legalmente alternativo, sin embargo, esta no es su verdadera historia.

Como lo señalara el doctor Jaime Giraldo Ángel, en su libro 'Problemas Insolutos de la Justicia en Colombia' evitar el ejercicio arbitrario del poder como dogma condujo a dos problemas insolutos de la justicia en Colombia, a saber, la judicialización de casi la totalidad de los conflictos que se presentan en nuestra vida en sociedad y la ritualización de esos procesos judiciales, lo que resultó en la congestión del órgano judicial y la restricción al acceso a la justicia de las personas de escasos recursos.¹⁷ Las cifras estadísticas que prueban estas afirmaciones son simplemente sorprendentes, como lo muestra el doctor Giraldo Ángel en su obra.

Ahora bien, la historia de las leyes en nuestro país evidencia la presencia de la conciliación, por ejemplo, desde 1825, cuando se consagró como un requisito de procedibilidad (Ley de 13 de mayo de 1825) para acudir a la jurisdicción civil, a la eclesiástica y a la militar; también en el Decreto de 12 de diciembre de 1829 (para funcionarios que tuvieran jurisdicción), Ley de 14 de mayo de 1834 (Jueces de Paz), el Decreto 2158 de 1948 (Código Sustantivo del Trabajo)¹⁸ Más de un siglo después a ese momento inicial de la ley de conciliación, con la Ley 23 de 1991, se crean mecanismos para *descongestionar* los despachos judiciales, que en sus artículos 90 a 117 regula el arbitramento; hoy totalmente regulado por la Ley 1563 de 2012.

¹⁵ Artículo 8º, inciso 3º Ley 1285 de 2009. 'Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.'

¹⁶ Artículo 116, inciso 4º Constitución Política de 1991. 'Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.'

¹⁷ Giraldo Ángel, Jaime. Obras Completas Tomo 4: problemas insolutos de la Justicia en Colombia. Mecanismos alternativos de solución de conflictos: La justicia comunitaria. Bogotá, CO: Universidad de Ibagué, 2012. Página 105.

¹⁸ Ibídem, página 109.

Por su parte, el arbitraje existe desde nuestras primeras formas estatales, pues con la Ley 105 de 1890 se establecía “Pueden someterse a la decisión de arbitradores las controversias que ocurran entre personas capaces de transigir, en los casos en que la ley permite la transacción.”¹⁹ Otros señalan que ‘desde la Ley 14 de 1834 se empezaron a presentar elementos que habrían de configurar posteriormente toda la estructura del arbitraje, ya que en esta ley se otorgaban facultades de conciliación a los jueces de la república siempre y cuando las partes fueran capaces de transigir y sus controversias se presentaran sobre materias susceptibles de transacción’²⁰ Luego, el arbitraje se hizo presente en las Leyes 103 de 1923, 105 de 1931, 28 de 1931, Decreto 1400 de 1970, Código de Comercio de 1971, Decreto 864 de 1953, Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998 –con una clara denominación del arbitraje como mecanismo alternativo-, Decreto 1818 de 1998 –Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos- y la Ley 1563 de 2012, en el que claramente se indica la alternatividad de la figura.²¹

Este pequeño recuento normativo evidencia que el calificativo de *alternativo* dado a los métodos o mecanismos como la conciliación o el arbitraje ha sido fundamentalmente de carácter legal, pues constitucionalmente tienen una textura abierta, y –además- su dictado ha sido justificado al servicio de la descongestión de los despachos judiciales.

¹⁹

https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/731/Laura_SaninEscobar_2012.pdf;sequence=1

²⁰ *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, trabajo preparado por la Cámara de Comercio de Bogotá bajo la dirección de RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ, Bogotá, 1993, página 16.

²¹ Ley 1563 de 2012. Artículo 1°. *Definición, modalidades y principios*. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

EL CAMBIO DE PARADIGMA. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO.

Ahora bien, es cierto que los MASC y, específicamente el arbitraje, han tenido, en un mundo altamente globalizado, un estupendo desarrollo gracias a la alternatividad como característica definitoria de base, ya que han sido siempre pensados como una justicia al margen o que suple la justicia de administración estatal debido al ejercicio soberano y de legitimación del órgano político. Pero, ciertamente, el arbitraje expone su potencialidad mucho más allá de un simple mecanismo alterno, su alcance va hacia afrontar el tema de la justicia o la eliminación del conflicto que le ha sido presentado.²² En razón de lo anterior, el arbitraje es cada vez menos considerado como un sustituto de la jurisdicción estatal, ahora es más visto como *aquella* 'otra forma de administrar justicia, que dijera René David, atenta a la restauración de la armonía sobre un espacio de libertad'²³ pues no sólo sustituye sino que mejora la función estatal de administración, protección, ejercicio, salvaguardia, confiabilidad en y de la justicia, introduciendo en ésta nuevas lógicas, estructuras y procedimientos.²⁴

Bajo el entendido de que los MASC son un 'valor en uso y no un valor de sustitución'²⁵, ellos muestran cómo las manifestaciones de la sociedad civil reclaman, frente a las estructuras tradicionales del Estado, la realización de una administración de justicia adecuada, tomándola por su propia cuenta al hacerse cargo – por ella misma- de las funciones y servicios que a aquél corresponderían. El resultado observado es frecuentemente más contundente: ya los MASC –y el arbitraje en forma particular- tienen valía por sí mismos y no como derivación o accesoriedad de una forma tradicional de adjudicación del derecho; de hecho, cada

²² Gonzalo Quiroga, Marta, ed. Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia. Madrid, ES: Dykinson, 2011.

²³ Citado por Marta Gonzalo Quiroga, ibídem, página 13.

²⁴ Marta Gonzalo Quiroga, ibídem, página 13.

²⁵ Gonzalo Quiroga, ibídem, página 13.

vez más se abandona la inconveniente e ilegítima comparación con la justicia de corte estatal.²⁶

Para nadie es un secreto el alto grado de judicialización del conflicto de nuestras sociedades, así como la repercusión de este fenómeno en la congestión que tiene nuestro sistema de administración de justicia, pero la rectificación para tan grave mal no está ni en la comparación ni en el hallazgo de un punto intermedio entre la administración de justicia estatal y los MASC, ya que éstos deberían ser apreciados en virtud de sus propias cualidades y virtudes. Incluso, el amplio abanico de posibilidades de estos mecanismos ofrece la viabilidad de ir escalando en la consecución de una solución cada vez más impositiva al conflicto a través de la utilización de diferentes métodos; es decir, ir de formas autocompositivas a heterocompositivas del conflicto; lo anterior en el caso de que se considere al arbitraje como el formato con mayor parencia a la justicia ordinaria.²⁷

La anterior perspectiva se encuentra unida a la concepción de los MASC desde la óptica finalista y utilitaria que tiene en últimas cualquier institución -jurídica-; es decir, con fundamento en principios, valores, fines, técnicas, estructuras, lógicas, que generan una acomodación permanente al ordenamiento jurídico en el cual se insertan y operan. Indudablemente, en Colombia, repensar la mayor aplicabilidad del arbitraje como MASC a disposición de la ciudadanía para la resolución de sus conflictos sería producto de estudiarlo a profundidad en el contexto de la

²⁶ Gonzalo Quiroga, *ibidem*, página 13.

²⁷ 'Son comunes las fórmulas que incluyen la necesidad de agotamiento de los métodos negociales, en amplio sentido, antes de abordar, con todas sus consecuencias, el arbitraje. En efecto, ciertos MASC son ya la alternativa de otros métodos de solución de controversias. Así acontece con la mediación y la negociación, y en general con los modos autocompositivos, que son preferidos ya en muchas ocasiones a los procedimientos contenciosos como el arbitraje, que se presentan demasiado formalistas o complicados, como consecuencia de una "judicialización" excesiva, que se hace presente en determinados ámbitos, como puede ser el del arbitraje internacional y que es contradictorio, con el espíritu flexible, armónico y restaurador que se atribuía al arbitraje en otros tiempos.' Gonzalo Quiroga, Marta, ed. *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid, ES: Dykinson, 2011.

conflictividad de nuestro país y la valoración de su utilidad más allá de la frontera de la alternatividad.²⁸

Pero al hablar de la función utilitaria que cumpliría el arbitraje, la mayor de todas ellas debería situarse -de forma primordial- en ser un instrumento de paz y modernización de la justicia; visto este valor no como el ejercicio de una función pública del ente político estatal sino como un verdadero, justo y legítimo derecho de reclamo de la ciudadanía en búsqueda de la organización y funcionamiento de su vida en sociedad.²⁹

El arbitraje invoca derechos, los contiene, los expresa, los aplica, pues, por ejemplo, sólo pensando en el cambio normativo alcanzado con la Ley 1563 de 2012 -Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional- se muestra una nueva idea del Derecho con un cambio fundamental de paradigma: la utilización de la figura en la medida en que el conflicto se trate de *derechos disponibles* por parte de sus usuarios y ya no sólo asuntos transigibles. Claramente una conquista de la figura en el ordenamiento normativo en pro de la ampliación de la arbitralidad objetiva.

²⁸ 'Los sistemas jurídicos son sistemas vivos que se explican en función de estas circunstancias y se justifican por la utilidad que deparan: no olvidemos que el Derecho es en definitiva, una ciencia utilitarista al servicio siempre- del hombre.' Gonzalo Quiroga, *ibídem*, página 14.

²⁹ 'En este sentido no cabría negar la trascendencia de rechazar virtualidad a las formulaciones estatales, o del derecho estatal o positivo, en pro de un renaciente derecho natural emergente. Y que es fruto una vez más del embate consecuente de la sociedad civil, como resultado de la puesta en marcha de sistemas normativos no derivados de la producción estatal, como la *lex mercatoria*, las manifestaciones del derecho corporativo o el derecho consuetudinario internacional o de los principios generales del Derecho, cada vez más presentes en los temas y las posiciones de la teoría y la práctica arbitral internacional. Por poner un ejemplo, y al margen de las formulaciones del derecho positivo o de las lecciones de la práctica arbitral más consecuente, no es lo mismo juzgar sobre una u otra base, sobre una u otra perspectiva o concepción, acerca de la corrección e idoneidad de una solución dada al problema, muy actual, del reconocimiento y ejecución en un país, de sentencias arbitrales anuladas en otro, y que pusieron en marcha las Cortes francesas y americanas, en un pasado reciente (asunto PUTRABALI). Como también lo es la aplicación de un derecho universal sobre la interdicción del fraude o del blanqueo de dinero, etc. Y que encuentra en este núcleo de principios generales de justicia universal el asidero más firme y legítimo para hacer del arbitraje, y más concretamente del arbitraje internacional, el justo referente para la plena consagración de una justicia realmente eficaz.' Gonzalo Quiroga, *ibídem*, página 15.

Con la ampliación de la utilización del arbitraje en aquellos casos en que el conflicto esté enmarcado en derechos de naturaleza disponible se evidencia un cambio de mentalidad acorde con una nueva forma de entender el nivel de interacción en la que los individuos se relacionan con el Estado; relacionamiento que tiende -cada vez más- a ser en condiciones de equiparación. Este posicionamiento de las partes -Estado e individuo- es descrito por Eberhard Schmidt-Assmann en su obra *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema*.³⁰

Schmidt-Assmann indica -al referirse al Derecho Administrativo- que éste es ‘una disciplina académica capaz de poner en relación o dar cierta unidad a determinados elementos o piezas aisladamente considerados, tales como las categorías y formas jurídicas, el procedimiento, la organización y la responsabilidad administrativas. (...) Es una *idea ordenadora*, (...) y cuyo objeto consiste en asegurar que cada institución o figura tenga un contexto cada vez más amplio; y en garantizar la evolución dogmática y la capacidad de adaptación de cada una de esas categorías con el resto del sistema.’³¹ Formas jurídicas serían, la ley, el acto administrativo, etc., e institución o figura sería el arbitraje. De igual forma, indica este autor que sistema y pensamiento sistemático son expresiones muy conocidas en la Ciencia del Derecho, pues sus raíces las encontramos en las nociones de orden y unidad que ‘a su vez, no son sino una consecuencia de la <<tendencia generalizadora que posee la justicia>>³²

“De la anterior forma, cuando observamos la aplicación y operatividad de la figura del arbitraje en los esquemas actuales de administración de justicia, tanto nacional

³⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2003. Barcelona.

³¹ Eberhard Schmidt-Assmann, *ibídem*, página 1. Citado en Capítulo X. ISAZA ZULUAGA, Carolina, NAVARRO, Doris del Carmen, PALENCIA, Eduardo. *El arbitraje frente al daño ambiental como método alternativo de solución de conflictos en el Estado Social de Derecho en Colombia*. Derecho Procesal y Perspectiva Científica de la Prueba. Patricia Guzmán González. Compiladora. 2015.

³² SCHMIDT-ASSMANN, Op. cit. Página 2.

como internacional, debemos entenderla como que ella –dentro de una dinámica de pensamiento sistémico³³- así como la Ciencia del Derecho no han de estar atadas ‘a una escala rígida de valores, ni (...) convertirse tampoco en algo estático.’³⁴ Es más, así como la ciencia del Derecho, sus teorías o afirmaciones deben depender del progreso del conocimiento y la pervivencia de los presupuestos o postulados sobre los que se asienta.”³⁵

“Tanto la Administración pública como la Administración de justicia (independientemente de que quien la ejerza sea un juez o árbitro) en un Estado de Derecho se halla sujeta a tres principios constitucionales del mayor peso jurídico, cuales son, la sujeción a los derechos fundamentales, el sometimiento a la ley y al Derecho y la vinculación a la garantía de la tutela judicial.³⁶ Sin embargo, esto no es una “fórmula unívoca” que aplique solamente al poder ejecutivo, sino que alcanza a todas las organizaciones jurídico-públicas y a amplios sectores de la acción y organización privada de la Administración, ‘con las que hacen frontera, en constante movimiento, tanto actividades públicas como privadas, y en donde se separan al tiempo que entrecruzan las esferas social y estatal.’”³⁷

Como se ha expresado en líneas anteriores, “el arbitraje tiene en Colombia un sólido respaldo en el artículo 116 constitucional y ahora en la nueva ley que contiene el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.”³⁸

Además, pensando en términos de *administración* de justicia, es de señalar que hay una necesaria relación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo -como sistema, donde aquel fortalece e impregna a éste. “La importancia del Derecho constitucional frente al Derecho administrativo consiste en que él opera no sólo

³³ Ibídem, página 2.

³⁴ Ibídem, página 2.

³⁵ Isaza Zuluaga, Navarro Suárez, Palencia, página 329.

³⁶ SCHMIDT-ASSMANN, ibídem, página 4.

³⁷ Isaza Zuluaga, Navarro Suárez, Palencia, ibídem, página 330.

³⁸ Isaza Zuluaga, Navarro Suárez, Palencia, ibídem, página 334.

como marco de verificación de la constante revisión de los dogmas y estructuras tradicionales, sino también como receptor de nuevas tendencias.”³⁹

“Pero, ¿en qué concepto o principio superior podríamos fundamentar, por ejemplo, la explotación del máximo potencial de una figura como el arbitraje para la resolución de conflictos jurídicos al mismo nivel que las administraciones de justicia de los Estados de Derecho?”⁴⁰

En respuesta a la anterior inquietud, se podría “partir por decir que en esa relación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo se sientan los postulados básicos de las relaciones entre el ciudadano y la Administración (entendida ésta en su sentido más amplio, incluyendo la de *justicia*). Esa posición subjetiva de la persona, la dignidad humana, es anterior a todos los poderes públicos e impregna y recorre todo el ordenamiento jurídico. La dignidad humana es realmente una garantía, quizás la más alta y la más importante, del Estado de Derecho, el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, su fuente principal y, además, aquella que disciplina las relaciones del Estado con el hombre.”⁴¹

“Si bien, SCHMIDT- ASSMANN hace la referencia directa a la Constitución alemana, el planteamiento se puede validar a otras esferas geográficas en el sentido de indicar que ‘la posición fundamental que ocupa el individuo frente a la comunidad estatal se caracteriza por ser una *relación jurídica*’.⁴² Esa relación jurídica vincula sujetos jurídicos distintos que han tenido relaciones sociales preexistentes. En el Derecho administrativo, esa relación jurídica también se encuentra presente, pero

³⁹ Isaza Zuluaga, Navarro Suárez, Palencia, ibídem, página 331.

⁴⁰ Isaza Zuluaga, Navarro Suárez, Palencia, ibídem, página 332.

⁴¹ SCHMIDT – ASSMANN, citando a STERN, señala que ‘«La garantía constitucional de la dignidad humana se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad». La dignidad humana (art. 1 GG) determina, en consecuencia, la legitimidad del Estado y del Derecho a partir de los valores de la ética personal’. Isaza Zuluaga, Navarro Suárez, Palencia, ibídem, página 332

⁴² Ibídem, página 19.

con una característica especial y es la *prelación* entre los sujetos jurídicos que integran esa relación.⁴³

Como lo señala SCHMIDT – ASSMANN, ‘En los orígenes del Derecho administrativo, esa prelación entre sujetos respondía a la idea de la *subordinación* del individuo, propia de un Estado y de una Administración cuya primacía constituía la premisa indiscutida e indiscutible.’⁴⁴ La, en cierto modo, ingenua primacía del Estado administrador será una constante, un dato previo, pero como pronto lo anotó el Tribunal Federal alemán, esa relación jurídico-administrativa es incompatible con la Constitución –alemana, para el caso específico- pues la manera como se relaciona el hombre con el Estado no es en condición de súbdito sino de ciudadano, aunque el individuo se halle sometido al poder público.⁴⁵

Ahora bien, si la forma como se relaciona el hombre con el Estado es en una condición de ciudadano, SCHMIDT – ASSMANN rápidamente sustenta que ese relacionamiento no es una posición de igualdad entre las partes, o por lo menos no en todo el universo de las relaciones Estado – ciudadano, aunque en algunos sectores actúen en fórmulas cooperativas y de consenso.⁴⁶

⁴³ *Ibidem*, página 19.

⁴⁴ *Ibidem*, página 19.

⁴⁵ ‘«De la naturaleza del ser humano se infiere, tanto desde un punto de vista histórico como lógico, que sólo existe el deber, y no el derecho, frente al Estado», diría Georg JELLINEK. Y en términos similares se expresaría Otto MAYER: «De este modo, el Derecho administrativo está determinado por los sujetos jurídicos cuyas relaciones ha de regular. Por una parte, el Estado, que es el que ejerce la actividad administrativa, esto es, el que administra. Y frente al Estado administrador se halla la masa de los hombres que a él están sometidos y la multitud de las corporaciones humanas y de las personas jurídicas. Todos ellos constituyen el otro sujeto de Derecho, individual o colectivamente, en función de cuál sea la forma en que aquéllos se ven afectados por la actuación estatal»’ *Ibidem*, página 19.

⁴⁶ ‘¿Significa ello que en la actualidad ha de partirse de la premisa de que el ciudadano y la Administración se hallan en una posición de igualdad, en lugar de estar presididas sus relaciones por la idea de subordinación? Desde luego, la realidad administrativa nos muestra numerosos ejemplos y sectores en los que los particulares y la Administración se relacionan sobre la base de la igualdad y actúan a través de fórmulas cooperativas y de consenso (*vid.* 1/45-47). No obstante ello, la tesis o concepción de la posición igualitaria resulta estrecha y poco matizada para aprehender el entero fenómeno de las relaciones Estado-ciudadano. Los arts. 1 y 20 GG reconocen la primacía del individuo; pero no la posición de igualdad *con* el Estado. Una cosa es, pues, que el individuo tenga la primacía y que sea considerado como una persona con un valor e identidad propias e irrepetibles

Lo anterior se entiende plenamente en cuanto a la Administración pública (en el ejercicio de sus poderes que atiende obligaciones y necesidades de la comunidad)⁴⁷, es decir, que dicha relación de hombre – Estado no pueda manejarse enteramente a través de una concepción igualitaria⁴⁸, pero tratándose de esos mismos sujetos, de esa misma relación jurídica, enfrentados *vis a vis* en un proceso jurisdiccional, como sería el arbitraje, necesariamente tendríamos que entablar un

y otra, muy distinta, que la persona se halle en pie de igualdad con el Estado. Es cierto que el ciudadano se halla orientado y vinculado a la comunidad y que de esa relación con la comunidad surgirán necesidades —entre ellas, la necesidad de dictar normas— a las que el Estado habrá de subvenir. Pero no lo es menos, sin embargo, que la reacción o respuesta del Estado habrá de legitimarse justamente en esas necesidades y en ellas habrá de encontrar la medida.’ *Ibidem*, página 20.

⁴⁷ ‘La tesis de que el Estado y el individuo se hallan en pie de igualdad tampoco resulta adecuada, pues una tal concepción no constituye un modelo explicativo útil de cara a la construcción del Derecho administrativo, habida cuenta de que no da respuesta a las necesidades de actuación que pueda demandar la comunidad estatalmente constituida. Es más, el Estado democrático de Derecho, en su composición jurídica, es *Estado*, y sus órganos se hallan investidos de la potestad de imponer legítima y unilateralmente las obligaciones que deban atenderse. No cabe, en ese sentido, exclusivamente el pacto o la cooperación. No ha de olvidarse, en efecto, que el Estado está obligado a garantizar el Derecho y los derechos de sus miembros. Y ello no se alcanza generalmente mediante la igualdad y a través del consenso. Por otro lado, esa misión indeclinable de garantía no está sólo encomendada al legislador y al poder judicial, sino también, y en una alta medida, al ejecutivo. Ha de notarse, a tal propósito, que la Administración pública en buena parte se mide por su acción; por lo que logra producir y prestar. Y para ello habrá de servirse también de la coercibilidad y de las decisiones unilaterales, elementos éstos que no pueden explicarse a la luz de la igualdad. El poder normativo y el monopolio de la tutela en manos del Estado son irrenunciables, de acuerdo con el orden constitucional. Sin ellos no se podrían reparar las infracciones, las quiebras del Derecho; como tampoco cabría dar respuesta a los nuevos y grandes retos que plantean los grupos de poder, la técnica o las cuestiones internacionales. Ahora bien, en el cumplimiento de esas funciones, el Estado habrá de atenerse a las competencias constitucionalmente atribuidas y al procedimiento establecido.’ *Ibidem*, página 20.

⁴⁸ ‘La concepción de la igualdad entre el Estado y el individuo no logra explicar ni la especial necesidad de justificación en que ha de legitimarse toda acción estatal, ni tampoco la pretensión de validez y eficacia a la que aspiran las decisiones de todo poder legítimamente constituido. De acuerdo con la Constitución, ¿las relaciones Estado- ciudadano, esto es, entre libertad ciudadana y competencia estatal, resultan *asimétricas*? El individuo actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida. El Estado actúa en el ámbito de una competencia jurídicamente atribuida. Es ésta una nota distintiva que tiene carácter constitutivo a los efectos desistematizar el Derecho administrativo. Dogmas tan relevantes como la necesidad de legitimación de la acción administrativa, o los que se refieren a la observancia de los principios de racionalidad, moderación (o de justa proporción) y eficacia, entre otros, encuentran aquí su epicentro. Esta distinción, por lo demás, tiene su continuidad en el concepto de responsabilidad o *competencia administrativa*, que no es sino una expresión de la posición fiduciaria que ocupa la Administración pública.’ *Ibidem*, página 21.

relacionamiento igualitario so pena de perjudicar la lógica de la garantía del principio constitucional del debido proceso.”⁴⁹

Como lo señalara John Rawls en su *Teoría de la Justicia*, la justicia tiene un papel de cooperación social y un objeto primario consistente en ser la estructura básica de la sociedad. Pero, quizás, una de las mayores afirmaciones del concepto de justicia de Rawls es aquel que indica que ‘La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. (...), no importan que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Lo único que nos permite tolerar una teoría errónea es la falta de una mejor;’⁵⁰

Rawls nos permite, con su Teoría de la Justicia, tener los elementos de juicio necesarios para considerar al arbitraje como una nueva forma de administración de justicia que entiende principios, valores, libertades, derechos -que son inherentes al ser humano- más allá de la consideración de un ordenamiento jurídico -nacional o mundial- que ha sido considerado eficiente, pero que actualmente muestra operacionalizaciones injustas y, por lo tanto, le habría llegado la hora de ser modificado o abolido.

⁴⁹ Isaza Zuluaga, Navarro Suárez, Palencia, *ibídem*, página 334.

⁵⁰ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Traducción de María Dolores González. The President and Fellows of Harvard College. Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971.

La alternatividad le ha causado al arbitraje el gran mal de no ser un mecanismo de amplio conocimiento y utilización en la población, quien confiando en el aparato institucional estatal ha buscado por siglos una reiteradamente injusta forma de solucionar sus conflictos a través de una Administración de Justicia que redundaba en denegación.

Las restricciones al arbitraje como una forma de adjudicación del derecho a igual nivel y categorización que la justicia ordinaria se fundamentan en el ejercicio monopólico de la administración de justicia por parte del Estado soberano. En concepto del Estado y para efectos de resolver nuestros propios conflictos somos aún ciudadanos incapaces relativos, pues la plena confianza aún está depositada enteramente en el aparato jurisdiccional estatal. De manera evidente, la *alternatividad* en los MASC –y en concreto en el arbitraje- es un límite al fortalecimiento de la autonomía de la voluntad privada⁵¹ de todos nosotros, ya que tales mecanismos están entre nosotros como una clara respuesta a la universalmente deteriorada justicia estatal tradicional, a la necesidad de garantizar seguridad jurídica y la realización del principio fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva.⁵²

Pero lo antes dicho obedece a un actuar por defecto y no como producto de aquellos principios y derechos inherentes e inalienables de la persona.

⁵¹ 'Los MASC tienen su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes reconocido internacionalmente, es un derecho universal presente en la mayoría de las sociedades y un sustento legal reconocido a nivel mundial que les otorga una seguridad jurídica a sus resultados (acuerdos, convenios, laudos) los hace vinculantes a las partes, en un esquema multidisciplinario, interdisciplinario y multidimensional. Es por ello que son los principales aliados de la paz considerando que su desarrollo necesita de un marco legal porque la oposición a la violencia requiere de una adecuada comprensión de los límites en los que puede moverse lícitamente las distintas actividades humanas'. Jesús Ballesteros. Repensar la Paz. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid, 2006. En: Gonzalo Quiroga, Marta, ed. Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia. Madrid, ES: Dykinson, 2011. Página 33.

⁵² Marta Gonzalo Quiroga, *ibídem*, página 17.

La alternatividad en los MASC, y por ende en el arbitraje, es una característica que no revisten estos métodos en ciertos escenarios internacionales.⁵³ La razón es histórica y obvia; en el mundo altamente globalizado, donde las fronteras nacionales se han desdibujado y en el que circulan libremente capitales, producción, gestión, fuerza de trabajo, información, ciencia, tecnología y cultura no existe tiempo para regulaciones anacrónicas que no vayan acordes con la modernidad de estas nuevas formas de relacionamiento, por lo que esa justicia estatal caracterizada por ser 'lenta, fatigosa, cara, inoperante y de escasa calidad en muchos casos'⁵⁴ -evidencia de su deterioro- no es una opción en quienes buscan el reconocimiento del principio de acceso a la justicia como un derecho fundamental y necesario.⁵⁵

En escenarios internacionales, los MASC y el arbitraje son la única vía jurisdiccional con que se cuenta para la resolución de los conflictos,⁵⁶ y este paso dado en

⁵³ Como es acertadamente señalado en el Prólogo del libro de Marta Gonzalo Quiroga, 'Pasando a su fundamento último, en tanto que alternativa pretendida o real a la justicia estatal y salvo por el detalle de que el arbitraje ha dejado de ser prácticamente, en su acepción internacional, una alternativa a los métodos de solución de conflictos incorporados en el ámbito de la justicia estatal, siendo así que se configura, ello es bien sabido, como método normal o común de resolver las controversias en ese ámbito, los MASC o ADR, de portentosa proyección actual en los más variados ámbitos de las relaciones sociales y jurídicas, constituyen el trasunto fiel de una cierta percepción en la transformación de las funciones del Estado y su papel en el seno de las sociedades contemporáneas, basada en la posibilidad de alcanzar la justicia, de lograr resolver un conflicto, por métodos que no son ya los brindados por el aparato tradicional estatal.//Los MASC encuentran de forma general su justificación en esta perspectiva, como se pone de relieve en la presente obra y a lo que ya hemos aludido. Frente al clamor universal, y fundado, del deterioro de la justicia estatal, y a la necesidad también universal de proceder a satisfacer de la manera que sea el principio fundamental de la tutela judicial efectiva, los MASC constituyen una respuesta, sucesivamente ampliada y mejorada, para modernizar la justicia y procurar la paz.' *Ibíd*em, página 17.

⁵⁴ Marta Gonzalo Quiroga, *ibíd*em, página 18.

⁵⁵ Martha Gonzalo Quiroga, *ibíd*em, página 18.

⁵⁶ 'Fruto de la necesidad de lograr soluciones justas y eficaces, prontas y no entorpecedoras para la actividad de las partes, y de la presencia de una imaginación creadora al servicio de la preservación de ámbitos de paz para el desempeño de las relaciones jurídicas y no jurídicas, los MASC han prosperado y han proliferado en un mundo globalizado y afín. A la par que se inventan nuevos procedimientos, que amplían la capacidad negociadora de las partes, o de que se simulan procedimientos casi arbitrales o casi judiciales, la práctica presenta cada día el perfil de combinaciones entre ellos, (ARB MED, MED ARB) para alcanzar la solución beneficiosa, restauradora de la relación trabada en un principio.//Pero no acabaría aquí su funcionalidad, como meros métodos alternos o sustitutivos de la justicia estatal, por cuanto los MASC suponen una proyección utilitaria, ampliada y profundizada del principio de la autonomía de la voluntad. Y ello,

escenarios internacionales del más alto nivel debe ser tomado en cuenta para la instauración, o por lo menos inicio de aplicación, al interior de nuestros bordes nacionales.

Los MASC son, hoy por hoy, y luego de haberse probado su efectividad reiteradamente en el tiempo, herramientas de paz y modernización de la justicia; ya no cuentan como 'valor sustitutivo o de remedio, sino su intrínseco valor como otra forma de justicia, otra forma de solucionar los conflictos, destacando así, más que los males de la justicia, los bienes y parabienes de los ADR. Porque en definitiva, el reto no es meramente sustituir, o no solo sustituir vías para la solución de los conflictos. Sino el aporte de una forma nueva de alcanzar esa justicia o esa solución. De presentar en suma al mediador como un facilitador del diálogo y restaurador de la empatía, invitando a las partes en el conflicto al saludable ejercicio de ponerse en el lugar del otro, y eliminar las causas de la discrepancia. O poniendo en práctica una nueva forma de administrar justicia (...) o de fare giustizia conservando l'amizicia (...); o propiciando una justicia desvinculada del marco y de las injerencias estatales nacionales (cada vez más en el arbitraje internacional, que tiende a ser trasnacional).'⁵⁷ (Cursivas y subrayado propios)

CONCLUSIONES

tanto respecto de los métodos autocompositivos, en los que las partes en la controversia son los protagonistas bajo una u otra connotación, como en los heterocompositivos, que implican una decisión de un tercero destinada a hacerse valer por sí misma, como en el arbitraje, que es en última instancia -o así debe serlo una instancia o espacio de libertad. Libertad para la elección de los juzgadores. Libertad para deslocalizar la controversia y su solución fuera de los límites estatales, perceptiblemente de manifiesto de manera progresiva en el arbitraje internacional, aunque también sea predicable del interno. Libertad para desarrollar un proceso y aplicar un derecho idóneo y querido así por las partes. Porque se trata, y nunca resulta ocioso el recordarlo, que el arbitraje no es ya una estricta alternativa a la justicia estatal -puesto que se adviera como el método normal y común de resolver controversias en determinados ámbitos, tales como el internacional, tanto comercial como de inversiones, o en las relaciones de consumo, excluidas por inoperantes o inefectivas tanto la justicia estatal como la llevada a cabo a través de las instancias u organismos reguladores sino otra forma, como expresara René DAVID, de administrar justicia.' (Subrayado propio) *Ibidem*, página 18.

⁵⁷ Marta Gonzalo Quiroga, *ibidem*, página 19.

Como primera conclusión debe indicarse que repensar la alternatividad del arbitraje en Colombia implica considerar, sin lugar a dudas, los aspectos históricos y de origen de la figura. Este argumento resulta de gran peso, pues la figura, al haber tenido etapas de florecimiento y decaimiento, simplemente muestra su constante permanencia en el tiempo.

Para el caso concreto en Colombia, la postura aquí planteada tiene asidero constitucional, ya que no fue la Carta de 1991 la que encasilló al arbitraje como un método alternativo; tal apelativo viene de la reforma a la ley estatutaria de administración de justicia (Ley 1285 de 2009) Hoy en día, el concertado perfil dado a la institución del arbitraje ha causado estragos en ella, ya que ha entrado en el espacio de la alternatividad, relegándola a un segundo plano.

Claramente, con las nuevas tendencias y comprensión del derecho que protege aquellos principios fundamentales del ser humano, la administración de justicia no puede entenderse sólo como una potestad que el Estado delega, faculta o habilita en los particulares, sino como un derecho en sí mismo que surge del hombre en virtud de la dignidad humana.

La administración de justicia que hoy reclama el ciudadano no es un 'valor de sustitución sino de principio', pues él es quien reclama al Estado –en un plano de igualdad y no como súbdito- la adjudicación del derecho de una forma adecuada, rápida, expedita y de resolución a su conflicto o problemática.

Debe entenderse, finalmente, que dentro de la evolución de la concepción del Estado está también la mutación en la forma en la que él se relaciona con los ciudadanos y las llamadas –cada vez más en aumento- que éstos le hacen para gestionar y resolver sus propios conflictos con su propia lógica.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALVAREZ, Gladys Stella. *Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la “mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con Tribunales Civiles y Comerciales en Argentina. Diez años de experiencia.* En Arbitraje y Mediación en las Américas. Dr. Juan Enrique Vargas Viancos. Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez. Coordinadores.
2. ISAZA-ZULUAGA, Carolina, NAVARRO, Doris y PALENCIA, Eduardo Antonio. *El Arbitraje frente al daño ambiental como método alternativo de solución de conflictos en el Estado Social de Derecho en Colombia.* En: Derecho Procesal y Perspectiva científica de la prueba. Patricia Helena Guzmán, compiladora. Editorial Universidad Simón Bolívar, 2015.
3. Gonzalo Quiroga, Marta, ed. *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia.* Madrid, ES: Dykinson, 2011.
4. *Métodos alternos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar.* Madrid, ES: Dykinson, 2015.
5. Giraldo Ángel, Jaime. *Obras Completas Tomo 4: Problemas insolutos de la Justicia en Colombia. Mecanismos alternos de solución de conflictos: La justicia comunitaria.* Bogotá, CO: Universidad de Ibagué, 2012.
6. *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial,* trabajo preparado por la Cámara de Comercio de Bogotá bajo la dirección de RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ, Bogotá, 1993.
7. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica.* Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2003. Barcelona.
8. RAWLS, John. *Teoría de la Justicia.* Traducción de María Dolores González. The President and Fellows of Harvard College. Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971.
9. Jesús Ballesteros. *Repensar la Paz.* Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid, 2006. En: Gonzalo Quiroga, Marta, ed. *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia.* Madrid, ES: Dykinson, 2011.
10. *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Tomo II: arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos.* Madrid, ES: Editorial Reus, 2010.

11. Delgado Piqueras, Francisco. La «Administrative Dispute Resolution ACT» de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas. Revista de Administración Pública, núm 131. Madrid, ES: CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
12. Torres Osorio, Edilsa. La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva. Salamanca, ES: Ediciones Universidad de Salamanca, 2014.
13. Tribunal Arbitral de Barcelona, ed. Anuario de justicia alternativa número 13. Madrid, ESPAÑA: J.M. BOSCH EDITOR, 2015.
14. El papel de los ministerios de justicia en la reforma del Estado. México, D.F., MX: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2004.
15. Bonet Navarro, José. Justicia de paz y alternativa. Madrid, ES: Dykinson, 2014.
16. Márquez Algara, María Guadalupe. Mediación y administración de justicia: hacia la consolidación de una justicia participativa. Aguascalientes, MX: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004.
17. M. Garate, Rubén. Derecho y la administración de justicia. Derecho y Ciencias Sociales. No. 5, 2011. Buenos Aires, AR: Red Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, 2011.
18. Estudios sobre evaluación de procesos de reforma de la Justicia en Iberoamérica. Madrid, ES: Ministerio de Justicia de España, 2007.
19. Contreras Acevedo, Ramiro. Consideraciones sobre los paradigmas jurídicos contemporáneos: derecho constitucional, financiero y administración de justicia. Mexico City, MÉXICO: Universidad de Guadalajara, 2006.
20. MEJÍA MARTÍNEZ, Carmenza. *El arbitraje: ¿Justicia informal? Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional*. En Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación. Especialización en Negociación, Conciliación y Arbitraje. 10 años. Fernando Herrera Mercado. Fabricio Mantilla Espinosa. Editores. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Editorial, 2007.
21. OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Traducido por: Eduardo Silva Romero. Fabricio Mantilla Espinoza. José Joaquín Caicedo Demoulin. Legis Editores 2006.