



CEJA · JSCA

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LÍNEA
ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada

© 2022 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
San Pio X 2460 oficina 1602, Providencia, Santiago de Chile
Tel. +(56 - 2) 274-2933
www.cejamericas.org

Equipo Editorial y Gráfico
CEJA

Registro de Propiedad Intelectual
2022-A-4864

ISBN
978-956-8491-90-1

**RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS EN LÍNEA
ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)**

Presentación

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo intergubernamental creado por resolución de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en cumplimiento de los mandatos contenidos en el Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas (Santiago, abril de 1998) y las recomendaciones adoptadas en las Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Fiscales y Procuradores Generales de las Américas (REMJA). El mandato de CEJA es apoyar los procesos de reforma y modernización de los sistemas de justicia de todos los países de las Américas.

Como parte de la implementación del proyecto *“Mejorando el Acceso a la Justicia Civil en América Latina”*, financiado por la agencia de cooperación canadiense Global Affairs Canadá (GAC), CEJA ha desarrollado diversas acciones dirigidas a generar reflexión y debate sobre los métodos de resolución online de conflictos (ODR, por su sigla en inglés), en un momento histórico en el cual el uso de diferentes herramientas y formas de tecnologías en la administración de la justicia está en pleno auge global debido al nuevo contexto digital originado por la pandemia del COVID-19.

En esta línea, en el año 2020, CEJA hizo una primera publicación sobre el tema con la publicación *“Conferencias Judiciales (JDR): Una propuesta para la resolución de conflictos en América Latina”*, que propone a las conferencias judiciales como un mecanismo para el diseño de respuestas innovadoras y basadas en evidencia para generar un mejor acceso a la justicia en las Américas.

Dando continuidad a estas iniciativas, CEJA presenta el estudio **“Resolución de Conflictos en Línea”**, el cual entrega una profunda revisión de los ODR, a partir del análisis de su evolución histórica y desarrollo en diversos países y ámbitos donde –junto con la justicia digital o “procesos judiciales en línea”– vienen extendiéndose. Esta publicación aborda los estándares y experiencias internacionales en materia de ODR y explora en cómo las tecnologías de la información son incorporadas y utilizadas en los mecanismos de resolución de conflictos (MRC) y en los sistemas de justicia. Además, plantea reflexiones sobre las ventajas y los obstáculos en el uso de los ODR, fundamentales a ser considerados en los procesos de implementación en las Américas. Por otra parte, se analiza la inserción de la tecnología como una “cuarta parte” en la resolución de los conflictos, la cual se suma a las dos partes en disputa y la tercera parte que facilita, media o adjudica; así, la tecnología asiste, canaliza o automatiza los procesos involucrados en la resolución de los conflictos.

Este estudio indica que los ODR vienen aportando no sólo a la solución de las controversias, sino también a su prevención (Online Dispute Prevention). Bajo esta perspectiva, estos mecanismos merecen ser observados con detalle a fin de analizar su posible implementación en el ámbito latinoamericano donde si bien hay avances, prevalece la cultura generalizada de la judicialización de los conflictos.

Herramientas de esta naturaleza son claves para avanzar en la prevención y atención de las controversias relacionadas con los derechos de los/as consumidores.

CEJA considera que mecanismos innovadores que utilizan inteligencia artificial, algoritmos o sistemas de negociación asistida son herramientas viables para dar respuesta oportuna a las personas usuarias de la administración de justicia. En las Américas, su aplicación debe aportar al fortalecimiento del acceso a la justicia de todas las personas, y en particular, de aquellas en situación de mayor vulnerabilidad. Todo sistema de administración de justicia debe poner a las personas en el centro de su función, por lo tanto, las herramientas tecnológicas deben estar al servicio de éstas, contribuyendo con su incorporación a facilitar la forma y oportunidad en la cual se resuelven los conflictos.

Nataly Ponce
Directora Ejecutiva
Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA

Contenido

1.	Introducción	9
	1.1. Aclaraciones preliminares	10
2.	El concepto de los ODR y de las “Cortes online o digitales”	12
	2.1. ¿Qué son los ODR?	12
	2.2. ¿Qué son las cortes online o digitales?	27
3.	Historia de los ODR	34
	3.1. Primera ola: ADR a E-ADR	34
	3.2. Segunda ola: E-ADR a ODR	35
	3.3. Tercera ola: ODR a OPR	36
4.	Modelos de justicia	37
	4.1. Las cortes y la justicia como lugar	39
	4.2. Las cortes y la justicia como servicio	40
5.	Casos de ODR implementados	42
	5.1. Online Ombuds Office (University of Massachussetts)	42
	5.2. Cybersettle, Smartsettle, SquareTrade, y eBay Resolution Center	43
	5.3. ICANN y las disputas de los nombres de dominio	47
6.	Casos de cortes online o digitales implementadas	49
	6.1. Virtual Magistrate Project	49
	6.2. Michigan Cybercourt	50
	6.3. Civil Resolution Tribunal (British Columbia, Canada)	51
	6.4. Money Claim Online (United Kingdom)	52
	6.5. Beijing Internet Court	53
7.	Principios y guías éticas para el diseño de ODRs	55
8.	Criterios para evaluar ODR y cortes digitales	58
	8.1. Criterio pragmático	58
	8.2. Criterio ético	59
	8.3. Criterio utilitario	59
	8.4. Criterio ecléctico	59
9.	Debates y problemáticas sobre ODR y cortes online o digitales	61
10.	Conclusiones	64

1. Introducción *

El propósito de la primera parte de este estudio consiste en aclarar de forma detallada, analítica y con una aproximación histórica cómo las tecnologías de la información han sido incorporadas y utilizadas en los mecanismos de resolución de conflictos (MRC) y en los sistemas de justicia¹. Este impacto de la tecnología ha dado origen, desde finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, al surgimiento de lo que se conoce como *online dispute resolution* (ODR) –resolución de controversias en línea– y *digital justice* –cortes online o digitales o también “procesos judiciales en línea”.

El internet y los avances tecnológicos de las últimas décadas han aumentado vertiginosamente el número de transacciones, las relaciones entre personas y la comercialización de los productos y servicios. Este crecimiento en el tráfico interpersonal causado por la conectividad, como lo ha anotado Ethan Katsch, uno de los demiurgos de los ODR, no solo ha generado un aumento en las controversias, también ha fertilizado el campo para la innovación en nuevas formas para resolver controversias y administrar conflictos en el sector privado y público. La tecnología es “un motor poderoso de creación de disputas”² y para idear estrategias creativas para resolverlas o administrarlas.

Este “doble filo” de la tecnología ocasiona así la *paradoja de los conflictos en la era del internet: la tecnología y el internet* aumentan los conflictos y, a su vez, generan formas novedosas y, por lo menos en apariencia, más eficientes para administrarlos. Por un lado, la tecnología y el internet genera mayor conflictividad por consecuencia de: (i) los conflictos que surgen en plataformas sociales por discursos de odio, *fake news*, afectaciones a la privacidad, entre otros; (ii) problemas en las incontables transacciones que se dan a través del comercio electrónico; (iii) disputas en las inversiones internacionales facilitadas por el internet y, en general, (iv) diversas formas de conflictividad que se causan por tensiones propias de las formas de relacionamiento en ese nuevo medio. Y, por el otro lado, la tecnología de la información y el internet genera nuevas formas para resolver y administrar las controversias a través de plataformas electrónicas, digitales y algorítmicas que buscan imprimir eficiencia y mayor satisfacción a las partes en disputa y a las personas usuarias de la administración de justicia.

La creación y el desarrollo de procesos, sistemas y modelos para administrar, resolver y prevenir controversias jurídicas a través de plataformas tecnológicas hace parte de lo que genéricamente se puede denominar “justicia digital”³. La justicia digital

* Este informe fue elaborado por Nicolas Parra Herrera, Consultor del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.

¹ Con el término “tecnología” se hace referencia, siguiendo a Yochai Benkler, a “conocimiento práctico coagulado embebido en la cultura material (...) por coagulado capturar ese estado intermedio entre el determinismo tecnológico y la completa determinación social del contenido de la tecnología.” En otras palabras, la tecnología responde a las instituciones, normas, prácticas sociales y a los marcos con los que vemos el mundo pero también trae consigo unas limitaciones y posibilidades. Ver Benkler, Yochai. “The Role of Technology in Political Economy: Part 3”, *Law and Political Economy Project Blog*. Publicado 07.27.18. Disponible en <https://lpeproject.org/blog/the-role-of-technology-in-political-economy-part-3/>.

² Katsch, Ethan y Rabinovich-Einy. 2017. *Digital Justice*. New York: Oxford University Press, 2.

³ Id., 3.

es, entonces, un campo teórico y práctico que busca clarificar e implementar cómo a través de la tecnología se generan disputas (*justicia digital generativa de conflictos*) y cómo a través de la tecnología se administran, resuelven y previenen disputas (*justicia digital administrativa/preventiva de conflictos*). Dentro de la *justicia digital administrativa/preventiva de conflictos* existen, entre otras iniciativas, los ODR y las cortes digitales como dos espacios y modos relacionados pero separables para la administración, solución o prevención de controversias⁴.

En este documento se estudiarán los ODR y las cortes digitales como formas experimentales de resolución y administración de controversias cada vez más desarrolladas para responder al crecimiento de la conflictividad en las sociedades contemporáneas interconectadas, a la congestión judicial y al surgimiento de nuevas controversias en el ámbito privado y público en la era digital. Al estar inmersos en la era del *big data*⁵, de la primacía estadística y de la predicción, los diagnósticos sobre las causas de las controversias y los pronósticos sobre sus potenciales soluciones invadirán los ODR. Al estar las personas inmersas en la era en la que se desarrolla el uso y recolección de datos para fines predictivos, los ODR se convertirán en herramientas deseadas para prevenir controversias utilizando *big data*.

1.1. ACLARACIONES PRELIMINARES

Antes de iniciar este informe, es preciso hacer aclaraciones preliminares respecto del enfoque que orienta la primera parte de este estudio.

a. Un enfoque analítico

Para comprender el concepto de los ODR y de las cortes digitales es necesario analizar los términos y fijar, en la medida de lo posible, una definición de ODR y de cortes digitales que permita identificar y distinguir estos dos fenómenos.

La proliferación de la literatura que surgió desde los años ochenta sobre ODR y los proyectos de colaboración recientes como *Remote Courts Worldwide*, liderado por Richard Susskind⁶, que agrupan a muchas personas para discutir experiencias de cortes remotas, virtuales u online como alternativas a las cortes presenciales, han evidenciado tanto el interés sostenido sobre mecanismos de resolución de controversias online dentro y fuera de las cortes como también la diversidad de aproximaciones conceptuales sobre el alcance de los conceptos como ODR y cortes digitales.

Por esa razón, este documento utilizará un enfoque analítico para así dar luces sobre qué es lo distintivo de los ODR y qué los diferencia de las cortes digitales.

4 La distinción entre ODR y cortes digitales también se traduce como la distinción entre ODR privado y ODR público.

5 Cf. Mayer-Schonberger, Viktor y Cukier, Kenneth. *Big Data: A Revolution that will transform how we live, work, and think*. London: John Murray, 2013.

6 Remote Courts Worldwide. Disponible en: <https://remotecourts.org/>.

b. Un enfoque dinámico e histórico

Aunque el análisis de cómo se han usado los conceptos y cómo se han operativizado en las prácticas institucionales será un primer paso para entender los ODR y las cortes digitales, el enfoque dinámico permitirá identificar el desarrollo desde sus primeros comienzos en *SquareTrade* y en la oficina online del Ombuds (*Online Ombuds Office*) de la Universidad de Massachusetts hasta el *Civil Resolution Tribunal* en British Columbia, Canadá y la *Beijing Internet Court*, en China. La aproximación dinámica a los ODR y a las cortes digitales evidenciará los giros que ha tenido su implementación y permitirá distinguir diversas fases en su implementación. Por ejemplo, en materia de ODR, se indicará el paso de los *alternative dispute resolution* (ADR) a los e-ADR –métodos de resolución de conflictos que utilizan un elemento electrónico, como el email– y de los e-ADR a los ODR –métodos de resolución de conflictos asistidos total o parcialmente por la tecnología como un elemento adicional del proceso, definición que luego se acotará.

c. Los giros de paradigma en la administración de justicia

La **tecnología como la materialización** de un conocimiento práctico que es forjada por decisiones institucionales y, a la vez, con una lógica semiautónoma que limita ciertas posibilidades y ensancha otras, ha ocasionado un giro en los paradigmas jurídicos y las aproximaciones a la justicia. Un giro de paradigma no es otra cosa que la alteración de un conjunto de creencias, prácticas e instituciones que fuerzan a observar el mundo, una disciplina y una profesión de otra manera porque las prácticas previas se revelan como contingentes, accidentales o disfuncionales.

En 1996, Richard Susskind acuñó el término “subestructura de información”⁷ para referirse a la forma como “la información es capturada, compartida y diseminada”⁸. La era de la oralidad dio paso a la era de la escritura. La era de la escritura dio paso a la era de la imprenta, y la era de la imprenta a las tecnologías de la información y de las comunicaciones en las que habitamos hoy⁹. Estos giros han tenido impactos profundos en el ejercicio del derecho, en la resolución de conflictos sociales y, desde luego, en los sistemas de justicia.

El advenimiento de una nueva *subestructura de información* dominada por sistemas tecnológicos exige, entonces, una reflexión sobre el impacto de esta *subestructura de información* en las prácticas judiciales de resolución de controversias.

7 Susskind, Richard, *The Future of Law*. New York: Oxford University Press. 1996., 91.

8 Susskind, Richard, *Online Courts and the Future of Justice*, 41.

9 Susskind, Richard, *Online Courts and the Future of Justice*, 41-42.

2. El concepto de los ODR y de las “cortes online o digitales”

2.1. ¿QUÉ SON LOS ODR?

Los *online dispute resolution* (ODR) surgen de la evolución que han tenido los llamados *alternative dispute resolution* (ADR) o mecanismos alternativos/apropiados de solución de controversias (MASC) o, simplemente, métodos de resolución de conflictos (MRC). Los ADR, que tuvieron su “boom” a finales de los años setenta en la *Segunda Conferencia Pound* con la propuesta de Frank Sander, quien imaginó una corte en la que se evaluaran las disputas y se redirigieran a la “puerta” mecanismos de resolución de conflictos más apropiados para administrar o resolver ese tipo de disputas¹⁰. Sander pensó que una “corte multi-puertas” (*multidoor courthouse*) mejoraría la eficiencia, calidad y la satisfacción de las personas usuarias en la resolución de controversias. Así, por ejemplo, algunas disputas se re-direccionarían a la “puerta” de la negociación; otras a la mediación, otras al *fact finding* y otras inevitablemente a un litigio judicial. En otras palabras, Sander, como uno de los promotores del movimiento de los ADR, visualizó un sistema de resolución de controversias con un *input*, es decir, una puerta de acceso en la que se diagnosticara la controversia y muchos *outputs* o puertas de salida que corresponden a mecanismos de resolución de controversias. Esta idea de Sander sugiere que las controversias deben seguir el siguiente camino:

Disputa ⇨ Input en el sistema o modelo ⇨ diagnóstico del input ⇨ determinación del output (o método de resolución de controversias) más apropiado para administrar o resolver esa disputa ⇨ redireccionamiento al output ⇨ aplicación de uno de los métodos de resolución de controversias.

Antes de la creación de los ODR, este camino era adelantado por personas –del sector privado o público– que recibían un *input* y, con ello, realizaban un diagnóstico de la naturaleza de la disputa, para luego redirigirla a la puerta más apropiada, es decir, al mecanismo de solución de controversias idóneo para esa controversia específica. Con el advenimiento de los ODR, cualquier parte o incluso todo este proceso pudo ser asistido, adelantado o controlado por sistemas tecnológicos de información. Ahora bien, con la capacidad predictiva de la tecnología se alega, además, la posibilidad de anticipar a partir de unos datos previos el surgimiento de una eventual controversia futura. En esta segunda modalidad, los ODR no administran o resuelven controversias, sino apoyan su prevención. Así, la segunda modalidad se conoce como *online dispute prevention* (ODP) en la medida que el sistema se orienta a la prevención, no a la resolución¹¹.

10 Frank E. A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, en Leo A. Levin y Russell R. Wheeler (eds.). *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future* 84, 1979.

11 Katsh and Einy-Rabinovich, *Digital Justice...*, 14 y 147.

De acuerdo con lo anterior, una primera aproximación al concepto de los ODR es entenderlos como sistemas y procesos de resolución de controversias en línea que, con el uso de herramientas tecnológicas en algunos casos *asisten* en la resolución de controversias (*ODR de asistencia*); en otros casos *deciden* cómo administrar o resolverlas (*ODR de decisión*), y en otros apoyan en las predicciones de cómo prevenir las controversias (*ODP u ODR de prevención*). Más específicamente, los ODR compaginan los mecanismos de resolución de conflictos (MRC) como, por ejemplo, la negociación, la mediación, la conciliación, el *fact-finding*, o los procesos de adjudicación, entre otros, con el internet y otras tecnologías de la información –*machine learning, big data* y algoritmos estadísticos– para apoyar a las partes y facilitar la administración o resolución de su controversia¹². Si los ADR están orientados principalmente a ayudar a las partes a resolver sus controversias *dentro y fuera* de las cortes, los ODR agregan la aplicación de la tecnología de las informaciones y de las comunicaciones para lograr ese propósito. En consecuencia, los ODR son un espectro amplio que incluye desde herramientas básicas como el uso de correo electrónico hasta la incorporación de inteligencia artificial o procesos algorítmicos para analizar controversias a nivel sistémico; desde negociaciones asistidas por un computador hasta arbitrajes virtuales, y desde procesos para resolver quejas de atención al cliente con *chatbots* hasta la resolución de casos judiciales complejos con asistencia tecnológica¹³.

Debido a la amplitud del fenómeno de los ODR, es necesario precisar su concepto y hacer unas distinciones analíticas. Para ello, se revisarán algunas definiciones tentativas que han propuesto algunos académicos. A partir de estas definiciones, se presentará una definición que las sistematice.

Algunos conciben los ODR como el equivalente a ADR electrónico o ciber-cortes, pues traslada la resolución de controversias de un espacio presencial y físico a uno virtual y en línea¹⁴. En una línea similar, otros conciben los ODR como la siguiente fase de la evolución de los ADR con la diferencia de que los ODR utilizan herramientas tecnológicas, algorítmicas y de *big data* para agilizar los procesos¹⁵. Para algunos de sus pioneros, como Janet Rifkin y Ethan Katsh, ODR hace referencia a los procesos de solución de controversias en un ambiente en línea, utilizando herramientas tecnológicas y de administración de información¹⁶. Los ODR son el producto de la necesidad de crear procesos de resolución de controversias y herramientas para administrar conflictos que se ajusten a la realidad que el internet, como ámbito de interacción social y de mercado, exige¹⁷. En palabras de Rifkin, "ODR es resolución de controversias que toma las ventajas de internet como un recurso que extiende lo que podemos hacer, dónde hacerlo y cómo hacerlo"¹⁸. Para otros, los ODR son el uso de aplicaciones, sistemas y

12 Véase Harvard University, Berkman Klein Center for Internet & Society. *Online Dispute Resolution*. <https://cyber.harvard.edu/olds/ecommerce/disputes.html#odr> [20.01.21].

13 Rule, Colin. *Online Dispute Resolution for Business. B2b, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*. San Francisco: Jossey-Bass, 2002, 43.

14 Faye Fangfei Wang. *Online Dispute Resolution: Technology, management and legal practice from an international perspective*. Oxford: Chandos Publishing, 2009, 1.

15 Rule, *Online Dispute Resolution for Business*, viii.

16 Katsh, Ethan. "Online Dispute Resolution", en Michael Moffit y Robert Bordone (eds.) *Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass. 2005: 425-437, 425.

17 Rifkin, Janet, "Online Dispute Resolution: Theory and Practice of the Fourth Party," *Conflict Resolution Quarterly*, 19 (1), 2001: 117-124, 119.

18 Id., 119.

redes de computación para resolver disputas con metodologías de los ADR. Y aunque inicialmente los ODR se aplicaron principalmente para resolver disputas en contextos en línea, cada vez más se extiende su alcance para mejorar la solución de controversias en interacciones o conflictos que no necesariamente surgen de o están asociados con el internet.

En contraste, otros teóricos de los ODR consideran que es imposible dar una definición global, razón por la cual adoptan una aproximación taxonómica distinguiendo así entre (i) *ODR-Consumidor* que utiliza la tecnología para facilitar las controversias de comercio electrónico; (ii) *ODR-Judicial* que cubre la resolución de disputas en los que la audiencia judicial se adelanta con tecnología y, generalmente, por fuera de los recintos judiciales; y (iii) los *ODR-Corporativos* que consisten en el uso de tecnología para administrar conflictos contractuales o societarios que surjan por las transacciones corporativas o financieras¹⁹.

Una forma de sintetizar esta dispersión de enfoques es adoptar dos definiciones de ODR. Desde una ***definición en sentido amplio***, ODR comprende el diseño, la implementación y ajuste de sistemas o procesos de resolución, administración o prevención de conflictos, dentro y fuera de las cortes y juzgados, que operan en internet y que usan tecnologías de la información y las comunicaciones –como por ejemplo algoritmos, *big data* y sistemas de comunicación virtual. Los ODR, según esta definición, se aplican principalmente en controversias de comercio electrónico, disputas jurídicas administradas por las cortes o terceros delegados y en el sector privado para la resolución de controversias laborales, contractuales, corporativas o financieras. Cabe anotar que esta definición *amplia* de ODR no establece diferencia con las cortes digitales en la medida que éstas hacen parte de ella.

Otra posibilidad es formular una ***definición en sentido estricto*** de los ODR, según la cual éstos son sistemas y procesos de resolución, administración o prevención de controversias para la administración, resolución o prevención de controversias *por fuera* de las cortes, asistidos total o parcialmente por “la cuarta parte”, es decir por la tecnología. La noción de “la cuarta parte” supone que en todo mecanismo de solución de conflictos en línea –distinto de la negociación bilateral– hay, por lo menos, cuatro partes: las dos partes en disputa, el tercero que facilita, media o adjudica y la tecnología que asiste, canaliza o automatiza el proceso²⁰. La tecnología como “la cuarta parte” facilita y colabora a la tercera parte más no la reemplaza. La figura de la persona mediadora o facilitadora tiene habilidades que, en ocasiones, serán más útiles que las que “la cuarta parte” puede proveer, pero ésta también tiene otro conjunto de herramientas que puede facilitar, entre otras, la jerarquización de las preferencias de las partes, la custodia de información confidencial, y el manejo de una gran cantidad de información para facilitar la controversia²¹. Por último, esta definición sí distingue entre ODR y procesos judiciales digitales o cortes digitales u online (términos que en

19 Barnett, Jeremy y Treleaven, Philip. “Algorithmic Dispute Resolution –The Automation of Professional Dispute Resolution Using AI and Blockchain Technologies”, *The Computer Journal*, 2017 61(3) 399-407, 399.

20 Ethan Katsh y Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. San Francisco: Jossey-Bass. 2001.

21 Ethan Katsh, *Online Dispute Resolution*, 426.

este documento usaremos indistintamente para enfatizar que son procesos que se adelantan en el marco de la digitalización de la justicia y de las cortes)²².

Por último, está la definición *por autoridad*, esto es, la definición asignada por uno de los pioneros del campo: Colin Rule. En su intervención más reciente, en un podcast sobre resolución de conflictos y ODR, *Convergence*, Colin Rule recordó el origen de los ODR y dijo que la etiqueta se utilizó para indicar la cercanía entre ODR y ADR. De igual forma, recordó que la definición originaria en los años iniciales era “ODR es el uso de tecnologías de la información para ayudar a las personas a resolver sus disputas. Ahora eventualmente evolucionó en el uso de tecnologías de la información para ayudar a las personas a ventilar, administrar y resolver sus disputas”²³. Esto muestra cómo se transformó la aproximación de la resolución de conflictos a la administración, ventilación y resolución de disputas. Y otro punto relevante de su definición es que adopta una noción de las herramientas tecnológicas expansiva, pues no solo se limita al internet sino se extiende a todas las tecnologías de la información.

a. Características ideales de los ODR y la “cuarta parte”

Ethan Katsh y Colin Rule señalaron que los ODR deben contar con tres características: conveniencia, confianza y experticia²⁴. Todo sistema de ODR, según ellos, debe incluirlas. La *conveniencia* significa que el sistema es útil para las partes en la medida que facilita o mejora en uno o más puntos la experiencia de resolución o administración de controversias de los disputantes. Por ejemplo, los ODR son convenientes en la medida en que permiten interacciones que no son sincrónicas y por tanto pueden facilitar el acceso y la participación de las partes dada su flexibilidad. La *confianza*, por su parte, significa que las personas usuarias de los ODR crean en la neutralidad, operatividad, y funcionalidad de los procesos o sistemas. Así, los ODR que adoptan algoritmos deben ser robustos e incorporar las medidas necesarias para evitar sesgos y riesgos éticos. De igual manera, los ODR deben construirse en sistemas tecnológicos confiables que protejan la confidencialidad del proceso o la seguridad de la información que se comparte. La confianza se predica de las creencias y disposición de las personas usuarias de utilizar los ODR para resolver sus disputas. Finalmente, la *experticia* en los ODR es aquello que inserta en el software avanzado, el cual adopta las capacidades de procesamiento computarizado avanzado²⁵. Inicialmente, los ODR utilizaron el software disponible en ese momento y que permitió comunicación a distancia, hoy en día la inteligencia artificial y el *big data* abre otras formas de experticia en el procesamiento

22 La directiva europea sobre comercio electrónico (98/0325) supone una distinción entre los ODR (como mecanismos extrajudiciales de litigio) y las cortes digitales. En particular, dicha directiva estableció en su artículo 17 sobre “solución extrajudicial de litigios” que “1. Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas.” Parlamento Europeo y del Consejo. Directiva sobre el comercio electrónico. Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031>.

23 Podcast *Convergence*. Episode 1 – Colin Rules. Abril 29 de 2021. Disponible en: https://open.spotify.com/episode/6LG4vdAKfN4FzOGgMQo5ix?si=NGtChZHIQZSf8gV14GPgg&dl_branch=1.

24 Ethan Katsh y Colin Rule, “What We Know and Need to Know about Online Dispute Resolution,” *South Carolina Law Review* 67, no. 2 (Winter 2016): 329-344, 332-333.

25 Ethan Katsh y Colin Rule, “What We Know and Need to Know...”, 332.

de la información que pueden asistir parcial o totalmente la administración o resolución de conflictos.

La cuarta parte

Además de las características-ideales de conveniencia, confianza y experticia, los ODR se identifican hoy en día como la “cuarta parte” de los procesos de resolución de disputas. La noción de cuarta parte, tal como se mencionó arriba, fue desarrollada en el 2001 por Rifkin y Katsh²⁶. Este concepto ha evolucionado a medida que los sistemas de información y la tecnología se han vuelto más robustos. “La cuarta parte”, por ejemplo, puede hacer cosas que la ‘tercera parte’ no puede (o no debe) dado las preocupaciones que sea percibido como parcial (algoritmos no pueden ser influenciados por cumplidos o carisma)²⁷.

El concepto de la cuarta parte supone, desde luego, los conceptos de la primera, segunda y tercera parte en la resolución conflictos. La primera y segunda parte son las partes en disputa que se enfrentan para dirimir una controversia. La tercera parte hace referencia a una persona que facilita, media, arbitra o resuelve dicha controversia de alguna forma. La cuarta parte, en cambio, “toma asiento en la mesa con la primera y segunda parte (las partes en controversia) y la tercera parte (el humano neutral, como el mediator o árbitro)”²⁸. La cuarta parte son las herramientas algorítmicas, tecnológicas y de *machine learning* que apoyan (o en algunos casos resuelven) los procesos de resolución de conflictos. Así, por ejemplo, la cuarta parte puede llevar a cabo diversas tareas como registrar las disputas, administrar la documentación, facilitar la comunicación virtual, procesar información, proponer potenciales soluciones o administrar todo el proceso. La tecnología como cuarta parte, entonces, se diferencia de la tercera parte en la medida que más que un reemplazo absoluto se trata de una parte adicional que apoya a la tercera parte en la tarea de resolver o administrar controversias. “La tecnología es claramente crítica a cualquier proceso de ODR, pero uno de los retos más grandes en construir y operar un procesos de resoluciones de controversia en línea es balancear e integrar la dimensión humana con la dimensión automatizada del proceso”²⁹. Y este reto se va cambiando paulatinamente cada vez que surge una nueva invención tecnológica que habilita un nuevo diálogo con los procesos existentes.

Sin embargo, aunque la cuarta parte esté constantemente evolucionando según los avances tecnológicos, quedan preguntas sin resolver sobre cómo llevar a cabo en un futuro esa articulación. Como lo sugirió recientemente Colin Rule, Ethan Katsh, Janet Martinez y Leah Wing: “con la rápida innovación tecnológica y *machine learning*, cuartas partes están constantemente expandiendo su conjunto de habilidades, así que la pregunta real se convierte: ¿en qué estamos en disposición de apoyarnos en [la cuarta parte] para hacer dentro de cinco o diez años?”³⁰ Esta es una pregunta

26 Ver Katsh, E., and Rifkin, J. *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.
27 Wing, Leah, Martinez, Janet, Katsh, Ethan y Rule, Colin, “Designing Ethical Online Dispute Resolution Systems: The Rise of the Fourth Party,” *Negotiation Journal*. Winter 2021, 52.
28 Id., 51.
29 Janet Rifkin, “Online Dispute Resolution: Theory and Practice of the Fourth Party,” *Conflict Resolution Quarterly* 19, no. 1 (Fall 2001): 117-124, 121.
30 Id. 52.

frente a la cual aún no existe una respuesta satisfactoria, pero es una pregunta que no admite postergación. Se trata de una pregunta que lleva a establecer criterios o límites de competencia o jurisdicción, si se quiere, de la cuarta parte.

b. Diferencias entre los ADR, E-ADR y ODR

La definición de los ADR no es menos problemática que la de ODR. Inicialmente, se sostenía que se trataban de mecanismos “alternativos” de solución de controversias pero no era evidente si la “alternatividad” era respecto del litigio judicial, del proceso judicial, de la justicia estatal, o si se trataban, en cambio, de una nueva forma colaborativa de resolver los problemas jurídicos. Luego, los ADR fueron reinterpretados no como mecanismos de resolución de controversias “alternativos” sino “apropiados” denotando con ello, varias cosas: primero, los MASC no necesariamente están en contraposición de la justicia formal. La experimentación de fórmulas híbridas administradas por un juez o jueza pero usando técnicas de resolución de conflictos colaborativos asociados a los ADR son un buen ejemplo de esa relación de complementariedad y no de alternatividad³¹. Segundo, los métodos de resolución de controversias más que ser “alternativos” pueden ser vistos como “apropiados” para resolver las disputas específicas que se presenten. De manera que habrá mecanismos, como la mediación, que serán más “apropiados” para disputas con ciertas características como, por ejemplo, la necesidad de preservar una buena relación entre las partes. Otros, quienes también se distanciaban de la visión clásica de los ADR como mecanismos que agrupan, entre otros, el arbitraje, la mediación y la conciliación, y prefirieron denominarlos métodos alternativos al proceso judicial tradicional (“MAPJ”) para denotara todos los mecanismos usados para ampliar el acceso a la justicia³².

Teniendo en cuenta las divergencias conceptuales antes señaladas, y para efectos de estudio, nos referiremos a ADR –o MASC– para denotar el uso de mecanismos alternativos a los procesos judiciales tradicionales –p.e. litigio– para la administración o solución de controversias jurídicas utilizando técnicas, por lo general colaborativas, de solución de conflictos que respondan a los tipos específicos de las disputas que se presenten³³.

Los ADR, MASC o MAPJ son mecanismos que se utilizan mayoritariamente de forma presencial y originan procesos de comunicación sincrónicos, presenciales y directos. Es por ello que algunos teóricos al hablar de E-ADR, E-MASC o ADR online –para diferenciarlo de ODR– pretendían indicar que los mismos procesos y mecanismos de los ADR sería traducidos y trasladados al contexto digital sin variación alguna. E-ADR podía ser una mediación a distancia, sincrónica y con la presencia de todas las partes. La única diferencia entre este tipo de mediación y un ADR como mediación en el contexto

31 Al respecto ver Parra, Nicolas y Fandiño, Marco. “Conferencias Judiciales (JDR): Una propuesta para la resolución de conflictos en América Latina. CEJA. <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5661>

32 Lillo, Ricardo y Cabezón, Andrea. Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia en América Latina. CEJA. 2014.

33 Fandiño, Marco. “Recomendaciones para la implementación de Mecanismos Alternativas al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia” en *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*. CEJA 16 (20), 59.

digital, es que en el primer caso se utilizaba una herramienta tecnológica como un computador y una conexión a internet para realizar lo que se hubiera hecho presencial en ADR. Este impulso de traducir lo que ocurre en el mundo físico al mundo digital es "el impulso inicial de crear imágenes online que reflejen los procesos en vivo u offline"³⁴.

El problema de estos procesos de "reflejo" de tecnologías es que descuidan las condiciones específicas del nuevo medio tecnológico y, con ello, sus potenciales ventajas y riesgos. Los E-ADR olvidaron que la tecnología y el internet transforma el modo de interacción entre las partes³⁵. De modo que reproducir en el contexto digital lo que ocurría en el mundo físico era como jugar fútbol sala. "Una vez el proceso se traslada en línea", insisten Katsh y Rule, "su misma naturaleza comienza a cambiar"³⁶ o, en palabras de Marshall McLuhan, "cuando una tecnología llega a un medio (*milieu*) social, no puede dejar de permear ese medio (*milieu*) hasta que toda la institución está saturada"³⁷.

En los E-ADR se pensaba que era una desventaja que no existiese un contacto "cara-a-cara" lo que dificultaba, por ejemplo, la lectura de las emociones y los espacios adecuados para intervenir (*la virtualidad de la disputa*). También se pensó que la posibilidad de grabar las conversaciones ponía en riesgo la confidencialidad y podía además limitar su capacidad de compartir información sensible (*la trazabilidad de la disputa*). Y, por último, se veía con escepticismo que máquinas se encargaran de una parte del proceso, lo que podía alejar a las partes del mediador (*la automatización de la disputa*)³⁸.

Lo que denominamos la *virtualidad*, la *trazabilidad* y *automatización de la disputa* se convirtió en la "era" de los ODR, generalmente, en ventajas y no en limitaciones. Al no pretender duplicar lo que se hacía en los ADR y reflejarlo en el mundo digital, los ODR dejaron de compararse con lo que se hacía en los ADR y giraron su atención a lo que podían hacer los ODR en el nuevo medio. Esta es su gran diferencia: los ODR cambiaron el juego, tenían nuevas posibilidades y limitaciones que no estaban presentes en los ADR o E-ADR. Un ejemplo de ello es que la *virtualidad* permitió ahora procesos asincrónicos con partes distanciadas geográficamente. La *trazabilidad* hizo posible, por un lado, enfocarse en lo que las partes *decían*, pues no había necesidad de tomar "nota" o "apuntes"; ya que todo podía quedar grabado para su posterior consulta y, por otro, facilitaba la imaginación de opciones para resolver o administrar la controversia. La *automatización*, por su parte, abrió un amplio espectro de posibilidades para hacer estos procesos más eficientes e incluso deliberar si es recomendable delegar más funciones en máquinas alimentadas con algoritmos para resolver procesos de forma masiva. Y finalmente, la *datificación* permitió que los ODR se perfilaran como mecanismos que no solo resuelven o administran controversias, sino también como mecanismos capaces de prevenirlos. El *big data* se convertirá en un aliado poderoso de los ODR que potencialmente tiene la capacidad de transformar estos procesos hacia una función de *prevención* en lugar de *resolución o administración*.

34 Rainey, Daniel y Katsh, Ethan. ODR and Government en M.S. Wahab et al. *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*. The Hague: Eleven International Publisher, 2012.

35 Dreyfus, Hubert. *On the internet* (Thinking in action). Milton Park, Abingdon, Oxon; New York: Routledge, 2009.

36 Ethan Katsh y Colin Rule, "What we know and need to know...", 330.

37 McLuhan, Marshall. *Understanding media*. New York: McGraw-Hill, 1964, 161.

38 Razones similares son expuestas en Katsh y Rabinovich-Einy, *Digital Justice...*, 33.

c. Finalidades de los ODR

Determinar la finalidades de los ODR permiten tener más claridad sobre su naturaleza. Es preciso distinguir dos tipos de finalidades: para qué sirven (la funcionalidad) y qué objetivos buscan (la instrumentalidad). En el primer sentido, la funcionalidad está atada a los avances tecnológicos existentes. Hoy, por ejemplo, se puede grabar información obtenida en interacciones virtuales, es posible hacer diferentes “cuartos” dentro de una plataforma u obtener información sobre las partes en disputa a través del big data. Esto era inviable hace un par de décadas. Por lo tanto, la funcionalidad de los ODR hoy es distinta de lo que fue hace unos años y lo será en un futuro. Ahora bien, la instrumentalidad que hace referencia a los objetivos de estos procesos parece ser la misma: (i) aumentar la eficiencia; (ii) expandir el acceso a estos procesos para que las partes resuelvan sus controversias; (iii) potencializar la innovación de herramientas tecnológicas; (iv) prevenir en la medida posible disputas similares en un futuro, y (v) preservar la relación existente entre las partes, de ser posible. Algunos de estos factores han animado al movimiento de los ADR desde su origen: la eficiencia, el acceso, la innovación, la prevención de futuras disputas y la preservación de relación. Al reflexionar sobre las lecciones que dejó el ODR de eBay, Colin Rule sostuvo que “la finalidad del sistema” –y uno podría decir de cualquier sistema de ODR– “era prevenir la mayor cantidad de disputas posibles, resolver amigablemente la mayor cantidad posible y luego decidir sobre las restantes de la forma más rápida y justa”³⁹.

Ahora bien, ¿cuáles son, entonces, las finalidades de los ODR en términos de su funcionalidad? Los ODR tienen múltiples finalidades. Según la tecnología utilizada, su función variará. Sirven para recibir las solicitudes, adelantar un proceso específico (mediación, arbitraje, etc.), administrar agendas, casos o estadísticas, establecer perfiles de “comportamientos conflictivos”, entre otros. A continuación, una lista de la funciones que pueden cumplir los ODR:

- Solicitudes (*intake*).
- Diagnostico de disputa.
- Procesar pagos o costos por el servicio de resolución de controversias.
- Administrar y custodiar información (personal, sensible o pública).
- Administración de casos (agenda, calendario procesal, citaciones, etc.).
- Manejo de plataformas de comunicación virtual o no sincrónica.
- Estadísticas o perfilamientos.
- Identificación de ZOPA (zona de posible acuerdo negociado).
- Reformulación de propuestas o ideas.
- Redacción de documentos para la resolución de controversias.
- Negociación automatizada.

Estas funcionalidades de los ODR deben enmarcarse en lo que las personas usuarias generalmente esperan de estos procesos: transparencia, eficiencia, uso sencillo, comunicación y un resultado justo en la medida de lo posible.

d. Tipos de los ODR

Los tipos de ODR pueden clasificarse de tres maneras: según el tipo de proceso (*tipología por proceso*), según los sujetos (*tipología por sujeto*), o según la función que cumple la tecnología en el ODR (*tipología por tecnología*)⁴⁰.

e. Tipología por proceso

- **ODR como sistemas expertos de negociación para administrar y resolver controversias de carácter económico (negociaciones asistidas).** Dentro de este tipo de ODR, se encuentra la negociación asistida como un proceso complejo a través del cual se clarifican los intereses de las partes en disputa, se jerarquizan las preferencias y se proponen fórmulas de arreglo. Este proceso de negociación puede incluir una fase de ofertas “ciegas” (*blind-bidding*) para resolver disputas. Una de las primeras versiones de estos ODR es *Cybersettle*, una plataforma creada originalmente para la resolución de reclamaciones de pólizas de seguro, pero que actualmente cuenta con un portafolio más amplio, brindando soluciones en materia de servicios financieros, firmas de abogacía, sociedades, servicios públicos y empresas de servicio profesional⁴¹. Otro ejemplo es *Smartsettle*, un algoritmo patentado para optimizar los procesos de negociación, administrar las preferencias de múltiples partes y generar acuerdos potenciales⁴².
- **ODR como arbitraje online a través de una plataforma y con el soporte de arbitraje calificado (arbitraje a distancia).** Dentro de este tipo de ODR se encuentran *VirtualMagistrate*, uno de los primeros tribunales de arbitraje virtuales, lanzado en 1996 para resolver disputas que involucraran a usuarios/as de sistemas en línea que aleguen ser agraviado por mensajes falsos o publicaciones en redes tendenciosas y operadores de los sistemas en donde se publican dicha información. Sin embargo, este ODR solo profirió una decisión en un caso por un mensaje publicado en AOL⁴³. Por otro lado, se encuentra el sistema de resolución de controversias ICANN *Uniform Domain Name-Resolution Policy* en donde se prohíbe, por ejemplo, según la regla 13 del *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy Rules*, las audiencias presenciales, a menos de que sean necesarias y a discreción del panel⁴⁴.

40 Esta tipología es una ampliación de aquella propuesta por Lucia Ruggeri en su artículo “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres. Revista de Estudios de Derecho y Política. Número 10. 2010. Ella, sin embargo, propone una taxonomía distinta: (i) el papel del tercero para el alcance del acuerdo (el tercero ayuda a las partes pero no asume una posición, el tercero propone la solución y la comparte con las partes o el tercero adopta una decisión para resolver la controversia); (ii) el uso de técnicas de comunicación a distancia (negociación asistida, mediación a distancia, arbitraje a distancia; (iii) con respecto al país en el que operan los sujetos de la relación jurídica (en el mismo país o en países distintos), (iv) con respecto a la tipología de los sujetos en disputa (ADR B2C, B2B, A2C, A2B, A2A, peer-to-peer), o (v) con respecto al objeto de la controversia (civil y comercial, de familia, administrativa o penal).

41 Ver <http://www.cybersettle.com/> [02.02.21].

42 Ver <https://www.smartsettle.com/about-us> [02.02-21].

43 Abdel Wahab, Mohamed S., ODR and e-Arbitration. Trends & Challenges en *Online Dispute Resolution Theory and Practice*,” Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey (eds.), published, sold and distributed by Eleven International Publishing. The Hague, Netherlands, 2012, 400.

44 Ver <https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-en> y <https://www.arbresolutions.com/> [02.02.21].

- **ODR como mecanismos para resolver quejas y reclamos de situaciones de personas consumidoras utilizando algoritmos, e-mails y otras herramientas para su gestión (reclamación de consumidores/as).** El sistema de resolución de disputas de eBay fue uno de los primeros casos de éxito de este tipo de ODR. Incluso, el sistema de eBay al ser escalonado incorpora también la mediación online como una de sus fases finales en la administración de la disputa. Actualmente, dentro de estos ODR también se encuentra, entre otras iniciativas, *BBBOnLine*, una compañía dedicada a administrar las quejas de las personas consumidoras en los Estados Unidos⁴⁵.
- **ODR como mediación virtual a través de una plataforma y con el soporte de mediación calificado (mediación a distancia)**⁴⁶. La mediación virtual es quizás el tipo de ODR que más proliferación ha tenido en los últimos años. Foros como *OnLineMediators*⁴⁷ o *The Forum*⁴⁸ son dos de las innumerables plataformas en las que las personas mediadoras ofrecen sus servicios virtualmente.
- **ODR como sistemas de resolución de controversias en comunidades online para afianzar valores, principios y normas de uso de la plataforma o el servicio (sistemas de resolución de conflictos comunitarios).** Estos ODR se han vuelto cada vez más populares con el surgimiento de redes sociales y comunidades virtuales gobernadas por sus propias normas y valores. Un ejemplo de estos ODR es el sistema de resolución de controversias implementado por Wikipedia para dirimir las controversias relacionadas con las ediciones a los artículos publicados en la enciclopedia virtual (*Dispute Resolution Notice Board*)⁴⁹.

f. Tipología por sujetos

La tipología por sujetos se fundamenta, en primer lugar, en los dos tipos de comercio electrónico: empresas al consumidor (B2C) o empresas a empresas (B2B). En las primeras, un/una consumidora cualquiera adquiere un bien de una empresa, por ejemplo, Apple o Amazon. La relación entre la persona consumidora y la empresa es vertical en términos de poder, información y capacidad de imponer las condiciones jurídicas de la venta. Igualmente, la empresa tiene que atender y cumplir con innumerables transacciones mientras que la persona solo busca una o pocas según los productos que pretenda adquirir. En las transacciones de empresa a empresa (B2B), la dinámica, por lo general, cambia. La relación tiende a ser más horizontal y las dos partes tienen poder informativo, económico y jurídico. En palabras de Colin Rule, la importancia de esta distinción es comprender que el diseño de ODR B2C y ODR B2B deberá atender a las particularidades de las personas⁵⁰.

45 Ver <https://www.bbb.org/consumer-complaints/file-a-complaint/get-started> [02.02.21]; Katsh, E., Rifkin, J., y Gaitenby, A., E-commerce, e-disputes, and e-dispute resolution: in the shadow of eBay law. *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, 15(3), 2000, 705-734.

46 Van den Heuvel, Esther, 8.

47 <https://onlinemediators.com/> [02.02.21].

48 <https://www.adrforum.com/mediation> [02.02.21].

49 David A. Hoffman; Salil K. Mehra, "Wikitruth through Wikiorder," *Emory Law Journal* 59, no. 1 (2009): 151-210; https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Dispute_resolution_noticeboard.

50 Rule, Colin, Online Dispute Resolution for Business B2B, E-Commerce, Consumer Employment, Insurance and other Commercial Conflicts, 96.

Las categorías de B2B y B2C pueden extenderse a otras relaciones. Por ejemplo, P2P –sistemas de ODR entre personas–; B2A o A2B entre empresas y la administración (gobierno), y viceversa, para dirimir, entre otros, temas de contratación pública en línea; A2C administración y consumidores lo cual se puede asimilar a los sistemas de gobierno en línea, recaudo de impuestos o incluso justicia digital. Y finalmente, aunque menos usada, A2A para dirimir controversias entre diversas entidades de la administración⁵¹.

g. Tipología por tecnología

Esta tipología por su simplicidad es muy útil para categorizar los diversos ODR. Consiste en distinguir tres tipos de ODR: (i) ODRs con asistencia tecnológica en la comunicación en donde el rol de la tecnología se reduce a proveer un medio de comunicación (e-mail, zoom, plataformas) para facilitar e intercambiar información; (ii) ODRs con asistencia tecnológica en la administración y resolución de la disputa en los que la tecnología se usa, a través de algoritmos, para resolver las disputas directamente (por ejemplo, eBay), y finalmente (iii) ODRs con asistencia tecnológica para la prevención de conflictos en los que la tecnología tiene un rol de prevención y de reducción de potenciales disputas⁵².

Esta tipología se pregunta ¿qué rol cumple la tecnología en el proceso? Si es un rol de plataforma o tecnología de la información, entonces es un ODR con asistencia tecnológica en la comunicación. Si el rol de la tecnología es participar en actos de facilitación, administración o resolución de conflictos, entonces es un ODR basado en tecnología de administración y resolución de disputa. Y si el rol de la tecnología es apoyar en actos de prevención de resolución de conflictos, es un ODR basado en tecnología de prevención de disputas. Nada impide que existan híbridos. Por ejemplo, que un ODR de prevención no pueda también ser un ODR con asistencia tecnológica en la comunicación⁵³.

h. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de los ODR?

Las ventajas y las desventajas de los ODR no son estáticas, es decir, las desventajas que existen hoy no serán necesariamente las desventajas en un futuro. La manera como se integren los procesos automatizados y la tecnología con los procesos controlados por humanos tendrán un impacto en los ODR y sus eventuales ventajas y desventajas. Una buena articulación e integración de los procesos automatizados con los controlados por las personas, traerá mayores ventajas en términos de eficiencia, calidad y justicia.

Algunas personas promotoras de los ODR antes de detallar ventajas y desventajas específicas de los ODR, resaltan que las ventajas de los ADR/MASC son extrapolables a los ODR⁵⁴. El hecho de que las disputas se resuelvan rápidamente y con menos inversión

51 Ibid.

52 Esta tipología tiene su fuente en la sugerencia de Mohamed S. Abdel Wahab en ODR and e-Arbitration. 402.

53 Ver OECD, Unpacking E-commerce. Business Models, Trends, and Policies. 2019.

54 Rule, Online Dispute Resolution for Business B2B..., 61.

de recursos (*augmenta la eficiencia*); la consecuencia de que la relación entre las partes se afecte menos y, en ocasiones, incluso se fortalece (*fortalece la relación*); la flexibilidad y experimentación que se admite en crear soluciones creativas y a la medida de la disputa (*adaptabilidad*), y el cumplimiento o implementación de la solución, por lo general, se lleva a cabo porque las partes en disputa asumen la controversia y su resolución como propia por haber participado en el proceso (*augmenta ejecutabilidad*)⁵⁵.

La eficiencia temporal y económica

Ahora bien, el hecho del dinamismo de los efectos de los ODR no significa que no podemos *ex ante* hacer una valoración de las tendencias de los ODR. La eficiencia ha sido el principal argumento que esgrimen en la defensa de los ODR tanto en términos temporales como económicos. La eficiencia temporal significa que si un proceso (x) dura en resolverse en un contexto ordinario un tiempo (t), en los ODR ese mismo proceso (x) durará (t-n), en donde n será el tiempo ahorrado por la automatización de una parte o la totalidad del proceso. Por otra parte, la eficiencia económica supone un razonamiento similar: en un sistema de solución de controversias presencial, el costo de un proceso (x), será de c y en ODR, el proceso (x) tendrá un costo de (c-n), en donde n será el costo ahorrado por la automatización. Ahora, el problema de estos argumentos es que invisibilizan el costo de tiempo y de recursos que toma diseñar, implementar, evaluar y corregir sistemas de ODR. Por ello, en dichas fórmulas se debe agregar otra variable que identifique el costo en tiempo y en dinero que implica la implementación de un sistema de ODR.

La relación entre las partes

Extender los beneficios de los ADR en términos de conservar o mejorar la relación entre las partes como lo pretende, entre otros, la mediación transformadora, implica asumir que a través de los ODR habrá contacto entre las partes para habilitar, por ejemplo, perdones, aceptaciones de responsabilidad, o simplemente espacios de escucha. Sin embargo, en los ODR no siempre hay contacto entre las partes y a veces la disputa se resuelve sin que las partes se hayan visto una sola vez, por lo cual es difícil universalizar el argumento de que los ODR mejoran la relación entre las partes. Más aún, en transacciones de comercio electrónico las partes a veces ni siquiera tienen una relación previa. El capitalismo informacional, en los términos de Julie Cohen, ha llevado a procesos de “encerramiento”, “dematerialización”, y “rematerialización” en plataformas⁵⁶, lo que, a su turno, ha tenido como efecto la desmaterialización de las relaciones humanas al punto que pueden ser inexistentes.

La adaptabilidad

La adaptabilidad es una ventaja que tiene que ser tomada con “un grano de sal”. Los ODR están diseñados algorítmicamente y pocas veces admiten ajustes específicos según la disputa, por lo cual las soluciones creativas y la experimentación debe estar

55 Id.

56 Cohen, Julie E. *Between Truth and Power*, Oxford University Press. Kindle Edition, 15.

insertada en la arquitectura misma del ODR. La adaptabilidad en los ODR existirá si desde su diseño y en la arquitectura algorítmica, se abre un espacio para la experimentación.

La ejecutabilidad

Finalmente, los ODR tienen una ventaja comparativa en materia de ejecutabilidad frente a los ADR y es que pueden utilizar tecnologías como blockchain o pagos automáticos ordenados con base en lo que las partes acuerden durante el proceso. De modo que no solo la ejecutabilidad se refuerza en los ODR por la participación y sentido de pertenencia a la disputa que tienen las partes –algo que, por cierto es cuestionable si ocurre en los ODR–, sino también por la posibilidad que tienen los ODR de garantizar la ejecución del acuerdo con tecnologías de custodia y administración de pagos.

Dentro de las **ventajas** específicas de los ODR se encuentran:

- **Asincronicidad:** Adelantar el proceso en tiempos distintos para que el proceso no interfiera con los compromisos cotidianos de las partes y sea una experiencia que distorsione en la menor medida posible la vida de las partes en disputa.
- **Virtualidad:** Habilitar sistemas de información virtuales para que las partes no tengan que desplazarse para adelantar el proceso.
- **Diferencias de poder:** Disminuir los riesgos derivados por el poder económico o político de una de las partes –problema que fue señalado por Owen Fiss⁵⁷, Richard Delgado⁵⁸ y otros críticos respecto de los ADR.
- **Intimidación por asesorías:** Disminuir los riesgos derivados por agentes o asesorías de una de las partes que pueden connotar experticia e inclinar el proceso a favor de una de las partes.
- **Sesgos:** Disminuir los riesgos derivados por los sesgos de los neutrales (tercera parte) en la medida que los sistemas automatizados están menos propensos a ellos. No obstante lo anterior, hoy en día este punto se ha reevaluado dado que los algoritmos incorporan en el código los sesgos de sus diseñadores y de la historia cultural en la que se desarrollan⁵⁹. Incluso, en contextos dramáticos, marcadores de identidad (raza, género, nacionalidad) pueden no ser compartidos en ODR para evitar dinámicas de sesgos o de falta de neutralidad por parte de las personas facilitadoras, mediadoras o adjudicadoras.
- **Investigación:** Aumentar los espacios de investigación para que las partes durante el proceso puedan acceder a herramientas que les permita idear soluciones creativas, opciones de arreglo o criterios objetivos para dirimir algún punto dentro de la controversia⁶⁰.
- **Enfriamiento:** Aumentar el enfriamiento de las emociones y disminuir los niveles de conflictividad. En las comunicaciones virtuales es menos común –al menos teóricamente– “el escalamiento a acusaciones, injurias y violencia que en las comunicaciones cara-a-cara”⁶¹.

57 Fiss, Owen, *Against Settlement*, *Yale Law Journal*, 1984.

58 Delgado, Richard. (2017). *Alternative Dispute Resolution: A Critical Reconsideration*. *SMU Law Review*, 70 (3), 595.

59 Ver Eubanks, *Automating Inequality: how high-tech tools profile, police and punish the poor*, New York: St. Martin's Press, 2018.

60 Rule, *Online Dispute Resolution for Business B2B*, 65

61 Id. 66.

- **Reflexión:** Aumentar la reflexión sobre el proceso, la disputa, las opciones de arreglo y las emociones que surgen de él⁶².
- **Anonimidad:** Aumenta en ciertas circunstancias el flujo de información cuando se trate de disputas en las que las personas son el problema⁶³.
- **Conveniencia:** Aumenta la conveniencia para las partes en términos generales. Al no exigir desplazamiento ni permisos de trabajo el costo de la disputa en términos absolutos disminuye. Las partes pueden conectarse en cualquier parte y en cualquier tiempo dentro de los parámetros del proceso⁶⁴.
- **Expansión de los neutrales:** Aumenta la oferta, en algunos ODR, de personas expertas que apoyarán a las partes, quienes podrán ser especialistas en el contenido de la disputa o por la facilidad de los ODR pueden apoyar incluso desde otro lugar⁶⁵.
- **Mentorías invisibles:** Facilita a los neutrales la capacidad de ejercer el rol de mentoría de las partes sin que su neutralidad se distorsione por la percepción de la otra parte. En estos casos, es importante que los neutrales en sus mentorías se atengan a las pautas de independencia y neutralidad⁶⁶.
- **Modulación:** Flexibilizar al gusto de los neutrales, las partes o la administración de los ODR los módulos de los sistemas para que incluyan algunas fases de los procesos de resolución de controversias (i.e. caucus, administración de documentos, guardar asincronicidad, etc.)⁶⁷.
- **Confianza:** Aumenta la confianza de las partes en las organizaciones o empresas que implementan los ODR, lo cual puede llevar a aumentar la fidelización de clientes o la aprobación de las pautas normativas que respaldan estos sistemas de ODR.
- **Documentación:** Facilita la administración de documentos, grabación de sesiones y el manejo de pruebas.
- **Anti-litigiosidad:** Disminuye las probabilidades de que las partes inicien litigios contra las organizaciones, compañía u otras partes y, con ello, se reducen los costos potenciales de un litigio.

Esta lista generosa evidencia el potencial de los ODR, sin embargo, vale la pena señalar que, frente a cada punto, existe un contra-argumento que saca a la luz también los peligros de los ODR. Por ejemplo, en la investigación, la parte que cuente con mejores asesores y tenga mayor poder, utilizará el tiempo para hacer más robusta su posición. El enfriamiento, por ejemplo, también puede inhibir emociones que a veces son importantes de expresar para poder asumir la disputa. La asincronicidad puede presionar a las partes que más urgencia tengan de llegar a un acuerdo por depender económicamente del resultado de la disputa, lo que pondrá en ventaja a las partes con mayor poder, y así sucesivamente.

Adicionalmente, se ha argumentado que los ODR ofrecen beneficios a todas las partes involucradas por el hecho de que el proceso esté diseñado a la medida y al

62 Id. 67.

63 Id. 68.

64 Id. 69.

65 Id. 69.

66 Id. 75.

67 Id. 76.

ser asincrónico haya tiempo suficiente para responder a la otra parte. Esto reduce el riesgo de intimidación. Para quienes estén asumiendo el rol de “neutrales” facilitando, mediando o adjudicando la disputa, los ODR tienen la ventaja de proveer herramientas adicionales para planear y llevar a cabo la resolución de disputas. Entre otras cosas, podrán en algunos momentos trabajar con una parte o hacer *caucus* sin que la otra parte tenga que esperar. Y desde el punto de vista de quienes implementan los ODR (organizaciones, empresas y gobierno) podrán recolectar información para identificar los asuntos más conflictivos y tratar los conflictos en su etapa temprana para prevenirlos sin que todos ellos requieran de métodos facilitativos o adjudicativos⁶⁸.

Desventajas

Los ODR también tienen varias desventajas que son descuidadas o ocultadas por las personas promotoras. Es relevante hacer explícitas estas desventajas para que los/as usuarios/as entiendan los riesgos y los/as operadores/as adopten medidas para mitigarlos.

Primero, en los sistemas en línea existe la posibilidad de documentar todo lo que ocurre. Desde las grabaciones de las sesiones hasta la conservación en la nube de los documentos aportados por las partes, convierte la documentación en un riesgo para la privacidad y confidencialidad de las partes. Otro de los problemas de la documentación es que será más difícil que las partes olviden qué se dijo y qué agresiones durante el proceso existieron. Este obstáculo para el olvido puede reducir las probabilidades de una reconciliación entre las partes y en cambio las partes pueden tener a su alcance estas experiencias que acentúan la distancia y el conflicto entre ellas⁶⁹.

Segundo, y asociada con los excesos de documentación antes referidos, tiene que ver con la privacidad y confidencialidad de las partes. Como las tecnologías de la información, por lo general, no tienen una seguridad infalible, las partes pueden tener dudas de si vale la pena resolver sus controversias a través de sistemas de ODR y prefieran, en cambio, iniciar los procesos presenciales para tener control sobre la seguridad de la información compartida y la confidencialidad⁷⁰.

La tercera desventaja, señalada por Colin Rule, es la posibilidad que tienen las partes en ODR de salirse fácilmente de las sesiones o fingir alguna falla técnica para evadir conversaciones difíciles o momentos en los procesos de resolución de la disputa que pueden ser incómodos, tensos o conflictivos. En las sesiones presenciales, es más difícil “irse” o “fingir” que en los contextos virtuales. Por lo tanto, ODR (mal usados) permite a las partes actuar estratégicamente. En palabras de Rule, “no hay forma de obligar a las partes a continuar participando en una interacción en línea si no quieren”⁷¹.

Cuarto, es más difícil construir confianza en contextos virtuales. De hecho, en las conversaciones presenciales suele existir más “conversación de ambiente” para

68 Rule, *Online Dispute Resolution for Business*, 63.

69 Rule, *Online Dispute Resolution for Business*, 80.

70 Rule, *Online Dispute Resolution for Business*, 81-82.

71 Rule, *Online Dispute Resolution for Business*, 84.

fijar el tono y distencionar las relaciones. Ahora bien, esto significa que las personas participantes en conversaciones digitales estamos con menos entrenamiento para abrir espacios de distención y de generar confianza y, en su lugar, tenemos la tendencia de tener conversaciones más ejecutivas, directas y menos cálidas por la falta de cercanía con otros seres humanos⁷². Esta falta de espacios informales para generar confianza puede ser corregida desde el diseño mismo de las herramientas y plataformas de comunicación en donde se llevará a cabo los procesos de resolución, administración y ventilación de conflictos.

Quinto, y asociado con lo anterior, en los contextos digitales es más difícil expresar y leer el lenguaje corporal, insumos pertinentes para manifestar y obtener información en los procesos de resolución de controversias⁷³.

Sexto, y esto es un punto debatible, los contextos de comunicación en línea dificultan la labor de manejar y nivelar los desbalances de poder. No solo desde el punto de vista del acceso a los sistemas de comunicación digitales, sino una vez el acceso está garantizado, administrar el espacio de manera equilibrada. Esta crítica es una reformulación de una observación del profesor de Yale, Owen Fiss, que se viene adoptando contra los ADR, en general, y que tiene su desarrollo contra los ODR, en particular⁷⁴.

Por último, la desventaja más difícil de sobrellevar serán los obstáculos generados por la particularidad específica del medio, por ejemplo, problemas de acceso a tecnologías de la información, problemas de conectividad, problemas de manejo de las herramientas tecnológicas y problemas de compatibilidad de sistemas. Estos problemas tienen componentes técnicos y adaptativos. Los primeros se solucionarán con recursos, tiempo y tecnología, mientras que los segundos exigirán un cambio de mentalidad y de hábitos⁷⁵.

2.2. ¿QUÉ SON LAS CORTES ONLINE O DIGITALES?

Si los ODR en sentido estricto son, como se observó, sistemas y procesos de resolución de controversias para la administración, resolución o prevención de controversias *por fuera* de las cortes asistidos total o parcialmente por “la cuarta parte”, es decir por la tecnología, entonces no es clara cuál sería la diferencia con las cortes digitales distinto del hecho de que se trata de controversias administradas *dentro* de las cortes. Richard Susskind, quizás unos de los defensores más fervientes de las cortes digitales, ha señalado incluso que la definición de las cortes “online” o digitales es “provocativa y borrosa en sus esquinas”, es decir que no cree que sea posible una definición precisa y rigurosa de ellas⁷⁶. Más aún, sería quizás más adecuado hablar de servicios en línea

72 Rule, Online Dispute Resolution for Business, 84.

73 Rifkin, Online Dispute Resolution Theory and Practice of the Fourth Party, 122.

74 Ver Fiss, Owen, Against Settlement.

75 Heifetz, Ronald, Grashow, Alexander y Linsky, Marty. *The practice of adaptive leadership: Tools and tactics for changing your organization and the world*. Boston, Mass.: Harvard Business Press, 2009.

76 Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, 5.

o por internet adelantado por las cortes, pues hasta hoy, la mayoría de ellas con unas pocas excepciones, como el Beijing Internet Court, no se encuentran en su totalidad en internet. Pese a ello, los términos “cortes online” o “cortes digitales” han sido utilizados en dos acepciones desde los noventa:

1. Un servicio de administración y resolución de controversias suministrado por el Estado y soportado por tecnologías de la información y de las comunicaciones (*definición de cortes online como servicio*).
2. El proceso de toma de decisión y resolución de casos por un juzgado y presentados por las partes a través de servicios en línea o digitales –no en salas de audiencia física (*definición de corte online como proceso de toma de decisiones*)⁷⁷.

La diferencia entre la definición de *cortes online como servicio* y *cortes online como proceso de toma de decisiones* es que la primera es más extensa en cuanto admite otro tipo de servicios en línea como (i) acceso a información jurídica relevante, (ii) mecanismos de notificación de providencias judiciales, (iii) mecanismos para apoyar en la formulación de una demanda, su contestación o aporte de material probatorio, o (iv) mecanismos de resolución de conflictos como la negociación, mediación o valoración de un tercero sobre algún punto en controversia, entre otros procesos. En cambio, la segunda definición es más restrictiva pues se refiere únicamente al proceso de toma de decisiones de un juzgado –o eventualmente un algoritmo– que se lleva a cabo total o parcialmente a través de medios digitales.

Otra clasificación posible para seguir afinando las definiciones de cortes online o digitales depende de la pregunta: ¿quién presta el servicio?, o ¿quién toma la decisión? Si es una persona la encargada de tomar la decisión en las cortes digitales, entonces serán de “primera generación” y si la toma de decisión se fundamenta en sistemas de inteligencia artificial, entonces será una corte digital “de segunda generación”⁷⁸.

Finalmente, la otra clasificación posible, recientemente popularizada por Richard Susskind, es la de distinguir entre *la justicia como lugar* y *la justicia como servicio*. “Es la corte un servicio o un lugar? ¿Debemos congregarnos físicamente para conciliar nuestras diferencias legales?”⁷⁹ En el primer sentido, la justicia se concibe como un espacio físico en donde se llevan a cabo los procesos y decisiones jurídicas. Incluso hay doctrinantes que afirman que es conceptualmente imposible pensar en la justicia sin asociarla a la idea de cortes “físicas”⁸⁰. En el segundo caso, la justicia es un servicio para resolver controversias de forma expedita, económica, comprensible y proporcional. Para Susskind, la revolución digital en la justicia consiste, entonces, en utilizar la tecnología para transformar el servicio de la justicia, no tanto el lugar.

77 Estas definiciones se derivan, pese a algunas variaciones, de Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, 5-6. Susskind las denomina a la primera “extended courts” (cortes extendidas) y a la segunda “online judging” (juzgamiento en línea).

78 Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, 7.

79 Susskind, Richard, The Future of Courts. *The Practice*. Vol. 6 (5), July-August 2020. <https://thepractice.law.harvard.edu/article/the-future-of-courts/>

80 Ver Resnik, Judith and Curtis, Dennis, *Representing Justice*. 2011.

Una forma de articular estas clasificaciones es diferenciando el *dónde*, *qué* y *quién* en la justicia digital. Dónde se lleva a cabo la administración de justicia puede ser en espacios virtual o presenciales. Qué servicio se presta: el de resolver o administrar controversias (o eventualmente de prevenirlas). Y quién lo presta: el juez o jueza como adjudicadora que puede ser un computador (algoritmo) o un ser humano.

	Justicia como lugar (dónde)		Justicia como servicio (qué)		Justicia como toma de decisiones (quién)
Virtual	Audio Video Documental	Resolución	Adjudicación Mediación Negociación	Humano	Juez Árbitro Amigable componedor
Físico	Corte Juzgado	Gestión / administración	Convocatoria Registro Grabación Facilitación	Computador	Algoritmo (total) Algoritmo (parcial)

a. Características de las cortes online o digitales

Las características de las cortes digitales u online son indisolubles de algunas consideraciones normativas en la medida que las cortes digitales y online son diseñadas para promover la justicia no sólo en la aplicación de las normas jurídicas relevantes, sino en la configuración del sistema de resolución de controversias, sea de primera o segunda generación.

Las cortes digitales de primera generación son aquellas en las que todas las decisiones vinculantes son tomadas por personas. Las cortes de segunda generación, en su lugar, son aquellas que utilizan algún componente de inteligencia artificial para tomar todas o algunas de las decisiones dentro del proceso⁸¹.

Independientemente de si se trata de cortes digitales de primera o segunda generación, las características que comparten ambas modalidades son las siguientes:

- **Digitalización:** parte o la totalidad de los documentos e información que se comparte se hace por medios digitales o se conserva en medios digitales.
- **Eficiencia:** la implementación de cortes digitales está orientada a resolver controversias de manera más rápida.
- **Economía:** La implementación de las cortes digitales pretende ahorrar a largo plazo los costos para la persona usuaria y el Estado en la administración de justicia.
- **Escalonados:** Las cortes digitales, por lo general, incorporan un sistema escalonado de resolución de controversias (p.e. negociación, luego si falla, mediación, y luego si fracasa, adjudicación).

- **Acceso:** Se busca aumentar el acceso a los servicios de justicia con herramientas de las tecnologías de la información y las comunicaciones.
- **Híbridez:** Tienen un componente algorítmico y otro componente humano.
- **Informativos:** Las cortes digitales establecen procesos informativos para que la ciudadanía sepa qué hacer si tienen una controversia.
- **Navegables:** Las cortes digitales son intuitivas y su navegación debe ser fácil de aprender.
- **Escalable:** Las cortes digitales son sistemas y procesos escalables a otros lugares y regiones siempre que exista adaptación entre los sistemas y prácticas existentes y los sistemas y prácticas deseadas.

b. Diferencias entre los ODR y las cortes online o digitales

Coloquialmente algunas personas hacen una distinción entre ODR y cortes digitales para indicar que los ODR son sistemas del sector privado para resolver o administrar controversias con el apoyo de tecnologías de la información y las comunicaciones como el internet. Mientras que las cortes digitales serían los sistemas y procesos adoptados en el sector público, específicamente en la rama judicial, para resolver controversias con el soporte de tecnologías. Esta distinción es problemática no solo porque introduce una distinción artificial entre lo “público” y lo “privado”, sino también porque desconoce que los ODR y las cortes digitales se influyen mutuamente, al punto que hoy compañías de ODR como Tyler Technologies proveen los sistemas de digitalización de justicia a algunos estados en los EE.UU., así como a compañías.

Históricamente, los ODR surgieron del comercio electrónico y se fue expandiendo a otros sectores económicos. La presión a las cortes venía de lo que ocurría en el sector privado. Compañías como PayPal, eBay, Amazon, y Airbnb tenían sistemas robustos de resolución de controversias, mientras que las cortes continuaban con sus rutinas típicas de procesamiento y resolución de controversias a veces ineficientes y engorrosas. Como las cortes eran, según el imaginario de algunos profesionales en el campo del derecho y ciudadanía, el único lugar donde se podía resolver definitivamente una disputa, el servicio que se prestaba ahí no tenía la presión de innovarse. No existía competencia para las cortes. Hoy en día, esta situación ha cambiado. Las cortes compiten por la resolución de controversias y deben, por lo tanto, ofrecer servicios que sean comparables con aquellos ofrecidos por los privados. Adicionalmente, las nuevas generaciones están más acostumbradas a hacer todo en línea: conectar con amigos, conocer personas, desarrollar grupos de afinidad, entre otras actividades. Por lo anterior, las cortes comenzaron a adoptar enseñanzas y sistemas desarrollados en los ODR. Fue así como los ODR se convirtieron en un mapa y punto referencial para las cortes digitales, razón por la cual una diferencia analítica entre ambos conceptos es problemática⁸².

c. Finalidades de las cortes online o digitales

Hay varios argumentos que suelen formularse para apoyar el desarrollo de cortes online y digitales. Primero, las cortes online o digitales son más eficientes en términos de tiempo y dinero para los Estados (*eficiencia*). Segundo, la congestión judicial y los procesos complejos que se articulan actualmente en las cortes deben ser reemplazados y actualizados por sistemas tecnológicos que respondan mejor a las necesidades de la sociedad de información (*adaptación*). Tercero, las satisfacciones de las personas usuarias se aumentaría en las cortes online o digitales no sólo por el ahorro que pueda generarle en términos de dinero y tiempo, sino especialmente por las decisiones de fondo las cuales podrán ser optimizadas eventualmente para responder a todos los intereses (*predictibilidad*). Finalmente, se afirma que las cortes online o digitales aumentarán el acceso y cobertura a los sistemas judiciales (*acceso*)⁸³. Estos argumentos hay que leerlos con una dosis de cautela, pues todavía los costos potenciales de la justicia digital no son fácilmente previsible ni tampoco es claro cómo las dinámicas de resolución de controversias se beneficiarán o se perjudicarán por estos métodos parcial o totalmente automatizados.

Aparte de los argumentos de eficiencia, adaptación, predictibilidad y acceso, otra justificación que suele asociarse con las cortes digitales o procesos judiciales online es la eliminación de incentivos y barreras para adelantar algunas controversias. Por ejemplo, la posibilidad de presentar un documento electrónico desde cualquier lugar y participar en las audiencias de manera remota, recibir notificaciones electrónicas de las actuaciones del proceso no solo fomentan la comunicación entre las partes y el funcionariado judicial, sino permiten que las personas agraviadas o con reclamos legítimos no se limiten a presentarlos por motivos como la distancia, el tiempo de administrar el proceso

A nivel global una posible lectura de los fines de las cortes digitales y los procesos judiciales online, particularmente los de naturaleza pública, es en el marco del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16 de las Naciones Unidas, orientado, entre otras cosas, a promover el acceso a la justicia y la construcción de instituciones inclusivas. Algunas personas promotoras de las cortes digitales y los procesos judiciales online, como Richard Susskind, indicó que el objetivo es realizar el ODS 16⁸⁴. Sin embargo, este objetivo requiere previamente un esfuerzo destinado a cerrar la brecha de conectividad al internet.

Los objetivos de las cortes digitales y de los procesos judiciales online también pueden leerse a partir de los principios aspiracionales de justicia que se han desarrollado

83 Se habla aquí "en teoría" porque la precariedad de conectividad en varios países pone en duda el argumento de que las cortes online o digitales aumentarán el acceso. Uno de los factores que afectan el acceso a la justicia es la brecha tecnológica (digital divide). Ver OECD y Open Society Foundations. "Leveraging the SDGs for Inclusive Growth: Delivering Access to Justice for All. Issues brief. 2016, 8. Sin embargo, este es uno de los argumentos que defiende Susskind al indicar que su motivación principal para denominar a las cortes online es para aumentar su acceso y el de los servicios legales. En otras palabras, él quiere que sea fácil para todo el mundo entender y ejecutar los derechos e intereses jurídicos que le pertenecen (Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, 8).

84 Susskind, *Online Courts...*, 294.

para ODRs. Por ejemplo, el listado de aspiraciones de justicia de proveedores de ODR pueden ayudar a precisar los objetivos y la dirección de las cortes digitales⁸⁵:

Principio	Explicación
Transparencia	Las cortes y procesos judiciales digitales deben proveer información accesible para todos respecto de los servicios que presentan y del aspecto tecnológico, si es relevante, que los sostienen.
Independencia	Las cortes y procesos judiciales digitales deben operar de manera independiente de los intereses privados, en especial, si el operador de estos servicios o el concesionario es un privado.
Imparcialidad	Las cortes y procesos judiciales digitales deben operar sin ningún sesgo a favor (o en contra) de alguna de las partes.
Efectividad	Las cortes y procesos judiciales digitales deben tener herramientas para darle seguimiento al cumplimiento de la decisión vinculante a la que se llegue.
Equidad e Integridad	Las cortes y procesos judiciales digitales deben observar el debido proceso y asegurar a cada parte la oportunidad de expresar su punto de vista frente a la controversia.
Accesibilidad	Las cortes y procesos judiciales digitales deben ser accesibles para todo el mundo y con sistemas de fácil uso para quienes los utilicen.
Flexibilidad	Las cortes y procesos judiciales digitales deben adaptarse a las necesidades y el tipo de controversia que las partes presenten.

d. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de las cortes online o digitales?

Desde su concepción, los ODR públicos o cortes online pretendieron aplicar las ventajas ya descritas de los ODR a las cortes. En palabras de Susskind, “si los ODR eran una gran promesa, por qué no adoptar estas tecnologías con miras de ampliar y mejorar el servicio de las cortes y, a su turno, aumentar la confianza en las cortes públicas en el Estado de derecho”⁸⁶. La ventaja principal de las cortes online entonces era replicar los frutos de los ODR privados y extenderlos en un nuevo ámbito. Asimismo, se buscaba que fuera un servicio que (i) facilitara el uso del sistema judicial, (ii) aumentara el acceso a los mismos y (iii) retornara la confianza al sistema por responder de manera eficiente, económica y satisfactoria a las demandas de justicia.

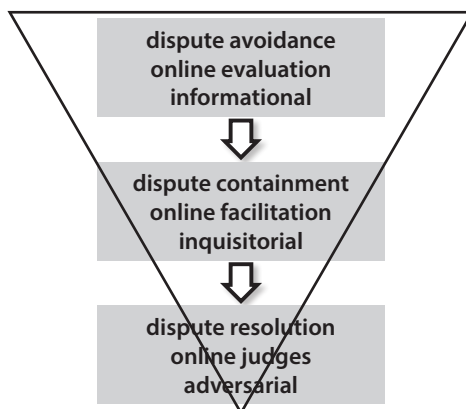
Los arquitectos de la justicia digital, como Susskind, pretendían modelar el sistema a la luz de grandes plataformas electrónicas como Amazon o eBay para hacer la experiencia de justicia similar a la experiencia de adquirir algún servicio por medio de internet.

En el Reporte *Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, el *Online Dispute Resolution Advisory Group* sostuvo que una de las formas para obtener las ventajas

85 A continuación una tabla que replica y hace algunos ajustes menores de la propuesta de las aspiraciones de justicia de los proveedores de ODR elaborada por Ruha Devanesan y Jeffrey Aresty en “ODR and Justice – An Evaluation of Online Dispute Resolution’s Interplay with Traditional Theories of Justice”, en Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh, y Daniel Rainey (eds) *Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution*. Portland: Eleven International Publishing.

86 Susskind, *Online Courts...*, 97.

de los ODR en las cortes es diseñando un sistema triádico que tenga los siguientes niveles: (i) desincentive las controversias evitando las disputas cuando la información disponible a las partes les es suficiente para desistir de sus reclamos por la poca certeza en la obtención de un resultado favorable o el conocimiento equivocado en el que basaban sus reclamos (*dispute avoidance*); (ii) contenga mediante la facilitación las controversias que no pudieron ser evitadas en la primera fase (*dispute containment*), y (iii) que resuelva las disputas que a la postre no lograron ser contenidas o evitadas. Este sistema escalonado, inspirado en eBay, reconstruye la pirámide bajo la cual se puede concebirse el derecho. En lugar de la pirámide normativa kelseniana, esta "pirámide del procesamiento de controversias" enfoca la atención en la fase de información y desincentivo de reclamo y en la "contención" de las disputas por medio de metodologías facilitativas. La resolución de controversias es importante, pero es el momento más angosto en el embudo de los conflictos sociales⁸⁷.



Fuente: Online Dispute Resolution Advisory Group.
Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims.

87 Online Dispute Resolution Advisory Group, "Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims". February 2015, UK, 17-18. Este reporte, según lo explican sus expositores, debe ser leído en conjunto con la página web www.judiciary.gov.uk/reviews/online-dispute-resolution.

3. Historia de los ODR

La historia de los ODR está ligada a la historia de los ADR. Si bien los ADR iniciaron antes de los años 1970s, fue en 1976 con la conferencia del profesor de Harvard, Frank Sander, en la que atisbó la noción de un juzgado o corte “multi-puertas” que los ADR se popularizaron. Desde ese entonces se han producido tres olas que han evolucionado a los ODR.

3.1. PRIMERA OLA: ADR A E-ADR

a. La virtualización de la resolución de controversias

En la primera ola de los ODR inició el giro de los ADR a los E-ADR. Esto significó que en los métodos de resolución de conflictos alternativos/apropiados como la negociación, la mediación y el arbitraje, entre otros, se incorporaron algunas fases digitales con la asistencia de la tecnología. Por ejemplo, la negociación a través de los correos electrónicos o las mediaciones que se hacían por teléfono eran unos primeros ejemplos de ADR que se transformaron al mundo “E-”, de ahí el nombre “E-ADR”. En palabras de Katsh, “los desarrolladores de mecanismos tempranos de ODR, sin embargo, tendían a imitar los canales de resolución de controversias de los procesos de ADR y ofrecer el equivalente en línea”. Los E-ADR eran o bien unos equivalentes digitales o en línea de lo que ocurría en los ADR.

Pero ¿qué ocasionó el giro de los ADR a los E-ADR? Una posible respuesta es que con el advenimiento del internet en 1969 y con la liberación de este en 1992, comienzan a surgir más disputas. La ecuación era simple (como lo hemos venido sosteniendo): a más tráfico, más conexión entre las personas, y a más conexión, más posibilidad de controversias. En pocas palabras, el internet aumentó la probabilidad de los conflictos y, en consecuencia, se requería nuevos métodos más eficientes para responder a los nuevos tiempos interconectados. En 1996, para responder a este incremento de controversias en internet, el *National Center for Automated Information Research* convocó una conferencia sobre ODR, la cual impulsó la experimentación de tres proyectos específicos para el desarrollo de las primeras versiones de ODR: (i) El proyecto *Virtual Magistrate* para dirimir controversias entre los/as usuarios/as de internet y los proveedores; (ii) el proyecto de la Universidad de Massachusetts sobre *Online Ombuds Office* para facilitar disputas en internet, y (iii) el proyecto de la Universidad de Maryland para dirimir conflictos familiares cuando los padres y madres no se encuentran en el mismo sitio⁸⁸.

88 Katsh, Ethan, “Online Dispute Resolution”, en Moffitt and Bordone *The Handbook of Dispute Resolution*, 427. Ver también: Katsh, Ethan, “ODR: A Look at History”, en *Digital Justice*, 23.

En su fase inicial, los proyectos de ODR versaban sobre el desarrollo de herramientas pero fue a raíz de los proyectos mencionados que los ODR comenzaron a evolucionar como sistemas y no solo como herramientas. En el nuevo milenio, comenzaron a surgir varias ODR para responder a “la burbuja del internet”. En 1999, por ejemplo, eBay le solicitó a la Universidad de Massachusetts Amherst que hiciera un piloto para dirimir controversias entre los compradores y vendedores en la plataforma de comercio electrónico. Ese mismo año, *Smartsettle*, *Cyberstelle* y el sistema para la resolución de nombres de dominio del ICANN también se establecieron. Aparte de este surgimiento de iniciativas de ODR para responder a las nuevas necesidades originadas por el internet, fue el sistema de ODR de eBay que se convirtió en un salto cualitativo, un nuevo paradigma, originando así la segunda ola de los ODR.

3.2. SEGUNDA OLA: E-ADR A ODR

La segunda ola de los ODR se originó con el desarrollo de *SquareTrade*, compañía a la que eBay contrató luego incursionar con su piloto de ODR desarrollado por la Universidad de Massachusetts:

“El sistema de SquareTrade fue revolucionario en tanto que representaba un giro actitudinal hacia el medio digital. Ya no era considerado necesario imitar procesos offline de labor intenso. En cambio, las diferencias entre comunicarse cara-a-cara y en línea fueron aceptadas, produciendo en últimas un nuevo tipo de proceso de software asistido que no existía en el ambiente físico”⁸⁹.

eBay se volvió el referente de los ODR no solo por haber consolidado un sistema que resolvía sesenta millones de controversias anuales⁹⁰, sino porque lo hacía con la satisfacción de sus usuarios/as. En lugar de replicar lo que ya existía en los ADR, adoptó las ventajas de los sistemas en línea para que el nuevo medio abriera nuevas posibilidades como la asincronicidad, la grabación y la eficiencia de recursos. Pero, sobre todo, el sistema de ODR adquirió tal relevancia porque lograron identificar una medición de éxito razonable: ver el comportamiento de los/as usuarios/as de eBay después de haber pasado por el sistema de ODR por motivo de una controversia asociada con una venta o compra, según fuere el caso. En otras palabras, para saber si el sistema era eficiente y funcionaba, eBay verificaba la radio de actividad de los/as usuarios/as luego de ser ganadores o perdedores por el sistema de ODR. Y aunque era previsible que las personas ganadoras aumentaran su actividad en el portal de comercio, lo que no era previsible, según Colin Rule, uno de los artífices del sistema, es que incluso los perdedores aumentaron su actividad en la plataforma. En suma, el sistema de ODR de eBay generó confianza en su plataforma y aumentó el uso de esta, incluso para aquellos que “perdieron” durante el proceso en el ODR⁹¹.

89 Katsh y Rabinovich-Einy, *Digital Justice...*, 34.

90 *Ibid.*, 15.

91 Katsch, Ethan y Rule, Colin, *What We Know and Need to Know about Online Dispute Resolution*, 67 *South Carolina Law Review* (2016), 334-335.

3.3. TERCERA OLA: ODR A ODP

La tercera ola de los ODR está apenas germinando y es el giro de los sistemas de resolución y administración de conflictos en línea por sistemas de prevención de conflictos en línea. La prevención será el próximo paso de los sistemas de ODR que utilizarán *big data* para identificar en qué situaciones hay que intervenir previas a que se origine un conflicto.

El itinerario tradicional de una controversia, como lo señalaron los teóricos Felstiner, Sarat y Abel, es pasar de nombrar un agravio a culpar a un tercero para luego reclamarle una indemnización. Si este se niega en indemnizar, se constituye una controversia⁹². Nombrar, culpabilizar y reclamar es la trayectoria de un daño a una controversia. En el contexto virtual, este trayecto se modifica, los tiempos se acortan y la información puede anticipar estas fases con base en comportamientos previos. Si se puede anticipar alguno de estos elementos como “nombrar”, “culpar” o “reclamar”, entonces los sistemas de ODR robustos en información puede prender las alarmas previa a la ocurrencia del hecho. “La idea misma de la prevención de las controversias se ha vuelto más urgente toda vez que el formato, la cronología y la causa de esas controversias a cambiado dramáticamente”⁹³.

En conclusión, los ODR han tenido tres fases diferenciables: de los ADR a los E-ADR, de los E-ADR a los ODR con el advenimiento de sistemas de ODR desarrollados por privados especialmente en el contexto del comercio electrónico y luego en el ICANN con los nombres de dominio. Y por último, el paso de los ODR a los ODP girando hacia la prevención como el criterio que organiza el enfoque del sistema y pretende intervenir las situaciones sociales *ex ante* en lugar de *ex post* como ha ocurrido. Los ODP están en una fase muy incipiente y anticipan retos éticos urgentes de abordar: sobre el manejo de datos, configuración de algoritmos de prevención, imputación de responsabilidad previo al acto, perfilamiento de patrones de conflictividad, entre otros.

92 Felstiner, William L.F, Abel, Richard L, & Sarat, Austin. (1981). The emergence and transformation of disputes: Naming, blaming, claiming. *Law & Society Review*, 15(3-4), 631

93 Katsch y Einy-Rabinovich, 17.

4. Modelos de justicia

La justicia se puede definir de múltiples maneras. Es de esos conceptos que, como lo sugería San Agustín con el tiempo, cuando le preguntan a uno qué es, uno deja de saberlo. Sin embargo, una tipología estándar sobre las nociones de justicia en el contexto de ODR es desarrollada por Ruha Devanesan y Jeffrey Aresty⁹⁴, estas son: (i) justicia como libertad, (ii) justicia distributiva, (iii) justicia procedimental, (iv) justicia retributiva y (v) justicia transformadora y restaurativa.

- **Justicia como libertad.** Esta concepción clásica de justicia, ligada con una visión liberal, consiste en entender la justicia como el respeto a los derechos, la propiedad y la seguridad de las otras personas en nuestro despliegue de libertad. La justicia como libertad es positiva en la medida en que se refiere a la capacidad que tienen los individuos de hacer cosas y desarrollar sus capacidades. Y es negativa en cuanto es la libertad que tienen de no recibir interferencia externa en el ejercicio de su libertad⁹⁵.

En abstracto, la noción de justicia como libertad puede sonar plausible pero en las sociedades contemporáneas la interferencia del gobierno y de los otros en el ámbito de libertad exigen una nueva articulación de justicia: un debido proceso para que las interferencias o límites a la libertad se hagan de acuerdo con parámetros *justos*, transparentes y predecibles. O si existe alguna restricción en el ámbito de libertad, por lo general existe la expectativa de que dicha restricción sea justa. Si hay un intercambio de libertad para favorecer a los intereses colectivos o de la sociedad, existe una expectativa de que esa distribución sea justa. Esto lleva a otros criterios de justicia.

- **Justicia distributiva.** La justicia distributiva, concebida desde Aristóteles, responde a la pregunta cómo repartir un recurso: a quién, en qué proporción y con qué criterio. Amartya Sen y Martha Nussbaum reformularon la justicia distributiva a partir de un enfoque de capacidades lo que significa que una repartición era justa no por el resultado que ella arrojará, sino por la generación y desarrollo de capacidades de individuos dentro de un sistema social para que ellos logren objetivos económicos, políticos y sociales que satisfagan sus necesidades teniendo en cuenta el lugar social que estos individuos ocupan en la sociedad⁹⁶. Aquí no es suficiente la limitación de la interferencia en el desarrollo de la libertad sino la contribución activa de los gobiernos en crear los marcos y fomentar las capacidades necesarias para satisfacer las necesidades básicas de los individuos que les permita potencializar su libertad y desarrollo.

94 Devanesan, Ruha y Aresty, Jeffrey, "ODR and Justice..."

95 Devanesan, Ruha y Aresty, Jeffrey, "ODR and Justice...", 253-254.

96 Id. 257.

- **Justicia retributiva** consiste en rectificar un daño perpetrado en contra de alguien a través de una sanción o castigo que sea en algún sentido conmensurable al daño causado, o en proporción a los beneficios obtenidos por el malhechor. Incluso, en los casos más extremos, como los daños punitivos, un castigo mayor a los perjuicios ocasionados a la víctima.

Hasta aquí la justicia como libertad, la justicia distributiva y la justicia retributiva se enfocan más en los resultados y menos en los procesos. Otro criterio de justicia que es especialmente relevante para los ODR es la justicia procedimental.

- **Justicia procedimental.** La pregunta aquí es sobre cómo se llevan a cabo los procesos que resultan en la distribución de recursos o en la coordinación o interferencia de libertades individuales para armonizar al individuo y a la sociedad. La justicia procedimental tiene, de acuerdo con Lawrence Solum, tres elementos: la exactitud, la participación y la armonización⁹⁷. El primer elemento busca que en el proceso se aplique “correctamente” y con un alto grado de exactitud la normas que gobiernan ese caso. Por ejemplo, la transparencia, la neutralidad y la revisión de las decisiones apoyan la “exactitud” de la justicia procedimental. La participación, en cambio, significa que las personas interesadas en el resultado del proceso sean consultadas y tengan el derecho de hacer parte del proceso. Otros teóricos han denominado este aspecto como el interés de tener un espacio de escucha y tener una “voz” en el proceso⁹⁸. Por último, la armonización exige que haya una ponderación entre la tendencia a la exactitud y los costos, la participación y la justicia dentro del desarrollo del proceso⁹⁹. Por ejemplo, la cosa juzgada puede cerrar debates jurídicos que quizás no hayan llegado al grado de exactitud deseado, pero protegen otros intereses sobre la predictibilidad, seguridad y equidad del sistema jurídico.

Recientemente se ha concebido una nueva aproximación a la noción de justicia que pretende restaurar las relaciones en la comunidad o entre la víctima y quien ha ocasionado el daño. Esta justicia se vuelca menos hacia los resultados o los procesos y más hacia las relaciones.

- **Justicia transformadora y restaurativa.** Consiste en métodos y procesos orientados a sanar las heridas de una comunidad a través del diálogo o el encuentro entre la víctima y la persona victimaria para buscar opciones de reparación y de convivencia que restauren la comunidad e idealmente su relación¹⁰⁰.

Estas aproximaciones a la justicia seguirán siendo relevantes en la evaluación de los ODR y las cortes digitales. Por ejemplo, si los ODR no admiten la participación de las partes interesadas en el proceso, no serán un sistema con índices robustos de justicia

97 Solum, Lawrence. 2004. “Procedural Justice”, *Southern California Law Review*, Vol. 78: 181-322.

98 Ver Lind, Allan, y Tyler, Tom. *The social psychology of procedural justice*. New York: Plenum Press, 1988.

99 Devanesan, Ruha y Aresty, Jeffrey, “ODR and Justice..”, 259.

100 Devanesan, Ruha y Aresty, Jeffrey, “ODR and Justice..”, 260.

procedimental. De igual forma, si los sistemas están diseñados para que en los casos que sea apropiado no exista un encuentro entre la víctima y quien ha ocasionado el daño, el sistema será deficiente en materia de justicia transformadora o restaurativa. Así las cosas, estos criterios siguen siendo señales que permitirán diagnosticar los sistemas de ODR y su grado de justicia. Sin embargo, ello no significa que las nuevas tecnologías no exijan el desarrollo de una nueva aproximación a la justicia o un nuevo marco de justicia que responda mejor al contexto actual y a las necesidades de la sociedad digital. Un primer intento consiste en tener en cuenta desde el diseño de los ODR y de los algoritmos que soportan estos procesos, una participación de personas expertas no sólo en términos técnicos de programación, sino especialmente en ética, y diseño de sistemas de solución de controversias (DSD), o filosofía de la tecnología que puedan anticipar o diagnosticar las promesas y los límites de los sistemas de justicia en el futuro. Hay quienes sugieren que se necesitará, entonces, “un nuevo conjunto de leyes y procedimientos que gobiernen las interacciones en línea y que tengan en cuenta la naturaleza de las interacciones online”¹⁰¹, lo cual exigirá de un difícil acuerdo global en materia de ODR y cortes digitales.

Adicionalmente a estos criterios de justicia que, como vimos, pueden servir de coordenadas en la evaluación de los sistemas de ODR y de los desarrollos de justicia digital, Richard Susskind ha defendido otra distinción que mencionamos de paso previamente y que también puede resultar útil para repensar las cortes digitales. Esta distinción consiste en las cortes como un lugar y las cortes como un servicio.

4.1. LAS CORTES Y LA JUSTICIA COMO LUGAR

La idea de las cortes como un lugar específico en el que la configuración del espacio representa y simboliza la justicia de la misma manera que una iglesia evoca la piedad religiosa. Según Susskind, la arquitectura de las cortes no sólo subraya la idea de que se trata de un lugar al que las personas acuden para “obtener” justicia, sino también sugieren la indisolubilidad entre la justicia, las cortes y el lugar en el que se encuentran. Esta tríada se ha sedimentado en la mentalidad de profesionales en derecho y de ciudadanía al punto que “es difícil imaginar trabajo judicial serio llevado a cabo en cualquier otro lugar distinto que una corte [o juzgado] físico”¹⁰².

Quienes adoptan, consciente o inconscientemente, el imaginario de las cortes como un lugar o espacio estarán incómodos de aceptar la idea de los ODR o de las cortes digitales como espacios virtuales cuya manifestación no ocurre en el mismo lugar físico sino en el encuentro de las partes en un “espacio” virtual. Las personas defensoras de la idea de *las cortes como lugar* posiblemente argumentarán que la administración de justicia necesariamente se lleva a cabo *en una corte o juzgado*, y que la arquitectura le imprime cierta formalidad o majestuosidad al proceso preservando la fe en las instituciones jurídicas y, en particular, en la administración de justicia.

101 Devanesan, Ruha y Aresty, Jeffrey, “ODR and Justice...”, 262.

102 Susskind, Richard. *Online Courts*, p. 57.

Sin embargo, hoy en día y después del COVID-19, este paradigma de las cortes como lugar se ha debilitado. Las iniciativas de justicia digital y remota se acentuaron en el 2021¹⁰³. Como lo mencionó Susskind en una conferencia en el *Center for the Legal Profession* de Harvard Law School, “si uno le hubiera preguntado a la mayoría de jueces y abogados en enero [del 2020] qué pensaban sobre las audiencias remotas, ellos hubieran expresado una visión instintiva, visceral y negativa de su potencial”, con la pandemia esa actitud fue superada: “Las mentes se han abierto y muchas personas adoptan la perspectiva que no volverán”¹⁰⁴ a las audiencias presenciales.

Con el desplazamiento o atenuación de la presencialidad, el paradigma de las cortes o los juzgados como un lugar o espacio físico cambia y se abre paso a otro paradigma: las cortes como servicio.

4.2. LAS CORTES Y LA JUSTICIA COMO SERVICIO

La pandemia ha desmaterializado el lugar de la justicia. Las audiencias virtuales, la entrega de documentos vía online y otros procesos y trámites judiciales en línea han alterado la percepción de las personas sobre lo que es la justicia. Ya no es necesariamente algo que ocurre en una corte o juzgado, sino que puede ocurrir en una plataforma virtual administrada por el juez o jueza. La desmaterialización de la justicia ha puesto en evidencia una de las funciones principales que tiene para la ciudadanía: prestar servicios para resolver o administrar conflictos.

Cuando el paradigma del lugar da paso al paradigma del servicio, la inversión, innovación y adaptación ya no debe guiarse por abrir “más ventanillas” en los juzgados, o crear espacios para guardar expedientes, o hacer más eficiente la logística de transporte de expedientes, sino la de crear un espacio virtual en el que todos los servicios de justicia y los trámites necesarios puedan realizarse virtualmente. La visión de Richard Susskind consistía en cambiar el paradigma para que en un futuro las personas no tuvieran que congregarse en una sala de audiencias física en la corte y lo pudieran hacer desde cualquier lugar¹⁰⁵. La pandemia aceleró su visión y abrió el inicio del paradigma de las cortes como servicio.

Las cortes como servicio no solo implican el paso de la presencialidad a la virtualidad. También suponen un giro en la mentalidad del diseño de la presentación del servicio gravitando sobre el usuario del servicio y no sobre otros criterios burocráticos o judiciales. ¿Qué necesita la persona usuaria? ¿qué quiere? ¿cómo prestarle el servicio de una forma eficiente y satisfactoria? Las cortes como servicio están íntimamente

103 Richard Susskind desarrolló un portal web para registrar las distintas iniciativas a nivel global que se llevaron a cabo en materia de cortes digitales.

104 Milano, Brett, “Online courts: reimagining the future of justice,” December 4, 2020. <https://today.law.harvard.edu/online-courts-reimagining-the-future-of-justice/>.

105 Susskind, *Online Courts...*, 95.

conectadas con el diseño de los servicios judiciales bajo el enfoque *user-centered*, ampliamente promocionado por *Legal Design Thinking*¹⁰⁶. Esta concepción apenas está expandiéndose en el imaginario jurídico. Es necesario estar alerta, de igual modo, a qué se pierde cuando dejamos la justicia como lugar.

106 Ver, por ejemplo, el proyecto Justice Innovation de *Stanford Legal Design Lab* disponible en: <https://justiceinnovation.law.stanford.edu/>.

5. Casos de ODR implementados

5.1. ONLINE OMBUDS OFFICE (UNIVERSITY OF MASSACHUSETTS)

El *Ombuds* es un concepto originado en Suecia en el siglo XVIII. Se trata de oficiales independientes que reciben quejas para adelantar investigaciones y hacer recomendaciones no vinculantes a las partes. En palabras de Katsh, los Ombuds son “un recurso informal y confidencial de información, un canal de comunicaciones, un administrador de quejas y alguien que resuelve controversias”¹⁰⁷.

Para el diseño del *Online Ombuds Office* en la Universidad de Massachusetts se tomaron tres decisiones. En primer lugar, se adoptó un diseño para crear una “oficina” y no solo herramientas o habilidades específicas en personas. La idea que motivó esta decisión es que el espacio virtual moldea a las personas que habitan en él. Por ello, se diseñó una página web para las personas que requerían de estos servicios y para las personas que trabajaban en esta oficina especializada. Los Ombudspersons no solo tratan de resolver disputas sino también proveer información amplia y suficiente para que las personas sepan qué opciones tienen y cuáles son los canales para resolver la controversia¹⁰⁸. Como era una oficina online, las personas que acudían a ella podían hacerlo de manera anónima y así obtener la información necesaria para conocer cómo era la mejor manera de dirimir la controversia¹⁰⁹.

En segundo lugar, se tomó la decisión de emparentar a cada Ombudsperson con una persona técnica conocedora del software y de los aspectos tecnológicos. Esto anticipaba la idea hoy ampliamente reconocida, de que en los ODR el aspecto técnico y su configuración tiene un impacto en la resolución de los conflictos.

Por último, el diseño del ODR se hizo ampliando los canales de comunicación existentes entre los Ombudsperson y las personas en disputa. Para ello, se aprovecharon las ventajas de la tecnología a fin de que la forma de la comunicación facilitara la resolución o administración de la controversia sin la necesidad de acudir personal a lugares específicos¹¹⁰.

Estas tres decisiones de diseño: (i) crear un espacio virtual, (ii) acompañar al facilitador con un técnico y (iii) ampliar los canales de comunicación entre las partes y las personas facilitadoras, fueron los primeros avances que se dieron en ese momento para ir perfilando los ODR. Desde su inicio sus creadores pensaron que los *Online Ombuds Office* serían el prototipo para luego expandir su uso en las cortes y en el sector privado.

107 Katsh, Ethan, *The Online Ombuds Office: Adapting Dispute Resolution to Cyberspace*, disponible en: <http://www.umass.edu/dispute/ncair/katsh.htm> y ver Rowe, Mary, “Options, Functions, and Skills: What an Organizational Ombudsperson Might Want to Know,” *Negotiation Journal*, 1995: 103-114.

108 Katsch, *The Online Ombuds Office...*, disponible en: <https://www.umass.edu/dispute/ncair/katsh.htm>

109 Ibid.

110 Ibid.

5.2. CYBERSETTLE, SMARTSETTLE, SQUARETRADE, Y EBAY RESOLUTION CENTER

Luego de los proyectos arquetípicos de ODR como el *Online Ombuds Office* de la Universidad de Massachusetts, comenzaron a surgir otras iniciativas de ODR en el sector privado. Se diseñaron algoritmos y sistemas para recibir un gran número de casos de personas usuarias y el software iba administrando la comunicación entre las partes en disputa. Los canales de comunicación dispuestos en las plataformas eran escalonados, es decir, se iniciaban con comunicaciones sencillas, pasaban a negociaciones directas e iban escalando paulatinamente hasta requerir de terceros que mediaran o adjudicaran la controversia.

Cybersettle, por ejemplo, desarrolló un algoritmo para dirimir controversias exclusivamente dinerarias. Según algunas cifras publicadas –que no son del todo confiables porque los ADR/ODR están cubiertos por parámetros de confidencialidad–, *Cybersettle* ha facilitado cerca de 100.000 transacciones que representaban 750 millones de dólares en acuerdos¹¹¹. El proceso de *Cybersettle* inicia con el registro de una de las partes al ODR. Luego, el ODR convoca a la otra parte en disputa, quien al aceptar la invitación –aquí está el elemento de la consensualidad–, podrá enviar una oferta para conciliar la controversia. Así las partes entregan ofertas “bP” y “bD”. Con base en ellas, el software aumenta (y/o disminuye) un $\delta\%$ en las propuestas para lograr un ZOPA (zona de posible acuerdo). Como lo sostienen Deffains y Baguthy, si la oferta de la parte [convocada] es mayor que la máxima cuantía conciliable ($bD > bP (1+\delta)$), entonces el caso es arreglado por la última suma, es decir, bP (1+ δ). Si la propuesta de la parte está dentro del rango de conciliación ($bP \leq bD \leq bP (1+\delta)$), entonces el caso se concilia en el promedio de las dos propuestas ($b = (bP + bD)/2$)¹¹². Lo importante aquí no son tanto las fórmulas como identificar que los algoritmos aquí utilizados estaban pre-programados y no podían aprender y adaptarse a nuevos contextos. Las reglas eran más del tipo “si P entonces Q”. En cualquier caso, esta tecnología sirvió para que partes en disputa llegaran a acuerdos que, sin el apoyo del algoritmo, hubieran sido más difíciles o demorados de lograr.

Además de *Cybersettle*, existe *SquareTrade* y *Smartsettle*. El primero ofrece una plataforma escalonada de resolución de conflictos que inicia con una negociación directa, pasa a una mediación y, de ser necesario, la personas mediadora puede recomendar una solución a la controversia. Por lo tanto, *SquareTrade* maneja un canal doble: negociaciones y mediaciones. Según cifras publicadas, *SquareTrade* alcanzó a manejar cerca de 150.000 disputas cada año con rango de éxito del 90%¹¹³. Otras cifras de este ODR, menos idealistas, afirman que mientras *SquareTrade* trabajó con eBay resolvió 80% de casos que exigieron la intervención de un tercero humano en el sistema¹¹⁴.

111 Deffains, Bruno and Gabuthy, Yannick, “Efficiency of Online Dispute Resolution: A Case Study.” *Communication & Strategies*, 60, 2005, 202.

112 Ibid. 203.

113 Ver https://www.squaretrade.com/merchant/pop/fees_effective_odr.html.

114 Rule, Online Dispute Resolution for Business..., 57.

El proceso de *SquareTrade*, según lo describe Colin Rule, funciona así: la persona compradora/vendedora presenta un reclamo a la plataforma de ODR en donde se recolecta información sobre la naturaleza de la disputa y las posibles fórmulas de arreglo. La plataforma presenta fórmulas de arreglo y pregunta si alguna de ellas es aceptable. Luego, la otra parte de la disputa es contactada e informada de la controversia. Igualmente, a esta parte se le presentan fórmulas de arreglo y si le pregunta si es aceptable alguna de ellas. Si ambas partes aceptan la misma fórmula de arreglo, el sistema sugiere esa solución, si no, las partes inician una etapa de negociación sin asistencia de terceros. Esta etapa no tiene costo para las partes pero si ellas desean, pueden convocar a un mediador para que asista y facilite la negociación. Si no existe arreglo con la ayuda del mediador, el mediador puede sugerir una fórmula de arreglo que no sea vinculante.

En el grupo de personas expertas aconsejando *SquareTrade* se encontraba uno de los promotores de la teoría de la negociación basada en intereses, Roger Fisher, uno de los originadores del proyecto *Virtual Magistrate*, David Johnson, los creadores del concepto de “la cuarta parte”, Ethan Katsh y Janet Rifkin, y el profesor de derecho e internet de Harvard, Jonathan Zittrain. Según Rule, “la competencia especial de *SquareTrade* es en resolución de controversias B2C a gran escala. La plataforma de *SquareTrade* ha soportado el volumen más alto de casos de ODR en el mundo”¹¹⁵.

Smartsettle, en cambio, fundado por Ernest Thiessen es una plataforma que utiliza algoritmos para ayudar a las partes a encontrar soluciones a sus conflictos de tal forma que se logre maximizar los intereses y beneficios a ambas partes¹¹⁶. Para ello, pide a las partes que jerarquicen sus prioridades en la resolución. *Smartsettle* estaba orientado a buscar la solución más eficiente, es decir, por la forma como la “torta” (pie) se dividía de tal forma que se logrará el óptimo de Pareto o, por lo menos, su aproximación más cercana.

SmartSettle cuenta con cinco algoritmos: (i) *Single Negotiating Framework* (SNF) que busca que las partes encuentren la solución a la controversia; (ii) *Visual Blind Bidding* (VBB) que coordina el proceso de ofertas para resolver la controversia eficientemente; (iii) *Automatic Deal Closer* (ADC) que aumenta la probabilidad de un acuerdo entre las partes y reduce la distancia de las brechas negociales entre lo que una parte pide y lo que la otra ofrece; (iv) *Reward Early Effort* (REE) que busca implementar una aproximación colaborativa para la resolución de controversias o (v) *Expert Neutral Deal Closer* (END) que garantiza un resultado colaborativo con el apoyo de un tercero neutral¹¹⁷. *SmartSettle* ha desarrollado diversos algoritmos para ajustarlos a las necesidades de las partes. Una manera de leer su enfoque es a la luz de la noción de un juzgado “multi-puertas” de Frank Sander, solo que ahora en lugar de puertas, existen ODR “multi-algoritmos” en donde la clave reside en ajustar los algoritmos al alboroto (*fit the algorithm to the fuss*).

115 Rule, *Online Dispute Resolution for Business*, 104.

116 <https://www.smartsettle.com/>

117 Estos puntos son extraídos del artículo del fundador de *SmartSettle*, Ernest Thiessen. En este artículo podrán encontrar con más detalle como funciona esta plataforma que ya lleva décadas desarrollándose: Ernest Thiessen; Peter Holt, “Resolving Insurance Claims with *Smartsettle One*,” *International Journal of Online Dispute Resolution* 4, no. 2 (June 2018), 46.

El *Resolution Center de eBay* es el caso paradigmático de ODRs del sector privado. Este sistema no hubiera existido sin los programas pilotos previos antes reseñados. eBay es una de las plataformas de comercio electrónico más grandes que existen actualmente. En el 2017, por ejemplo, vendía \$80 billones de dólares, a partir de las ventas de todo tipo de artículos. Por la cantidad de transacciones, en la plataforma debe tramitar cerca de 60 millones de controversias al año¹¹⁸.

En 1999, a través del proyecto del Online Ombuds Center de la Universidad de Massachusetts, Ethan Katsh implementó un programa piloto para atender las controversias entre personas vendedoras y las compradoras de eBay. Este piloto fue SquareTrade y un sistema de reputación en el que éstas personas calificaban a sus contrapartes. Sin embargo, debido a la cuantía de controversias y, en algunos casos, a su complejidad, eBay tomó la decisión de dejar de tercerizar sus servicios de ODR. En 2003, eBay contrató a Colin Rule para apoyarlos en el diseño del sistema¹¹⁹.

eBay buscaba fortalecer la credibilidad de la plataforma de comercio electrónico a través de un sistema de ODR eficiente, económico y de calidad. En el fondo, se pretendía que las personas usuarias, fueran vendedoras o compradoras, retornaran a la plataforma para realizar nuevas transacciones.

De acuerdo con Colin Rule, las enseñanzas que dejó la creación del ODR de eBay son las siguientes:

- **Ajustar el lenguaje.** Antes de la creación del ODR, se utilizaban términos como casos o reclamaciones en lugar de disputas. A las personas compradoras que no pagaban los llamaban “*non-paying bidder*”. Esto cargaba los conflictos en las personas y no permitía despersonalizarlos. De igual forma la forma de nombrar los procesos se transformó: de “alerta de fraude” a “producto no recibido”. Este cambio en la retórica y en el encuadre (*framing*) ayudó a facilitar la colaboración y la potencial resolución de controversias.
- **Generar tipologías de las controversias.** Mapear la naturaleza de las disputas es esencial para anticipar cuáles son los problemas más comunes que se pueden presentar en ciertas interacciones. Por ejemplo, en eBay tenía claro que desde el punto de vista de la personas compradora la mayoría de las controversias se enmarcaba en dos situaciones: (i) no recibo de producto (*no entrega*) o (ii) recibo del producto, pero no como fue descrito (*producto distinto al descrito*).
- **Determinar el objetivo con claridad.** La finalidad del sistema de eBay consistía en: (i) resolver el mayor número de disputas en el menor tiempo posible; (ii) incentivar a las partes en disputa a que vuelvan a usar la plataforma para continuar vendiendo o comprando productos; (iii) resolver la mayor cantidad de disputas posible de manera amistosa y (iv) frente a las controversias que no puedan ser resueltas amistosamente, decidir lo restante de forma eficaz y rápida.

118 Rule, C. (2017). Designing a Global Online Dispute Resolution System: Lessons Learned from eBay. University of St. Thomas Law Journal, 13, 354.

119 Ibid. 356.

- **Sistema escalonado.** El sistema se articuló de forma escalonada (*staircase approach*) en el que se iniciaba con un diagnóstico del problema, luego una negociación directa asistida por la “cuarta parte”, luego una fase evaluativa en la que eBay toma la decisión (diagnóstico, negociación, mediación y arbitraje).
- **Repensar la financiación del sistema.** Aunque la mayoría de disputas en eBay son de mínima cuantía –promedio de cien dólares–, los costos para la resolución de controversias no pueden ser mayores. Por lo anterior, eBay resolvió pensar en la financiación del sistema contrastando los costos del sistema de ODR con las ganancias que se reciben por actividad continuada en la plataforma y el crecimiento de la actividad transaccional de personas que resolvieron controversias a partir del sistema.
- **Procesos automatizados apelables.** En los procesos de productos no pagados, eBay tomó la decisión de automatizarlos completamente. La persona que compra puede apelar la decisión automatizada si considera que ha sido una sanción con “un strike” (una primera censura) y si se llega a tres, la persona es expulsada del sistema. Esto evidencia que si los procesos son totalmente automatizables, es aconsejable tener espacios para recurrir las decisiones.
- **Probar prototipos.** Antes de implementar el ODR, eBay utilizaba prototipos con personas que experimentaban las plataformas mientras iban narrando el proceso de lo que pasaba por su mente en cada una de sus fases. Esto le mostró a las personas diseñadoras cómo potenciales usuarias que navegarían el sistema y qué connotaciones traerían los términos usados.
- **Evaluación del sistema en marcha.** Una vez el sistema de ODR comienza a funcionar, evaluar su rendimiento es necesario. Así se puede identificar cuáles son las disputas más recurrentes y cómo afinar algunas fases del procesos que pueden ser mejoradas¹²⁰.

En conclusión, las lecciones que dejó el ODR de eBay pueden ser extrapolables a otros contextos en donde se desarrollen estos mecanismos de resolución de controversias. En particular, todos los ODR pretender ser una solución rápida, eficiente y poco costosa para los/as usuarios/as del sistema, quienes deben sentirse que al utilizar el ODR están recibiendo un servicio justo, de fácil acceso y entendible. Adicionalmente, para Colin Rule es fundamental poner atención en la diferencia de poder que tienen las partes que participan en estos sistemas de ODR. Así, por ejemplo, en eBay por lo general los vendedores son “jugadores repetidos” y, en consecuencia, tienen un mayor poder que los compradores quienes son “jugadores ocasionales”. Hay que mitigar los intentos de usar el sistema de manera estratégica o sacando un beneficio injustificado, así como diseñar un sistema que compense esa asimetría de poder¹²¹.

120 Estas lecciones son extraídas del siguiente texto de Colin Rule: Rule, Collin. “Designing a Global Online Dispute Resolution System: Lessons Learned from eBay”. *University of St. Thomas Law Journal* 13 (2017), 354.

121 Rule, Designing a Global Online Dispute Resolution System..., 368.

5.3. ICANN Y LAS DISPUTAS DE LOS NOMBRES DE DOMINIO

En 1984, se creó el sistema de nombres de dominio en internet el cual creció vertiginosamente al punto que, en el inicio del nuevo milenio, existían cerca de un millón de nombres de dominio registrados. Este crecimiento se replicó en un aumento de disputas asociadas con estos nombres. En 1998, la *Corporación para la Asignación de Nombres y Números* (ICANN) fue creada para administrar el sistema de nombres de dominio. Dentro del ICANN se creó el Sistema Uniforme de Política de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio Uniformes (*Uniform Dispute Resolution Policy-UDRP*) que consiste en un proceso para la resolución de controversias asociadas con el registro de dominio de internet¹²².

Este proceso es un tipo de arbitraje no vinculante –aunque prefieren no nombrarlo de esa forma para reforzar la idea de que es un proceso “no-jurídico” en la medida que está abierta la alternativa de interponer la acción judicial ante una corte. En este proceso se conocen los casos en los que un tercero afirma que el nombre de dominio es idéntico o similar (hasta el punto de poder confundirlo) a una marca de productos o servicios sobre los que el demandante tiene derechos. La persona demandante no debe tener derechos sobre el nombre de dominio y debe acreditar que dicho nombre de dominio ha sido registrado de mala fe¹²³.

El sistema UDRP, por lo general, dirige las controversias utilizando los siguientes proveedores para elegir y administrar los procesos arbitrales: (i) *CPR Institute for Dispute Resolution*, (ii) *Hong Kong International Arbitration Council*, (ii) *Organización Mundial de Propiedad Intelectual* (WIPO), y (iv) *National Arbitration Forum*. El costo de estos procesos se encuentra alrededor de \$1000. El demandante escoge si su caso debe ser escuchado por uno o tres panelistas¹²⁴. Una vez se inicia la demanda, el panel notifica al demandado. Si contesta, lo deberá hacer por escrito y tendrá las siguientes defensas, entre otras innominadas: (i) se ha utilizado o efectuado preparativos razonables para usar el nombre de dominio en relación con una oferta de buena fe; (ii) la entidad o persona demandada es conocida comúnmente por el nombre de dominio aunque no tenga la propiedad de los derechos de marca correspondientes; (iii) la persona demandada hace uso legítimo no comercial o leal del nombre de dominio sin intención de confundir a

122 Katsh, Ethan y Rule, Colin, *What We Know and Need to Know...*, 336.

123 ICANN. Política Uniforme para la Resolución de Conflictos en Materia de Nombres de Dominio. Disponible en: <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-es>. Para probar la mala fe, la política de la ICANN establece lo siguiente en el art. 4.b: “b. Prueba del registro y uso de mala fe. A los efectos del apartado 4(a)(iii), las siguientes circunstancias, entre otras, si el jurado las constata, constituirán prueba suficiente del registro y uso de mala fe de un nombre de dominio: (i) circunstancias que indiquen que su objetivo primordial al registrar o adquirir el nombre de dominio era vender, alquilar o ceder de cualquier otro modo el registro de dicho nombre de dominio al demandante titular de la marca de productos o de servicios o a un competidor de dicho nombre de dominio por un valor superior a los costes directos documentados directamente relacionados con dicho nombre de dominio; (ii) si usted ha registrado el nombre de dominio con el fin de evitar que el titular de la marca de los productos o servicios refleje la marca en un determinado nombre de dominio, siempre y cuando usted haya incurrido en una conducta de esa índole; (iii) si su objetivo fundamental al registrar el nombre de dominio era obstaculizar la actividad comercial de un competidor; o (iv) si, al utilizar el nombre de dominio, usted ha intentado de manera intencionada atraer, con ánimo de lucro, a usuarios de Internet a su sitio web o a otro sitio en línea, creando confusión con la marca del demandante en cuanto al origen, patrocinio, afiliación o promoción de su sitio web o su sitio en línea o de un producto o servicio en su sitio web o sitio en línea”.

124 ICANN. Política Uniforme para la Resolución de Conflictos en Materia de Nombres de Dominio. Art. 4.d. Disponible en: <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-es>

las personas consumidoras¹²⁵. Si no contesta, pueden asignar el nombre de dominio a la parte demandante. La decisión del panel o de la persona adjudicadora deberá darse por escrito y el ICANN deberá exigir que su cumplimiento sea cancelando, transfiriendo o preservando el registro del nombre de dominio, a menos de que la persona demandada presente una demanda y suministre una copia al ICANN¹²⁶.

El proceso de los UDRP es eficiente y menos costoso que acudir a las cortes para dirimir este tipo de controversias. Adicionalmente, al tratarse de un asunto transfronterizo en el que no es evidente qué jurisdicción es aplicable para dirimir controversias sobre los nombres de dominio, los ODR resultan especialmente útiles, eliminando problemas de jurisdicción personal y solucionando los inconvenientes por distancias geográficas. Este ODR, además, es el primer sistema transfronterizo instaurado y un modelo no sólo para futuros desarrollos de ODRs globalizados, sino para ODR privados, como eBay, que se inspiraron en algunos puntos de este sistema, particularmente en lo relativo a las fases más evaluativas y adjudicadoras de sus procesos. El UDRP es, entonces, un modelo de ODR evaluativas, efectivas, eficaces, privadas y transfronterizas. Quizás una de las razones por las cuales funciona este sistema es que las decisiones de los adjudicadores son vinculantes en la ICANN así puedan ser revertidas por las jurisdicciones nacionales. Esto le imprime confianza al proceso y fuerza a su ejecución¹²⁷.

125 ICANN. Política Uniforme para la Resolución de Conflictos en Materia de Nombres de Dominio. Art. 4.c. Disponible en: <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-es>.

126 Thornburg, Elizabeth, "Fast, Cheap, and Out of Control: Lessons from the ICANN Dispute Resolution Process", 201.

127 Rule, Colin, *Online Dispute Resolution for Business...*, 211.

6. Casos de cortes online o digitales implementadas

6.1. VIRTUAL MAGISTRATE PROJECT

El *Virtual Magistrate Project* (VMP) fue el proyecto pionero de crear una corte privada virtual cuyo fracaso consistió en la falta de demanda de sus servicios. Este proyecto se originó en 1996 por cuatro organizaciones: *National Conference of Automated Information Research*, *the Cyberspace Law Institute*, *The American Arbitration Association* y *Villanova Law School*. La idea inicial era diseñar un ODR para resolver controversias entre usuarios/as y proveedores de internet o simplemente entre usuarios/as de internet.

La agenda del proyecto consistía en (i) establecer si era viable o no utilizar ODR para las controversias que se originaran en línea; (ii) proveer a los operadores del sistema con respuestas o juicios neutrales para responder a las quejas de agravios o daños; (iii) ofrecer un sistema efectivo y poco costoso para dirimir las controversias; (iv) diseñar la infraestructura de ODR para incluirla en los contratos entre proveedores y usuarios/as del internet; (v) establecer los deberes razonables del operador del sistema, y (vi) explorar la posibilidad de extender el proyecto a otras disputas cibernéticas¹²⁸.

El VMP fue pionero en admitir los registros electrónicos de los documentos (demandas, recursos, etc.) y en habilitar la comunicación entre las partes procesales a través de correos electrónicos. Otra de las herramientas que adoptó el VMP fue limitar el espacio para redactar las pretensiones a un número definido de caracteres, lo que obligaba a las partes a ser concisos y claros en la pretensión que formulaban. Esto no impedía, sin embargo, que el magistrado virtual indagara o solicitara más información sobre la controversia.

El objetivo del VMP era brindar una justicia eficiente y decidir las controversias en menos de tres días hábiles. Quizás el problema es que el sistema no tenía cómo ejecutar sus decisiones que se consideraban vinculantes para las partes. Pero no terminó siendo un proyecto popular. Pocas personas utilizaron la plataforma y aunque en el año 2000 fue revitalizado su popularidad no fue suficiente para que despegara¹²⁹.

128 Almaguer, Alejandro y Baggott, Roland III, Note & Comment, *Shaping New Legal Frontiers: Dispute Resolution for the Internet*, 13 OHIO State Journal on Dispute Resolution, 711 (1998), 720-721 y Ponte, Michigan Cyber Court, 67.

129 Gellman, Robert. "A Brief History of the Virtual Magistrate Project: The Early Months, The On-Line Dispute Resolution Conference" (May 22, 1996), disponible en: <http://www.umass.edu/dispute/ncair/gellman.htm>.

6.2. MICHIGAN CYBERCOURT

En el 2003, el estado de Michigan estableció la primer cibercorte de los Estados Unidos¹³⁰. La jurisdicción de esta corte es voluntaria para los litigantes y su competencia es concurrente con otras cortes del estado, lo que significa que el demandante podrá elegir si demanda ante la cibercorte o ante las cortes estatales. La cuantía de la controversia debe ser superior a \$25.000 para poder ser conocida por esta corte virtual. Las decisiones de la cibercorte de Michigan son vinculantes¹³¹.

Los procedimientos de la cibercorte se adelantarán en línea, bien sea a través de video, audio o conferencias por internet. Los procedimientos de esta corte serán transmitidos por internet cuando ello sea viable técnicamente. La cibercorte tiene los siguientes propósitos:

- Habilitar la resolución de controversias entre entidades comerciales para ser resueltas con la experticia, tecnología y eficiencia requerida para la era de la información.
- Asistir a la rama judicial a responder a la rápida expansión de la tecnología de la información en el estado.
- Mantener la integridad del sistema judicial mientras aplica nuevas tecnologías de la información en procesos judiciales.
- Permitir mecanismos alternativos de resolución de controversias que se beneficien de los cambios tecnológicos.
- Establecer salas de audiencias virtuales y permitir que los procedimientos de las cortes se adelanten electrónicamente y que los documentos se pueden adjuntar electrónicamente¹³².

Para revisar el desempeño de esta corte, se previó que existiera un comité de monitoreo de las actividades de la Corte para ayudar en la implementación y enviar un reporte los comités judiciales del senado y la cámara de representantes sobre su funcionamiento. Esto evidencia que al ser un primer prototipo la cibercorte debía estar monitoreada para ajustarse, de ser necesario.

La virtualidad permite que las audiencias se realicen simultáneamente en diferentes espacios. Asimismo, las notificaciones se hacen a través del portal web de la corte, permitiendo una comunicación más fluida entre los jueces y las partes. Otro punto importante es que en el portal web de la cibercorte se incluye una lista de ADRs disponibles para que las partes, si así lo desean, resuelvan sus controversias de manera consensuada¹³³.

130 Ver Michigan Legislation House Bill 4140 (el 9 de enero de 2002), disponible en: <http://www.legislature.mi.gov/documents/2001-2002/publicact/html/2001-PA-0262.htm>

131 Porcelli, Natalia, et al. "Michigan establishes first cybercourt", *Intellectual Property & Technology Law Journal*, vol. 14, no. 5, 2002, p. 25+.

132 Sec. 8001 2(a). Michigan. House Bill No. 4140. 20021 (en vigencia el 9 de enero de 2002).

133 Estos detalles son explicados por: Ponte, Lucille M., "Michigan Cyber Court: A Bold Experiment in the Development of the First Public Virtual Courthouse", 4 *North Carolina Journal of Law. & Tech.* 51 (2002), 64-65.

Actualmente, la cibercorte de Michigan no existe y su existencia esporádica se ha leído como una nota al pie más dentro de la historia de los ODR y las cortes en línea.

6.3. CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL (BRITISH COLUMBIA, CANADA)

El *Civil Resolution Tribunal de British Columbia* en Canadá (CRT) es el primer tribunal online de Canadá¹³⁴. Fue establecido por el *Civil Resolution Tribunal Act* de 2012. El CRT puede resolver, primero, controversias de cuantía inferior a \$5.000 dólares; segundo, controversias de condominio o propiedad horizontal de cualquier cuantía; tercero, accidentes de vehículos motorizados y, cuarto, controversias de sociedades corporaciones asociativas de cualquier monto¹³⁵.

El procedimiento dispuesto es el siguiente: (i) presentar una aplicación que incluya la identificación de las partes, (ii) la determinación de la pretensión y la identificación (por ejemplo, si es un asunto de propiedad horizontal, identificarla), (iii) una descripción de la controversia, (iv) una descripción de la pretensión, e (v) información para pagar las tarifas del proceso o la justificación para solicitar una exención de estos. Las tarifas del proceso varían según el tipo de controversia pero, por lo general, oscilan entre \$50 y \$150¹³⁶.

Adicionalmente, de la simplicidad de los trámites, el procedimiento emula la fórmula “escalonada” de eBay en la medida que inicia con una etapa de diagnóstico en donde las partes definen y acotan la controversia para luego pasar a una etapa de resolución de controversias iniciando con la negociación asistida automatizada (*etapa de negociación*). Después empieza una etapa en la que una tercera parte facilita la controversia (*etapa de facilitación*). Y, si todo ello fracasa, el tribunal podrá tomar una decisión vinculante (*etapa de adjudicación*). La decisión es vinculante y puede ser ejecutada de la misma forma que si fuera una decisión de una corte.

Una de las reformas del CRT en el 2015 fue convertir este foro en el canal obligatorio para dirimir las controversias relacionadas con propiedad horizontal y de mínima cuantía (*small claims*). Antes de la reforma, se podía acudir a la jurisdicción ordinaria en lugar del CRT. Más aún, la estructura consensual permitía que una parte vetara resolver la controversia a través del CRT. Con la modificación, esa opción ya no existe.

El cambio de ODRs privados a ODRs públicos, como cortes en línea o el CRT en Canadá, presenta nuevas dificultades que deben ser atendidas por personas diseñadoras de los ODR y deben ser pensadas por aquellos que articulan el derecho al acceso a la justicia. Un primer problema es que, a diferencia de los ODR privados en

134 En sentido estricto, el CRT es un tribunal administrativo no una corte pero tiene competencia para conocer controversias civiles según el *Civil Resolution Tribunal Act* de 2012.

135 <https://civilresolutionbc.ca/how-the-crt-works/getting-started/#what-information-do-i-need-to-apply-for-dispute-resolution>

136 <https://civilresolutionbc.ca/resources/crt-fees/#other-fees-all-dispute-types>

donde hay un amplio margen de flexibilidad en el diseño y las reglas probatorias, en los ODR públicos están los límites del sistema jurídico en materia probatoria. Así, entonces, aunque los ODR privados establecen un límite en el número de palabras para describir las pretensiones, en los ODR públicos no es claro si esos límites vulneran el derecho a ser escuchado o, en general, al debido proceso. Las tensiones entre la eficiencia de los ODR y las garantías procesales de los sistemas consolidados deben ser repensadas a la luz de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones¹³⁷.

En los ODRs privados las personas usuarias son las consumidoras o vendedoras en las plataformas de comercio electrónico. En contraste, los ODR públicos deben garantizar que todos/as puedan acceder y navegar el sistema de resolución de controversias. Por ello, el/la usuario/a que debe imaginarse no es necesariamente una persona hábil en los sistemas computacionales, sino debe imaginarse un usuario que nunca ha utilizado ODRs. Por ello, los ODR públicos o cortes digitales, como el CRT, deben garantizar puntos de acceso para quienes no tengan acceso a internet. También debe garantizar exenciones del pago de tarifas, como lo establece el CRT. Y proveer información sencilla para que los usuarios sepan qué hacer para dirimir sus controversias en el sistema.

El CRT es, sin duda, uno de los experimentos más interesantes de ODR públicos o de cortes digitales. Ya es un modelo para aquellas jurisdicciones que quieran empezar a experimentar con estos sistemas. Su sistema escalonado, intuitivo, económico e incremental ampliará el acceso a la administración de justicia y servirá como herramienta pedagógica para iniciar la transformación, en algunos casos, de controversias resueltas en procesos judiciales ordinarias a controversias resueltas en procesos en línea en plataformas de ODR. La traducción del lenguaje técnico jurídico a un lenguaje simple y accesible para todo el mundo es otra de las apuestas que han sido exitosas del CRT. En pocas palabras, “el modelo de la CRT tiene la oportunidad de fundamentalmente transformar el sistema de justicia en lugar de simplemente aumentarlo o “alternativizarlo”¹³⁸.

6.4. MONEY CLAIM ONLINE (UNITED KINGDOM)

En el 2002, se estableció el *Money Claim Online* en Inglaterra y Gales. Se trata de un anexo virtual a la corte en el condado de Northampton. Las controversias que pueden dirimirse en esta plataforma deben ser menores a £100,000 y mayores de £10,000, y no pueden involucrar más de dos partes. El otro requisito que establece este ODR es que las partes deben tener domicilio en Inglaterra o Gales y las disputas no pueden ser descritas en un texto que supere los 1080 caracteres. En el 2006, se extendió este modelo a Irlanda del Norte para controversias que no excedieran las £2,000 en la plataforma *Small Claims Online*. Entre el 2005 y el 2006 se dirimieron alrededor de

137 Salter, Shannon, Online Dispute Resolution and Justice System Integration: British Columbia's Civil Resolution Tribunal. *Windsor Yearbook Access to Justice*. December 2017, 117.

138 Ibid, 123.

70.000 controversias a través de esta plataforma de Inglaterra y Gales y cerca de 200 controversias en línea se resuelven en la plataforma en Irlanda¹³⁹.

En el portal web de *Money Claim* se insta a las personas que van a iniciar una reclamación que contacten previamente a la otra parte para resolver el asunto a través de una “discusión o mediación”. Adicionalmente, se ha creado el *Civil Money Claims* para disputas que sean menores de £10,000¹⁴⁰.

Una de las lecciones que deja el *Money Claim Online* ODR es que las disputas entre dos partes son más adecuadas para ser ventiladas en plataformas virtuales. Asimismo, la acotación del tipo de controversias que se pueden discutir en las ODR facilitan la operación, implementación y eficiencia del sistema. Para Richard Susskind, el diseño de *Money Claim Online* “puede bien extenderse más allá de controversias pecuniarias, para ayudar a personas, por ejemplo, que han sido despedidas o despojadas del inmueble, o han sido desprovistas de algún beneficio del Estado o han sido discriminadas. Esto es exactamente para lo que sirve un sistema público de cortes. Esto es acceso a la justicia”¹⁴¹.

6.5. BEIJING INTERNET COURT

En el 2018, se estableció la *Beijing Internet Court*, una corte que tiene jurisdicción en relación con: (i) las disputas que surgen de la celebración o la ejecución de contratos de compraventa a través de plataformas de comercio electrónico; (ii) las controversias asociadas con contratos de prestación de servicios en línea que se hayan celebrado en internet; (iii) las disputas sobre préstamos financieros que se hayan celebrado en internet; (iv) disputas sobre la propiedad intelectual o derechos conexos en relación con obras publicadas por primera vez en internet; (v) controversias sobre la infracción de derechos de propiedad intelectual y derechos conexos de obras publicadas o comunicadas en el internet; (vi) disputas sobre la propiedad de los nombres de dominio en internet; (vii) disputas que surgen de la violación de derechos personales, de propiedad o civiles en internet, y (viii) controversias que surgen por la responsabilidad por productos dañinos comprados a través de plataformas de comercio electrónico, entre otras causas¹⁴².

La corte ha configurado una plataforma de litigio electrónico en donde las partes podrán interponer sus reclamos, mediar, llevar a cabo el juicio, ejecutar las decisiones judiciales, presentar documentos, obtener información sobre precedentes y regulaciones aplicables y apelar.

El sistema incorpora tecnología de inteligencia artificial para aumentar la eficiencia. De acuerdo con las declaraciones de la misma corte, este ODR incorpora

139 Pleasence, Pascoe, “Money Claim Online” en Cane, Peter and Conaghan, *The New Oxford Companion to Law*. Oxford University Press, 2009.

140 <https://www.moneyclaims.service.gov.uk/eligibility>

141 Susskind, Richard, *Online Courts...*, 109-110.

142 Beijing Internet Court. Jurisdiction. 2019-03-25. Disponible en: https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-03/25/c_23.htm

“justicia inteligente” como identificación automática de las partes, procesamiento auto-generado con preguntas diseñadas a la medida para cada tipo de controversia. Además, se hace un diagnóstico de cuál es la probabilidad de ganar la disputa (*litigation risk assesment*) para que las partes tengan insumos de negociar o mediar, si lo desean. Aprovechando la tecnología, el sistema incorpora una grabación automática de los procedimientos con una tecnología voz-a-texto para guardar registros. Y por último incorpora asistentes de documentos electrónicos para que el primer borrador de decisión sea producido automáticamente por el sistema y una vez ajustado y verificado puede enviarse a las partes¹⁴³.

En un *White Paper* publicado en el 2019, se estimó que la *Beijing Internet Court* tiene cerca de 18.941 usuarios/as registrados/as y que ha tramitado cerca de 15.748 pagos electrónicos. El 99.19% de las audiencias se han realizado en línea y el porcentaje de automatización de los documentos producidos por la corte es del 100%¹⁴⁴. *Beijing Internet Court* es un experimento ambicioso que incorpora varias tecnologías como blockchain, inteligencia artificial y administración de documentos para facilitar el trámite de procesos y expandir el acceso a la justicia. La revisión de los problemas y la retroalimentación de su funcionamiento, le ha permitido a los diseñadores hacer ajustes periódicos para facilitar el trabajo de los operadores del sistema ODR y hacer más sencillo el trabajo de las personas litigantes o usuarias de la corte virtual. Su uso se está masificando hasta el punto de que hace dos años, por lo menos 19 millones de personas habían asistido a una audiencia virtual en esta plataforma.

La pregunta que queda de estos experimentos no es tanto cómo se diseñan, pregunta técnica que será abordada según las necesidades específicas de cada jurisdicción y de las controversias que serán admitidas en el ODR. La pregunta que queda, en cambio, es sobre los parámetros y guías éticas para desarrollar sistemas robustos que respeten el debido proceso, la seguridad informática, la confidencialidad, el manejo de los datos y la igualdad dentro del proceso.

143 Beijing Internet Court. https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-03/26/c_26.htm

144 Beijing Internet Court, *White Paper on the Application of Internet Technology in Judicial Practice*. 2019.

7. Principios y guías éticas para el diseño de ODRs

Así como los ODR privados y públicos –dentro o fuera de las cortes– prometen eficiencia, mayor acceso y resolución de controversias de manera económica y rápida, también trae potenciales riesgos. Uno de estos riesgos es que los ODR tienen la potencialidad de recolectar masivamente información de las partes en disputa tanto relativa con la controversia como la que compartan en el proceso de resolución. Esta información puede convertirse en insumo para alimentar plataformas de ODR destinadas a la prevención de conflictos o al perfilamiento de las partes en disputa, es decir, los datos recolectados en las ODR pueden llevar a gobernar la sociedad con criterios de peligrosidad y no con base en acciones previamente realizadas. Por ello, el mal uso que se le pueda dar a la información recolectada por medio de ODRs es un riesgo que hay que mitigar. Otro riesgo de los ODR es el manejo de la información desde el punto de vista de la seguridad para proteger la confidencialidad de las partes. Las personas administradoras y operadoras de los ODR deben tomar medidas para administrar los desbalances de poder que pueden presentarse en los sistemas, particularmente, cuando una de las partes disputantes no tiene las habilidades técnicas para navegar la plataforma o requiere de capacitación. Adicionalmente, esta el riesgo de la falta de transparencia del algoritmo. Cuando los ODR llevan a procesos que pueden afectar la auto-determinación de las partes, deben existir medidas para saber si el diseño del algoritmo fue lo que causó esa afectación. En otras palabras, la transparencia debe predicarse en los ODR no solo de los terceros que facilitan la controversia sino del diseño del sistema en el que se automatiza el proceso. Y, por último, las personas operadoras y proveedoras de ODR deben tener suficiente competencia y experticia en la ejecución técnica de las plataformas que utilizan para resolver o administrar controversias.

¿Qué criterios éticos deben tenerse en cuenta en el diseño de los ODR? La ética de las plataformas es un tema que no admite respuestas únicas. En materia de ODR han existido diversas iniciativas para orientar a quienes diseñan y operan los ODR como los Estándares Éticos de ODR (*Ethical Standards for ODR*) del International Council for Online Dispute Resolution (ICODR)¹⁴⁵, los Principios para las Organizaciones proveedoras de ADR (*Principles for ADR Provider Organizations*) de Georgetown Law School e International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR)¹⁴⁶ o los Principios Éticos para Iniciativas de ODR (*Ethical Principles for ODR Initiative* de The National Center for Technology and Dispute Resolution)¹⁴⁷. Pese a las múltiples iniciativas de gobernar los ODR desde el punto de vista ético, se podrían identificar las siguientes estrategias a partir de una lectura sistemática de ellas:

145 International Council for Online Dispute Resolution. ICODR Standards. <https://icodr.org/standards/>
146 CPR-Georgetown Commission on Ethics and Standards of Practice in ADR. Principles for ADR Provider Organizations. Mayo 1, 2002, disponible en: <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/ethics-codes/principles-for-adr-provider-organizations>.

147 The National Center for Technology and Dispute Resolution, Ethical Principles for ODR Initiative, disponible en: <http://odr.info/ethics-and-odr/>

- **Estrategia de estándares mínimos** que consiste en definir cuáles son las pautas mínimas que deben incorporarse en el diseño y operación de los ODR.
- **Estrategia codificadora principalística** que consiste en identificar los principios que deben orientar a las personas operadoras y proveedoras de los ODR para que tengan pautas de comportamiento con cierta flexibilidad. (Ver *Principles for ADR Provider Organizations*).
- **Estrategia codificadora de reglas** que consiste en identificar las reglas de conducta que *deben* seguir quienes operan o diseñan los sistemas de ODR. Aquí hay menos margen de interpretación y el supuesto es gobernar la mayoría de las situaciones con las reglas éticas.
- **Estrategia axiológica** que consiste en definir los valores que deben orientar a quienes diseñan los sistema de ODR. Los valores se fijan de forma amplia para que exista un margen de interpretación en su aplicación según el sistema de ODR. (Ver *ICODR Standards o Ethical Principles for ODR Initiative*).

Independientemente de cuál sea la estrategia que se adopte para diseñar sistemas de ODR teniendo en cuenta parámetros éticos, es necesario que los principios, reglas, estándares mínimos o valores sean revisados periódicamente y actualizados de acuerdo con las experiencias de los/as usuarios/as en los procesos. En otras palabras, deben convertirse en un “documento viviente que pueda responder a nuevas condiciones, tecnologías, stakeholders, y conocimiento probado y sostenible para aquellos que dependen de él”¹⁴⁸.

A continuación, se hace una recopilación de algunos valores, principios o reglas que se encuentran –o están inspirados– en los listados existentes sobre ética en el diseño y operación de los ODR:

Principio / Valor / Regla	Descripción	Fuente
Accesibilidad	Diseñar e implementar sistemas de ODR que sean eficientes y efectivos para el mayor número de personas y que den cuenta de las realidades socio-culturales, los recursos disponibles y las experiencias de marginalización del lugar donde se implementen. En definitiva, deben ser sistemas fácil de usar y fácil para participar en ellos con canales de acceso móviles, de escritorio y, de ser necesario, en físicos.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards.
Autodeterminación	El diseño e implementación de los sistemas de ODR deben fomentar la capacidad de decisión y control respecto del proceso.	ABA. Model Standards of Conduct for Mediators.
Responsabilidad (Accountability)	El diseño e implementación de los sistemas de ODR deben responder a las instituciones y a la comunidad a la que sirve.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards.

148 The National Center for Technology and Dispute Resolution, Ethical Principles for ODR Initiative. Disponible en: <http://odr.info/ethics-and-odr/>

Competencia	Los sistemas de ODR y sus operadores serán competentes en su uso y darán acceso a las partes a recursos de capacitación para que adquieran la competencia necesaria para usar el sistema.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards.
Confidencialidad	Los sistemas de ODR se diseñarán e implementarán respetando las obligaciones legales y la confidencialidad.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards. APEC Collaborative Framework for Online Dispute Resolution of Cross-Border Business to Business
Empoderamiento	Los sistemas de ODR deben diseñarse e implementarse de tal forma que habiliten el crecimiento y cambio a los participantes y a la sociedad, así como potencializar la capacidad de tomar decisiones respecto de la controversia.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards.
Igualdad	Los sistemas de ODR deben diseñarse e implementarse para garantizar la igualdad de todas las partes y administrar los desbalances de poder que puedan surgir en su uso. Todas las voces, especialmente las marginalizadas, deben ser escuchadas. Todas las personas participantes deben ser tratadas equitativamente y respetando su dignidad.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards.
Justicia	Los sistemas de ODR deben diseñarse e implementarse garantizando el debido proceso y la ausencia de sesgos y prejuicios.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards.
Independencia e imparcialidad	Los sistemas de ODR deben tener mecanismos para purgar o mitigar los conflictos de intereses que puedan surgir entre quienes proveen, diseñan, facilitan y las partes.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards.
Integración	Los sistemas de ODR deben articularse, en la medida de lo posible, con los sistemas de otras entidades para que la resolución de conflictos sea efectiva y para que las interconexiones permitan mejorar el servicio.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative.
Protección de daño	Los sistemas de ODR deben buscar la prevención y mitigación del daño y su riesgo a las personas participantes, especialmente a las más marginalizados.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative.
Seguridad	Proveedores de ODR deben asegurar la seguridad de los datos personales recolectados y tratados en la plataforma y restringir su acceso a terceros no autorizados.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards.
Transparencia	Los ODR deben informar las formas de ejecutar los arreglos acordados y los riesgos y beneficios de participar en ellos.	National Center for Technology and Dispute Resolution. Ethical Principles for ODR Initiative. ICODR Standards.

8. Criterios para evaluar ODR y cortes digitales

Al diseñar sistemas de solución de controversias es necesario identificar de forma anticipada los criterios para medir o evaluar la efectividad y éxito del sistema. En la reciente disciplina de diseños de sistemas de solución de controversias (DSD) se recomienda, como el elemento más importante, en el diagnóstico de los sistemas, definir los propósitos y objetivos de este. Si el propósito es solucionar el mayor número de controversias, entonces un posible criterio será definir qué porcentaje de controversias son resueltas satisfactoriamente. Si el propósito, en cambio, consiste en prevenir los conflictos, un posible criterio consiste en identificar el aumento o disminución del uso de la plataforma en un rango temporal específico. En fin, los objetivos pueden medir la eficiencia, el ahorro de recursos, la satisfacción de las personas usuarias o la legitimidad y virtud del sistema.

Una forma de clasificar los criterios para evaluar los ODR y las cortes digitales es con tres criterios: (i) el criterio pragmático; (ii) el criterio ético, y (iii) el criterio utilitario. Sin embargo, los criterios también pueden convertirse en herramientas y mezclarse para evaluar ODR y cortes digitales de forma ecléctica. Es por esta razón que al final se ha incluido el criterio ecléctico.

Un punto importante para tener en cuenta desde el diseño de los ODR es contar con la retroalimentación y perspectiva de los usuarios. La perspectiva de los usuarios será un punto de acceso privilegiado para evaluar los ODR y sugerir ajustes a los sistemas que se encuentran en marcha. Para ello, encuestas, *focus groups* o entrevistas son algunos de los métodos adecuados para recolectar la visión de los/las usuarios/as¹⁴⁹.

8.1. CRITERIO PRAGMÁTICO

El criterio pragmático consiste en determinar la virtud de un sistema de ODR o de una corte digital dependiendo si ella le sirve o funciona. Como ocurre con los criterios pragmáticos, la pregunta es ¿le sirve a quién? Una posibilidad es que el sistema le sirva a las partes en disputa. Otra posibilidad es que le sirva no sólo a los disputantes sino al grupo, la organización o la sociedad, en general. Si el ODR cumple sus propósitos y objetivos y satisface a las partes en disputa (o las partes y el grupo, en general), entonces satisface el criterio pragmático.

8.2. CRITERIO ÉTICO

El criterio ético enfoca la virtud del sistema de ODR o de una corte digital en valores que animan a los sistemas de justicia. Por ejemplo, la equidad, la justicia, la neutralidad, la igualdad y la dignidad son valores que pueden usarse para identificar si una instancia específica de ODR cumple con estos presupuestos éticos o no. Un sistema de ODR puede ser eficiente y resolver una gran cantidad de controversias, pero si no cumple con los presupuestos básicos de un sistema de resolución de controversias justas, difícilmente puede considerarse virtuoso o exitoso.

8.3. CRITERIO UTILITARIO

El criterio utilitario implica ver cuál es la utilidad del sistema de ODR o la corte digital. Para ello, es necesario ver las consecuencias de ese sistema, es decir, qué ocurre en el mundo una vez implementamos este sistema. Uno de los sub-criterios dentro del criterio utilitario es el de eficiencia. Un ODR es eficiente en varios sentidos. Puede ser eficiente en el sentido temporal. Esto exige una comparación: si una disputa x se resolvía en el sistema ordinario en un tiempo t , entonces un sistema ODR o corte digital es eficiente si una disputa similar a x se resuelve en un tiempo $t-n$. En otras palabras, si esa misma disputa se resuelve en un tiempo menor al sistema ordinario, el ODR es eficiente *en comparación con otro sistema de solución de controversias*. Otro sentido de eficiencia es la eficiencia en recursos económicos. Aunque los ODR implican inversiones iniciales para su funcionamiento, esos gastos se van amortizando si por cada disputa el valor de resolverla es significativamente menor que lo que cuesta resolver esa disputa en el sistema judicial o en otro sistema de solución de controversias no digital. Por último, existe el sentido de eficiencia en el número de disputas que resuelve el ODR o la corte digital. Aquí el énfasis no es el tiempo que toma resolver una disputa sino la cantidad de ellas que se resuelven. Esta es otra medida de comparación con otros sistemas.

Adicionalmente al sub-criterio de eficiencia, otra forma de evaluar los ODR es a través de la utilidad que los ODR privados o públicos traen a la confianza de las personas (consumidores o ciudadanos) y el uso repetido que ellos hacen de la plataforma. Este fue uno de los criterios que utilizó, por ejemplo, eBay para saber si el ODR estaba teniendo impactos positivos en los clientes del canal de comercio electrónico. eBay analizaba el comportamiento de las partes en disputa luego de haber pasado por el sistema de solución de controversias. Si las partes volvían a consumir o vender sus productos en la plataforma de comercio electrónico, se estimaba que el ODR era exitoso al fomentar la confianza y fortalecer el mercado.

8.4. CRITERIO ECLÉCTICO

El criterio ecléctico adopta los otros criterios para elaborar una matriz de parámetros de evaluación para identificar el desempeño de los ODR. La ventaja del

criterio ecléctico es que permite sacar a la luz algunas ventajas de ODR que no son necesariamente eficientes pero que tienen otros efectos importantes, tales como la reconciliación de las partes, la construcción de la confianza en las instituciones, la corrección de desbalances de poder que ocurren con más frecuencia en ADR/MASC, la capacidad de diagnosticar cuáles son las controversias más usuales y buscar respuestas pertinentes.

9. Debates y problemáticas sobre ODR y cortes online o digitales

La reciente historia de los ODR y las cortes digitales ha generado debates en torno a algunos riesgos y problemáticas que estos sistemas pueden traer en el ejercicio de otros derechos, en la administración de justicia o en preguntas conceptuales sobre la teoría política de este siglo. En cuanto a las tensiones que se pueden presentar entre la implementación de los ODR y el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la privacidad y al habeas data, quienes administran los ODR deberán regularse para evitar que la información a la que tengan acceso se utilice para finalidades distintas a la resolución o administración de controversias. Como algunos de esos administradores son privados y tienen incentivos económicos distintos a los de personas usuarias de los ODR, el tratamiento de la información de las partes en disputa debe ajustarse a parámetros de seguridad, confidencialidad y sujetos a la finalidad para la cual fueron compartidos.

En cuanto a las tensiones que pueden presentarse con la administración de justicia, el gran debate recae entre el criterio de eficiencia y el de calidad. Existe una preconcepción de que los sistemas en línea pueden ser más eficientes pero no necesariamente tendrán la calidad que detentan sistemas operados por seres humanos. Aunque este dilema parece ser falso, es cierto que los ODR están enraizados en la eficiencia como uno de los criterios más relevantes en su uso y expansión. Existirán, desde luego, disputas que no requieren de una atención minuciosa y no serán fácilmente resueltas en sistemas de ODR o cortes online. La clave, entonces, será en diferenciar qué disputas son apropiadas para ODR y cortes online y cuáles serán apropiadas para un manejo detenido y no conducido por algoritmos. Otro punto en materia de administración de justicia y que ya ha sido discutido, es que los ODR y las cortes digitales solo aumentarán el acceso a la administración de justicia si la partes en disputa cuentan con conectividad a internet o tienen acceso a lugares gratuitos en los que puedan hacer parte de los procesos de ODR y cortes digitales. De modo que la implementación de los ODR y las cortes digitales debe estar acompañada del fortalecimiento en el acceso a internet.

Finalmente, las preguntas más teóricas giran alrededor de si los ODR significarán la expansión de la autorregulación en la resolución de controversias y hasta qué punto el Estado cederá espacio a operadores privados para dirimir conflictos. Esto puede limitar el acceso de la sociedad a información valiosa relativa a cómo se están resolviendo las controversias.

A continuación se listan los debates y problemáticas que han comenzado a surgir a raíz de los ODR y cortes online:

- **Privacidad y confidencialidad.** Determinar en el diseño si se harán públicos o no los acuerdos a los que lleguen las partes. Al dejarlos privados, se protegerá la confidencialidad, lo cual facilita la negociación y les da flexibilidad a las partes

para hacer ofertas libremente sin pensar qué ocurrirá si se conoce públicamente el acuerdo. Incluso hay quienes afirman que la confidencialidad de las partes es también un “valor público” en la medida que le quita la carga a las todas las personas de que la forma como resuelven sus conflictos sea conocida, accedida y utilizada por otras personas para fines desconocidos¹⁵⁰. La confidencialidad en ocasiones facilita la resolución de controversias y en ese sentido también es un valor público.

- **Auto-regulación o regulación estatal.** Otro debate se refiere al dilema si permitir que los ODR se autorregulen o imponer una regulación estatal o control a sus desarrollos. La autorregulación tiene dos aspectos¹⁵¹. El primero es permitir que los privados determinen si diseñan e implementan sistemas de ODR para dirimir controversias, especialmente, si los privados se dedican a la venta de productos o servicios. El segundo es permitir que los privados determinen cómo se hará ese diseño y tengan amplio margen de configuración del sistema. Del otro lado, está la regulación, control o auditoría estatal de los ODR para imponer pautas de diseño específicas de los ODR que garanticen su articulación con el sistema de justicia y con el marco jurídico existente o para proteger a los/as usuarios/as de los ODR a fin de que, por ejemplo, su información está custodiada con estándares de seguridad, no haya tratamiento inadecuado de datos personales y la información derivada de los ODR pueda ser utilizada por el Estado para afinar sus sistemas de justicia y cortes digitales. Las empresas, como lo ha señalado Colin Rule, “apoyan las aplicaciones de ODR a disputas B2C, pero quieren evitar que los gobiernos se involucren. La actitud del mundo de los negocios es que el mercado proveerá incentivos adecuados para poner estos programas en marcha y asegurarse que ellos sean eficientes y efectivos”¹⁵². Sin embargo, la realidad es que desde el punto de vista de los privados la motivación principal para diseñar e implementar sistemas de ODR es la de conservar o aumentar la confianza de los/as consumidores/as en la plataforma o la compañía y limitar su exposición o responsabilidad jurídicas ante una eventual demanda judicial. Y desde el punto de vista de los/as usuarios/as, en cambio, se busca que no haya abusos y que utilicen indebidamente la información y los datos que se comparten en contextos sensibles como en la resolución de disputas.
- **Conectividad y acceso a la justicia.** La conectividad a internet es un prerrequisito para el buen funcionamiento de cualquier ODR y corte digital. La modernización de la administración de justicia implementando tecnologías para resolver controversias resulta inidónea si las partes en disputa no tienen los medios o canales para acceder a estos procesos virtuales y dirimir sus conflictos.
- **¿Quién asume los costos?** Este es otro debate que ha comenzado a surgir en el diseño e implementación de ODRs. Deben pagar las personas usuarias, la empresa (o el Estado, en caso de ser justicia digital) o ambos. ¿Se restringe

150 Rule, *Online Dispute Resolution for Business...*, 269.

151 Rule, *Online Dispute Resolution for Business...*, 272.

152 Rule, *Online Dispute Resolution for Business...*, 273.

el acceso a la administración de justicia si en los ODR privados las personas usuarias deben pagar una tasa? ¿Se restringe el acceso a la administración si en los ODR públicos o cortes digitales deben pagar una tasa? Adicionalmente de estas preguntas, los problemas del costo están vinculados a los incentivos de los neutrales. Si los neutrales son referidos por la persona o entidad administradora o quien está asumiendo los costos del ODR, es posible que los neutrales adopten un sesgo en sus decisiones que favorezca a la persona propietaria y financiadora de los ODR. Después de todo es por ellos que les llega “trabajo” a los neutrales. De modo que los costos no solo son un problema de barreras en el acceso a la justicia sino también de alinear los incentivos.

- **Calidad vs. eficiencia.** El debate de la calidad y la eficiencia es evidente en el contexto de los ODR. Por lo general los ODR se caracterizan por ser procesos rápidos y efectivos que tienen la capacidad de resolver una gran cantidad de casos en poco tiempo debido a la automatización de los procesos y al diseño escalonado de las plataformas (desde diagnóstico-negociación-mediación-adjudicación). Sin embargo, también es cierto que, en ocasiones, decisiones de calidad toman tiempo y exigen espacio entre las partes para solucionar conflictos profundos que pueden tener manifestaciones superficiales cristalizadas en la disputa. ¿Cómo administrar la tensión entre la calidad y la eficiencia? ¿Deben los ODRs diseñarse a la luz de la eficiencia como el criterio principal para determinar su éxito?

10. Conclusiones

Los ODR y las cortes online son una alternativa válida para modernizar la resolución de controversias en América Latina. En las sociedades contemporáneas, la interconexión, globalización y el auge de las tecnologías de la información y las comunicaciones han generado más interacciones humanas y, en consecuencia, más fricciones. Estas fricciones a veces resultan en controversias y esas controversias son de distinto tipo. Algunas son producto de una transacción económica entre partes que no se conocen y que se encontraron en los canales de comercio electrónico; en otros casos son el producto de relaciones humanas sostenidas que pueden usar tecnologías virtuales para desescalar los conflictos sin afectar gravemente la relación entre las partes en disputa; en otros casos, son controversias que surgen masivamente y que las cortes no tienen “suficientes puertas” o recursos para atenderlas de forma eficiente, y en otros casos las controversias pueden beneficiarse de un “sistema escalonado” de resolución de controversias virtual que inicie con negociación y, de ser necesario, escale a otros métodos de resolución de conflictos como la mediación, la evaluación no vinculante de un experto o la adjudicación/arbitraje.

Los ODR y las cortes online tienen beneficios que no pueden reducirse simplemente a hacer lo que actualmente se hace en las cortes y en la resolución de justicia solo que en un medio digital. Las funcionalidades propias de los ODR y las cortes online deben ser aprovechadas por actores privados y públicos para resolver o administrar controversias de forma eficiente, satisfactoria y a un costo razonable.

En América Latina han comenzado a surgir iniciativas que demuestran un intento de incorporar ODR y sistemas digitales en la administración de justicia. Un ejemplo reciente es el crédito de 500 millones de dólares, aprobado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), para promover la transformación digital del sistema judicial colombiano. La finalidad de ese proyecto es que el sistema judicial atienda las necesidades de justicia de los ciudadanos y las ciudadanas e implemente sistemas tecnológicos para promover la transparencia, eficiencia y efectividad¹⁵³. Iniciativas como el expediente digital, audiencias virtuales y la administración en línea de procesos judiciales son bienvenidas pero ellas no pueden confundirse con el potencial que tienen los ODR y las cortes digitales como herramientas predictivas, algoritmos diseñados para la administración y resolución de controversias específicas a ciertos contextos y la medición de la calidad y eficiencia. La conectividad a internet en América Latina es un prerequisite para el buen funcionamiento de estos sistemas digitales de resolución de conflictos. De lo contrario, tendremos muchas puertas nuevas, como decía el pionero de los ADR, Frank Sander, pero sin avenidas para llegar a ellas. Los ODR y las cortes digitales exigen lograr la conectividad de regiones alejadas para que estas herramientas

153 Inter-American Development Bank. “Colombia to boost digital transformation of justice with IDB support,” junio 9, 2021. Disponible en: <https://www.iadb.org/en/news/colombia-boost-digital-transformation-justice-idb-support>

tecnológicas efectivamente aumenten el acceso a la justicia y no crezcan la brecha de la desigualdad en su acceso.

Este documento aclaró los términos y delineó los conceptos de ODR y de cortes digitales para que los debates que se avecinan en América Latina utilicen las herramientas analíticas aquí propuestas para identificar la naturaleza de estas nuevas aproximaciones a la resolución de controversias así como sus características, finalidades, los beneficios potenciales y los riesgos que pueden traer. Adicionalmente, el documento diferenció los ODRs y las cortes digitales de los ADR/MASC/MRC, ambos experimentos de la segunda mitad del siglo veinte para resolver controversias *en y por fuera* de las cortes sin acudir necesariamente al litigio o a la adjudicación. En América Latina aún hay un amplio camino que recorrer en la implementación, pero tener de antemano un mapa que nos oriente es un primer paso definitivo para entender el alcance y los límites de los ODR y las cortes digitales.

La presente publicación pretende brindar una aproximación histórica de forma detallada y analítica sobre la incorporación de la tecnología a los mecanismos de resolución de conflictos y en los sistemas de justicia. Se estudia lo que se conoce en inglés como “online dispute resolution (ODR)” y las cortes digitales como formas experimentales de resolución y administración de conflictos cada vez más desarrolladas para responder al crecimiento de la conflictividad en las sociedades contemporáneas interconectadas, a la congestión judicial y al surgimiento de nuevas controversias en el ámbito privado y público en la era digital.

Se hace un recorrido por los enfoques, así como por los conceptos de ODR y de las cortes digitales en línea, se estudian sus finalidades, tipos, ventajas y desventajas y las diferencias entre ambas formas de resolución de conflictos, finalizando con la exposición de casos importantes y experiencias de utilización de ODR en países de América del Norte y Europa.



@CEJAoficial



@CEJAoficialok



@CEJAoficial



@CEJAoficial

cejamericas.org