

## Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI (1)

Tras un Siglo XX con una enorme jurisdiccionalización de la sociedad moderna, la etapa de la globalización y de la modernidad ha venido marcada por una necesidad imperiosa de buscar nuevos cauces que permitan desconfliktivar la sociedad y resolver conflictos. En ese contexto surgen las ADR, y en su evolución las ODR, como métodos de acceso a la Justicia, que favorecen la paz social y la satisfacción de la ciudadanía y, por ello, se integran en la sociedad digital del Siglo XXI. Ahora bien, las incertidumbres continúan, emergiendo retos e incluso peligros que acechan al impulso de las mismas: la todavía escasa cultura negocial y menos bélica en la solución de conflictos, la adquisición de herramientas de negociación, la absoluta necesidad de implicación del Estado en estos medios de Justicia poliédrica y la atenta mirada a la inteligencia artificial *soft* (asistencial) o *hard* (sustitución del ser humano por la máquina robot inteligente que piense por sí misma), son algunos de ellos.

Justicia integral, ADR, ODR, inteligencia artificial.

The 20th century has been characterized in the dispute resolution arena by the leading role played by state courts. However, this situation is starting to change. Modernity and globalization come accompanied by the search of ways to deconflictive social and economic relations and solve conflicts arising out of them. ADR —and now ODR— has got a decisive impulse in the last decades and it is now enshrined in the digital society of the 21st century. ADR devices are approached as ensuring access to justice, favouring at the same time social peace and citizen's satisfaction. Nevertheless, some uncertainties remain and they may affect their impulse and future consolidation: the still scarce negotiation culture for conflict resolution, the need to ensure the necessary training for acquiring negotiation tools, the absolute need for involvement State in these new scenario of a polyhedral Justice as well, as growingly, the attentive look at the artificial intelligence soft (welfare) or hard (replacement of the human being by the intelligent robot machine that thinks for itself), are some of them.

Integrative Justice, ADR, ODR, artificial intelligence.



**Prof. Dra. Dra. h.c. mult Silvia Barona Vilar**

*Catedrática de Derecho procesal. Universitat de Valencia, España*

### I. RETRATO DE LA CONFLICTIVIDAD Y SUS POSIBLES SOLUCIONES. PUNTO DE PARTIDA

La evolución imparable de la sociedad moderna propició enormes cambios en todos los sectores y ámbitos de la vida. La ciencia, la cultura, la técnica, las tecnologías, han venido generado no solo un aumento de las relaciones jurídicas personales, comerciales, colectivas y estatales, sino unas posibilidades de gestión de tiempos y espacios simultáneamente y en cualquier lugar del planeta.

Las relaciones se multiplican exponencialmente, pero la posibilidad de diferencias, controversias, conflictos e infracciones también ha crecido paralelamente. Ello ha provocado un aumento de la litigiosidad, en cantidad y calidad, imparable y, con ella, un inevitable colapso de las estructuras tradicionales.

Así, en esa nueva realidad que la sociedad global nos presenta destaca un dato indudable: los procesos judiciales y los tribunales del Estado se mostraron exhaustos desde hace varias décadas; desbordados y sobredimensionados en todos los sectores del ordenamiento jurídico (personal, material, presupuestario). Esta realidad, unida a la paralela sofisticación de la litigiosidad, ha venido propiciando una imposibilidad de asumir con todas las garantías el derecho a la tutela judicial efectiva. Y con ello, emerge esa causa-efecto de nuevos protagonistas y medios de afrontar el escenario de la profusa conflictividad que nos acompaña. Así, allende los tribunales de justicia y el proceso judicial, se han venido incorporando otros métodos, las ADR y las ODR, como cauces complementarios o alternativos a la Justicia estatal judicial y procesal.

Los cambios, transformaciones y mutaciones de la conflictividad son más que palmarios y su crecimiento ha sido exponencial. Se ha confeccionado una realidad en la se presencia una complicación, cuando no imposibilidad, de solución de los conflictos jurídicos que se alcance de manera racional, tanto en lo referente al tiempo como al coste de la misma, propiciando lo que se ha venido denominando la explosión de la litigiosidad, a la que se refería OLSON en 1991 («*litigation explosion*») (2). Y todo ello acompañado de una enorme insatisfacción, cuando no frustración, de la ciudadanía.

Este escenario fue propiciando paulatinamente la búsqueda, dentro y fuera de los tribunales, de otros medios, otros sistemas y otros cauces para plantear, discutir, resolver o gestionar las disputas, conflictos o litigios que pueden suscitarse. En esta búsqueda, más allá del modelo de justicia tradicional —los tribunales—, se instaló poco a poco el movimiento de las ADR (que nacieron *Alternative Dispute Resolution* y en la actualidad se han convertido en *Adequated Dispute Resolution*), que recoge un conjunto de mecanismos o medios que permiten resolver o gestionar las disputas. Creadas, inicialmente, como medios «contra el sistema» (tribunales, procesos judiciales, profesionales del Estado), fueron paulatinamente integrándose en el mismo sistema, tal como se encuentran en la actualidad.

## II. QUÉ Y POR QUÉ EL MOVIMIENTO DE LAS ADR

Frente a un claro fenómeno de jurisdiccionalización de las sociedades modernas a lo largo de los siglos y muy especialmente en los Siglos XIX y XX, fruto del constitucionalismo, del fortalecimiento del Estado y del reconocimiento —y ejercicio— del derecho a la tutela de los ciudadanos por el Estado, las sociedades occidentales fueron progresivamente generando una situación de descontento, de desprotección y de insatisfacción en su ciudadanía. Las guerras mundiales, los totalitarismos, la hambruna, la persecución política, entre otras, propiciaron un profuso movimiento migratorio y tras él, desubicación, desadaptación, crisis, conflictos y un largo etcétera.

En este escenario expuesto surge el movimiento de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Su

aparición se produjo en los EEUU —o al menos es donde mayor visibilidad mundial se dio a este movimiento— hacia la década de los años treinta o cuarenta del Siglo pasado, como consecuencia de otro movimiento, típicamente anglosajón, denominado *movimiento de libre acceso a la justicia*, que pretendió asegurar que todos tuvieran la posibilidad de acceder a un medio, cualquiera que éste fuera, que permitiera efectivamente conseguir una solución al conflicto planteado. Ese movimiento de libre acceso a la justicia se dirigió a la búsqueda de alternativas a los tribunales (3). Como señalamos *supra*, una serie de acontecimientos propiciaron esta situación: la crisis de 1929, la depresión de los años treinta, la intervención de los EEUU en las dos guerras mundiales, y la inestable situación laboral, penitenciaria, migratoria, económica y social producida en esa década —no en vano el impulso inicial de estos medios se produce en esencia en los ámbitos penitenciario y laboral—.

La conflictividad creció de forma imparable y la Justicia se mostraba como un artículo de lujo, por lo que comenzaron a surgir organizaciones, centros vecinales, que de forma voluntaria trataban de generar puntos de encuentro para solventar los conflictos. Esta visión casaba con los movimientos alternativos sociales, el movimiento hippie, y respondía a la idea de la no violencia, de la paz social y del sosiego interior. Era una forma de que todos tuvieran acceso a un medio de solución de los conflictos, como derechos de la ciudadanía. Esta realidad social y sociológica propició paralelamente movimientos doctrinales, enmarcados en el realismo jurídico y en la búsqueda de «salidas» del sistema estatalmente configurado, también de los tribunales. Las soluciones voluntaristas de barrios y grupos vecinales fueron desarrollando un método, primero sin protocolo de actuación, para posteriormente ir adaptándolo a una «técnica» de acercamiento de las partes, que buscara el bienestar de todos y la «paz social». Así nacieron las ADR, como sistemas claramente *alternativos* a los tribunales de justicia americanos.

Los buenos resultados alcanzados por las ADR permitieron aflorar dos situaciones interesantes: por un lado, su interés científico, lo que llevó a que en la Universidad de Harvard comenzaran a incorporarse cursos de capacitación para negociación y mediación, convirtiéndolo en técnicas de actuación para quienes las manejaran. Y, por otro, se acrecentó el interés por integrar las ADR en el sistema, a través de programas piloto en algunos tribunales. Su efectividad propició un posicionamiento muy favorable en EEUU, que favoreció la aprobación en 1983 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, que ya en la Rule 16 (C) incorporaba el uso de los procedimientos extrajurisdiccionales de resolución de disputas, y la posterior aprobación en 1990 de la Ley de Reforma de la Justicia Civil, en la que se instaba a los juzgados de distrito federales a elaborar sus propios planes para disminuir los gastos y retrasos en el desarrollo de los procesos civiles y a incluir programas de ADR, allá donde la materia y las circunstancias lo permitieran, surgiendo los denominados *court-annexed-programs*.

Si la existencia de alguno de estos medios-ADR existía en la realidad de la solución de conflictos en muchos países, bien es cierto que fue desde EEUU desde donde se consagró como la otra manera de afrontar los conflictos, otra manera que poco a poco se integró en la Justicia como un todo, asumiendo como filosofía el *pensar en términos de manejar conflictos mejor que resolverlos* (4), surgiendo el movimiento de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

Ahora bien, la convivencia entre todos ellos no siempre fue sencilla; antes al contrario, aun cuando EEUU propulsó desde algo más de la mitad del Siglo XX la incorporación paulatina de las ADR en el mismo sistema estatalmente configurado de Justicia, las opiniones de los descreídos en Europa eran mayoritarias, hasta casi la última década del Siglo XX. Será a partir de finales de los ochenta cuando en numerosos países europeos, de la mano de la Unión Europea, se comenzó la aceptación inicial de medios no judiciales ni jurisdiccionales, ora autocompositivos, ora heterocompositivos (5), aun cuando la realidad de la Justicia europea andaba por otros derroteros y siendo considerado como un sector muy limitado y restringido, sin que pudiera alterar los cimientos de modelo de Justicia estatal. De este modo, aun cuando su encaje en el modelo continental ha sido más lento, en la actualidad no existe duda alguna que forman parte del sistema de Justicia, especialmente adaptadas a determinadas áreas del derecho, aunque quede mucho trayecto aun por recorrer. Y la labor realizada desde instituciones internacionales o supranacionales para propulsar estos mecanismos ha sido extraordinaria (6).

Ante esta realidad fue progresivamente atisbándose una transformación social, política, económica y, por ende, jurídica, aun cuando sin conciencia de que arrastraría tras de sí una mutación del modelo de Justicia en el Siglo XXI, un cambio de paradigma, fruto de ese nuevo *modus operandi* fruto de la revolución industrial o del 4.º, que ha germinado en una nueva sociedad global neomoderna, en la que las ADR y las ODR encajan perfectamente. Y lo hacen en ese nuevo escenario de una Justicia integral o poliédrica (o integrada por múltiples salas o puertas, a las que ya hace varias décadas Sanders denominaba *Multi-room Justice System*). Así, la mutación de este pensamiento se ha producido como una pandemia, más en el pensamiento que en la realidad, y muy probablemente por la profusa influencia que la globalización comportó, inoculando el germen de la eficacia y eficiencia en el sistema jurídico, y alcanzando, como no podía ser de otra manera, a la Justicia igualmente.

### III. EVOLUCIÓN DE LAS ADR

Si en su origen la asimetría fue la nota característica de las ADR en el mundo, mostrando diversas velocidades de aceptación e incorporación en las sociedades occidentales, el paso de los años, las coordenadas expuestas *supra* y el mejor conocimiento de las bondades de estas instituciones y su realidad propiciaron un mayor conocimiento de qué y para qué de las mismas, amén de una paulatina, si bien imparable, incorporación en los sistemas jurídicos. Los motivos fueron dispares, si bien es indudable que la globalización y la conexión planetaria de relaciones, de personas y de ágil movilidad, ha llevado a buscar mecanismos que permitan garantizar solución a las diferencias y posibles conflictos que pueden generarse, en un mundo más complejo, más acelerado y mucho más digital.

---

Es difícil en la actualidad no encontrar modelos ADR en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico

---

Hoy la profusión de las ADR en los países de nuestro entorno es una realidad. Y muy probablemente la asimetría se refiere a los diversos sectores en los que se ve su progresiva incorporación, por cuanto en algunos conflictos jurídicos se ha visibilizado a título de ejemplo la mediación como un buen instrumento de gestión de la conflictividad o de minimización de la misma, o de su solución; en otros, aun cuando se han venido incorporando los instrumentos ADR, sigue pesando más la tradición de tribunales que la «aventura» hacia las ADR, quizás por desconocimiento, quizás por conservadurismo, o quizás —también— por malas experiencias anteriores en intervención de estos instrumentos.

En esta progresión evolutiva de presencia de las ADR, es difícil en la actualidad no encontrar modelos ADR en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, siempre que pueda ubicarse en ámbitos de disponibilidad o que, aun siendo esta limitada, es posible su aceptación con validación de los tribunales con posterioridad. Así, la incorporación de ADR se ha efectuado a ámbitos como materias comerciales —nacionales e internacionales—, sistema bancario y financiero (especialmente a través de la formulación de los *Ombudsman*), consumo, seguros, turismo, energía, construcción, telecomunicaciones, sector aéreo y marítimo, propiedad industrial e intelectual, competencia, sociedades, relaciones laborales, deportes, salud, ocio, cuestiones comunitarias, electorales o de familia, universitarias, administrativas (7), e incluso penales. Obviamente, la facilidad y encaje en unas áreas más que en otras es indudable, pero son ya numerosas normas las que incorporan estos cauces, con mayor o menor índice de manejo en unos países que en otros.

Estos medios han evolucionado en su relación con la Jurisdicción, dado que, si surgieron «contra el sistema», en la actualidad es indudable que se ubican en muchos casos en el modelo estatal de Justicia. Ahora bien, los medios y la vinculación o no con la Jurisdicción son variables. En algunos casos es una realidad exclusivamente «*out of Court*» (algo ajeno y fuera de los tribunales) y en otros, «*in Court*», completando la labor de aquélla. Pero una nota característica en la evolución de estas vías de solución de conflictos ha sido la percepción de que las mismas pueden integrarse junto a los Tribunales, colaborando y facilitando mutuamente la tarea entre ambos.

En cualquier caso, tanto en su origen como en la actualidad las ADR son instrumentos que se fundamentan en la *libertad*, en la voluntad, siquiera sea condicionada inicialmente pero no en sus desarrollos, pese a una tendencia imparable de convertirlas en obligatorias, ante, en gran medida, las posibles reticencias que todavía en la actualidad se mantienen en determinados sectores y ámbitos jurídicos. Ahora bien, su éxito se halla muy ligado a la libre voluntad de intervenir en las mismas por quienes se encuentran afectadas por el conflicto, y su fracaso vendrá, en gran medida, si no se sabe modular ese interés por incorporar la obligatoriedad de las mismas. Buen ejemplo de este fracaso lo podemos encontrar en la larga historia jurídica de la conciliación obligatoria que ha venido acompañando siglos a numerosas legislaciones procesales. En cualquier caso, sobre esta cuestión volveremos en el apartado siguiente.

#### IV. RETOS Y PELIGROS DE LAS ADR/ODR EN LA SOCIEDAD DIGITAL DEL SIGLO XXI

Si las páginas anteriores estuvieron destinadas a efectuar unas líneas generales en torno al origen y

al *statu quo* de las ADR, merece especial atención tratar de configurar los retos y, a su vez los riesgos, con los que se enfrentan las mismas en el Siglo XXI, en el que estamos asistiendo a una sociedad que se transforma a una velocidad difícil de asimilar. Lógicamente, también en esta sociedad del Siglo XXI encuentran acomodo —o si cabe, mayor acomodo, por las coordenadas que la definen— las ADR, amén de generar ciertas incertidumbres, que pueden avizorarse como retos o como riesgos, que vamos a tratar de exponer, siquiera lo sea a grandes rasgos.

### 1. Todavía falta cambio de pensamiento y de cultura. Incorporación en el diagnóstico, tratamiento y posología jurídica

Durante siglos vinimos configurando el modelo de «papá Estado», con unas u otras figuras que lo delineaban. Una fórmula que encontraba perfecto acomodo desde el papel poderoso e influyente de la Iglesia en todas sus manifestaciones. La Iglesia y el Estado se consagran como un modelo piramidal, en el que la base son los feligreses, los administrados o la ciudadanía, y en la cúspide, la jerarquía eclesial o los gobernantes. El modelo es de orden y control. Le cambiamos el perfil cuando se consolidó la idea del contrato social, en el que el Estado asumía el rol de protector de sus ciudadanos a cambio de una cesión de su libertad y también de sus derechos, o si se quiere, una cesión de cómo, cuándo y ante quién ejercitar los derechos. Siquiera escuetamente ese ha sido el modelo social que hemos venido aceptando durante siglos, ya sea libremente, o ya fuere impuesto.

En ese modelo lógicamente el sistema heterocomponedor, a saber, aquel en el que un tercero «impone» la decisión a las partes en conflicto, respondía más a los principios de la ideología social y eclesial que había acompañado las sociedades primitivas, las medievales y las de la modernidad. Un modelo en el que la jerarquía predominaba, algunos pensaban, otros obedecían, algunos legislaban, otros respetaban las normas, y un largo etcétera que obviamente fue llevando a la profesionalización de los «solucionadores de conflictos», una profesionalización que configuró sus protagonistas: abogados (necesitamos de sus conocimientos técnicos porque el modelo es complejo y muy técnico), jueces (que imponen las decisiones a los conflictos) y fiscales (cuando interviene el interés público, actuando en defensa del mismo).

En ese modelo ¿cómo iba a prosperar esa idea de huir de los tribunales y el proceso para sentarse y tratar de buscar soluciones consensuadas? Era una *contraditio in terminis* salir del modelo estático para entrar en modelos dinámicos. Durante décadas del Siglo XX, en las que las ADR comenzaron a verse en el escenario de la conflictividad, los descreídos salieron a luchar contra ellas, pronunciándose en su contra y argumentando que eran menos garantistas, menos realistas y que formaban parte de un sector oscuro y obtuso que nada tenía que ver ni que ofrecer frente al sistema garantista del Poder Judicial, tribunales, leyes procesales y procesos judiciales estatalmente configurados.

Frente a ese rechazo de las ADR que duró varias décadas en el Siglo XX, la situación ha cambiado radicalmente, siquiera en la visión y pensamiento de que las ADR no deben verse como huidas del Poder Judicial, sino como mecanismos complementarios, e incluso en ciertos casos integrados en el mismo sistema judicial (8), con el fin de buscar la solución más acorde a la materia, conflicto, sujetos, tiempo, etc. Modelo paradigmático es, a este respecto, el pensamiento asiático, desde el



que históricamente la vía judicial es el fracaso de quienes no han sido capaces de resolver sus disputas por sí mismos, lo que se explica desde el espíritu confuciano de la búsqueda de la persuasión por encima de la coacción.

Cierto, el pensamiento ha ido modulándose, incluso respecto de los más críticos, empero falta un reconocimiento sincero de las bondades de las ADR y la aceptación e incorporación de las mismas en la gestión y solución diaria de los conflictos jurídicos. Una aceptación que en absoluto supone «sustitución por», sino «integración en». No se trata, como se pretende desde el pensamiento neoliberal, de acabar con modelos ineficientes y costosos, que perturban el mercado y la agilidad, desarrollo e impulso del mismo, arrasando cuanto no sea útil en términos económicos, inclusive — como se ha venido consiguiendo— con una minimización del propio Estado (9), y de sus representantes, sino que se trata de trabajar con los plurales mecanismos de gestión y solución de conflictos para, desde el diagnóstico, determinar en cada caso y con los determinados sujetos, amén de las coordenadas de éstos, cuál o cuáles son las fórmulas que deberían aplicarse para alcanzar la mejor de las soluciones posibles.

Este diagnóstico a conciencia, desgraciadamente, es lo que falta, bien por temer pérdidas de honorarios —lo que vulnera los más elementales principios éticos de los letrados, quienes deben siempre velar por la tutela más efectiva de sus clientes— o bien por desconocimiento de lo que no es el modelo judicial. Ciertamente que esa falta de diagnóstico ha venido propiciada desde la Academia, por cuanto, frente a lo que se enseña en las Facultades de Medicina (diagnosticar, tratamiento y posología), en las Facultades de Derecho, hasta hace muy poco, no se transmitía a los estudiantes las herramientas que permiten efectuar ese diagnóstico, absolutamente imprescindible para detectar, en atención al conflicto jurídico, pero mucho más a las personas, a sus intereses y necesidades y a las coordenadas que las condicionan, la vía más adecuada posible para respaldar y ofrecer la mejor de las tutelas a sus clientes. Insisto, estas herramientas han comenzado a incorporarse en los planes de estudio de las Universidades, ofreciendo un importante aporte crítico a la hora de efectuar el estudio de la mejor tutela para los clientes y las posibles (plural) soluciones que pueden ofrecerse ante una situación crítica.

En cualquier caso, es uno de los retos a los que se enfrenta la viabilidad de las ADR. No basta con que existan leyes, que las hay en muchos países, en muchos sectores, sino que se hace necesario que tengan un espacio real, visible, integrado, que se muestre no solo como «negocio», que lejos de ser positivo, le hace un flaco favor a las ADR, todo y que pueda serlo en ciertos casos; que se incorporen y que quienes son los operadores jurídicos las incorporen igualmente en sus diagnósticos y, sobre todo, en la posología jurídica aplicable. El momento es más que adecuado, por todas las razones expuestas, y además, concurre una cierta simpatía, cada vez mayor, desde el sector de la Judicatura por estos métodos ADR, habiéndose convertido, especialmente en ámbitos de derecho público más restringidos, en los garantes y potenciadores de los proyectos piloto que se han desarrollado y lo están haciendo, de la mano del CGPJ.

## 2. Las ADR necesitan ser «Justicia», no «negocio», también en el sector público

En su origen las ADR se anudaban a la idea romántica de buscar soluciones para alcanzar la paz

social, la convivencia, el interés por escuchar, por convertir el conflicto en positivo, participar en su solución, someterse voluntariamente a la colaboración o incluso imposición de un tercero que no es un juez —no en vano casó perfectamente con el movimiento «hippie», de búsqueda de la paz social e interior—. Incluso se vinculó con ciertos grupos religiosos, y grupos étnicos de inmigrantes, que resolvían sus diferencias dentro de sus comunidades a través de la mediación de los ministros de su Iglesia o de los ancianos. Fue originariamente un movimiento desde el voluntariado y excluyente de los tribunales, considerado como alternativo a lo estatalmente configurado. Un ideario «antijurisdiccional» marcó el nacimiento y ebullición en Estados Unidos. Ahora bien, esa razón de ser no fue la misma que hizo aparecer los sistemas ADR en la Unión Europea, ni tampoco en Latinoamérica.

---

### Podemos confiar en que las ADR tienen un enorme recorrido si se les vincula a la búsqueda del acceso a la Justicia

---

Hemos venido asistiendo a un cambio en la percepción de las ADR. Se ha propulsado la incorporación de estrategias que, por un lado, mejoren las condiciones de la justicia y, por otro, suavicen la explosión litigiosa con la que estamos conviviendo, pero no «a la contra» de los tribunales y de los procesos, sino con y desde los tribunales y con los procesos. Una suerte de convivencia armonizada que permita ofrecer más y mejor. Así las cosas, se fue perdiendo la naturaleza alternativa o contraria a los tribunales y los procesos, para convertirse en la actualidad en medios de tutela integrados y complementarios a éstos. Esa integración ADR-Jurisdicción ofrece un componente positivo: las múltiples opciones que la ciudadanía encuentra en la gestión, solución y resolución de conflictos. Es por ello que aparecen plurales fórmulas que han venido a dar paso a una Justicia con múltiples puertas, lo que se denominó como las *multi-door-Justice System*.

En gran medida vinculado a lo expuesto en el apartado anterior, solo podemos confiar en que las ADR tienen un enorme recorrido si se les vincula a la búsqueda del acceso a la Justicia. Pretender «usar» las ADR como «negocio» no solo está abocado al fracaso, sino que no se ha entendido en absoluto que las puertas del Ombudsman, la negociación o la mediación no son sino instrumentos que permiten otorgar una mejor tutela al cliente, una mayor satisfacción por los resultados, y que, lejos de presentar la «píldora de la mediación» como una vía de obtención de beneficios económicos por su empleo, los beneficios lo serán directamente para los clientes-ciudadanos y en segundo lugar para los letrados, quienes podrán, por un lado, sentir la satisfacción moral del debido cumplimiento del código ético y ontológico de la profesión de buscar lo mejor para el cliente, amén de generar —con una visión a largo plazo que abandona la concepción cortoplacista y miope— una clientela satisfecha, que será clientela de por vida.

Estoy absolutamente convencida de que solo desde esa consideración de las ADR como vías de acceso a la Justicia poliédrica será posible desarrollar y fomentar la cultura de las mismas. Y en este sentido, sigo creyendo —quizás me he quedado sola— que el arbitraje nació con vocación de dar Justicia, de ofrecer la mejor de las soluciones, y se descafeinó primero y posteriormente se



corrompió cuando se presentó tan solo como una fórmula de negocio. He reiterado que solo si hay arbitrajes modestos, arbitrajes domésticos, arbitrajes de pequeñas y grandes cosas, habrá cultura arbitral, y desde esa cultura arbitral asimétrica podrá generarse igualmente negocio para quienes se mueven en los círculos o roscas arbitrales buscando tan solo la monetarización de la función arbitral. Insisto, como lo hice ya en el Siglo pasado, que el arbitraje nació con vocación de ofrecer Justicia, se sustituyó por los tribunales a medida que el sistema profesionalizado fue institucionalizándose, pero siguió manteniendo una razón de ser muy importante en el seno de los comerciantes, los gremios, para dar soluciones justas —la mejor— a situaciones que así lo requerían.

La incorporación de las ADR responde claramente a un profuso incremento de la conflictividad en calidad y cantidad que ha llevado a una inoperancia e insuficiencia de la respuesta desde la justicia estatal estática. El impulso de las ADR convive con esa búsqueda de facilitar a los ciudadanos un acceso a la justicia más efectiva, asequible y previsible (10) . De este modo son numerosos los países (11) que han diseñado y trabajan con ADR como una parte relevante e integrada del sistema de justicia de los Estados (12) . Con ellos se ofrece a los justiciables unas vías más efectivas, menos costosas y más rápidas de acceso a la justicia que los tribunales estatales, a la vez que se suaviza su carga de trabajo. Es más, esta búsqueda de soluciones alternativas al tradicional recurso a los tribunales estatales se desarrolla, además, tanto en el plano interno como internacional (13) . Y, también, en relación con países y respecto de materias en las que nunca antes se había admitido su potencial juego. De esta suerte, y frente a su consideración tradicional como mecanismo de resolución de controversias estrictamente privadas, el recurso a las vías alternativas a la justicia estatal se ve ahora paulatinamente ampliado a algunas disputas de carácter privado no cubiertas tradicionalmente por ellas al entenderse que no eran disponibles para las partes. Amén de a controversias englobables en el ámbito del Derecho público (14) .

En suma, solo será posible considerar que existe cultura ADR cuando se la presente, se la vea, se la crea, se la emplee como cauces de acceso a la Justicia, quizás más cortos, quizás más sencillos, quizás menos técnicos, quizás menos costosos, quizás hasta vinculados a los tribunales de justicia y a los procesos judiciales, pero en todo caso, «tutela efectiva». Es imposible esta tutela efectiva si solo mueve su empleo, uso y abuso por negocio.

Ahora bien, el panorama es complejo y genera una suerte de esquizofrenia global en torno a las ADR/ODR.

Por un lado, frente a la idea de que las ADR/ODR son una forma más accesible de acceso a la Justicia, se muestran quienes consideran que se produce una suerte de privatización de la Justicia. Y si la hay, si se asume que se abre y fomenta la intervención privada, impulsada por los mismos Estados. Esa transformación no es negativa; lo que sí lo es, es la dejación no funcional sino presupuestaria del Estado. Esto es, es altamente criticable y tremendamente peligroso si el Estado acepta que estos métodos de Justicia son «negocio» y por ende deja de insuflar de presupuesto a la Justicia venga del aparato exclusivo del Estado o venga del aparato híbrido Estado-sociedad civil. Las ADR-ODR pueden «servir» a la Justicia, mejorarla, complementar los cauces exclusivamente públicos, si bien sin olvidar que el eje sobre el que debe moverse es siempre «la persona», su tutela, y no una finalidad

crematística.

Por otro lado, concurren voces que se manifiestan en contra de las ADR, a salvo del arbitraje, que es lo que ofrece una real utilidad económica. Los que defienden este pensamiento mejor que continúen ajenos al mundo de las ADR. Estos cauces, de tutela efectiva, no son para ellos. Las ADR forman parte del mundo de quienes como Nuccio ORDINE consideran que existe «la utilidad de lo inútil», si por inútil se considera aquello que no da resultados sustanciosos económicamente hablando, pero sí de forma intangible. Los peligros de vivir por y para la eficiencia monetaria pueden propiciar lo que este autor proclama (*Si dejamos morir lo gratuito, si escuchamos únicamente el mortífero canto de sirenas que nos impele a perseguir el beneficio, sólo seremos capaces de producir una colectividad enferma y sin memoria que, extraviada, acabará por perder sentido de sí misma y de la vida* (15)). En ese rescate de lo inútil están las vías que permiten, desde el respeto al otro, desde la credibilidad en el ser humano, mucho más que en el negocio, alcanzar acuerdos que sean realistas, posibles, beneficiosos para ambas partes y por ende para la sociedad descreída en la que vivimos; lo contrario, en palabras de ORDINE, es vivir «condenado a convertirse en una máquina sin alma».

### 3. Obligatoriedad versus voluntariedad para fomentar la «cultura ADR»

En su origen una de las grandes bondades de las ADR era la libertad de acudir a ellas por voluntad propia, considerándose a estos efectos que la aceptación del método implicaba *a priori* una suerte de voluntad de entrar, participar y aceptar la solución consensuada del conflicto. De este modo, se consideraba que su fundamento o razón de ser se halla en el ejercicio de la libertad, en la manifestación de la autonomía de la voluntad, que permite acudir a estas instituciones, o no hacerlo. De ahí que la integración de las mismas en el marco de la *Multi-room Justice System* permitiera y permita considerarlas como plurales instrumentos que ofrecen los ordenamientos jurídicos en el acceso a la Justicia polédrica. Así, la libertad como fundamento se ha defendido desde sus orígenes y encontró reconocimiento en el principio de autonomía de la voluntad.

Pese a ello, hay voces favorables a la incorporación de la obligatoriedad de alguna de estas instituciones. Una obligatoriedad que parece más bien referirse a la necesidad de acudir a las mismas antes de la vía judicial, asistiendo a la primera sesión informativa, sin que ello implique la exigencia de mantenerse en este procedimiento extrajudicial y mucho menos en la exigencia de alcanzar un acuerdo. Esta posición se ha visualizado especialmente en el ámbito de la mediación y ha encontrado un perfecto acomodo desde instituciones europeas. Especialmente interesante fue el Informe del Parlamento Europeo de 2014 *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, en el que se manifestaba la inquietud del poco impacto que la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DO L 136, de 24.05.2008) ha producido en la práctica europea. De hecho, el Informe considera «decepcionante» la situación, valorando un número de mediaciones que arroja unos resultados mucho peores de los esperados; e igualmente se detiene en analizar la mayor o menor eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros para incrementar el uso de la mediación (16). Es precisamente en ese Informe en el que, entre las propuestas de mejora o impulso de la mediación, se hace referencia a la posibilidad de incorporar la obligatoriedad del empleo de la mediación, argumentándose a favor de la reversión positiva por el

número de mediaciones en el contexto de la reducción de la litigiosidad. Se hace referencia a la posible introducción de la mediación obligatoria en algunas categorías de asuntos, con posibilidad de retirarse (*opt-out*) en la primera reunión, con poco o nulo coste. De hecho, en el Informe se baraja bien la posible mediación obligatoria con posibilidad de retirarse o la de no ofrecer esa posibilidad de hacerlo, discutiéndose por los Estados el impacto positivo o negativo que ambas opciones podrían generar.

Algunos países, siquiera de forma parcial o sectorial, han introducido la obligatoriedad. En Austria se acepta la mediación obligatoria en los asuntos vecinales y en los relacionados con discapacitados; en Alemania los diversos Estados federales prevén en algunos casos y para algunas materias la obligatoriedad; en Rumanía se establece la asistencia obligatoria a la sesión informativa de la mediación antes de acudir a la vía judicial en un listado de asuntos; en Malta se acepta la mediación obligatoria en determinados asuntos de familia; en Croacia en materia de disputas familiares y laborales; en Italia igualmente se ha incorporado para determinados asuntos la obligatoriedad. Igualmente en algunos países de América Latina también para determinados ámbitos o sectores (familia, sanitarios, seguros...) han asumido esta necesidad de la mediación como primer cauce de solución de conflictos (17).

---

### La mediación debe ser voluntaria por su propia naturaleza, siendo esa su esencia

---

En España, sin embargo, se asumió la mediación voluntaria, todo y que existen voces favorables a su incorporación en algunos ámbitos. Se esgrimen argumentos a favor y en contra de la mediación obligatoria. Son argumentos que se han desplegado en torno a la mediación, pero que pueden extenderse a las demás modalidades de solución extrajudicial de conflictos. A favor de la obligatoriedad de la mediación se argumenta que generaría mayor cultura de la mediación, conociéndose entre la ciudadanía, y con ello los valores positivos que imprimen; favorecería una reducción de la litigiosidad, la reducción de procesos y de costes judiciales, amén de fomentar la pacificación social. En contra se argumenta que es una *contraditio in terminis* la denominada «mediación obligatoria». La mediación debe ser voluntaria por su propia naturaleza, siendo esa su esencia, y puede, de ser obligatoria, convertirse en mero obstáculo antes de acudir al proceso civil, como sucediera en otros tiempos con la conciliación obligatoria, sin que ello favorezca el cumplimiento de los fines propios de la mediación. Más allá de generar cultura mediadora puede provocar incluso cultura contraria, al no percibirla como el instrumento que permite con las partes trabajar en la búsqueda de un acuerdo entre ellas, sino un presupuesto de procedibilidad. Y se esgrime igualmente en contra que supone encarecimiento de la tutela pretendida, amén de la dilación en alcanzarla.

Interesante como dato —aun cuando no como norma aplicable— fue la presentación del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, que precisamente mostraba esa visión legislativa (y política) en España de favorecer la mediación a golpe de norma que estableciera la obligatoriedad

«mitigada», a saber, la obligación de las partes de intentar la mediación con carácter previo a la interposición de determinadas demandas o bien cuando el tribunal en el seno del proceso considere conveniente que las partes acudan a esta figura; en ambos casos, con la idea de lograr una solución más ágil y efectiva, tal como rezaba la Exposición de Motivos del texto proyectado. Se convierte la mediación en un presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial, en línea con lo que han incorporado algunos países de nuestro entorno jurídico. Se trataba de obligar a informarse, sin perjuicio de la posibilidad de no continuar el procedimiento de mediación ni por supuesto compeler a la búsqueda de un acuerdo. El texto quedó en suspensión con la disolución de la legislatura, pero era una muestra de esa intencionalidad de fomentar la cultura de las ADR y muy especialmente la mediación y hacerlo a través de norma que favorezca la obligatoriedad de acudir a mediación a informarse de las bondades de la institución, para decidir continuar en mediación o seguir en sede judicial.

El retrato de lo vivido en mediación puede extrapolarse a las ADR autocompositivas, pudiendo considerar que el conocimiento de las mismas, su impulso por los operadores jurídicos y en esencia su virtualidad práctica parece que encuentran un fértil camino de la mano de la incorporación de una suerte de elenco de sectores del ordenamiento jurídico en los que cabría fomentar y hacer proclive, mediante ley, su obligatoriedad antes de la vía judicial.

#### 4. Capacitación de los operadores ADR

Una de las cuestiones que se ha incorporado en las legislaciones, especialmente de la mano de la mediación, ha sido la de considerar la capacitación para ser mediador o mediadora. La cuestión que se planteaba era la recomendación o la exigencia de capacitación para serlo, amén de la exigencia de una suerte de formación continua de los mismos.

Pasados los momentos en que todos los profesionales querían ser mediadores, realizando cursos, diplomas, masters y demás instrumentos de capacitación, debido en gran medida a la crisis económica que azotó a todas las profesiones, mermando ingresos e incluso provocando situaciones de crisis económicas graves de firmas jurídicas, gestorías, notarías, administradores de fincas, y un largo etcétera, parece que rescatamos el momento previo a esta desesperada búsqueda de mediación. Aquellos que se «lanzaron» a capacitarse para ser mediadores por necesidad, y han encontrado la continuidad del camino de su profesión, han venido abandonando la mediación, quedando a la postre quienes vocacionalmente percibieron que operar en ADR y fomentarla solo podía ofrecer y generar bondades a una sociedad que, como apunta Esplugues, se ha convertido en *sociedad conflictiva y conflictuada*, que clama un nuevo entendimiento de la noción de «acceso a la Justicia» (18), en la que ineludiblemente se encuentran las ADR como posología paliativa del conflicto.

En suma, aun cuando lo hemos ubicado en el elenco de retos, no sabemos a ciencia cierta si para el buen manejo de las ADR a medio o largo plazo será necesario seguir capacitándose en los términos ahora expuestos en la Ley de Mediación Civil y Mercantil española de 2012, o si, por el contrario, el gran reto se halla en la formación desde la base, a saber, ora en las escuelas, a través del manejo de conflictos mediante las herramientas de la escucha activa, la comunicación abierta y el empleo del

parafraseo, la conversión del lenguaje negativo en lenguaje positivo, y un largo etcétera, amén de convertirse —y esa es mi idea fundamental— en materia exigible en las Universidades, generando esa capacidad de diagnosticar por un lado, amén de la posibilidad de manejarse en procedimientos extrajurisdiccionales, ya como asesor de parte o ya como sujeto activo, a través de la negociación o la mediación.

## 5. Más negociación, como punto de partida

Pareciera que en los últimos tiempos al jurista se le presentaba la dicotomía entre acudir a los tribunales o incorporar cláusulas de mediación y/o arbitraje, como si tan solo las ADR se circunscribieran a la fórmula autocompositiva —mediación— o a la heterocompositiva —arbitraje—. La realidad es mucho más. Y quizás el reto que de asumirse en la sociedad actual es el de aprender a desaprender, o lo que es lo mismo, abandonar la visión jerarquizada de la solución de conflictos y capacitarse para el manejo de las herramientas de la gestión del conflicto y de la solución por cauces no bélicos sino en aras de alcanzar un *win-win*. Algún autor ha sabido muy bien presentar esta idea de que el futuro será el de los operadores jurídicos que hayan hecho el esfuerzo de *desaprender la lógica del derecho para aprender la lógica de la negociación* (19).

Frente a la opinión generalizada de que los letrados despliegan estas herramientas negociadoras en su quehacer cotidiano, lo que apuntamos no es el ejercicio de los intentos de negociación como arma arrojada frente al contrario, sino enseñar también en la Academia las técnicas de la negociación, las herramientas para su empleo, y la integración como punto de partida de la actividad de defensa de los clientes y de los ciudadanos desde un intento real, técnico, esforzado, por tratar de solventar las posibles crisis con fórmulas mucho menos agresivas que solo harán que reforzar, siquiera por alcanzar acuerdos parciales, la capacidad relacional de los clientes y su empoderamiento en la continuidad de relaciones jurídicas personales, comerciales, asistenciales, que favorecerán a la sociedad en su conjunto.

En consecuencia, amén de la mediación y el arbitraje, la mediación debiera ser el primer peldaño a desplegar en el ejercicio del derecho de defensa de los ciudadanos. Una negociación que requiere de aprendizaje, en todo caso, ineludiblemente. Es una técnica que viene configurando los contenidos de las Escuelas de Negocios, dado que hablar de negociación puede tener dos acepciones: la primera es aquella que permite trabajar para alcanzar «negocio», de manera que de lo que se trata es de «obtener ganancia al mejor precio», por lo que su estrecha vinculación con el negocio jurídico la presenta como una habilidad de éxito. La segunda manifestación es la que a nosotros nos interesa, y se trata de la aplicación de las habilidades, capacidades y técnicas de la negociación para alcanzar la solución de un conflicto. En cualquier caso, se entiende que la formación es esencial, que el negociador no nace, sino que se hace, y de ahí la importancia de la adquisición de conocimientos teóricos y su posible aplicación a través de los talleres prácticos que ofrezcan la adaptabilidad de las técnicas de negociación a la realidad conflictual.

La negociación no está regulada en los ordenamientos jurídicos, ni debe estarlo. Por ello no es un reto que se incorpore a las legislaciones, pero sí que es la aceptación de la real pertenencia al mundo de las relaciones jurídicas y a los conflictos que puedan derivarse de las mismas. No se regula ni el

procedimiento, ni el estatuto del negociador ni las consecuencias derivadas de este sistema de negociación. Estamos ante el juego del ejercicio de la libertad, que no solo tiene fundamento legal, sino también constitucional, y desde el que es posible que, allá donde nos encontremos ante una relación jurídica disponible, igual lo sea el acceso a una fórmula ancestral no escrita ni regulada, como es la negociación mediante la intervención de terceros negociadores.

En conclusión, la negociación se ha colado en la vida diaria, ora para impulsar las relaciones jurídicas personales y económicas, ora para paliar situaciones de crisis, fruto de la complejidad diaria de estas relaciones y de la sociedad en general. En unos casos, la negociación es personal entre quienes se hallan en tal situación, sin intervención de terceros —que forma parte de las reglas del juego sociales—, y, en otros, la negociación se realiza con intervención de terceros negociadores, que actúan en defensa de intereses de parte, defendiéndolos y buscando la mejor de las soluciones para quienes actúan. Es una técnica, obviamente, que será más perfecta cuanto mayores herramientas se hayan adquirido para el desempeño de esta función (20). Y esa obtención de herramientas por parte de los operadores jurídicos sí que debe ser objetivo a incorporar en la actualidad en el marco del acceso a la justicia.

## 6. De las ADR a las ODR e irrupción de la Inteligencia Artificial y de la Algoritmización de las mismas

Del mismo modo que la tecnología ha facilitado la comunicación y ha favorecido la aparición de relaciones jurídicas nuevas, en línea, también las tecnologías permiten remodelar las ADR para poder ofrecer estos cauces igualmente *on line*. Es por ello que el matrimonio de las ADR con las tecnologías ha hecho surgir las ODR (*On line Dispute Resolution*). Es indudable que encajan en el paisaje de la era digital, en el que tienen una perfecta acogida en el plano teórico. Es una pieza más de la transformación global y globalizada del mundo de las relaciones jurídicas y del Derecho mismo.

Ahora bien, también puede verse como una pieza más de esa visión mercantilista que inspira las reformas de la Justicia desde hace varias décadas y de forma global. Esto es: por un lado, las ODR pueden ser una pieza más del *puzzle* de la Justicia economicista o de la economización de la Justicia; y, por otro lado, las ODR más bien parecen responder a las expectativas de la Economía global que a la consideración de mejor vía de acceso de los ciudadanos a la Justicia, más accesible, rápida y sencilla.

Ahora bien, más allá de la incorporación electrónica de la Justicia desde una visión instrumental, el mundo avanza hacia una algoritmización de las ADR igualmente. Es indudable que la Inteligencia Artificial encontró un terreno absolutamente fértil en EEUU. El Gobierno de EEUU presentó una estrategia de inversión de cerca de 970 millones de euros en investigación no clasificada sobre Inteligencia artificial en el año 2016. Esto, lejos de sorprendernos, no hace sino confirmar que en sus orígenes fueron las empresas americanas las que impulsaron las diversas manifestaciones de la inteligencia artificial, del impulso de la programación analítica de los algoritmos y de su expansión a casi todos los ámbitos de la vida. Las empresas como Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft, Twitter, LinkedIn, entre otras, han sido las que comenzaron con la adquisición de datos, la



programación, la transformación digital, y la presentación de múltiples productos, todos ellos bajo *software* o incluso con *hardware*, pero es indudable que en su nacimiento la algoritmización de la vida tenía nacionalidad norteamericana. Esto no ha sido óbice a que ya no es EEUU la gran potencia digital, por cuanto China es un competidor ambicioso en esa lucha por alcanzar el liderazgo mundial en 2030, con enormes y continuas inversiones difícilmente alcanzables (21). Todo ello sin olvidar países como Japón, Corea o Canadá, que han ido incorporando poco a poco estrategias propias también en la transformación digital y la consolidación de la inteligencia artificial, al igual que Europa (22).

Por esta razón la Unión Europea está llevando a cabo numerosas acciones para posicionarse en materia de inteligencia artificial, preparando un programa de financiación Europa Digital (en el período presupuestario que va de 2021-2027) en torno a los 9.200 millones de euros para el desarrollo entre otras de supercomputación. Se ha creado un grupo de expertos de la Comisión para elaborar el Código ético de IA. Y todo ello sin olvidar que el Comité Económico y Social Europeo ya en junio de 2017 (23) instaba a la realización de un verdadero debate social sobre Inteligencia artificial que incluya a quienes pueden estar interesados, tanto a políticos, como a representantes empresariales y de la industria, interlocutores sociales, consumidores, ONG, instituciones de la enseñanza, representantes de la ciencia y especialmente de la medicina, así como expertos académicos de diversas disciplinas, que puedan verse afectadas como la misma Inteligencia Artificial, la seguridad, la ética, la economía, las ciencias laborales y jurídicas, las ciencias del comportamiento, la psicología, la filosofía, etc.

En cumplimiento de la estrategia de inteligencia artificial que se adoptó en abril de 2018 la Comisión presentó en diciembre de 2018 un «plan coordinado» para fomentar el desarrollo y la utilización de la inteligencia artificial en Europa (24). Tras el Plan señalado la Presidencia preparó un proyecto de Conclusiones del Consejo relativas al Plan Coordinado sobre el Desarrollo y Uso de la Inteligencia Artificial *made in Europe*. Con algunos cambios introducidos se acordó remitir el proyecto de Conclusiones al Consejo de Competitividad en febrero de 2019, que fundamentalmente pretenden la incorporación plena de la transformación digital con inclusión de la inteligencia artificial (25).

En suma, la visión de la Unión Europea es en estos momentos activa en aras de fomentar, impulsar, apoyar y expandir la IA. Todo y que trae consigo riesgos, complejidades y peligros que pueden incidir —y así lo perciben igualmente las instituciones europeas— en la seguridad, en materia socioeconómica, en la ética, en la privacidad, en la fiabilidad o en la controlabilidad también. En una sociedad digital imparable, Europa no quiere parar. La historia se escribe andando. Hay que controlar, eso sí, los pasos que se dan, y favorecer lo que de magnífico tiene la IA, siempre bajo el estandarte de mejora de vida de la humanidad, y tratar de que la IA penetre para todos, beneficie a todos y suponga un avance en todos los ámbitos de la vida que impliquen la consecución —o el reto— de una sociedad más solidaria y más justa.

Desde esta nueva visión global también el acceso a la Justicia y los medios para otorgar tutela efectiva han cambiado, y están transformándose a una velocidad difícil de asimilar. Y esto ha propiciado la irrupción y consolidación de la Inteligencia Artificial, los programas computarizados,

los algoritmos y la programación de datos, el *software* y su implementación en materia de sistemas de expertos, asesoramiento, predictividad, etc, en el mundo de la Justicia. La incorporación de estos modelos y sistemas computacionales ofrecen más eficiencia por un lado, y, en ciertos casos, más garantías; por otro lado, generan la inquietante proyección de los mismos hacia la creación de la máquina inteligente o robot judicial, que sustituya a la persona-juez. El paradigma de Justicia se transforma. La era digital ha llegado para quedarse.

Lo que es indudable es que nos hallamos ante una suerte de «fusión de estas tecnologías y su interacción a través de dominios físicos, digitales y biológicos» (26), es lo que se considera como un verdadero cambio profundo y sistémico del planeta. Ese cambio profundo y sistémico genera una enorme inquietud:

Por un lado, se presenta un cierto rechazo por parte de quienes se hallaban en su zona de confort y presencian un cambio radical de la sociedad, a causa de esa interconexión digital, las consecuencias del internet en los medios y en la enseñanza, los efectos de la transición energética, las transformaciones en la ingeniería genética o el desarrollo de las máquinas autónomas y los algoritmos inteligentes. Surge esa percepción de que estas transformaciones comportan una pérdida de lo que ya conocíamos y genera una cierta desazón en relación con lo que se desconoce. Surge desde esa percepción la duda acerca de qué papel será el que deberá asumirse, temiendo ser excluidos del entorno o autocensurarnos relegándonos a un papel de innecesariedad.

Por otro lado, emerge una enorme inquietud acerca de causa-efecto que puede llegar a producir esta transformación social digital en la igualdad social. Puede producir una suerte de desigualdad social creciente. No en vano, «los grandes beneficiarios de la cuarta revolución industrial son los proveedores de capital intelectual o físico (innovadores, los inversionistas y los accionistas), lo cual explica la creciente brecha de riqueza entre las personas que dependen de su trabajo y las que poseen el capital», o dicho de otro modo, la algoritmización de la vida que arrastra esta revolución industrial del 4.º está mostrando una cada vez mayor concentración de los beneficios y del valor en tan solo un pequeño porcentaje de personas, que generan lo que SCHWAB denomina «efecto de plataforma» (27), que dominan los mercados, concentrados fundamentalmente en unas pocas manos y que muestran un cada vez más ineficiente ascensor social, de modo que el que tiene mucho dinero y lo invierte se beneficia más que el que trabaja duro para conseguir sus ingresos (28).

Hoy la máquina inteligente está complementando a la función decisoria. Se trata de una verdadera función asistencial, de modo que el sistema de algoritmos permite trabajar con datos, supuestos anteriores, operadores jurídicos que ya han intervenido (abogados, jueces, mediadores, árbitros, instituciones mediadoras o arbitrales, etc) para prever el resultado y para determinar el sentido o estrategia a seguir; y en sede decisoria permite trabajar sobre la base de unos criterios estandarizados algorítmicamente, que facilitan, como sistema de expertos, la labor de decisión de un conflicto.

La evolución continúa. Estamos ya asistiendo al uso instrumental de los algoritmos y la inteligencia artificial, como «Justicia-máquina perfecta», o *machine learning* en el mismo ejercicio de la función decisoria, ora en sede judicial, en ora en sede arbitral o incluso como máquina inteligente mediadora

o negociadora. Son múltiples las tareas autocompositiva o heterocompositivas que empiezan a desarrollar las máquinas. Se produce la algoritmización de los cauces o vías de solución de conflictos emergiendo la figura de los «robots» que no asisten, sino sustituyen al ser humano. Un nuevo estadio con máquina o robot inteligente que decide de acuerdo con unos *criteria* humanamente alimentados pero que camina imparablemente a la máquina-robot con capacidad *sui generis* de resolver por sí misma, a través de un modelo computacional que supere las falencias de la mente humana y que permita mejorar la capacidad de propuesta y/o decisión de la mente humana, incluso construyendo decisiones más justas. Podría llegarse a ese modelo de Justicia feliz, al estilo de la obra de «Un mundo feliz» de Huxley, si bien habrá que incorporar respuestas igualmente frente a la posible responsabilidad que pueda generar la máquina, algo así como la creación del estatuto de la persona electrónica y su necesidad de poder responder de sus actuaciones. En cualquier caso, vivimos un momento de mutación, de cambio, la era digital ha llegado para quedarse, también en el mundo de la Justicia y de las ADR.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1970.

ALEXANDER, N., «Four mediation stories from across the globe», *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2010, vol. 74, pp. 733 ss.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción», *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia* (dir. Barona Vilar, S.), Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

BARONA VILAR, S., «Inteligencia Artificial o Algoritmización de la vida y la Justicia. ¿Solución o problema?», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 28, 2019, pp. 32 ss.

BARONA VILAR, S., «Justicia civil a debate: qué, por qué y cómo —pasado, presente y retos de futuro del proceso civil—», en la obra colectiva *XIII Congreso panameño de Derecho Procesal*, Panamá, 2016, pp. 45-68.

BARONA VILAR, S., «Justicia civil en el Siglo XXI» en obra colectiva dirigida por Ariel Mantecón Ramos *Gestión de conflictos jurídicos (Abogacía y Derecho)*, La Habana, 2016, pp. 7-33.

BARONA VILAR, S., «Justicia Integral y «Access to Justice». Crisis y evolución del «paradigma»», en la obra colectiva (ed. S. Silvia Barona), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

BARONA VILAR, S., «Justicia integral y tutela sin proceso», en la obra colectiva dirigida por Juan Francisco Herrero Perezagua, *Las transformaciones del proceso civil*, Pamplona, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2016, pp. 19-43.

BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

BARONA, S. y ESPLUGUES, C., «ADR mechanisms and their incorporation into global justice in the twenty-first century: Some concepts and trends», en C. Esplugues y S. Barona (eds.), *Global perspectives on ADR*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 5 y ss.

BIEBRICHER, Th., «Neoliberalismus und Staat-ziemlich beste Feinde», *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016, pp. 9 ss.

DIAZ, L.M., «Desaprender para aplicar la Ley Modelo de Conciliación», en E.A. Quintana Adriano (Coord.), *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, UNAM, 2006.

ESPLUGUES BARONA, C., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

ESPLUGUES MOTA, C., «El arbitraje comercial en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones», en la obra colectiva *Tratado de Arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

ESPLUGUES MOTA, C., *Mediación Civil y Comercial. Regulación Internacional e Iberoamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019

ESPLUGUES, C., «General Report», *New Developments in Civil and Commercial Mediation - Global and Comparative Perspective* (Esplugues Mota, C. y Marquis, L., eds.), Springer, 2015, pp. 25-28.

EUCKEN, W., *Die Grundlage der Nationalökonomie*, 1960.

Fisher, R., *Más allá de Maquiavelo (Herramientas para afrontar conflictos)*, Buenos Aires, Ed. Garnica, 1996.

HOPT, K.J., «Mediation. Eine Einführung», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2010, vol. 74, p. 725 ss.

OLSON, W.K., *The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, 1991.

ORDINE, N., *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Barcelona, Acontilado, 2013.

SCHWAB, K., *La cuarta Revolución Industrial*, Barcelona, Foro Económico Mundial, Penguin Random House Grupo Editorial, 2016.

YOGESHWAR, R., *Próxima estación Futuro*, Barcelona, Arpa&Alfil Editores, 2018

(1)

Este trabajo ha sido realizado por su autora, Directora del Grupo Investigación MedArb-UV y Presidenta

de la Corte de Arbitraje y Mediación (CámaraValencia), en el marco del Proyecto DER 2016-74945 del Ministerio y del PROMETEO 2018/111 GV.

[Ver Texto](#)

(2) W.K. Olson, *The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, 1991.

[Ver Texto](#)

(3) Un desarrollo *ad extensum* del nacimiento del movimiento ADR puede verse en S. Barona Vilar, *Nociones y principios de las ADR*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, especialmente pp. 20-26.

[Ver Texto](#)

(4) R. Fisher, *Más allá de Maquiavelo (Herramientas para afrontar conflictos)*, Buenos Aires, Ed. Garnica, 1996, p. 21.

[Ver Texto](#)

(5) N. Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, México, 1970, pp. 47 y ss.

[Ver Texto](#)

(6) Especialmente significativa ha sido la labor de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para la unificación del derecho mercantil internacional), que aprobó la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional en 1985, y creó un grupo de trabajo (n. II) que ha venido planteándose posibles reformas a la ley *soft*. El 7 de julio de 2006 se aprobaron una serie de enmiendas a la Ley de 1985, que especialmente han incidido en medidas cautelares y en el convenio arbitral. Destacamos en el impulso de las ADR la *Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 19 de noviembre de 2002 en relación con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional* (Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones. Suplemento N.º 17 y corrección (A/57/17 y Corr. 1), anexo 1): «*esos métodos de solución de controversias, a los que se alude con expresiones tales como conciliación y mediación y términos similares, se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional en sustitución de los litigios judiciales*». Unos medios, en suma, cuyo uso «*produce beneficios importantes, pues reduce los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil, facilita la administración de las transacciones... por las partes y da lugar a economías en la administración de justicia de los Estados*», contribuyendo, además, a generar un marco de seguridad jurídica que facilita el desarrollo de unas relaciones económicas nacionales e internacionales armónicas.

[Ver Texto](#)

(7) Acerca de la disponibilidad de ciertos conflictos administrativos puede verse C. Esplugues Barona, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 62 y ss.

[Ver Texto](#)

(8) Por eso he defendido la idea de *Justicia integral*. Puede verse, S. Barona Vilar, «*Justicia Integral y «Access to Justice»*. Crisis y evolución del «paradigma»», en la obra colectiva (ed. S. Silvia Barona),

*Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 31-56; «Justicia civil a debate : qué, por qué y cómo —pasado, presente y retos de futuro del proceso civil—», en la obra colectiva *XIII Congreso panameño de Derecho Procesal*, Panamá, 2016, pp. 45-68; «Justicia integral y tutela sin proceso», en la obra colectiva dirigida por Juan Francisco Herrero Perezagua, *Las transformaciones del proceso civil*, Pamplona, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2016, pp. 19-43; «Justicia civil en el Siglo XXI» en obra colectiva dirigida por Ariel Mantecón Ramos *Gestión de conflictos jurídicos (Abogacía y Derecho)*, La Habana, 2016, pp. 7-33.

[Ver Texto](#)

- (9) El Estado cada vez interviene menos, dado que es el mercado el que delimita y conforma las decisiones. W. Eucken, padre del Ordoliberalismo, considera que en el pensamiento neoliberal el Estado lo que pierde es «autoridad» (*Die Grundlage der Nationalökonomie*, 1960, p. 303). Se produce en consecuencia la minimización del Estado en todos los ámbitos de la vida. Igualmente, Th. Biebricher, «Neoliberalismus und Staat - ziemlich beste Feinde», en *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016, p. 9.

[Ver Texto](#)

- (10) S. Barona y C. Esplugues, «ADR mechanisms and their incorporation into global justice in the twenty-first century: Some concepts and trends», en C. Esplugues y S. Barona (eds.), *Global perspectives on ADR*, Cambridge, Intersentia, 2014, p. 5 y ss.

[Ver Texto](#)

- (11) K.J. Hopt, «Mediation. Eine Einführung», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2010, vol. 74, p. 725 y ss.

[Ver Texto](#)

- (12) N. Alexander, «Four mediation stories from across the globe», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2010, vol. 74, p. 733.

[Ver Texto](#)

- (13) C. Esplugues Mota, «El arbitraje comercial en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones», en la obra colectiva *Tratado de Arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Colección Tirant Arbitraje, n 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 53.

[Ver Texto](#)

- (14) C. Esplugues, «General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation — Global and Comparative Perspective», *cit.*, pp. 25-28.

[Ver Texto](#)

- (15) N. Ordine, *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Barcelona, Acantilado, 2013, p. 74.



Ver Texto

(16) Un interesante análisis de este Informe lo hace C. Azcárraga Monzonís, «El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción», *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia* (Dir. Barona Vilar, S.), Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

Ver Texto

(17) Puede verse el estupendo libro C. Esplugues Mota, *Mediación Civil y Comercial. Regulación Internacional e Iberoamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, en el que puede analizarse los diversos modelos de mediación y las posiciones de los Estados pro-mediación obligatoria o libertad de la misma.

Ver Texto

(18) C. Esplugues Mota, «El arbitraje comercial en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones», cit., p. 49.

Ver Texto

(19) L.M. Díaz, «Desaprender para aplicar la Ley Modelo de Conciliación», en E.A. Quintana Adriano (Coord.), *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, t. II, 2006, p. 481.

Ver Texto

(20) S. Barona Vilar, *Nociones y principios de la ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, cit., pp. 46-47.

Ver Texto

(21) S. Barona vilar, «Inteligencia Artificial o Algoritmización de la vida y la Justicia. ¿Solución o problema?», *Revista Boliviana de Derecho*, n. 28, 2019, p. 32.

Ver Texto

(22) «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones». *Inteligencia Artificial para Europa, Comisión Europea*, Bruselas, 25 de abril de 2018 (COM (2018) 237 final, pp. 4-5. *Vid.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=ES>.

Ver Texto

(23) «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «la Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad», del Comité Económico y Social Europeo, 2017/C 288/01), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369&from=ES>.

Ver Texto

(24) «Plan Coordinado sobre Inteligencia Artificial» (Documento 15641/18) y «Plan Coordinado sobre el Desarrollo y Uso de la Inteligencia Artificial «Made in Europe»-2018 (Documento 15641/18 ADD1), [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22ee84bb-fa04-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0022.02/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22ee84bb-fa04-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0022.02/DOC_2&format=PDF).

Ver Texto

(25) Puede verse en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6177-2019-INIT/es/pdf>.

Ver Texto

(26) K. Schwab, *La cuarta Revolución Industrial*, Foro Económico Mundial, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2016, p. 21.

Ver Texto

(27) *Ibíd.*, p. 28.

Ver Texto

(28) R. Yogeshwar, *Próxima estación Futuro*, Arpa&Alfil Editores, Barcelona, 2018, p. 338, quien explica la disminución de salarios en Alemania entre los años 1992 y 2012, mostrando una clara desigualdad en cuanto al patrimonio, dado que mientras el 10% de los más ricos disponen de la mitad del patrimonio total, el 40% más pobre de la población prácticamente no tiene ahorros, lo que considera este autor como una verdadera «bomba de relojería».

Ver Texto