

Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos

Oscar Daniel Franco Conforti

Facultad de Derecho
Universidad Oberta de Catalunya

Abstract

Lo que hasta hace tan sólo unos años parecía ciencia ficción, hoy es objeto de estudio en los ámbitos de la informática jurídica y de la gestión de conflictos. La mediación electrónica es una realidad en España. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha resuelto a través del artículo 2.d, una cuestión liminar que no es baladí, esto es, definir su ámbito de aplicación y determinar su exclusión de los asuntos de consumo, en consonancia con la legislación Europea (Directiva 2008/52/CE considerando 11) que prohíbe la aplicación de la directiva sobre mediación, a los conflictos derivados del ámbito de consumo en cualquiera de sus versiones (comercio/negocios con consumidores, comercio/negocio con comercio/negocio y consumidores con consumidores). La doctrina ha resuelto el siguiente desafío, que consistió en diferenciar a la Mediación Electrónica de la Resolución de Disputas en Línea, más conocida en inglés por On-Line Dispute Resolution (en adelante, ODR). Sin embargo, aún no contamos con legislación internacional sobre la materia y los desarrollos doctrinarios tampoco rebozan en abundancia. Veamos a continuación cuáles son los desafíos que plantea la evolución de la mediación electrónica.

Until just a few years ago mediation on-line seemed like science fiction, but today is studied in the fields of legal informatics and conflict management. The electronic mediation is a reality in Spain. Legislation has settled a preliminary issue which is not trivial, that is, define its scope and fixes their exclusion from consumer affairs, by the Law 5/2012 (art 2.d), on the same way as the prohibition set out by the European legislation (Directive 2008/52 / EC recital 11) where the mediation was excluded of conflicts arising in the context of consumption in any of its versions (business to consumers, business to business and consumers to consumers). The doctrine has sorted out the next challenge, which was to differentiate the On-line Mediation from the On-line Dispute Resolution (hereinafter ODR). However, we do not have yet an international legislation on the matter and doctrinal developments also dipped in abundance. This article reviews what are the challenges of an evolving electronic mediation.

Title: Online Mediation: where we come from, where we are and where we go

Palabras Clave: Mediación Electrónica, Consumo, ODR, Evolución, Desafíos Futuros.

Key words: Electronic mediation, Consumer Goods, ODR, Evolution, Future Challenges.

Sumario

1. Introducción.
2. De dónde venimos: dos tipos de errores y confusiones.
 - 2.1. Desde el punto de vista de la informática jurídica: diferenciación entre género y especie, y definición de mediación electrónica.
 - a. Diferenciar entre género y especie.
 - b. ¿Qué se entiende por mediación electrónica?
 - 2.2. Desde el punto de vista de la *gestión de conflictos*: confusiones *método-método*, y *herramienta-método*.
 - a. La confusión método-método.
 - b. La confusión herramienta-método.
3. Dónde estamos: ¿Cómo se desarrolla un proceso de mediación electrónica?
 - 3.1. Solicitud.
 - 3.2. Recepción, invitación.
 - 3.3. Audiencia o *caucus* informativo.
 - 3.4. Audiencias conjuntas.
 - 3.5. Finalización del proceso.
 - 3.6. ¿Por qué la mediación electrónica ha de ser sincrónica?
 - a. El diálogo.
 - b. La creatividad.
4. A dónde vamos: ¿Cuáles son los desafíos futuros?
 - 4.1. Preexistencia de condiciones necesaria para desarrollar una mediación electrónica.
 - 4.2. Categorización preliminar de casos aptos para mediación electrónica.
 - 4.3. Posibles aplicaciones de la inteligencia artificial.
 - 4.4. Calidad del análisis, diseño de hipótesis de intervención en mediación electrónica, e intervención técnica del e-mediador.
 - 4.5. Seguimiento del caso.
5. Conclusión.
6. Bibliografía.

1. Introducción.

Dos son los niveles en los que hay que desarrollar el tema *mediación electrónica*, por ello es que, por un lado, se requieren conocimientos de *informática jurídica*¹, es decir, de la aplicación de la informática en el Derecho (y no de cuestiones meramente informáticas o jurídicas), y del otro lado, de *gestión de conflictos*, ya que sólo un operador de conflictos que conozca, desde la teoría y práctica los distintos métodos (negociación, arbitraje, conciliación, mediación, etc.) estaría, en principio, en posición de poder diferenciar unos de otros.

Tal como he dicho en el *abstract*, la legislación ha resuelto una cuestión liminar que no es baladí, esto es, definir el ámbito de aplicación de la mediación y determinar su exclusión² de los asuntos de consumo. Entonces, por ejemplo: ¿Por qué hay tantos artículos, capítulos de libro e incluso leyes³ sobre consumo que implican a la mediación electrónica? ¿Por qué tanta confusión?

¹ También se la conoce con las denominaciones «Derecho Informático» y/o «Derecho de las Nuevas Tecnologías», aunque estas se refieren a la regulación jurídica de las nuevas tecnologías. Sobre el particular consultar PÉREZ LUÑO, A. «Informática jurídica y derecho de la informática en España» en *Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica* ITTIG. Disponible en http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/1983_02_081-099_PerezLuno.pdf. Consultado el 25 de marzo 2011. «El Derecho y las nuevas tecnologías.» Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/206589.pdf. Consultado el 25 de marzo 2011.

² Excepto en Cataluña, por el reciente Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo. La *mediación en consumo* sigue sin amparo legal en el resto de España. La pretendida futura actividad legislativa normativa nacional, del preámbulo de la Ley 5/2012, no ha llegado aún y entiendo que así sea, no sólo porque la Unión Europea prohíbe la aplicación de la Directiva 2008/52 a los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo (considerando 11), sino porque ratifica su criterio con Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigio en materia de consumo, y el Reglamento UE/524/2013, de 21 de mayo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, donde, como se indica, se habla de *resolución de litigios en línea* y no de *mediación de consumo*. No se debe caer en la confusión de asimilar *resolución de litigios* (género) con *mediación* (especie).

³ Sobre el particular se puede consultar la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña y el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, que *parece* (conforme lo dicho supra) ir en línea con las ideas Europeas de la Directiva 2013/11 y el Reglamento UE/524/2013. Proceso que culminó con la sanción de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, que modifica el Código de Consumo de Cataluña, que en su artículo 8 adiciona el artículo 132-4 a la Ley 22/2010, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. Ahora bien entrando en el tema creo que: a) El hecho de que en el art. 132-1 se proponga un determinado fin al proceso, no va contra la mediación, aunque claramente hablamos de inter-mediación (ver Directiva 2014/17), b) El 132-2 corrobora la afirmación anterior respecto a que estamos ante una inter-mediación (y no de mediación) cuando detalla aún más el objetivo del proceso y faculta al mediador a pedir informes específicos en apoyo de ese objetivo, c) Finalmente creo que el 132-3 es impreciso. Surgen las siguientes cuestiones: ¿Qué significa acudir a mediación? ¿La informativa es suficiente para considerar que se acudió? ¿Se pretende obligar a asistir a una sesión informativa o a una sesión conjunta de apertura? Si esto fuera mediación (insisto, para mí no lo es), podría decir que estoy de acuerdo con una sesión informativa obligatoria, pero no con una sesión de inicio conjunta obligatoria. Sobre estas cuestiones véanse: CONFORTI, O. D. F. (2015a). «La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España», en *Diario La Ley*, N° 8486, Sección Doctrina, 23 de Febrero de 2015. LA LEY 1013/2015. Madrid, España, Año XXXVI, pp. 6-12, 2015, y, CONFORTI, O.D.F. (2015b). «Mediación de consumo en Cataluña versus Tutela Judicial Efectiva ¿Una apostasía en la resolución de

La complejidad del tema divide la respuesta en, cuanto menos, dos partes:

- 1) Desde la *informática-jurídica*: a) necesidad de una correcta diferenciación entre *On-Line Dispute Resolution* (en adelante, ODR) con Mediación Electrónica, y, b) elaboración una definición correcta de Mediación Electrónica.
- 2) Desde la *gestión de conflictos*: a) clarificar la confusión método-método, y, b) evitar la confusión herramienta-método.

Sin embargo, hay una cuestión preliminar, que se podría ubicar tanto en el ámbito de la *informática-jurídica* como en el de la *gestión de conflictos*, y que tiene que ver con la diferenciación de los métodos alternativos de resolución de disputas (en adelante ADR) y los ODR, que se debe tratar anticipadamente porque es crucial, ya que como punto de partida encausará el desarrollo del tema. Esta cuestión preliminar busca responder al interrogante: ¿Son (o no son) equivalentes los ADR y los ODR?⁴

Marta POBLET, *et. al* (2009, p. 160), sostienen que: «La equivalencia, sin embargo, no es exacta, y hay como mínimo dos razones para evitar una mera correspondencia. En primer lugar porque los procedimientos ODR pueden no necesariamente satisfacer el requisito “alternativo” del ADR, ya que bajo aquella etiqueta se han incluido a menudo los denominados cybercourts o tribunales virtuales. Y, en segundo lugar, porque los componentes tecnológicos del ODR permiten configurar procedimientos que varían de los que se conocen en el ADR tradicional (así, el desarrollo de la negociación automática) o bien fusionan procedimientos existentes para crear nuevas formas híbridas de mediación y arbitraje (Med-Arb).»

Por su parte, Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (2013, pp. 80-82) sostiene que existe un «evidente paralelismo» entre los ADR y ODR. Para el autor citado, los ODR son «...sistemas que obedecen a un intento de aprovechar la tecnología de la información y la comunicación (TIC) para desarrollar los métodos extrajudiciales o alternativos de solución de conflictos sin el elemento de la presencialidad.» y afirma que «Hay que ser conscientes de que la tecnología sólo es un instrumento utilizado para facilitar el desarrollo a los modelos de solución de conflictos ya conocidos.» (p. 133).

En respuesta a esta consideración de VÁZQUEZ DE CASTRO de que *la tecnología sólo es un instrumento*, conviene explicar -además de lo expuesto por Poblet *supra*- que incluso fuera de España (donde lo corriente es no diferenciar entre ODR y Mediación Electrónica), se reconoce la diferencia entre ADR y ODR⁵. Así lo exponen, por ejemplo, Ethan KATSH y Janet RIFKIN «... we propose that you think of ODR

conflictos?», en *Diario La Ley*, Madrid, España, Año XXXVI, Número 8534 pp. 4-6-, 2015. Disponibles en www.franco.conforti.com (Consultados, 7 de mayo de 2015).

⁴ SANZ PARRILLA, M. (2011, p. 439) integra el selecto grupo de autores que señala la discusión doctrinaria.

⁵ Siguiendo a VÁZQUEZ DE CASTRO, cometen el mismo equívoco, es decir, asimilan y reducen a los ODR a la suma de ADR y herramientas tecnológicas, autores como GARCÍA FERNÁNDEZ, M^a A. (2013), ANDREU MARTÍ, M. (2015 p. 146),

as shared somewhat differently, as having not three parties but four, as being a square or rectangle instead of a triangle. The "fourth party", the new presence "at the table," is the technology that works with the mediator...»⁶ (KATSH, 2001, p. 93), y Gabrielle KAUFMANN-KOHLER y Thomas SCHULTZ: «The use of the Internet as a communication medium leads to two major differences in the current practice: the conduct of online proceedings differs from traditional mediation, as ...»⁷ (KAUFMANN-KOHLER, 2004, p. 23).

Sostener la equivalencia entre ADR y ODR conlleva la obligación de desconocer, por un lado, a la informática jurídica como rama del derecho, que conforme al citado Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, se divide en: a) informática jurídica documental: automatización del conocimiento jurídico emanado de fuentes legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, b) informática jurídica decisional: automatización de las fuentes de producción jurídica, y, c) informática jurídica de gestión: automatización de los procesos de administración judicial; y del otro lado, negar que los ODR permiten crear tanto procedimientos *no alternativos*, como *nuevos*, tal como afirma de acuerdo a la citada Marta POBLET, *et. al.*, por ejemplo: la *negociación automática*.

El componente tecnológico, al que Ethan KATSH y Janet RIFKIN (2001) denominaron *cuarta parte* del proceso, supone una serie de consideraciones que, como veremos a lo largo del artículo, van más allá de la *presencialidad* cuando se habla de mediación electrónica.

La importancia de los cambios que introduce la *cuarta parte* ha sido reconocida por multiplicidad de autores. Colin RULE (2002, p. 60), es un ejemplo de ello, tras afirmar que la consideración de la tecnología como cuarta parte no ha hecho más que empezar, refiere «Whether we will ever see computer programs capable of adjudicating complex disputes, or walking parties through a mediation to resolution, seems like the stuff of science fiction at this point.»⁸

Más aún, hay autores que ya hablan de la *quinta parte*, el proveedor del servicio tecnológico. «The legal consequence of being a fifth party is at least equally important as technical matters relating to the fifth party.»⁹ (LODDER, 2010, p. 79).

BOTANA CASTRO, V., FERNÁNDEZ MUIÑOS, B. y PEREIRA PARDO, M. (2014 pp. 46-50). Otros autores como TORRES OSORIO, E. (2014 p.116, 228) caen en el mismo error, por cuenta propia.

⁶ «Proponemos que se piense en las ODR como compartiendo algo diferente, que no tiene tres partes sino cuatro, como si fuera un cuadrado o rectángulo en vez de un triángulo. La "cuarta parte", una nueva presencia "en la mesa", es la tecnología con la que trabaja el mediador..», la traducción me pertenece.

⁷ «El uso de Internet como medio de comunicación nos lleva a dos grandes diferencias en la práctica actual: el desarrollo de los procesos online difieren de la mediación tradicional, ya que..», la traducción me pertenece.

⁸ «Alguna vez veremos programas de ordenador que serán capaces de arbitrar disputas complejas o conducir a las partes a través de una mediación a la resolución del problema, en éste momento parece cosa de ciencia ficción.», la traducción me pertenece.

⁹ «Las consecuencias legales de la quinta parte es al menos tan importante como las cuestiones técnicas que hacen a esta quinta parte.», la traducción me pertenece.

Por todo ello, creo que ADR y ODR no son equivalentes.

2. De dónde venimos: dos tipos de errores y confusiones.

2.1. Desde el punto de vista de la informática jurídica: diferenciación entre género y especie, y definición de mediación electrónica.

a. Diferenciar entre género y especie.

Desafortunadamente, muchos autores¹⁰, a la hora de tratar el tema de la mediación electrónica, recurren a artículos, libros y leyes extranjeras, ignorando así a la legislación española y cayendo, a veces de forma inadvertida, en una confusión conceptual (que no un neologismo) entre ODR y mediación electrónica, que resulta de vital importancia para el correcto desarrollo del tema.

Siguiendo a EBNER se puede decir que «Online mediation is an important element in the array of ODR service offered, but the ODR field is not (and never was) synonymous with e-mediation.»¹¹ (EBNER, 2012 p. 370) y por tanto, sostener que la confusión no se justifica¹².

Desde hace tiempo, el marco jurídico en España compuesto por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM) (ESPAÑA, 2012), y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE, Ministerio de Justicia, Madrid, 27 dic. 2013a. Sección I, n. 310, p. 105296-105311 (en adelante RD) (ESPAÑA, 2013), permite diferenciar con claridad a la *mediación electrónica* de *otras formas de resolución de disputas on-line*, es decir, de los ODR.

La mediación electrónica debe entenderse como una *especie* dentro del *género* ODR (CONFORTI, 2013).

En ese mismo sentido, ha sido el propio *creador* de los ODR, Ethan KATSH quien ha dicho: «As Professor Conforti understands, the phrase online dispute resolution (ODR) is an umbrella for many different approaches to resolving disputes. All ODR processes share some common goals in that the communications systems employed need to be trusted and accessible. All ODR systems also share some challenges such as when choices need to be made between synchronous and asynchronous forms of communication. There are, however, also differences in that there are laws that apply to particular

¹⁰ A modo de ejemplo, véanse, GARCÍA DEL POYO, R. (2013). «La mediación electrónica» en *Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm. 29, enero de 2013, y, ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. (2013). «Funciones de la Resolución de Disputas en Línea», en ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*. Reus. Madrid, p. 51.

¹¹ «La mediación en línea es un elemento importante en la gama de servicios ODR ofertados, pero el ámbito de las ODR no es (y nunca fue) sinónimo de e-mediación», la traducción me pertenece.

¹² Aunque ODR y mediación electrónica estén íntimamente relacionados, ya se han establecido una amplia gama de elementos que caracterizan a la mediación electrónica como un sub-elemento diferenciado. Ver CONFORTI, O.D.F. (2013).

forms of dispute resolution and not to other forms. This book provides clear guidance about the legal context for e-mediation.»¹³ (CONFORTI, 2014 p. 5-6).

Teniendo en claro que ODR y mediación electrónica no son sinónimos¹⁴, resultará más fácil comprender los equívocos que señalaré a continuación.

b. ¿Qué se entiende por mediación electrónica?

Atendiendo al contenido de la regulación legal existente en España, se puede definir a la mediación electrónica como «Un proceso que se realiza total o parcialmente por medios electrónicos, de forma más o menos simplificada, con la intervención de un tercero que ayuda a las partes que intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo, en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en la Ley.» (CONFORTI, 2013, pp. 22-24 y 62-63).

La definición practicada ha sido *avalada* por el propio Ethan KATSH, quien ha dicho en el prólogo al libro *Electronic Mediation Handbook*: «This book is, I believe, the first to focus specifically on e-mediation»¹⁵ (CONFORTI, 2014a, p. 6).

Resulta claro que no se trata de adecuar los programas informáticos existentes a la mediación, ni de que el derecho emprenda una carrera, en la que siempre irá por detrás de los avances tecnológicos intentando regular jurídicamente su uso. Se trata de inventar la mediación de conflictos por medios electrónicos, o para decirlo de forma más simple, de crear la *mediación electrónica*.

¹³ «Tal como lo entendió el profesor Conforti, la frase resolución de litigios en línea (ODR), es un paraguas para muchos enfoques diferentes en relación con la resolución conflictos. Todos los procesos ODR comparten algunos objetivos comunes, como ser el sistema de comunicaciones a emplear que debe ser confiable y accesible. Todos los sistemas ODR también comparten algunos desafíos, como ser tener que elegir u optar por una forma de comunicación sincrónica o asincrónica. Sin embargo, también hay diferencias en cuanto a que hay leyes que se aplican a determinadas formas de resolución de conflictos y no a otras. Este libro ofrece una guía clara sobre el contexto jurídico de la e-mediación.», la traducción me pertenece.

¹⁴ Desafortunadamente, no todos los autores tienen esta diferenciación clara. A modo de ejemplo, Amparo Quintana representa el prototipo de autor que simplemente no ha sabido diferenciar entre el género ODR y la especie mediación electrónica, sino que luego eso le lleva a proponer el uso de herramientas tecnológicas con las que no es posible cumplir con los principios de la mediación, como por ejemplo, sostener que en mediación electrónica «Se catalizan mejor las emociones, sobre todo si el método empleado no permite el contacto visual ni la conversación directa entre las partes.», la sorprendente afirmación no sólo no se encuentra fundamentada, sino que no encuentra correspondencia en ninguna de las teorías de las emociones, es decir, en las teorías sensoriales (psicológicas y fisiológicas), las teorías de la conducta (psicológica, filosófica y psicoanalítica), y la teoría cognitiva (pura y causal-evaluativa). QUINTANA, A. (2013). «Mediar online: aspectos prácticos desde la perspectiva del mediador», en *Revista IURIS*, 1º octubre de 2013, Wolters Kluwer, España, pp. 32-37. Para las teorías de las emociones véase LYONS, W. (1993). *Emoción*. Traducción de Inés Jurado. Barcelona: Anthropos.

¹⁵ KATSH, E. (2014) en el «Prólogo» al libro *Electronic Mediation Handbook*, refiere «Este libro es, según yo creo, el primero en enfocar sobre la e-mediación», la traducción me pertenece. Acuerdo Justo, España, p. 6.

2.2. Desde el punto de vista de la *gestión de conflictos*: confusiones *método-método*, y *herramienta-método*.

Veamos las dos confusiones más frecuentes en que incurren, no siempre desinteresadamente, quienes no trabajan en el ámbito de la gestión de conflictos.

a. La confusión método-método.

La primera confusión que voy a abordar es la que ha generado el denominado «*proceso simplificado de mediación para reclamaciones de cantidad*» descrito en los artículos 24.2 LMACM y 30 a 38 del RD. La activa contribución del legislador al confundir la *negociación on-line* con la *mediación on-line* queda en evidencia en la tabla comparativa que se acompaña a continuación. Es posible concluir en que el proceso simplificado se aproxima a una negociación bilateral multiatributo como la que explica LÓPEZ CARMONA (2006, p. 7) en cualquiera de sus versiones, asistida, automática o puja ciega, más no es Mediación¹⁶.

Cuadro 1 – Tabla Comparativa.

Proceso simplificado (art. 24.2 LMACM y arts. 30 a 38 RD)	Mediación Electrónica (art. 24.1 LMACM y autoregulación)
Las partes se enfrentan directamente en base a «posiciones».	Las partes trabajan con la ayuda de un tercero neutral en base a «necesidades e intereses».
El rol del negociador, cuando lo hay, es el de trasladar las ofertas de una parte a la otra.	El rol del mediador es el de facilitar la expresión de las emociones, recomponer el diálogo, trabajar como agente de la realidad, etc.
En general, el proceso es «asincrónico» (no permite a las partes reunirse en un mismo espacio y tiempo).	El proceso es «sincrónico» (permite a las partes reunirse en un mismo espacio y tiempo).
Las partes no pueden «verse» u «oírse». Las «comunicaciones no necesariamente se realizan bajo protocolos de seguridad `https´».	Las partes y el mediador se reúnen en una sala donde poder «verse» u «oírse» «con protocolos de seguridad `https´».
La información la «almacena» una empresa en algún servidor en Internet.	La información se «almacena» en el ordenador del mediador.
Vinculada al comercio electrónico y al consumo.	Excluye las cuestiones de consumo.

Fuente: CONFORTI (2014b).

b. La confusión herramienta-método.

«Asociar “expediente electrónico” a “mediación electrónica” revela no entender los principios de la mediación de conflictos.» (CONFORTI, 2013, p. 14). Mal que le pesa a quienes creen equivocadamente

¹⁶ En el mismo sentido EBNER, N. (2012). «E-Mediation» en M.S. Abdel WAHAB, E. KATSH & D. RAINEY (Coordinadores). *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*. The Hague: Eleven International Publishing, pp. 357-398.

que el carácter alternativo de estos métodos conlleva relajar los principios de la mediación y prescindir del derecho, hay que decir que se puede ir más allá y hacer un análisis de más herramientas tecnológicas que actualmente se emplean.

- Comencemos con la gestión documental: que alude al conjunto de conocimientos necesarios para la organización, registro, almacenamiento, recuperación y difusión de la información¹⁷. Pero esto no es útil en mediación electrónica, porque no debemos perder de vista que, por un lado, el e-mediador no es juez, árbitro, abogado o negociador de parte, ni tampoco es que tenga que dar fe, publicidad o transmitir información del proceso que, como sabemos, es confidencial, y del otro lado, porque a través de la gestión documental no se pueden aplicar las técnicas de mediación, como ser: preguntas circulares narrativas, reformular, parafrasear, gestionar emociones, etc.
En *mediación electrónica*, el software de gestión documental es útil para el trabajo interno del mediador; estos programas pueden ser del tipo *residente* (se trabaja desde el ordenador del mediador), o *en la nube*¹⁸ (se trabaja a través una interfaz que almacena la información en algún servidor en Internet). En otras áreas de informática jurídica hay algunos desarrollos mixtos.
- El *e-Mail*, *el chat*, *un foro*, *un sms*, *un Whatsapp*, *una comunicación telefónica voip*, certifican que una persona está en posición de un certificado de identidad digital, firma digital, o de un determinado chip de número telefónico o de dispositivo electrónico con dicho chip, etc., más *no certifican la identidad de las personas*, que puede ser suplantada por otra persona a efectos de que negocie en su nombre (sirva como ejemplo las compras que uno de los cónyuges puede realizar con la tarjeta de crédito del otro si sabe el número secreto -PIN, acrónimo de *personal identification number*-).
- La *videoconferencia gratuita* de servicios como Skype (propiedad de Microsoft), no garantizan la confidencialidad y privacidad de las comunicaciones, de hecho, la empresa se exonera de responsabilidad en el contrato de adhesión que los usuarios firman al descargar la aplicación.
- El *vídeo* ha sido presentado por la Asociación de Mediadores de Madrid y la empresa Ejustic de la plataforma Mediare, como el *medio idóneo para cumplir con la sesión informativa* de mediación¹⁹. Sin embargo, parece que han olvidado el fundamento filosófico y el espíritu de la audiencia informativa, esto es, la interacción entre mediador y parte, a fin de: a) brindar a las partes información neutral (siempre a través del mediador, como persona imparcial) sobre las distintas alternativas de gestión del conflicto para que, una vez que ese conocimiento sea incorporado por las partes, estas puedan decidir libremente. Esto es, ejercer sus derechos mediante el consentimiento

¹⁷ Si se quiere, se puede localizar su nacimiento en las primeras tablas escritas en piedra, arcilla, papiro, etc. Se podría decir que nace con la necesidad del ser humano de documentar actos de los que se tenga que dar fe, legar o transmitir de cara al futuro.

¹⁸ Sobre el particular se puede consultar el Informe «Utilización del Cloud Computing por los despachos de abogados y el derecho a la protección de datos de carácter personal» elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos y el Consejo General de la Abogacía Española.

¹⁹ Véase Asociación de Mediadores de Madrid y Ejustic en Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=3efiMecQ1fk>. Consultado el 17 de abril 2015.

informado; b) otorgar al mediador la oportunidad de conocer el conflicto y de analizarlo para determinar si es mediable o no, o si se trata de un tipo de disputa más próxima a un litigio que tendría incluso mejor solución ante un Juez que en mediación (sin descartar otro tipo de sugerencias de derivación, como ser, terapia, un psicólogo, etc.); en los *caucus* o audiencias privadas del proceso de mediación en sí mismo, se trata de que el mediador escuche y trate de entender lo que la persona le dice; y, c) solucionar cualquier tipo de incidencia técnica (con los ordenadores, conexión a Internet, etc.) y a la vez permitir a las partes familiarizarse con la herramienta tecnológica a utilizar a fin de ir generando confianza, tanto en el proceso como en el mediador y en la misma herramienta tecnológica a emplear.

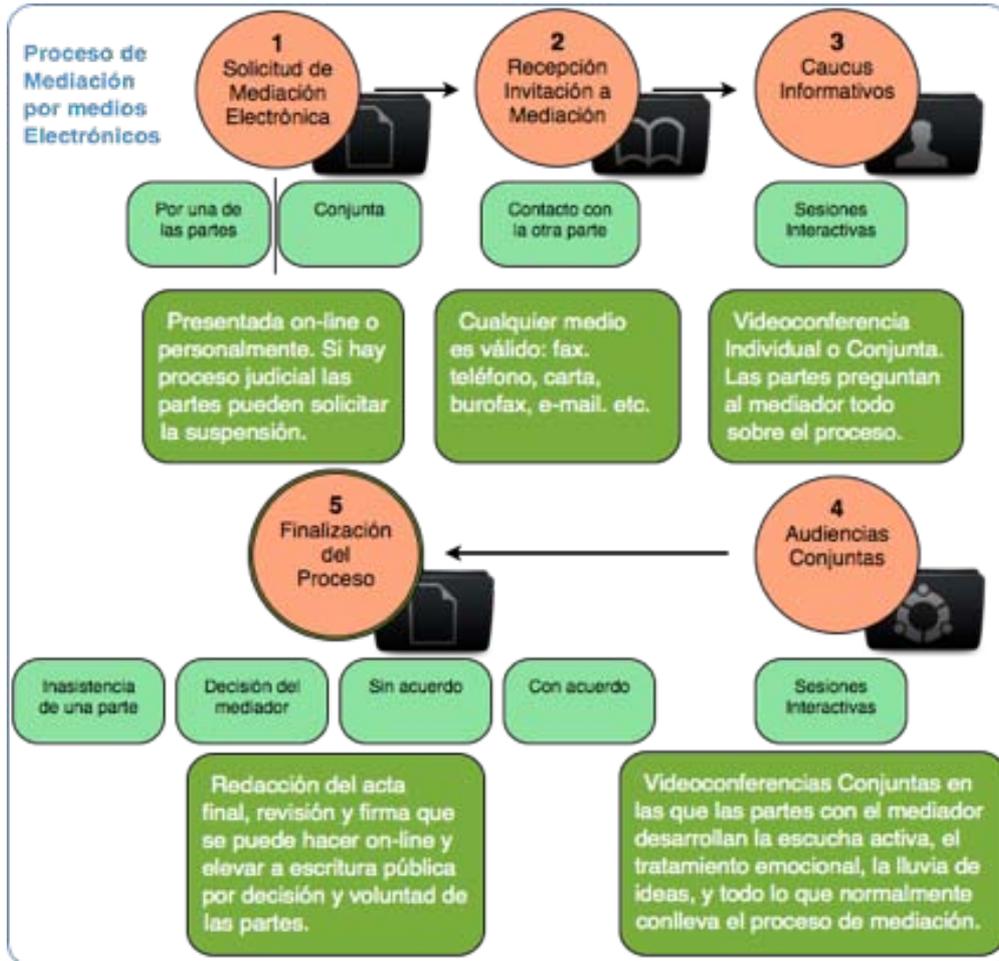
El profesional que opte por los *servicios en la nube*, habrá de leer detenidamente los contratos de prestación de servicios y analizarlos bajo la lupa de la responsabilidad que a él le cabe, como mediador, en relación con la confidencialidad²⁰ y los daños y perjuicios (arts. 9 y 14 LMACM).

3. Dónde estamos: ¿Cómo se desarrolla un proceso de mediación electrónica?

Descripción de la infografía:

Infografía 1 - El proceso de mediación electrónica enfoque práctico.

²⁰ Francisca Ramón Fernández apunta, entre otras conclusiones, la siguiente: «La confidencialidad en el caso de la mediación electrónica debe ser entendida con especial celo, ya que se deben articular los medios necesarios para que la documentación, conversaciones, e intervenciones de las partes no sean accesibles a terceros ajenos a la mediación» RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2014). «La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal» en *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, Julio 2014.



Fuente: Mediar On-Line www.mediaronline.com

3.1. Solicitud.

La solicitud puede ser presentada de forma presencial u on-line, recogida en un formulario Web con o sin certificación de identidad digital y puede ser presentada de común acuerdo por ambas partes o simplemente por una de ellas.

3.2. Recepción, invitación.

Recibida la solicitud, el mediador puede contactar con la parte solicitante, sea para requerir más información (en el supuesto de solicitud presentada por una de las partes), como por ejemplo, para mantener una audiencia informativa en la que informará al solicitante sobre el proceso de mediación, etc.; una vez que el mediador cuenta con la información pertinente, puede contactar por cualquier vía (carta, burofax, teléfono, e-mail, etc.) e invitar a la otra parte (requerida) al proceso de mediación.

3.3. Audiencia o *caucus* informativo.

Videoconferencia en audiencia interactiva y flexible, que se puede mantener con una o ambas partes de forma conjunta o por separado, según opte inicialmente el mediador. La finalidad de esta audiencia es,

por un lado, que el mediador informe a las partes sobre las posibles causas que afecten a su imparcialidad, profesión, formación y experiencia, características de la mediación, coste, organización de procedimiento, sistema para acreditar la identidad de las partes y su firma electrónica, elementos tecnológicos necesarios, plazos de audiencias, finalidad de las distintas actas y posibles consecuencias jurídicas del acuerdo final si lo hubiere; y, por otro lado, permitir a las partes que pregunten al mediador todas sus dudas y que éste les responda ampliando la información cuantas veces sea necesario; este intercambio de información debería ser útil para que el mediador pueda realizar un análisis del conflicto y determinar si es un caso apto (o no) para mediación.

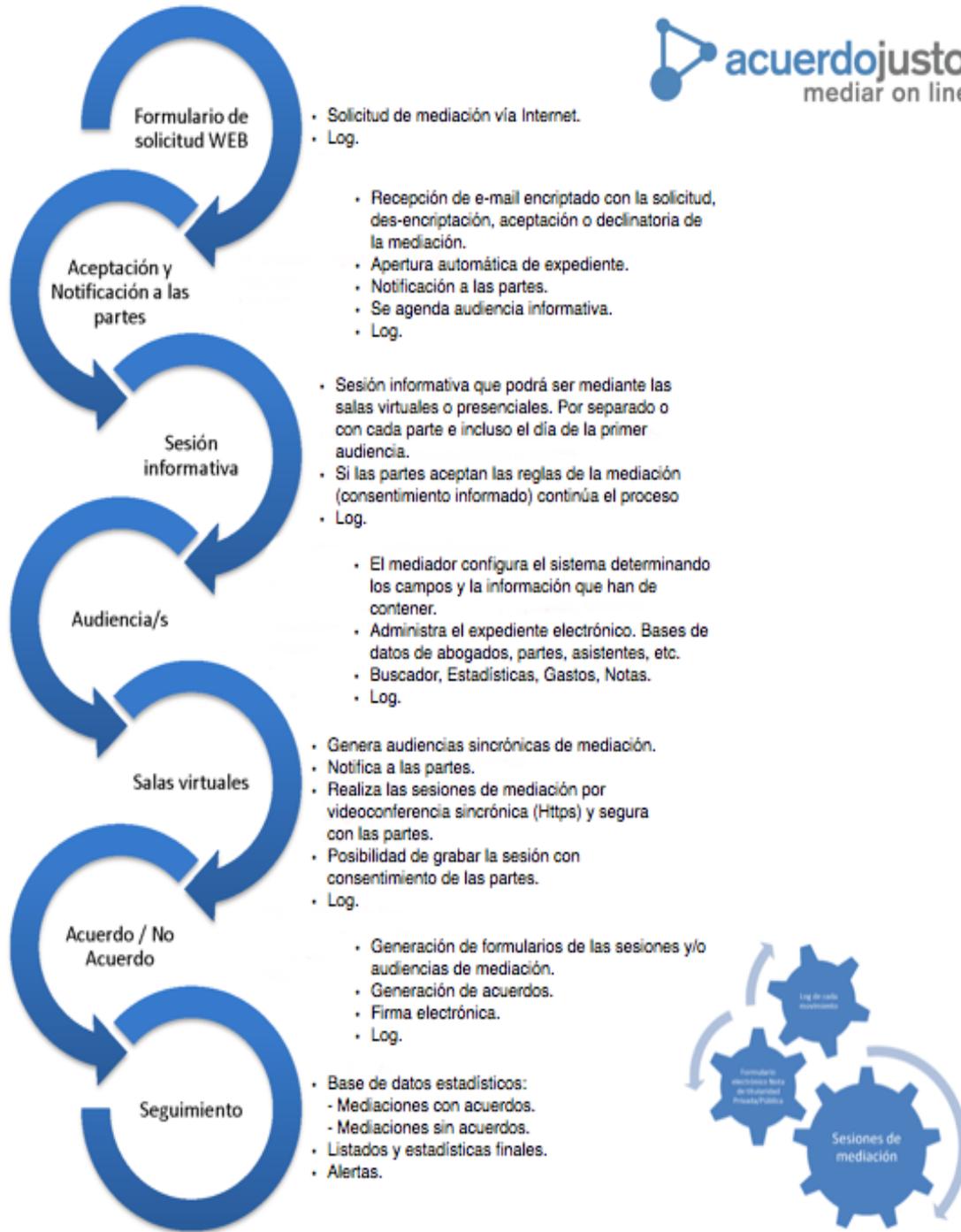
3.4. Audiencias conjuntas.

Videoconferencia en audiencias interactivas que comienzan con la sesión constitutiva en la que se hará constar la identificación de las partes, del mediador, el sistema de acreditación de identidad y firma digital convenido, el objeto del proceso de mediación, un programa de actuación tentativo en su duración, el coste de las sesiones y su forma de pago, la declaración de aceptación voluntaria o consentimiento informado respecto a someter la disputa al procedimiento de mediación, el lugar, idioma en que se desarrolla el proceso y la grabación de la sesión en vídeo. Las partes y el mediador pueden verse y oírse en tiempo real bajo protocolos de seguridad *'https'*.

3.5. Finalización del proceso.

Que puede darse por: a) inasistencia de una de las partes, b) renuncia o decisión de no continuar con el proceso por parte del mediador, c) sin acuerdo y d) con acuerdo. En todos los casos se ha de labrar un acta final en la que se que dejará constancia de las partes y el mediador, fecha y lugar de suscripción y obligaciones que se asumen (si fuera pertinente).

Infografía 2 - El proceso de mediación electrónica enfoque técnico.



Fuente: Mediar On-Line www.mediaronline.com

Ni la LMACM ni el RD especifican cómo se ha de desarrollar el proceso de mediación por medios electrónicos²¹, por lo tanto, se infiere que éste se rige por los principios de la «auto-regulación». Sin embargo, la *auto-regulación* no significa relajar los principios de la mediación, ni dejar al derecho al margen; es decir, que valga cualquier cosa, sino, que el funcionamiento del sistema (plataforma) habrá de ajustarse a los fines del proceso de mediación en general.

²¹ Excepción hecha del llamado *proceso simplificado*, que como se ha visto, no es mediación.

Es posible concluir que para realizar un proceso de mediación electrónica se deben respetar: a) los principios legales de la LMACM y normas conexas (ESPAÑA, 1999; 2002; 2003), y, b) los principios del proceso de mediación.

Para comprobar si la herramienta tecnológica es adecuada para realizar mediación on-line, podemos preguntarnos: ¿Cumple adecuadamente la herramienta tecnológica con los principios legales y procedimentales?²²

Cuadro 2 – Test de Mediación Electrónica.

Voluntariedad y libre disposición.	Sí -No
Igualdad de las partes e imparcialidad del mediador.	Sí -No
Neutralidad.	Sí -No
Confidencialidad.	Sí -No
Buena fe, respeto y cooperación.	Sí -No
Garantía de la identidad de las partes.	Sí -No
Interviene una persona mediadora.	Sí -No
Existe posibilidad de preguntar, re-preguntar y obtener respuesta de viva voz en el momento.	Sí -No
Se puede practicar la escucha activa.	Sí -No
Se puede generar empatía.	Sí -No
Permite detectar las percepciones del conflicto.	Sí -No
Permite la toma de conciencia de las distintas realidades del conflicto.	Sí -No
Se pueden detectar y trabajar las emociones.	Sí -No
Permite el diálogo y la creatividad.	Sí -No
Debe permitirle al mediador hacer re-enmarques, resúmenes y parafraseo.	Sí -No
El mediador puede empoderar, trabajar sobre las narrativas con preguntas circulares.	Sí -No
Brinda atención personalizada, ayuda a la construcción de confianza.	Sí -No
Permite desarrollar una «tormenta de ideas».	Sí -No
El mediador puede trabajar como agente de la realidad.	Sí -No

Fuente: Conforti (2013, p. 108).

Así las cosas, cabe concluir que la *videoconferencia privada* es el elemento tecnológico indicado para la mediación electrónica, es un servicio de pago, que ofrece las garantías necesarias de confidencialidad

²² Esta tabla es una adaptación de la que se puede consultar en la 2da. Edición del libro Pequeño Manual de Mediación Electrónica (CONFORTI, 2013).

porque se desarrolla bajo protocolos de seguridad `https`²³ es decir, privada y segura. (CONFORTI, 2013).

En palabras de Arno LODDER y John ZELEZNIKOW (2010, p. 78) «With the application of information technology for dispute resolution, some commentators see the lack of face-to-face contact as an insurmountable hurdle. For them, only video-conferencing would be a possible solution to this problem.»²⁴

La videoconferencia privada es el único elemento tecnológico que, al ser sincrónico, permite a las partes y al mediador *verse* y *oírse*, garantizando así la identidad de las partes y evitando la suplantación de identidad²⁵, de forma simple para todo usuario.

3.6. ¿Por qué la mediación electrónica ha de ser sincrónica?²⁶

²³ HTTP es el acrónimo de la forma inglesa *Hypertext Transfer Protocol*, 'protocolo de transferencia de hipertextos', que se utiliza en algunas direcciones de internet. Por su parte HTTPS corresponde al acrónimo de *Hypertext Transfer Protocol Secure*, 'protocolo de transferencia de hipertextos seguro' y significa que el navegador está usando un esquema seguro para proteger la información que está siendo transferida. Este esquema HTTPS es el que debe usar toda transacción comercial en Internet. A este esquema se le conoce como SSL, que se corresponde a las siglas en inglés de *Secure Socket Layer* traducido al español como 'capa de conexión segura'. Es un protocolo criptográfico (un conjunto de reglas a seguir relacionadas con la seguridad, aplicando criptografía) empleado para realizar conexiones seguras entre un cliente (como por ejemplo un navegador de Internet) y un servidor (como por ejemplo un ordenador visitando páginas Web). Este protocolo ha sido sucedido por TLS, acrónimo en inglés de *Transport Layer Security*, traducido al español como 'seguridad de la capa de transporte'. Versiones de TLS tienen un equivalente en SSL, por ejemplo TLS 1.2 corresponde a SSL 3.3; de ahí que aún sea común que se refiera a este protocolo como SSL.

²⁴ «Con la aplicación de la tecnología de la información a la resolución de conflictos, algunos autores ven en la falta de contacto cara a cara un obstáculo insuperable. Para ellos, la video-conferencia sería la única solución posible para este problema», la traducción me pertenece.

²⁵ En relación con la acreditación de la identidad de los participantes de una mediación on-line, M^a Auxiliadora GARCÍA FERNÁNDEZ afirma que «Durante todo el proceso debe garantizarse, según establece la Ley 5/2012, el cumplimiento de ciertas garantías (más difíciles de implantar en la comunicación sincrónica), como son la identidad de los intervinientes –a través del DNI electrónico–...», y no sólo no explica, ni fundamenta por qué es más difícil de implantar la acreditación de la identidad de las personas cuando estas pueden verse y oírse en vivo y en directo en una comunicación sincrónica, sino que además sugiere que la forma de hacerlo es a través del DNI electrónico, incurriendo así en el error típico o confusión herramienta-método descrita supra en el punto 2.2.b) en el que he explicado que dichas herramientas o elementos tecnológicos «...certifican que una persona está en posesión de un certificado, firma digital, o de un determinado chip de número telefónico o de dispositivo electrónico con dicho chip, etc., más *no certifican la identidad de las personas*, que puede ser suplantada por otra persona a efectos de que negocie en su nombre». Véase GARCÍA FERNÁNDEZ, M^a A. (2013). Mediación on-line: pasado y presente de esta institución, en *Diario La Ley*, N^o 8048, Sección Tribuna, 21 Mar. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY 1504/2013.

²⁶ Otras preguntas *frecuentes* en materia de mediación electrónica, son: ¿Cómo se da cumplimiento a la normativa de protección de datos? ¿Hay que determinar una cuantía para un proceso de mediación electrónica? ¿A qué tipo de procesos se aplica la mediación por medios electrónicos? ¿Cómo se determina la cuantía económica de la reclamación? ¿Cómo se firma digitalmente un acuerdo? ¿Con qué elementos se tiene que contar? ¿Cómo se hace una mediación electrónica? ¿Qué requisitos se deben cumplir para que el proceso sea de mediación electrónica? Sobre el particular se puede consultar entre otros materiales en artículo CONFORTI, O. D. F. (2014b). «Mediación Electrónica de Conflictos en

Para responder al interrogante, podríamos emprender la revisión de la significativa cantidad de definiciones que hay sobre la mediación, y llegaríamos a la conclusión de que en todas ellas se la define como un *encuentro entre partes* (FABREGAT, 2013, pp. 161-169). Disponiendo de la posibilidad técnica para que dicho *encuentro entre partes sea sincrónico*, no hay justificación para la pretendida transformación (por relajación de los principios de la mediación y de la seguridad jurídica) del proceso de mediación electrónica a una forma asincrónica.

La pretendida transformación del proceso de mediación electrónica a una forma asincrónica no tiene ninguna justificación, ya que se dispone tanto de la posibilidad técnica, como de la viabilidad económica para que dicho *encuentro entre partes sea sincrónico*.

La sincronidad de la mediación electrónica se justifica ampliamente a través de los fundamentos filosóficos que constituyen el punto de partida sobre el que se ha construido el andamiaje del instituto de la mediación de conflictos, es decir, un encuentro cara a cara entre las partes en conflicto. Y además, se suman otras razones que tienen que ver con la finalidad misma del proceso de mediación. Me voy a detener solamente en dos de estos aspectos. El diálogo y la creatividad.

a. El diálogo.

Tradicionalmente, en mediación se estudia el proceso de comunicación desde la teoría de la comunicación humana (WATZLAWICK *et al.*, 1985), sin embargo, en mediación electrónica, las particulares características del ámbito hacen que tengamos que estudiar el proceso de comunicación desde el punto de vista de David Bohm.

La videoconferencia cuenta con una ventaja respecto del proceso de comunicación personal, y es que aquí el usuario debe respetar el turno de palabra, porque, de lo contrario, puede ocurrir que *las voces se superpongan* y ninguna de ellas sea audible con claridad suficiente como para llegar a ser comprensible. Aquí, cuando una persona habla, los demás escuchan activamente y cuando responden, la primera puede corroborar si hay alguna *diferencia* de significado entre lo que él quiso decir y lo que la otra parte ha comprendido. La toma de conciencia de las *diferencias* revelan, a todos los participantes, la presencia de algo nuevo, y es que el diálogo puede servir no sólo para hacer comunes ciertas ideas o información, sino también para hacer algo *en común*, es decir, para crear conjuntamente algo nuevo. «Al comienzo las personas expresaban sus puntos de vista demasiado rígidos y trabajan de defenderlos, pero gradualmente resultó evidente que, más importante que mantener una determinada perspectiva, era fomentar el sentimiento de comunidad..» (BOHM, 1987, p. 175).

Ayudados por el e-mediador, las partes de un proceso de mediación electrónica entran así en una dinámica que evita el pensamiento fraccionario, y cuando son capaces de escucharse sin prejuicios y sin tratar de imponerse nada, serán capaces de *crear*.

España», en *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, Brasil, n° 10, p. 285-309, 2014. Disponible en www.francoconforti.com (Consultado, 25 de marzo de 2015).

En el excelente prólogo del libro *Sobre el Diálogo*, Lee NICHOL, dice: «El diálogo constituye un proceso de encuentro directo y cara a cara que no debemos confundir con la teorización y la especulación interminables.» (BOHM, 2012, p. 14).

La idea que gobierna el diálogo es el hecho de que la partes (juntas y cara a cara con la ayuda del e-mediador) afronten la naturaleza real del problema que existe entre ellos, puede servir para modificar la tendencia a caer presa de los bloqueos (incapacidad para cuestionar nuestras propias creencias, la forma de eludir las contradicciones más patentes, etc.) y transformar en una comunidad colectiva inteligente.

«El diálogo es algo más que una participación común en la que no estamos jugando contra los demás (como en la discusión) sino con ellos.» (BOHM, 2012, p. 30).

En la era de la comunicación, la gente aún debe aprender a dialogar, a comprender la relación existente entre el diálogo y el pensamiento (la propiocepción del pensamiento, para decirlo correctamente), aprender a lidiar con sus creencias y también con sus necesidades.

El proceso de mediación electrónica ha de generar un diálogo que «... influye sobre nuestros sentimientos y estados corporales y la forma en que afecta a los demás. El desarrollo de la capacidad de escuchar, observar y prestar atención al proceso real del pensamiento, al orden en que ocurre y advertir su incoherencia, es decir, aquellos puntos en los que no funciona adecuadamente, resulta de capital importancia.» «En la medida en que hagamos esto, iremos descubriendo que ciertos tipos de pensamiento desempeñan un papel más importante que otros y que, de entre todos ellos, destaca la creencia en la necesidad.» (BOHM, 2012, p. 49).

La mediación electrónica es *comunicación* por sí misma. Aquí el desafío está en ir un punto más allá, en avanzar hacia el *diálogo*, y sólo será posible si la mediación electrónica es sincrónica.

b. La creatividad.

Nuestra responsabilidad por crear una relación coherente entre nuestros procesos de pensamiento y el mundo (del que éstos surgen y al que interpretan) surge como consecuencia del hecho de que nuestras percepciones del mundo inciden o afectan a la realidad que integran.

Cuando un proceso de mediación está bien *llevado*, aparecen una serie de dualismos -bien y mal, verdadero y falso, intelecto e intuición, absoluto y relativo, etc.- que requieren de las partes la máxima atención posible para poder unir estos dualismos y evitar así la cristalización del proceso de pensamiento y comprometerse con las percepciones creativas, para las cuales, de acuerdo a Bohm, aún no existen definiciones.

Para Bohm, la creatividad, que desde siempre se la adjudicamos, por ejemplo, a los artistas, pensadores y escritores, no es exclusiva de éstos.

Bohm ejemplifica el aprendizaje que involucra la percepción de nuevos órdenes de relación y que gira en torno a la sensibilidad para advertir la diferencia y la similitud, con el relato sobre un caso real, en el que una profesora llamada Anne, consigue que su alumna Helen (que es sorda, ciega y muda de

nacimiento), logra vincular una serie de experiencias anteriores no relacionadas con el *agua*, dibujando en la palma de su mano la palabra cada vez que Helen entraba en contacto con el agua.

Lo que el e-mediador intentará despertar en las personas mediadas es esta sensibilidad a la similitud y a la diferencia, pues esto es lo que permitirá a las partes percibir nuevos órdenes de estructuras, tanto objetivas como subjetivas. Para decirlo con un ejemplo, nos es posible diferenciar la disposición de los ladrillos en una pared (similitud y diferencia definen órdenes básicos -ladrillos-), luego, las relaciones entre estos órdenes -ladrillos- dan como resultado una nueva estructura (pared), y, finalmente, la relación de las nuevas estructuras crea totalidades integrales (una casa).

Bohm distingue dos *bloques* distintos de la creatividad. La *confusión simple*, aquella que experimentamos cuando, por ejemplo, no entendemos las instrucciones que se nos dan, o cuando no podemos hallar la solución a un determinado problema o enigma; y, la *confusión autoalimentada*, es decir, aquella que tiene lugar cuando la mente intenta huir del conocimiento del conflicto, cuando la intención de la persona es rehuir a la recepción del hecho, en vez de intentar aceptarlo y resolverlo. Esta dinámica crea, en palabras de BOHM, un orden propio que desemboca en un estado reflexivo de ofuscación en el que la agilidad mental natural es sustituida por la apatía y las fantasías automáticas. Si queremos promover la creatividad, en las partes, debemos prestar mucha atención a la *confusión*. (BOHM, 2013).

Debemos tener presente que, en el desarrollo de una *mediación electrónica*, las partes se encuentran en sitios aislados, como podría ser, su oficina, su casa, etc.; estas condiciones de «soledad» en el entorno inmediato, son caldo de cultivo para la *confusión autoalimentada*. Para *quebrar* la *confusión autoalimentada* y que la *creatividad* pueda aparecer en escena, la mediación electrónica debe de ser sincrónica.

Sabemos que el e-mediador deberá desarrollar y poder aplicar todas las técnicas propias del proceso de mediación, es decir: preguntar y/o repreguntar obteniendo respuesta en el momento y de viva voz, desarrollar la resiliencia, escucha activa, co-construir la confianza con el mediador y el proceso de mediación para que las partes sean sinceras y honestas, empoderar, generar y motivar la empatía, detectar y trabajar sobre las emociones, etc²⁷.

Aquí en España, la primera plataforma en ofrecer un servicio de mediación on-line ha sido *Mediar On-Line* (www.mediaronline.com). Desde 2008 ofrecen un sistema de video-conferencia que sigue un protocolo de seguridad *https* para garantizar la privacidad y confidencialidad de la mediación. El servicio fue desarrollado con la colaboración del entonces Centro de Mediación Familiar de Catalunya del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya²⁸.

²⁷ Para un detalle más profuso se puede consultar el «*Test de Mediación Electrónica*» disponible en la 2da. edición del libro de CONFORTI, O.D.F. (2013).

²⁸ Sobre el particular véase SANZ PARRILLA, M. «El uso de medios electrónicos en la mediación», en SOLETO MUÑOZ, H. (2011). *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*. Madrid, Tecnos, 2011, pp. 449-450.

4. A dónde vamos: ¿Cuáles son los desafíos futuros?

Para concluir, he de decir que, en mi opinión, el futuro de la mediación electrónica es inescindible de los tópicos que seguidamente enumeraré, pero antes he de dejar claro que la novedad de la materia amerita la previsión de nuevos tópicos que integrarán dicha enumeración, por lo que la enumeración que sigue debe entenderse de forma no taxativa ni excluyente:

4.1. Preexistencia de condiciones necesaria para desarrollar una mediación electrónica.

Se tendrá que verificar que las condiciones técnicas y los principios básicos de la mediación están dados: a) todos los involucrados han de tener acceso a Internet, b) ordenadores adaptados a los requerimientos técnicos de la plataforma para mediar on-line -Webcam, altavoz y micrófono-, c) las partes deben sentirse cómodas utilizando la plataforma para mediar on-line -neutralidad tecnológica-, d) disponibilidad para acordar fechas, horarios, idioma, etc., e) privacidad y confidencialidad adecuadas y ajustadas a la Ley 5/2012 y concordantes.

4.2. Categorización preliminar de casos aptos para mediación electrónica.

Supuestos en los que la mediación electrónica implique un *beneficio* extra: a) cuando las partes se encuentran separadas geográficamente, b) cuando el valor de la disputa no justifica el coste de resolución en persona, c) cuando sea posible mejorar las perspectivas de éxito permitiendo una preparación preliminar a fondo, d) cuando sea necesario reducir el coste total del proceso, e) cuando el conflicto surge por una interacción llevada a cabo en internet -considerado como ámbito-, f) cuando la disputa incluya distintas jurisdicciones y sea conveniente elegir una en función del posible incumplimiento del acuerdo -solicitar el cumplimiento forzoso-, g) cuando las partes no sean capaces de reunirse personalmente -incompatibilidad personal persistente-, h) cuando pudiera surgir intimidación o violencia entre la partes, i) las partes ya tienen experiencia en mediación electrónica, j) cuando uno de los involucrados tenga movilidad reducida y un viaje pueda representar un problema adicional.

4.3. Posibles aplicaciones de la inteligencia artificial.

Evidentemente, el tema de la lectura emocional ayuda en el proceso de toma de decisiones, etc., excede el marco del presente artículo, aunque como el lector comprenderá, no podía dejar de referenciarlo²⁹.

4.4. Calidad del análisis, diseño de hipótesis de intervención en mediación electrónica, e intervención técnica del e-mediador.

Por un lado, tendríamos que determinar si la relación entre la intervención técnica del e-mediador y la intervención o proceso de mediación que se ha desarrollado fue la adecuada, esto reflejaría el grado de calidad en el trabajo de análisis y diseño de hipótesis de intervención efectuado para el caso en

²⁹ Sobre el particular se puede consultar LAUREASEN, M. (2014). «`Boxing´Choices for better dispute resolution» en *International Journal of Online Dispute Resolution*, Eleven International Publishing, vol. 1 issue 1, 2014. pp. 70-92.

concreto; y de otro lado, entre otros indicadores, se deben medir, por ejemplo: a) experiencia tecnológica, b) experiencia sobre los efectos psicológicos de las actividades -mediación- a distancia, c) habilidad para la reconducción de la ansiedad, d) enseñar a las partes el uso de la plataforma, e) habilidad para organizar y mantener la agenda virtual, f) don de gentes para co-construir y mantener luego la confianza con las partes y la de éstas con el proceso de mediación electrónica, g) respeto a la ética del e-mediador, etc.

4.5. Seguimiento del caso.

A fin de establecer, por ejemplo, la calidad o viabilidad de los acuerdos alcanzados en mediación electrónica.

En el futuro de la mediación electrónica (y me atrevería a afirmar en la mediación de conflictos en general) destaca: la *calidad de la mediación*.

Y en relación con *la calidad de la mediación*³⁰, podríamos coincidir en que en la mediación de conflictos en general, no hay prácticamente nada investigado y/o desarrollado; a partir de allí, me permito decir que en materia de mediación electrónica, la situación es aún más pobre, es decir, estamos ante la más absoluta *nada*. Sin embargo, ensayaré a continuación algunas preguntas y respuestas que tomo de una investigación que estamos llevando a cabo en la Universidad de Gerona y que pueden actuar como disparador.

¿Qué significa calidad en la mediación electrónica de conflictos?

Calidad de la mediación electrónica es: *la provisión de servicios de mediación accesibles, con un nivel profesional óptimo, que logre la adhesión y satisfacción de los usuarios.*

Esta definición de calidad tiene en cuenta los conocimientos técnicos del operador de conflictos (en el caso, el e-mediador), la tecnología disponible y las preferencias de los usuarios o clientes.

Debería ser de primordial interés medir, con determinados métodos, el grado de calidad en la mediación electrónica para introducir todas las mejoras posibles y cuantificar ésta, mediante lo que se denomina un ciclo de mejora de la calidad.

Por ejemplo: a lo largo del proceso de mediación, el e-mediador formulará una serie de preguntas, que técnicamente reciben nombres tales como «cerradas», «abiertas», «reflexivas», «circulares», «narrativas», etc.

Un indicador lo encontramos en la cantidad de preguntas de cada tipo que el e-mediador formula.

Así, aquel e-mediador que tenga un mayor porcentaje de preguntas «cerradas», por sobre las de otro tipo, demostrará ser más «directivo».

¿Cómo puede medirse la calidad de la mediación electrónica?

Para alcanzar un *servicio de mediación electrónica* efectivo, se debe medir lo que se hace, porque lo que no se mide no se puede controlar, y sin control, no desarrollaremos una gestión efectiva. La calidad de la

³⁰ Uno de los pocos trabajos que se pueden consultar es el Informe final definitivo «Auditoria Externa para la Evaluación de la calidad de los procesos de mediación familiar», realizado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y el Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de Chile, de Septiembre de 2011.

mediación electrónica se puede medir a través de los llamados *indicadores*, es decir, la información que «indica» como se están haciendo las cosas, comparando con como se deberían hacer.

El diseño de los indicadores debe estar íntimamente relacionado con el funcionamiento de cada plataforma de mediación electrónica. Por un lado, los indicadores han de cumplir con ciertas características esenciales, como por ejemplo, pertinencia, precisión, oportunidad y confiabilidad; y del otro lado, han de tener un objetivo concreto a medir, se validarán mediante la recolección de datos y finalmente, por lo general, se expresarán a través de fórmulas matemáticas, tablas y/o gráficos. Existen numerosas clasificaciones de indicadores: en relación al producto, servicio o proceso. Esto quiere decir que se puede medir, por ejemplo: impacto, cobertura, eficiencia, calidad y recurso.

Por ejemplo: es sabido que los usuarios o clientes traen gran cantidad de «temas» a la mediación, y que en ocasiones no todos son mediables (aptos para mediación), o no es el momento de tratarlos y se recomienda al mediador trabajar esos temas con las partes en audiencias privadas o caucus, para que pueda hacer una «criba» de los mismos.

Un indicador sería, entonces, la cantidad de «temas que pasan a la agenda de la sesión conjunta de mediación». Así, a mayor paridad entre los «temas traídos por las partes» y los «temas agendados para la mediación», podría revelar que hay problemas en dos de los niveles, detallados supra: (d) Calidad de la «Intervención Técnica de Mediador» y (e) Calidad del «Análisis de Conflictos».

¿Por qué hablar acerca de la calidad de la mediación electrónica?

Un concepto tan difícil de abarcar como el de calidad, que no es fácilmente medible y que involucra a todas las partes integrantes de un proceso de mediación, con la obvia inclusión de las plataformas empleadas para hacer mediación electrónica que merecen especial atención, tanto en el nivel de satisfacción de los usuarios en cuanto al aspecto de la correcta utilización, es decir, aptitud para aplicar las técnicas propias de la mediación por parte del e-mediador.

Por ejemplo: asumimos que no todos los conflictos son iguales, ello pone a prueba a los e-mediadores respecto de su capacidad para determinar, tanto la eficacia (determinar cuándo su labor, no podrá conseguir un efecto determinado, es decir, no tendrá sentido), como la eficiencia (definir cuándo es mejor aplicar una técnica u otra, según las circunstancias del conflicto).

Un indicador sería, entonces, la relación entre el diagnóstico del conflicto y las herramientas empleadas por el e-mediador para trabajar en él.

Así pues, las herramientas que el e-mediador ha empleado, dejarán al descubierto el nivel o grado de eficiencia y eficacia ha tenido su intervención en el conflicto.

5. Conclusión.

Históricamente, la mediación de conflictos ha tenido como referencias a dos grandes *protagonistas*: las partes y la descarga de trabajo en los juzgados, dejando en el camino a la evolución y la calidad de la mediación.

La mediación electrónica además, debe tener en cuenta a esa *cuarta parte* del proceso, que son las plataformas para mediar on-line. Como dice Ethan KATSH «...we have neglected to design systems for dealing with disputes that would arise.»³¹ (CONFORTI, 2014, p.7).

Con visión de futuro, podríamos pensar que la mediación electrónica está llamada a ser el «puente» de unión entre las *alternative dispute resolution* (ADR) y los *online dispute resolution* (ODR).

La *mediación electrónica* es una realidad, ya se ha creado y se está desarrollando, supone un desafío para quienes trabajamos en los ámbitos de la informática jurídica y de la gestión de conflictos. Minimizar o negar su existencia e importancia, no sólo es ignorar el presente, sino renunciar al futuro.

No debemos confundir el *género* ODR con la *especie* mediación electrónica.

No debemos confundir las *herramientas tecnológicas* con la *mediación electrónica*.

La plataforma para mediar on-line ha de cumplir con los requisitos legales y con los principios de la mediación.

Los e-mediadores deben ser especialmente sensibles, tanto respecto a las nuevas posibilidades de las herramientas tecnológicas empleadas, como a las consecuencias jurídicas que dicho uso conlleva.

³¹ «... por tratar o gestionar las disputas que surgían, hemos descuidado el diseño de sistemas.», la traducción me pertenece.

6. Bibliografía.

Ramón ALZATE SÁEZ DE HEREDIA (2014). «Funciones de la Resolución de Disputas en Línea», en Ramón ALZATE SÁEZ DE HEREDIA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*. Reus. Madrid.

ASOCIACIÓN DE MEDIADORES DE MADRID y EJUSTIC. (2012). «Sesión informativa de Mediación a través de Internet (on-line) - AMM», en *Youtube*. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=3efiMecQ1fk>. Consultado el 17 de abril 2015.

David BOHM (1987). *Unfolding meaning*. Routledge. London.

_____. (2012). *Sobre el Diálogo*. Kairós. Barcelona.

_____. (2013). *Sobre la Creatividad*. Kairós. Barcelona.

Vanesa BOTANA CASTRO, Beatriz FERNÁNDEZ MUIÑOS y M^a del Carmen PEREIRA PARDO (2014). *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*. Dykinson. Madrid.

M^a del Mar ANDREU MARTÍ (2015) «La Mediación Electrónica como Instrumento», en Carmen BOLDÓ RODA (Dir.) y M^a del Mar ANDREU MARTÍ (Coord.). *La mediación en asuntos mercantiles*. Tirant lo Blanch. Valencia.

Oscar Daniel Franco CONFORTI (2013). *Pequeño Manual de Mediación Electrónica*, 2da Ed., Acuerdo Justo. Alicante.

_____. (2014a) *Electronic Mediation Handbook*. Acuerdo Justo. Alicante.

_____. (2014b). «Mediación Electrónica de Conflictos en España» en *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, Brasil, n^o 10, pp. 285-309, 2014. Disponible en www.francoconforti.com. Consultado el 25 de marzo 2015).

_____. (2015a). «La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España», en *Diario La Ley*, Madrid, España, Año XXXVI, Número 8486 pp. 6-12, 2015. Disponible en www.francoconforti.com. Consultado el 25 de marzo 2015.

_____. (2015b). «Mediación de consumo en Cataluña versus Tutela Judicial Efectiva ¿Una apostasía en la resolución de conflictos?», en *Diario La Ley*, Madrid, España, Año XXXVI, Número 8534 pp. 4- 6-, 2015. Disponible en www.francoconforti.com. Consultado el 7 de mayo 2015.

Noam EBNER (2012). «E-Mediation» en M.S. Abdel WAHAB, E. KATSH & D. RAINEY (Eds.). *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*. The Hague. Eleven International Publishing, 2012. pp. 357-398.

ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, Jefatura del Estado, Madrid, 24 nov. 1995. Sección I, n. 281, p. 33987-34058.

_____. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos personales. BOE, Jefatura del Estado, Madrid, 14 dic. 1999. Sección I, n. 298, p. 43088-43099.

_____. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico. BOE, Jefatura del Estado, Madrid, 12 jul. 2002. Sección I, n. 166, p. 25388-25403.

_____. Ley 59/2003, de 19 de diciembre de Firma electrónica. BOE, Jefatura del Estado, Madrid, 20 dic. 2003. Sección I, n. 304, p. 45329-45343.

_____. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE, Jefatura del Estado, Madrid, 7 jul. 2012a. Sección I, n. 162, p. 49224-49242.

_____. Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE, Ministerio de Justicia, Madrid, 27 dic. 2013a. Sección I, n. 310, p. 105296-105311.

Alfonso FABREGAT ROSAS (2013). «¿Ser mediador o hacer mediación? Una respuesta desde la ética», en Alfonso Ortega Giménez y M^a Elena Cobas Cobiella (Coord.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario*, Difusión Jurídica. Madrid.

Julio FUENTES (2013). «La resolución de conflictos: una profesión emergente.» en *II Jornada de Mediación Online*. UNIR. Madrid: Universidad Internacional de La Rioja. Disponible en: https://unir.adobeconnect.com/_a803263337/p2kwt3wifwa/?launcher=false&fcsContent=true&pbMode=normal. Consultado el 5 de abril 2014.

Rafael GARCÍA DEL POYO (2013). «La mediación electrónica» en *Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm. 29, enero de 2013.

M^a Auxiliadora GARCÍA FERNÁNDEZ (2013). «Mediación on-line: pasado y presente de esta institución», en *Diario La Ley*, N^o 8048, Sección Tribuna, 21 Mar. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY 1504/2013.

Ethan KATSH y Janet RIFKIN (2001). *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. Jossey-Bass. San Francisco.

Gabrielle KAUFMANN-KOHLER y Thomas SCHULTZ (2004). *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. Kluwer Law International. The Hague. The Netherlands.

Marc LAURITSEN (2014) «Boxing Choices for better dispute resolution» en *International Journal of Online Dispute Resolution*, Eleven International Publishing, vol. 1 issue 1, 2014. pp. 70-92.

Arno R. LODDER y John ZELEZNIKOW (2010). *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*. Cambridge University Press. New York.

Miguel Ángel LÓPEZ CARMONA (2006). *Estrategias de negociación automática basadas en restricciones difusas*. Tesis Doctoral. Alcalá de Henares: Departamento de Automática – Universidad de Alcalá.

William LYONS (1993). *Emoción*. Traducción de Inés Jurado. Anthropos. Barcelona.

Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO «Informática jurídica y derecho de la informática en España» en *Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica, ITTIG*. Disponible en http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/1983_02_081-099_PerezLuno.pdf. Consultado el 25 de marzo 2011.

_____ «El Derecho y las nuevas tecnologías.» Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/206589.pdf. Consultado el el 25 de marzo 2011.

Marta POBLET, *et al.* (2009). «ODR y Mediación en línea: estado de arte y escenarios de uso» en Pompeu CASANOVAS *et al.*(Orgs.). *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña: la mediación, conceptos, ámbitos, perfiles, indicadores*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2009. p. 159-169.

Milagros SANZ PARRILLA (2011). «El uso de medios electrónicos en la mediación» en Helena SOLETO MUÑOZ (Dir.) Emiliano CARRETERO MORALES y Cristina RUIS LÓPEZ (Ed.). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Tecnos. Madrid.

Edilsa TORRES OSORIO (2014). *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca.

Amparo QUINTANA (2013). «Mediar online: aspectos prácticos desde la perspectiva del mediador», en *Revista IURIS*, 1º octubre de 2013, Wolters Kluwer, España, pp. 32-37.

Francisca RAMÓN FERNÁNDEZ (2014). «La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal», en *InDret*, Revista para el análisis de Derecho. Julio 2014.

Colin RULE (2002). *Online Dispute Resolution for Business*. Jossey-Bass. San Francisco.

UNION EUROPEA. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario Oficial de la Unión Europea, Estrasburgo, 24 mayo 2008. L. 136, p. 3-8.

Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (2014). «Perspectiva legal de la RDL. Conceptos jurídicos y marco legal.», en Ramón ALZATE SÁEZ DE HEREDIA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*. Reus. Madrid.

_____. (2014). «Equivalencia funcional y diferencias prácticas entre sistemas de RAD y RDL. En especial la mediación electrónica en asuntos civiles y mercantiles.», en ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*. Reus. Madrid.

Paul WATZLAWICK, et al. (1995). *Teoría de la Comunicación Humana*. Herder. Barcelona.