

<http://idp.uoc.edu>

ARTÍCULO

La cultura del diálogo y la justicia relacional como «tercera vía»

 Aura Esther Vilalta Nicuesa

Fecha de presentación: enero de 2009

Fecha de aceptación: febrero de 2009

Fecha de publicación: marzo de 2009

Resumen

La «tercera vía» de la justicia constituiría una aproximación teórica y una propuesta. Constatado el agotamiento de los sistemas excluyentes -en el ámbito social, económico, político, de pensamiento y de justicia-, se propone la articulación formal de un modelo de justicia que, sin renunciar a las bondades del actual sistema de administración de justicia, se construya sobre la base de la autonomía de la voluntad, la confianza, el conocimiento y el desarrollo tecnológico. En estas páginas, se esbozan las posibles líneas programáticas y de actuación para la integración de los ADR/ODR -Alternative Dispute Resolution/Online Dispute Resolution, métodos o procesos catalizadores de un fenómeno que ha emergido de forma espontánea- con el fin de que devengan elementos articuladores de una nueva ordenación síntesis de dos sistemas que, paradójicamente, habían operado de modo simultáneo hasta tiempos relativamente recientes.

Palabras clave

ADR, ODR, sistemas alternativos de resolución de conflictos, principios y protocolos, mediación, arbitraje, justicia relacional, sistemas autocompositivos, sistemas heterocompositivos, confidencialidad, interoperatividad, tercera vía, método holístico

Tema

Justicia relacional

The Culture of Dialogue and Relational Justice as a «Third Path»

Abstract

The «third path» of justice is a theoretical approach and a proposal. The formal construction of a model of justice based on liberty, free will, trust, knowledge and technical development is proposed, given the exhaustion of systems of exclusion - in social, economic, political and judicial areas as well as in thinking. This brief treatise deals with programme lines and courses of action of ADR/ODR - alternative methods or processes for dispute resolution for the catalytic controversies of a phenomenon which has spontaneously emerged - with the aim of yielding elements capable of formulating this new system, a synthesis of two which, paradoxically, were operative until fairly recently.

Keywords

ADR, ODR, alternative systems for conflict resolution, principles and protocols, mediation, arbitration, relational justice, self-regulating systems, multi-component systems, confidentiality, interoperability, third path, holistic method

Topic

Relational justice

Introducción

La administración de justicia de los países occidentales manifiesta un severo agotamiento. Las causas de fondo del señalado diagnóstico son múltiples y heterogéneas.¹ Por medio de estas páginas, se propone llevar a cabo una somera aproximación descriptiva de los diversos modos de administración de justicia que han conocido las sociedades y de las posibles causas del colapso del sistema judicial en Occidente; para luego, y a la luz de los importantes trabajos multidisciplinarios -antropológicos, históricos, ontológicos y legales- llevados a cabo por la comunidad científica, y de los avances en materia de inteligencia artificial y tecnología de la información, formular una hipótesis general de carácter propositivo: la justicia requiere, sin renunciar a sus logros, recuperar las bases del diálogo, que se ha visto comprometido en los últimos tiempos con el monopolio de los Estados en materia de justicia. Esta reformulación del paradigma, fundamentada en el restablecimiento de una justicia «relacional», demanda un adecuado encaje sustantivo, formal e institucional de los ADR/ODR,² como métodos o procesos (*workflow*) alternativos de las controversias que deben entrar en juego en la primera instancia de un conflicto y adquirir notable interoperatividad con el sistema judicial. En definitiva, se trata de pasar de una visión atomista a una visión holística, a una posición metodológica y epistemológica más acorde al dinamismo y complejidad de la reali-

dad, que permite comprenderla y organizarla en un contexto de relaciones e interacciones múltiples. Para ello, resultaría imperioso proceder a la definitiva sistematización de los principios éticos y legales que, universalmente, vienen siendo reconocidos en materia de ADR/ODR, a la identificación de modelos y redacción de protocolos que favorezcan la armonización de los procesos y su reconocimiento. Una labor que convendría llevar a cabo simultáneamente con equipos técnicos de desarrollo de aplicaciones electrónicas, porque la consolidación de muchas cuestiones formales depende, en gran medida, de los progresos y las mejoras de los aspectos técnicos.

1. Una aproximación diacrónico-descriptiva en materia de justicia. Causas de la actual crisis del sistema

Se sabe que las primeras sociedades organizadas disponían de sistemas autocompositivos de resolución de sus conflictos, si bien, de la información que obra en manos de los estudiosos, que es todavía fragmentaria, no se conoce si las primeras manifestaciones de restitución y elementos de justicia restaurativa aparecen en sociedades organizadas en forma de estado o poder central y dotadas de normas (Laster,³ Shafer,⁴ Sutherland,⁵

1. Si bien es cierto que ha contribuido al colapso el incremento considerable de los conflictos entre individuos y su creciente complejidad, las razones son mayormente de carácter estructural, como se verá.
2. Acrónimos consolidados en la literatura científica que, como señalan Casanovas y Poblet, fueron concebidos inicialmente en una visión dicotómica en relación al sistema jurídico. Véase CASANOVAS, SARTOR, CASELLAS y RUBINO (ed.) (2008), pág. 323-339.
3. LASTER (1969). HUDSON y GALAWAY (ed.) (1975)
4. SHAFER (1970)
5. SUTHERLAND (1960)

Wolfgang⁶) o bien en sociedades acéfalas, es decir, sociedades que carecen de normas y de poder centralizado, habitualmente nómadas (Michalowski,⁷ Weitekamp⁸).

Zehr,⁹ por su parte, pone de manifiesto cómo la historia de Occidente y probablemente del Próximo Oriente ha sido dominada por la dialéctica entre «justicia comunitaria» y «justicia estatal», siguiendo la terminología empleada por Lenman y Parker.¹⁰ Y recuerda en este sentido que, si bien ya hay manifestaciones tempranas de justicia controlada por el Estado (Estado/justicia), como por ejemplo en el Código de Hammurabi, también la justicia comunitaria ha gobernado durante la mayor parte de nuestra historia.

Y efectivamente, a este respecto cabe añadir que se conservan restos de cultura material y documentos escritos que evidencian cómo también en las primeras sociedades del Sumer, mucho antes de la promulgación del flamante Código de leyes de Hammurabi (ca. 1770 a. C.), sus comunidades locales ya organizaban la administración de justicia a través de asambleas abiertas a todos los ciudadanos.¹¹ Sólo determinados asuntos eran derivados al palacio. De modo que hay serios indicios de que ambos sistemas han convivido en una suerte de organigrama en el que la justicia del poder centralizado entraba en juego exclusivamente, como *última ratio*, en los conflictos que no habían obtenido respuesta en otras instancias.

Respecto de las concretas prácticas en materia de justicia penal, la dialéctica «castigo» y «restitución» también se manifestó tempranamente. Así, Weitekamp,¹² basándose en los estudios de Gillin,¹³ revela que el Código de Hammurabi contemplaba la práctica de compensación individual para las ofensas o delitos contra la propiedad, y en un caso concreto incluso para las ofensas personales, como sustituto de la pena de muerte, un aspecto que pone de relieve el notable desarrollo de la idea de justicia retributiva, en la que cobra importancia el interés de la víctima.

Hoy podemos añadir más: la transcripción de ciertas tablillas correspondientes a un código de leyes muy anterior, el Código de Ur-Nammu, nos permite aseverar que esta modalidad de compensación económica se practicaba ya en el año 2112 a. C.¹⁴ La restitución se mantuvo en las primeras sociedades tanto en causas civiles como penales, y en este último ámbito, tanto en delitos contra la propiedad como contra las personas, conviviendo con las penas-castigo.¹⁵ Se trataba de penas privadas, es decir, dirigidas a satisfacer a la víctima, cuestión fundamental porque lo importante era recuperar el equilibrio perdido, tanto en términos económicos como de dignidad.

La delegación del poder de resolver y la asunción de la fuerza y monopolio de la administración de justicia por parte de un poder central¹⁶ se produjo paulatina y paralelamente al fortalecimiento de las estructuras de poder.¹⁷ Ambos sistemas, en cualquier caso han convivido en la

6. WOLFGANG (1965)

7. MICHALOWSKI (1985)

8. WEITEKAMP (2003)

9. ZEHR (2003)

10. LENMAN y PARKER (1980)

11. JACOBSEN (1943)

12. WEITEKAMP (2003)

13. GILLIN (1935)

14. Véase, por ejemplo, al respecto, columna VIII de la tablilla Nippur 3191.

15. A modo de botón de muestra, Leyes de Esnunna y Leyes de Lipit-Istar (ca. 1934 a. C.). También la civilización cretense fundamentaba su justicia civil y penal en la reparación de la víctima (véase Leyes de Gortina, circa 500 a. C., columna XI). Por lo que respecta a los hebreos, véase GILLIN (1935), quien pone de relieve cómo entre los primeros hebreos ya habían precedentes de casos relativos a delitos contra la persona que eran resueltos a través de formas de justicia restaurativa. Otros pueblos de la antigüedad vienen referidos en WEITEKAMP (2003).

16. En un primer momento, fue el templo y el palacio. En el periodo intermedio también la Iglesia y el derecho canónico contribuyeron a la consolidación de la idea de un sistema centralizado de justicia sustraído del poder de decisión de las partes.

17. Del palacio o los magistrados, en las sociedades antiguas, del Estado en las modernas. Por lo que respecta a Roma, Tulio describe que en las leyes hay ocho clases de penas: pecuniaria, prisiones, azotes, talión, infamia, destierro, muerte y esclavitud (Ley de las XII Tablas, Tabla XII, fragmento 7).

historia sin producirse una solución de continuidad.¹⁸ Pero no es hasta la implantación del monopolio del Estado en la administración de justicia -justificado en la necesidad de interdicción del ejercicio de la autotutela- y las formas estatalizadas de justicia, que se rompe la «cohabitación» y se eclipsa definitivamente la cultura del diálogo y el acuerdo, sustituida ahora por la adversarial, de la confrontación y el litigio. Este fenómeno, que ha irrumpido con el Estado moderno es, sin embargo, y desde una perspectiva histórica, relativamente reciente. La judicialización de los problemas y su procedimentalización ha encorsetado la justicia en tan estrictos moldes formales que ha llegado a afirmarse que sólo existe lo que existe en derecho. Asimismo, la patrimonialización del conflicto por el Estado en materia penal ha provocado un desinterés creciente en la suerte de la víctima y su reparación psíquica y moral.¹⁹

De modo que puede aseverarse que la sociedad moderna, con el fortalecimiento del Estado, ha acabado estructurando la administración de justicia sobre parámetros heterocompositivos y de monopolio. Esta opción inadvierte, sin embargo, algunas realidades:

- En primer lugar, que la auténtica resolución de un conflicto debe pasar, la mayor parte de las veces, por la eliminación o purga de los factores desencadenantes, lo que implica, cuando de relaciones personales se trata, regenerar los lazos sociales y recuperar la confianza de las personas implicadas y afectadas, aspectos que un proceso judicial formal no es susceptible de llevar a cabo. Tampoco contribuye al restablecimiento de la paz que el Estado articule la pena con exclusivos fines retributivos, preventivos o rehabilitadores, expropiando a la víctima del poder de intervenir y obtener una reparación emocional, restitutiva y obligándola a acudir a la juris-

dicción civil si desea obtener los efectos resarcitorios o indemnizatorios.²⁰

- El hecho de que la solución venga impuesta por un tercero (sistema heterocompositivo) y, en consecuencia, pase por que una de las partes gane y otra pierda, puede acrecentar en algunos casos la animadversión y las posibilidades de incumplimiento.
- El volumen de los asuntos y su creciente complejidad impide, cada vez en mayor medida, que el juez resuelva teniendo en cuenta todos elementos y en un tiempo razonable. Advertía ya Casanovas²¹ que las variables contextuales constituyen límites o guías para los procesos cognitivos. El contexto en el que se desarrollan hoy las relaciones personales, sociales y económicas es abierto, plural, complejo, incluso transnacional, debido a la movilidad y la tecnología. Un contexto en definitiva cuya aprehensión no resulta siempre sencilla.²²
- La globalización, la deslocalización, la movilidad contribuyen a la pérdida de los caracteres identitarios y del sentido de pertenencia a una comunidad. El alejamiento paulatino entre las personas y la falta de «empatía» hacia sus semejantes impiden generar un sentido de corresponsabilidad.
- La pérdida de proximidad relacional o cercanía rompe los vínculos entre los individuos y su entorno más inmediato -comunidad, e incluso familia- y las personas devienen así insolidarias, pierden todo sentido de responsabilidad o de obligación hacia sus semejantes. La consecuencia inmediata de todo ello es que el sujeto infractor no percibe la necesidad de restituir los lazos de convivencia, ni de respeto, no se avergüenza de su conducta y, por lo tanto, quedan desactivados los mecanismos de control y poder de persuasión de la comunidad.

18. También Roma debió gozar de un sistema en el que convivía la justicia aplicada por el magistrado, juez o árbitro, con la justicia comunitaria. La Ley de las XII Tablas disponía que cualquier decisión definitiva que el pueblo adoptare adquiriera firmeza como Derecho (véase Tabla XII, fragmento 5).

19. Véase, al respecto, el estudio de BRAITHWAITE (2003, pág. 322). Del estudio estadístico llevado a cabo se desprende que, en un porcentaje elevado de los supuestos sometidos a programa de mediación, la víctima obtiene un nivel alto de satisfacción y experimentan una reducción del terror y un incremento de la restauración emocional, frente a las estadísticas de los casos llevados a cabo ante los tribunales.

20. Como señala Tamarit Sumalla, en BACA, ECHEBURUA y TAMARIT (coord.) (2006), la reparación se aleja esencialmente de la mecánica compensatoria propia de la responsabilidad civil.

21. En CASANOVAS (1998).

22. Casanovas habla de un pluralismo jurídico de naturaleza transnacional.

En los últimos tiempos, las disfunciones se han visto agravadas por la multiplicación de las relaciones económicas entre particulares (C2C), entre éstos y las empresas (B2C), y entre las propias empresas (B2B), provocando un incremento notable de las relaciones transfronterizas, favorecidas por las nuevas tecnologías, Internet y la contratación electrónica. En consecuencia, también los litigios han padecido un importante incremento. En materia penal, sucede asimismo que el mercado ha penetrado en la gestión de algunos servicios públicos vinculados estrechamente con la justicia, sacrificando las medidas reeducativas con el fin de optimizar los recursos.²³

En términos de Barnett,²⁴ recurriendo a la teoría de Kuhn,²⁵ el modelo de Estado centralizado ha constituido un paradigma reciente que está en proceso de desintegración. Si bien esta afirmación resulta algo extrema, sí parece confirmarse que el sistema actual, asentado en una estructura monolítica judicial centralizada y heterocompositiva ha entrado en una profunda crisis, y todo parece indicar que sólo un sistema que reintegre mecanismos de justicia comunitaria y su interoperatividad con el sistema judicial permitiría alcanzar un nivel de satisfacción global razonable.

En la última década del siglo xx las controversias han surcado caminos nuevos, veras alternativas a la judicial. Y en esa práctica incipiente, se ha revelado pronto no sólo el carácter inicialmente alternativo de los ADR/ODR, sino su potencialidad para devenir mecanismo coparticipante y complementario del sistema de administración de justicia²⁶ por ser particularmente adecuado en la conducción de los litigios hacia soluciones definitivas, restaurativas de la paz social. Es significativo el aumento del número de instituciones y programas dedicados a la aplicación de

ADR/ODR en los últimos tiempos, favorecidos por la creciente «fuga» del orden jurisdiccional al ámbito de lo privado.²⁷

De todos ellos, los *online* se manifiestan particularmente adecuados para la solución de litigios modestos pero masivos (*v. gr.*, consumidores, relaciones B2C, dado que son susceptibles de ofrecer una solución rápida, económica y deslocalizada de las controversias) y de aquellos necesitados de mecanismos rápidos de resolución de problemas que, con frecuencia, involucran a una pluralidad de partes, con lenguajes y sistemas legales diversos²⁸ (relaciones B2B). De éstos, los métodos autocompositivos (mediación, como paradigma) se revelan especialmente adecuados para la resolución de conflictos interpersonales, de familia, comunidad, derivados de faltas y delitos, en los que el componente emotivo y afectivo es importante y la solución definitiva pasa por la recuperación de la confianza y la reparación de los vínculos personales. Los heterocompositivos (arbitraje como paradigma) resultan más atractivos en litigios económicos de cierta cuantía y en los que el restablecimiento de la confianza entre las partes no es un factor importante (transacciones internacionales, etc.). Finalmente, las formulas mixtas (comed-arb, med-arb) responden bien a conflictos derivados del consumo en masa o transacciones económicas de discreta cuantía, donde los factores tiempo/coste son importantes para el consumidor y la recuperación de la confianza en la marca resulta importante para la empresa.

La práctica e internacionalización de los ADR/ODR está generando reglas, criterios y métodos cuya uniformización empieza a resultar necesaria si se desea su consolidación. Reglas y principios que emanan de la práctica pueden aportar, a través de su reconocimiento interna-

23. Como señalan algunos cultores del derecho penal, la privatización, por poner un ejemplo, de los servicios penitenciarios, y su gestión siguiendo las reglas de mercado ha comportado que muchas de las decisiones en materia penitenciaria sean adoptadas para racionalizar los costes, olvidando en muchos casos la finalidad reeducativa o de reinserción que debieran perseguir.

24. BARNETT (1982)

25. KUHN (1962)

26. Para Casanovas y Poblet, es incuestionable la institucionalización de la resolución de conflictos como sistema complementario, mixto, adyacente o adjunto a la Administración de Justicia. Véase CASANOVAS y POBLET (2007). Asimismo, CASANOVAS y POBLET (2008).

27. Como afirma Perlingieri en *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, pág 37, la crisis de la mentalidad del Estado y de su organización administrativa y judicial da origen a «producciones alternativas» del derecho. Pone como ejemplo el arbitraje, que atribuye poder decisonal a sujetos distintos de la jurisdicción.

28. En este sentido, BARNETT y DEW (2005), pág. 1-10.

cional, una aceptación generalizada entre los usuarios; una uniformidad persuasiva de importantes efectos prácticos, porque provocaría su definitiva consolidación y la posible incardinación institucional en los Estados.²⁹

2. Hipótesis propositiva para el establecimiento y consolidación de un modelo de justicia relacional³⁰ o deliberativa

Que los ADR/ODR están deviniendo, de facto, el eslabón previo a la jurisdicción, merced al hecho de que se hallan dotados de flexibilidad, simplicidad, rapidez y mayor participación multidireccional, es un hecho notorio tras las experiencias y programas desarrollados durante más de dos décadas y balances de satisfacción positivos. Su consolidación, reconocimiento e institucionalización como procesos articuladores de primer orden en la Administración de justicia consentiría la consagración de esta realidad. Un primer paso ya ha sido dado en el ámbito de la justicia penal, con la Resolución de las Naciones Unidas 2002/1, sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa, de cuyos enunciados programáticos se desprende un reconocimiento a la complementariedad de estos métodos respecto de los sistemas de justicia vigentes.³¹ Un paso más avanzado consistiría en identificar y reconocer los principios que comparten todos los modelos o métodos ADR/ODR, así como las particularidades que manifiesta luego cada uno de los ámbitos de aplicación y la fijación en un instrumento internacional al modo descrito. Este mismo instru-

mento podría describir y elencar algunos modelos estándar y formular recomendaciones a los Estados nacionales para el impulso estrategias de incardinación y desarrollo. Para su consecución, parece inevitable:

- Llevar a cabo una delimitación conceptual de lo que debemos entender por ADR/ODR e impulsar el estudio de sus posibles «encajes» institucionales y legales en los Estados para su articulación como sistema cooperativo, complementario e interoperable con el sistema judicial (1).
- Proceder a la sistematización de los principios y postulados que rigen la práctica de los ADR/ODR y, en particular, de la mediación como paradigma de justicia relacional (2).
- Identificar los modelos y redactar protocolos para la armonización de los procesos ADR/ODR (3).
- Potenciar la «interoperatividad» técnica y favorecer la eliminación de los obstáculos legales actuales existentes para la fluida relación dinámica entre los ADR/ODR y la Administración de justicia (4).
- Finalmente, mejorar los aspectos formales y electrónicos que permitan el desarrollo de las ODR y garanticen la confidencialidad de procesos y contenidos (5).

Paralelamente, y ya en el plano de las políticas sociales, sería del todo oportuna la promoción de iniciativas que regeneren los lazos sociales en las comunidades naturales sobre las que se asienta toda justicia comunitaria. Las cuestiones que se abordan beneficiarían, en primer lugar, sin duda a la sociedad en su conjunto, al evitar la judicialización de ésta, y en segundo lugar al conjunto de las administraciones públicas por descongestionar el sistema judicial.

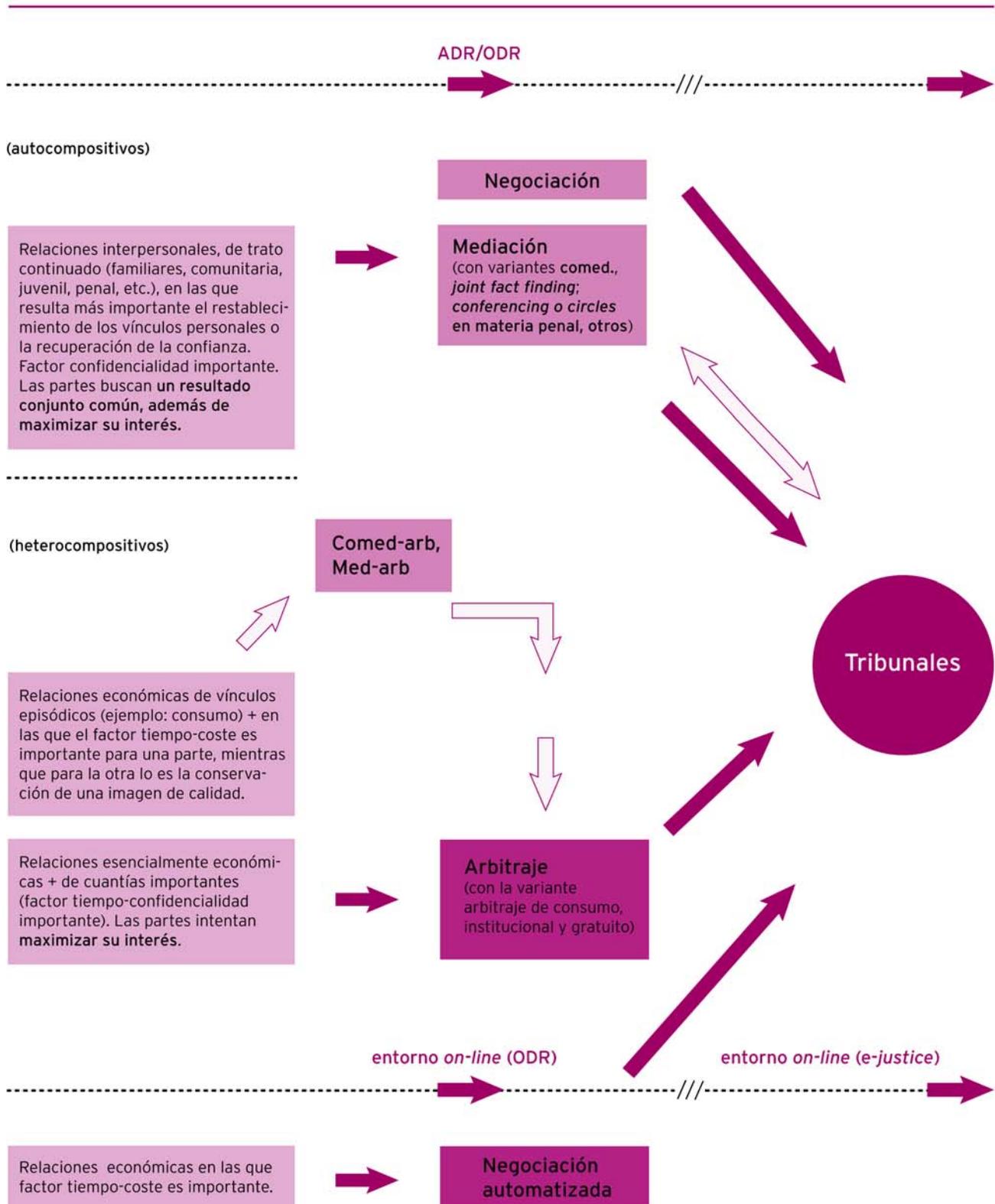
29. Sucede que el reconocimiento de los acuerdos alcanzados es paso necesario para acudir a los resortes del Estado y solicitar su ejecutividad, porque la autorregulación de los intereses privados y el respeto del principio *pacta sunt servanda* no asegura siempre el equilibrio de los acuerdos, ni su racionalidad, ni la protección de la parte más débil ni, en definitiva, su adecuación a los principios y valores de justicia reconocidos.

30. Muestro una mayor inclinación por esta primera acepción acuñada por Michael Schluter (véase SCHLUTER, 2003, pág. 307), por dos razones: en primer lugar, porque el campo semántico de la expresión justicia relacional es mayor que el correspondiente a la expresión justicia deliberativa, donde podría pensarse que excluye aquellos procesos en los que las personas no deliberan en sentido estricto, sino que conversan, se relacionan, interaccionan sencillamente. Véase, asimismo, CASANOVAS y POBLET (2008). Como expresa Casanovas, es un neologismo empleado en las ciencias sociales para indicar la justicia que se da en interacción de las partes, amplio, que permite ser utilizado para denotar un gran número de situaciones y contextos en los que el diálogo y la comunicación horizontal entre los participantes es esencial.

31. BACA, ECHEBURUA y TAMARIT (coord.) (2006)

1.º nivel o instancia
(procesos relacionales, deliberativos)

2.º nivel o instancia
(procesos judiciales)



En el plano conceptual, hay iniciados importantes trabajos y son referentes necesarios por sus cardinales contribuciones Casanovas y Poblet. El posible encaje de los ADR/ODR y la conformación de un sistema de administración de justicia integrativo (1) podría venir dado a través del establecimiento de un sistema compuesto de ambos modelos y en el que el aparato judicial entrase en «juego» cuando, en sede de un ADR/ODR, no se logre dar solución al conflicto o cuando, por la naturaleza y características de éste, no resulte adecuado. Estaríamos, por tanto, en presencia de un sistema que integraría ambos modelos en una suerte de «doble» nivel o instancia: una primera, a la que correspondería el conjunto de métodos o procesos autocompositivos y heterocompositivos de resolución,³² ADRS/ODR; y una segunda instancia, judicial. Pareciera también oportuno que el sistema contemplase la posibilidad de que los métodos ADR/ODR puedan ser activados en todo procedimiento judicial iniciado, de modo que se consienta a las partes alcanzar acuerdos susceptibles luego de ser homologados por el tribunal³³.

En lo que atañe a la deseable sistematización de los principios éticos y legales que rigen la justicia relacional, con particular atención a la mediación como paradigma (2) y la identificación de modelos, así como la redacción de protocolos para la armonización de los procesos (3), qué duda cabe, la identificación y estandarización de los pro-

cesos, así como el reconocimiento universal de ciertos principios, favorecería la transparencia, la eficiencia³⁴ y, en definitiva, la confianza. La elaboración de un texto que sistematice el conjunto de reglas y principios éticos y legales reconocidos en las prácticas ADR/ODR y en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales sería un buen punto de partida que, junto con la construcción de ontologías jurídicas específicas para el campo de los ADR/ODR, la descripción de modelos³⁵ y el establecimiento de protocolos estándares necesarios,³⁶ permitiría armonizar reglas y procesos.

Estos principios, reglas y protocolos, aun sin tener fuerza vinculante, una vez recogidos en un instrumento internacional y reconocidos por la generalidad de los Estados, instituciones y particulares, adquirirían carta de naturaleza y podrían contribuir al establecimiento de nuevas condiciones que favorezcan la revisión del paradigma de justicia, asentándolo en dos grandes pilares: la autonomía de la voluntad privada y la confianza.

En este proceso sería necesario, asimismo, promover la interoperatividad técnica y legal (4), así como remover los obstáculos formales que en los ordenamientos internos de los países puedan haber para el reconocimiento de los procesos y acuerdos que se alcancen, previo filtro de legalidad, y establecer una fluida relación dinámica entre los ADR/ODR y las diversas administraciones de justicia.

32. La taxonomía ofrece otras clasificaciones: se habla, por ejemplo, en antropología, de modelos de resolución de conflictos binarios (negociación) y triádicos (mediación, arbitraje, adjudicación). A los propósitos de este trabajo se opta por utilizar una clasificación que aporta un componente distintivo de cierta trascendencia jurídica: en los sistemas heterocompositivos, las partes encomiendan la solución a un tercero y, una vez iniciado el proceso, éste adquiere autonomía.
33. Al modo de una pieza separada al margen del proceso, un «paréntesis» y derivación a un ADR/ODR. Son abundantes las experiencias y previsiones legales de esta modalidad de actividad paraprocesal (mal llamada, a mi modo de ver, «intra-procesal») en materia de familia y derecho penal.
34. En el ámbito del desarrollo de sistemas de negociación, John Zeleznikow aboga por el establecimiento de principios a estos mismos propósitos. Del mismo modo, Orna Rabinovich-Einy pone de relieve cómo en la experiencia israelí, la dificultad en la obtención de un mayor impacto de las ODR deriva de la existencia de múltiples y heterogéneos procedimientos e iniciativas que crean confusión entre los usuarios potenciales y de la falta de estándares básicos internacionales y europeos que garanticen la confidencialidad, el secreto y la seguridad (RABINOVICH-EINY, 2008).
35. Como subrayan Casanovas y Poblet, a pesar del auge del comercio electrónico y del uso de ontologías, falta por llevar a cabo, todavía, una descripción exhaustiva de términos, conceptos y modelos. En definitiva, ontologías jurídicas específicas para el campo de las ADR y ODR.
36. La comunidad científica se halla volcada en estos momentos en el estudio de las líneas directrices de los procesos ODR y su clasificación. En este sentido, es referente el programa «CEN Workshop Agreement (CWA)» implementado por Lodder, Borri, Goumenou, Hutchinson y Tilman. Véase al respecto LODDER, BORRI, GOUMENOU, HUTCHINSON y TILMAN (2008).

Finalmente, la mejora de los aspectos formales y electrónicos que permita el desarrollo de las ODR³⁷ (5) es un paso que permitiría su generalización en aquellos conflictos o disputas relacionados con pequeñas reclamaciones.³⁸ Para ello, pareciera conveniente:

- Mejorar los mecanismos que garantizan la confidencialidad de procesos y contenidos. Es significativo que, en las experiencias habidas, se ha constatado un recelo notable de las empresas en aceptar el inicio de un procedimiento ODR por razones estrictamente formales: el uso de tecnología asíncrona y, en particular, de correos electrónicos, no garantiza en absoluto la confidencialidad ni el secreto de las comunicaciones y de la información que fluya entre los participantes.³⁹ En consecuencia, y mientras se dependa todavía de sistemas asíncronos, resultará conveniente desarrollar mecanismos de comunicación que no dejen traza.
- Desarrollar sistemas que permitan la efectiva comunicación entre las partes (sistemas visuales; las Web-based NSS). La Web 2.0 ha constituido un paso avanzado, al dotar al usuario de herramientas que consienten, a su vez, proveer información y servicios. Resulta esencial que los agentes puedan «captar» información sensible -sentimientos, emociones, estados de ánimo y otros aspectos-⁴⁰ que coadyuven a la generación de empatía⁴¹ y confianza hacia las manifestaciones del otro.⁴²
- Desarrollar aplicaciones que faciliten el acceso a la mayor y mejor información posible; prepararse e informarse mejor durante un proceso de negociación o de mediación facilita que la posición de las partes sea más

flexible, más predispuesta a escuchar e incluso a cambiar de opinión. Ejemplos de ello son SmartSettle, INSPIRE, CBSS, etc. En la actualidad, se están implementando sistemas informáticos que podrán ofrecer a las partes información sobre las opciones que tienen, sobre los precedentes judiciales existentes en asuntos similares, sobre los métodos de resolución que se adapten mejor a la contienda, etc. Una información, en definitiva, que facilitará comparar resultados, alternativas, y situar a las partes en una mejor posición a la hora de buscar y proponer soluciones.

Un ejemplo de ello es el concepto BATNA, creado por Fisher & Ury's, un acrónimo que significa '*best alternative to a negotiated agreement*' y que ha tenido una gran acogida entre los académicos.

Otro proyecto, del que informan De Vries, Leenes y Zelenikow,⁴³ es BEST Project, otro acrónimo para designar '*batna establishment using semantic web technology*', iniciado en el año 2005, y que facilita a los litigantes información acerca de los casos a partir de una base de datos que permite analizar los casos precedentes similares, por un lado, sin que se aporte una decisión o propuesta.

De la misma manera, el «Re-consider system» ofrece estimaciones acerca de las posibilidades que una reclamación o demanda pueda prosperar en los tribunales de justicia.

- Promover la interoperatividad de los sistemas. La Web 3.0 (web semántica⁴⁴ -esto es, la red de datos procesados por máquinas- unida a las tecnologías de la Web 2.0) está permitiendo el desarrollo de importantes estructuras de inteligencia artificial. Los pro-

37. Como señalaran ABRAHAMS y ZENEZNIKOW (2008), ADR es definido de manera común como conjunto de procesos que son «alternativos» al tradicional judicial, mientras que ODR traslada las ADR de un espacio físico a uno virtual. Ahora bien, como indican tales expertos y subraya POBLET (2008), no existe una total correspondencia entre ADR y ODR, principalmente porque las ODR tienen un ámbito de aplicación mayor, al aprovechar el entorno que ofrece Internet. En este sentido también destacan BELLUCI y ZELENIKOW, para quienes, además, las oportunidades tecnológicas que ofrece Internet han permitido expansionar las ADR.

38. En este sentido, también, PIERANI (2005, pág. 44).

39. REGAZZONI (2008) señala que, en la experiencia de *RisoltiOnline*, de la Cámara de Arbitraje de Milán, una manera de superar este recelo ha sido la sustitución del *email* por otros mecanismos asíncronos de comunicación, tales como los foros de discusión.

40. ROSS (2001). El lenguaje corporal, el uso del espacio, son elementos importantes en este proceso.

41. Comprensión de los sentimientos del otro, de los pensamientos, de las emociones. Véase CASANOVAS y POBLET (2008), acerca de su importancia.

42. Como bien señala REGAZZONI (2008), el usuario parece más inclinado al uso de aquella tecnología que le permite una cierta reflexión y movimientos más estudiados en la negociación.

43. DE VRIES, LEENES, ZELENIKOW (2005)

44. Véase, al respecto, BERNERS-LEE (2000); CARDOSO (2007); CASANOVAS y NORIEGA (2007); BENJAMINS, CASANOVAS, BREUKER y GANGEMI (2005); CASANOVAS, POBLET, CASELLAS, VALLBÉ, BENJAMINS, CONTRERAS, PEÑA y BLÁZQUEZ (2006).

gresos en el entorno *online*, y su estandarización técnica y legal, puede representar el primer paso para una futura integración de éstos en el propio sistema judicial. En este sentido, y como señalan Lodder, Borri, Gouimenou, Hutchinson y Tilman, aun cuando el término interoperatividad proviene de la ingeniería técnica de sistemas, es un vocablo que, en un sentido amplio, abarca y tiene en cuenta los aspectos y factores sociales, políticos y de organización y permite referir la necesidad de que los programas y procesos se estandaricen de modo que consientan la comunicación y la transferencia de datos y programas entre unidades funcionales diversas, de modo que favorezca que sistemas y organizaciones diversas puedan trabajar unidas o en modo colaborativo.

En esta línea de investigación, se situaría el proyecto ONTOMEDIA (Casanovas y Poblet), una plataforma que trabaja en el ámbito de la justicia relacional para albergar modelos de mediación en cualquier dominio, independiente de éste, con estructura y arquitectura de inteligencia artificial, que guiaría a los ciudadanos en sus preguntas y respuestas, ofertas y contraofertas; una labor, como describe Casanovas y Poblet, de direccionalidad y guía que se lleva a cabo mediante una ontología.⁴⁵ Como sostiene con razón Poblet, el incremento de la interacción entre la *e-justice* y las ODR, el intercambio de resultados y la investigación multidisciplinaria es un paso necesario en la creación de un marco común y la futura integración de ambos entornos.⁴⁶ La implementación de sistemas de información como los descritos no suplanta, en cualquier caso, la labor de partes y terceros en la resolución de las controversias, negociaciones, mediaciones, arbitrajes y juicios; bien al contrario, está al servicio de los verdaderos agentes y protagonistas de estos procesos compositivos.

Finalmente, y en lo que concierne a las necesarias políticas sociales que debieran acompañar, cabe decir que las tesis relacionales sostienen con razón que la ruptura de los vínculos o lazos relacionales en las sociedades ha debilitado, significativamente, el sentido de deber y obligación⁴⁷ entre los individuos. En el ámbito de la justicia retributiva, ponen de relieve sus cultores la importancia de los lazos en orden a la conservación de un cierto sentido de corresponsabilidad, de mutua obligación y empatía entre los individuos. Se trata de un factor que podría verse seriamente comprometido por dos importantes fenómenos: la tendencia generalizada al uso masivo de tecnologías en la comunicación, como sustitutivas de las relaciones personales y la progresiva deslocalización; el continuo cambio de entorno de los individuos impide crear lazos sociales, afectivos y emotivos estrechos, dos realidades crecientes cuyo impacto deberá ser convenientemente analizado por los estudiosos.

La conciliación de esta realidad con las exigencias de una justicia relacional o deliberativa solo puede hacerse realidad sobre las bases de la interacción de las personas y el comportamiento cooperativo,⁴⁸ elementos cardinales para el desarrollo de mecanismos efectivos de resolución de los conflictos. Como describe Schluter, es necesario, en primer lugar, que se generen situaciones de contacto entre las personas, que se produzca intercambio de opiniones, criterios o sensaciones de manera regular o frecuente y que los individuos mantengan estos contactos en más de un contexto; que las relaciones entre los individuos sean de paridad, esto es, que exista un cierto equilibrio de posiciones entre ellos para que expresen abierta y libremente sus opiniones o deseos; y, finalmente, que compartan experiencias comunes y puedan llegar a desarrollar también objetivos comunes.⁴⁹ Este entorno permite nutrir, por ejemplo, un cierto sentido de culpa en el sujeto que ha infringido una norma o un código de conducta o ha dañado a otro sujeto. En este sentido, se ha

45. Véase, asimismo, GÓMEZ-PÉREZ y CORCHO (2002); GÓMEZ-PÉREZ, FERNÁNDEZ-LÓPEZ y CORCHO (2004).

46. La comunidad científica muestra consenso en las posibilidades que ofrecen también las ODR en los sistemas de administración de justicia tradicionales. V. *gr.*, MUECKE, STRANIERI y MILLER (2008).

47. En este sentido, por ejemplo, Michael Schluter, en *op. cit.*, pág. 306. El autor explica cómo investigaciones de campo sacan a la luz que relaciones sociales débiles constituyen un factor clave en la búsqueda de las razones del crimen (estudios de David Farrington, por ejemplo, en el seno de las familias. Véase FARRINGTON (2000).

48. Sostiene Casanovas que la justicia relacional es la producida a través del comportamiento cooperativo, el acuerdo, la negociación, el diálogo entre actores en todo tipo de situaciones (en CASANOVAS, SARTOR, CASELLAS y RUBINO (ed.) (2008).

49. Véase SCHLUTER (2003), pág. 307.

hablado, en el concreto ámbito de la justicia restaurativa penal, del *reintegrative chaming*,⁵⁰ que favorece en muchos casos la reparación de las relaciones personales rotas, el reforzamiento de los vínculos de la comunidad, la restitución emocional de la víctima y la prevención de la posible reincidencia en la conducta.⁵¹

A modo de indicación conclusiva, parece llegado el momento de iniciar un proceso de construcción formal, de sistematización del conjunto de reglas, principios y protocolos ADR/ODR, lo que resultaría oportuno fuera lle-

vado a cabo simultáneamente al desarrollo de las soluciones electrónicas y teniendo en cuenta la necesaria «dialéctica» o tensión entre el principio de autonomía privada y heteronomía normativa. Acudiendo a los mitos, podríamos decir que llega la era de Eunomía (una de las tres «horas», hijas de Zeus y Temis, la que aporta el orden), única capaz de reunir de nuevo a sus dos hermanas: Eirene (de la paz, la concordia, el diálogo) y Dike (personificación de la administración de justicia), enfrentadas desde hace un tiempo en su celosa labor de justicia.

Referencias bibliográficas

- ABRAHAMS, B.; ZELEZNIKOW, J. (2008). «A multi-agent arquitectura for online dispute resolution services». En: *ODR Workshop 08. Expanding the Horizons of ODR*. Proceedings of the 5th International Workshop on Online Dispute Resolution, in conjunction with the 21st International Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2008). Florencia, Italia, diciembre 2008.
- BACA, E.; ECHEBURUA, E.; TAMARIT, J. M. (coord.) (2006). *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARNETT, R. (1982). «Restitution: a new paradigm of criminal justice». En: B. GALAWAY; J. HUDSON (ed.) (1982). *Perspectives on crime victims*. Saint Louis, MO: C. V. Mosby.
- BARNETT, J.; DEW, P. (2005). «IT enhanced dispute resolution». En: J. ZELEZNIKOW; A. R. LODDER. *Second international ODR Workshop (odrworkshop.info)*. Tilburg: Wolf Legal Publishers.
- BENJAMINS, V. R.; CASANOVAS, P.; BREUKER, J.; GANGEMI, A. (2005). *Law and the semantic web. Legal ontologies, methodologies, legal information retrieval, and applications*. Berlín/Heidelberg: Springer Verlag.
- BERNERS-LEE, T. (2000). *Weaving the web*. Madrid: FCE.
- BRAITHWAITE, J. (2003). «Does restorative justice work?». En: G. JOHNSTONE (ed.). *A restorative justice reader*. Uffculme, Devon: Willan Publishing. Pág. 322.
- CARDOSO, J. (2007). «The semantic web vision: where are we?». *IEEE Intelligent Systems*. Vol. 22, n.º 5, septiembre/octubre, pág. 84-88.
- CASANOVAS, P. (1998). «Algunos elementos para el análisis pragmático de los discursos jurídicos». En: J. M. Añón; R. Bergalli; M. Calvo (ed.). *Derecho y sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASANOVAS, P.; NORIEGA, P. (2007). «Introduction. Legal knowledge, electronic agents, and the semantic web». En: P. CASANOVAS; P. NORIEGA; D. BOURCIER; F. GALINDO. *Trends in legal*

50. Para denominar el fenómeno que pretende despertar en el agresor el sentimiento de vergüenza de su conducta, porque se conservan lazos de respeto entre él y la comunidad o su entorno. Ello ayuda a la asunción de la necesidad de obtener el perdón de la víctima, que comportará su aceptación por la comunidad: el que ha sufrido un daño ve restablecido así, de algún modo, el daño moral padecido, y el agresor percibe posible su reintegración en la comunidad sin padecer estigmatización.

51. Véase VAN NESS, MORRIS y MAXWELL (2001). Sobre la evitación de la reincidencia, los progresos son, sin embargo, muy discretos.

knowledge: the semantic web and the regulation of electronic social systems. Florencia: European Press Academia Publishing.

CASANOVAS, P.; POBLET, M. (2007). «Towards a convergente of the e-justice and ODR research domains». En: A. LODDER; C. RULE; J. ZELEZNIKOW (2007). *Proceedings of the Fourth International Conference on Online Dispute Resolution*. Palo Alto, Junio 2007.

CASANOVAS, P.; POBLET, M. (2008). «Concepts and fields of relational justice». En: P. CASANOVAS; G. SARTOR; N. CASELLAS; R. RUBINO (ed.) (2008). *Computable models of the law: Languages, dialogues, games, ontologies*. Berlín, Heidelberg: Springer Verlag.

CASANOVAS, P.; POBLET, M.; CASELLAS, N.; VALLBÉ, J.; BENJAMINS, V. R.; CONTRERAS, J.; PEÑA, R.; BLÁZQUEZ, M. (2006). «Semantic web: a legal case study». En: J. DAVIES; R. STUDER; P. WARREN (ed.) (2006). *Semantic web technologies: trends and research in ontology-based systems*. Londres: John Wiley & Sons.

CASANOVAS, P.; SARTOR, G.; CASELLAS, N.; RUBINO, R. (ed.) (2008). *Computable models of the law: languages, dialogues, games, ontologies*. Berlín, Heidelberg: Springer Verlag.

DE VRIES, B. R.; LEENES, R. E.; ZELEZNIKOW, J. (2005). «Fundamentals of providing negotiation support online: the need for developing BATNAs». En: J. ZELEZNIKOW; A. R. LODDER (2005). *Proceedings of the Second International ODR Workshop (odrworkshop.info)*. Tilburg: Wolf Legal Publishers. Pág. 1-10.

FARRINGTON, D. P. (2000). «The challenge of teenage antisocial behaviour». En: *Marbac Castle Conference on Youth*.

GILLIN, J. L. (1935). *Criminology and penology*. Nueva York: Appleton-Century.

GÓMEZ-PÉREZ, A.; CORCHO, O. (2002). «Ontology specification languages for the semantic web». *IEEE Intelligent Systems*. Vol. 17, n.º 1, enero/febrero, pág. 54-60.

GÓMEZ-PÉREZ, A.; FERNÁNDEZ-LÓPEZ, M.; CORCHO, O. (2004). *Ontological engineering*. Londres, Berlín: Springer Verlag.

HUDSON, J.; GALAWAY, B. (ed.) (1975). *Considering the victim*. Springfield, IL: Charles C. Thomas.

JACOBSEN, T. (julio 1943). «Primitive democracy in ancient Mesopotamia». *Journal of Near Eastern Studies*. Vol. II, n.º 3, pág. 165.

KUHN, T. (1962). *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press.

LASTER, R. E. (1969). «Criminal restitution: a survey of its past history and an analysis of its present usefulness». *University of Richmond Law Review*. Vol. 5, n.º 1, pág.71-98.

LENMAN, B.; PARKER, G. (1980). «The state, the community and the criminal law in early modern Europe». En: V. A. C. GATRELL [et al.]. *Crime and the law: the social history of crime in Western Europe since 1500*. Londres: Europa Publications.

LODDER, A. R.; BORRI, A.; GOUMENOU, J.; HUTCHINSON, B.; TILMAN, V. (2008). «Towards standardisation of online dispute resolution tools». En: *ODR Workshop 08. Expanding the Horizons of ODR*. Proceedings of the 5th International Workshop on Online Dispute Resolution, in conjunction with the 21st International Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2008). Florencia, Italia, diciembre 2008.

MICHALOWSKI, R. J. (1985). *Order, law and crime*. Nueva York: Random House.

MUECKE, N.; STRANIERI, A.; MILLER, C. (2008). «Re-consider: The integration of online dispute resolution and decisión support systems». En: *ODR Workshop 08. Expanding the Horizons of ODR*. Proceedings of the 5th International Workshop on Online Dispute Resolution, in conjunction with the

- 21st International Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2008). Florencia, Italia, diciembre 2008.
- NILS, C. (2003). «Conflicts as property». En: G. JOHNSTONE (ed.). *A restorative justice reader*. Uffculme, Devon: Willan Publishing. Pág. 57.
- PIERANI, M. (2005). «ODR, developments under a consumer perspective: the Italian case». En: J. ZELEZNIKOW; A. R. LODDER (2005). *Proceedings of the Second International ODR Workshop (odrworkshop.info)*. Tilburg: Wolf Legal Publishers. Pág. 1-10.
- POBLET, M. (2008). «Introduction: Bringing a new vision to online dispute resolution». En: *ODR Workshop 08. Expanding the Horizons of ODR*. Proceedings of the 5th International Workshop on Online Dispute Resolution, in conjunction with the 21st International Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2008). Florencia, Italia, diciembre 2008.
- RABINOVICH-EINY, O. (2008). «Reflecting on ODR: the Israeli example». En: *ODR Workshop 08. Expanding the Horizons of ODR*. Proceedings of the 5th International Workshop on Online Dispute Resolution, in conjunction with the 21st International Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2008). Florencia, Italia, diciembre 2008.
- REGAZZONI, R. (2008). «*RisoltiOnline*: online mediation from a very practical point of view». En: *ODR Workshop 08. Expanding the Horizons of ODR*. Proceedings of the 5th International Workshop on Online Dispute Resolution, in conjunction with the 21st International Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2008). Florencia, Italia, diciembre 2008.
- ROSS, G. (2001). «Online dispute resolution - Why settle for less?». *Internet Newsletter for Lawyers*. Mayo-junio 2001.
- SCHLUTER, M. (2003). «What is relational justice?». En: G. JOHNSTONE (ed.). *A restorative justice reader*. Uffculme, Devon: Willan Publishing. Pág. 111-123.
- SHAFFER, S. (1970). *Compensation and restitution to victims of crime*. Monclair, NJ: Patterson-Smith.
- SUTHERLAND, E. H. (1960). *Principles of criminology*. Chicago, Il: Lippincott.
- VAN NESS, D.; A. MORRIS, A.; G. MAXWELL, G. (2001). «Introducing restorative justice». En: A. MORRIS; G. MAXWELL (ed.) (2001). *Restorative justice for juveniles, conferencing, mediation and circles*. Oxford: Hart Publishing
- WEITEKAMP, E. G. M. (2003). «The history of restorative justice». En: G. JOHNSTONE (ed.). *A restorative justice reader*. Uffculme, Devon: Willan Publishing. Pág. 111-123.
- WOLFGANG, M. E. (1965). «Victim compensation in crimes of personal violence». *Minnesota Law Review*. N.º 50, pág. 223 y siguientes.
- ZEHR, H. (2003). «Retributive justice, restorative justice». En: G. JOHNSTONE (ed.). *A restorative justice reader*. Uffculme, Devon: Willan Publishing. Pág. 74 y siguientes.

Cita recomendada

VILALTA NICUESA, Aura Esther (2009). «La cultura del diálogo y la justicia relacional como “tercera vía”» [artículo en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 8. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<Dirección electrónica del PDF>

ISSN 1699-8154



Esta obra está bajo la licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España de Creative Commons. Así pues, se permite la copia, distribución y comunicación pública siempre y cuando se cite el autor de esta obra y la fuente (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*) y el uso concreto no tenga finalidad comercial. No se pueden hacer usos comerciales ni obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.es>>

Sobre la autora

Aura Esther Vilalta Nicuesa
 avilalta@uoc.edu

Doctora en Derecho, profesora de Derecho civil en la UOC. Su línea de investigación son las ADR/ODR y la contratación electrónica. Participa en el proyecto I+D, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, «Las transformaciones del derecho en la sociedad de la información y el conocimiento» y en el proyecto «Llibre Blanc de la Mediació de Catalunya». Miembro del Grupo de Investigación INTERDRET, del IN3.

Universitat Oberta de Catalunya
 Estudios de Derecho y Ciencia Política
 Av. Tibidabo 39-43
 08035 Barcelona, España