

La digitalización en el Arbitraje y las Cortes en la búsqueda de Justicia en tiempos de pandemia

Fred Aarons P.*

Resumen: El propósito de este artículo es proporcionar una referencia breve acerca de las medidas adoptadas por los órganos jurisdiccionales y tribunales arbitrales en diversos países, con el fin de garantizar el acceso a la justicia durante la pandemia por el COVID-19. Así mismo, se hace referencia a las posibilidades de potenciar el uso de las plataformas digitales tanto en procesos judiciales gestionados por los órganos jurisdiccionales como aquellos canalizados por los medios alternativos de solución de controversias, con especial referencia al arbitraje comercial, durante la pandemia por el COVID-19 y con posterioridad a esta. Se destaca también la conveniencia del uso de cláusulas escalonadas para establecer una pauta eficiente en la solución de controversias mediante la aplicación progresiva de los medios alternativos.

Abstract: The purpose of this article is to provide a brief reference about the measures adopted by the jurisdictional bodies and arbitration courts in various countries to guarantee access to justice during the COVID-19 pandemic. Likewise, reference is made to the possibilities of promoting the use of digital platforms both in judicial processes managed by the courts and those channeled through alternative dispute resolution means, with special reference to commercial arbitration, during the COVID-19 pandemic and thereafter. The convenience of the use of multi-tiered clauses to establish an efficient guideline in the settlement of disputes through the progressive application of alternative means is also highlighted.

Palabras Claves: Acceso a la justicia. Digitalización judicial. Órganos jurisdiccionales. Medios alternativos de solución de controversias. Arbitraje comercial. Cláusulas escalonadas. Plan de gestión digital. Mejores prácticas. Encriptación de datos. Confidencialidad. Infraestructura digital. Pandemia. Coronavirus COVID-19. Economía digital.

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por American University; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por American University Washington College of Law; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones financieras e internacionales y desarrollo institucional. Árbitro y Conciliador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

Keywords: Access to justice. Judicial digitization. Jurisdictional bodies. Alternative means of dispute resolution. Commercial arbitration. Multi-tiered clauses. Digital management plan. Best practices. Data encryption. Confidentiality. Digital infrastructure. Pandemic. COVID-19 coronavirus. Digital economy.

Sumario: I. Introducción, II. Efectos de la pandemia del COVID-19 en la administración de justicia, III. Barreras para alcanzar justicia, IV. Mejores prácticas para promover el acceso a la justicia en tiempos de pandemia, V. El uso de los medios alternativos para la solución de controversias en tiempos de pandemia, VI. Criterios para la promoción de la digitalización en el arbitraje, VII. Conclusiones

I. Introducción

La pandemia por el COVID-19 ha planteado un cambio fundamental en el quehacer diario de la humanidad, lo cual ha traído como consecuencia la necesidad de adoptar modalidades innovadoras de ejecución en múltiples actividades económicas y sociales. El acceso a la justicia es un derecho fundamental del ser humano y como tal debe haber interés por parte de los Estados en garantizarlo aún en medio de circunstancias de emergencia y alarma suscitadas por la pandemia que nos afecta.

Los procesos judiciales, ya sean gestionados ante los órganos jurisdiccionales ordinarios como por los tribunales arbitrales requieren adaptarse a los requerimientos de innovación y de distanciamiento social que imponen la pandemia por el COVID-19.

La digitalización de los procesos judiciales o de los métodos alternativos de solución de controversias se configura como la piedra angular de una estrategia coordinada entre los sectores público y privado para proporcionar acceso efec-

tivo a la justicia durante la pandemia por el COVID-19 y un parámetro distinto de operatividad aplicable inclusive posteriormente. En consecuencia, la ocasión es propicia para promover la discusión acerca de estos asuntos.

Con el fin de acometer nuestra tarea en este artículo hacemos referencia a la modalidad adoptada por los países para proporcionar acceso a la justicia durante la pandemia por el COVID-19. Asimismo, identificamos las mejores prácticas adoptadas para facilitar la digitalización en los procesos dirigidos a garantizar el acceso a la justicia durante la pandemia por el COVID-19. Por otra parte, resaltamos que la pandemia suscitada representa una oportunidad para profundizar el uso no solo del arbitraje comercial, sino también la negociación y la mediación como mecanismos alternativos de solución de controversias de aplicación progresiva. Con el ánimo de proporcionar mayor flexibilidad en la tramitación de las soluciones de controversias resaltamos la conveniencia de introducir las cláusulas escalonadas en los contratos y la digitalización de dichos

servicios siguiendo criterios mínimos de operatividad que contribuyan a alcanzar una justicia más incluyente, transparente, innovadora y oportuna.

II. Efectos de la pandemia del Coronavirus en la Administración de Justicia

De acuerdo con los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) en fecha 24 de febrero de 2010, una pandemia es la propagación mundial de una enfermedad. A decir de la OMS, se produce una pandemia de gripe cuando surge un nuevo virus gripal que se propaga por el mundo y la mayoría de las personas no tiene inmunidad contra él. Por lo común, los virus que han creado pandemias con anterioridad han provenido de virus gripales que afectan a animales¹.

Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de oriente medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto y expandido más reciente-

mente causa la enfermedad por COVID-19.

En fecha 11 de marzo de 2020 la OMS declaró la pandemia global por el coronavirus COVID-19, debido a la amplia propagación del referido virus a nivel mundial. Dicha declaración de la OMS provocó la adopción de una serie de medidas de distanciamiento social tanto en países que ya habían sido afectados por dicho virus como en aquellos que podrían ser inminentemente afectados. El coronavirus COVID-19 amenaza con causar estragos en los sistemas de salud pública a nivel mundial debido al creciente número de personas infectadas con el virus y el progresivo aumento de fallecimientos provocados por complicaciones de salud causadas por el virus. Las medidas adoptadas como consecuencia de la declaración de pandemia obligaron al cierre de las oficinas públicas y privadas a gran escala, la adopción de medidas de distanciamiento social de amplio alcance, incluyendo la suspensión total o parcial de los procedimientos de administración de justicia en algunos países. La eventual suspensión de actividades públicas como privadas ha provocado la paralización de todo tipo de actividades por varias semanas, inclusive meses

¹ World Health Organization, [Who.int/CSR/disease/swinflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/](https://www.who.int/CSR/disease/swinflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/)

consecutivos en algunos casos, conllevando un limitado y en algunos casos inexistente acceso a la justicia. Tal circunstancia tiene consecuencias importantes para los ciudadanos, puesto que en virtud de los efectos perniciosos del coronavirus COVID-19, se ha determinado que no se trata de una emergencia sanitaria de carácter temporal, sino más bien de una pandemia de efectos prolongados en el tiempo. Semejante situación provocará que las medidas de distanciamiento social adoptadas para combatir el coronavirus COVID-19 se constituyan en prácticas profilácticas que habrían llegado para permanecer en el tiempo. No obstante, las medidas adoptadas para asegurar el acceso a la justicia han variado ostensiblemente en función principalmente de la capacidad relativa de los órganos jurisdiccionales de atender o no de forma remota los procesos judiciales en curso, así como aquellos casos iniciados durante la pandemia.

En algunos países el cierre ha sido total y prolongado por más de tres meses ininterrumpidos, provocando con la suspensión de las causas procesales existentes que el acceso a la justicia sea denegado. Todo ello sin perjuicio que se practiquen las actuaciones consideradas urgentes para el aseguramiento de los derechos de alguna de las partes de

conformidad con la ley. Cabe destacar que en la mayoría de las jurisdicciones se han considerado habilitados los órganos jurisdiccionales correspondientes competentes para dirimir recursos de amparo constitucional durante el período de suspensión general antes referido, al igual que los tribunales con competencia en materia penal, así como los circuitos judiciales laborales, de protección de niños y adolescentes y aquellos con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer, todos ellos habiendo quedado facultados para adoptar las medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia en las diversas circunscripciones judiciales.

Si bien la suspensión generalizada de la gestión jurisdiccional busca preservar la salud pública, su irrestricta aplicación hace ilusorio el acceso a la justicia en una amplia variedad de derechos, tal como podría ocurrir –por ejemplo– en la violación del derecho a la propiedad en causas existentes que no sean consideradas urgentes.

En este primer grupo de países, a pesar de haberse formulado ciertas declaraciones formales de continuidad puntual en las gestiones de los órganos jurisdiccionales para asegurar el acceso a la justicia, la realidad ha evidenciado que las instalaciones de la mayoría de los juzgados y tribunales han adoptado medidas de cierre temporal; además de

no tener capacidad instalada para proporcionar acceso remoto para atender nuevos procesos judiciales y darle continuidad a los procesos existentes previo a la pandemia. En dichos países, la falta de infraestructura tecnológica y limitada capacidad de conectividad al internet ha sido determinante para impedir el acceso a la justicia de manera continua. Asimismo, la falta de un plan de gestión ordenado apoyado con adecuada difusión a la población ha impedido establecer procesos alternativos para la atención continua y oportuna de asuntos jurisdiccionales. En buena medida las deficiencias institucionales marcan decididamente el curso de acción de aquellos países incluidos en este primer grupo, agudizando la falta de seguridad jurídica, colocando el estado de derecho en situación de precariedad relevante ante la situación de emergencia suscitada por la pandemia –por el coronavirus COVID-19– y la consecuente agudización del retraso judicial preexistente.

En otro grupo de países, que incluye a la mayoría de los países desarrollados, se han adoptado planes concretos, al inicio de la pandemia o durante su desarrollo, dirigidos a mantener operativos los órganos jurisdiccionales, mediante el uso de mecanismos remotos o virtuales que permiten el permanente acceso a la

justicia, independientemente de la naturaleza o características del asunto o de la controversia judicial de que se trate. De tal manera se busca atender de forma efectiva los derechos constitucionales de los ciudadanos, preservando su seguridad jurídica de forma permanente.

Como parte de tales esfuerzos la judicatura en diferentes países ha continuado las audiencias judiciales por vía remota o por medios digitales, utilizando múltiples plataformas tecnológicas que incluyen videoconferencias o teleconferencias y la remisión de actuaciones procesales por vía digital. No obstante, en aquellas situaciones en las que una audiencia procesal es requerida, la judicatura en múltiples naciones ha implementado procedimientos sustitutivos para proteger la salud y seguridad de los agentes prestadores de servicios jurisdiccionales y sus usuarios, en lugar de requerir su presencia regular en las instalaciones judiciales. En tales circunscripciones judiciales, los órganos jurisdiccionales continúan recibiendo y procesando tramites y solicitudes judiciales por vía de correos electrónicos, facsímiles o en centros remotos de recepción. Así mismo, las decisiones y sentencias continúan siendo publicadas por los jueces en relación con la mayoría de los asuntos judiciales pendientes.

A partir de la declaración de la pandemia por el COVID-19, se han extendido los foros de discusión a nivel mundial dirigidos a promover el acceso a la justicia durante la pandemia por COVID-19. A manera de referencia, se presentaron diversas alternativas en un panel de discusión promovido por el Bolch Judicial Institute y el American Law Institute, en el que participaron destacados jueces federales y estatales en los Estados Unidos de América, acerca de cómo los organismos jurisdiccionales están asegurando la continuidad de operaciones durante la pandemia por el COVID-19. Por otra parte, la presidente de la Corte Suprema del Estado de Michigan, Estados Unidos de América, afirmaba ante un panel del Comité de Justicia del Congreso de ese país que se ha determinado la amplia necesidad de cambiar el sistema de justicia como resultado de las pruebas de funcionamiento remoto implementadas a partir de la pandemia por el COVID-19. Destacaba en su exposición que la pandemia por el COVID-19 ha producido más cambios en la forma de operar los órganos jurisdiccionales en tres meses que los alcanzados durante tres décadas. La pandemia no es una disrupción deseada, pero se ha podido constituir en motivo de la transformación que los órganos jurisdiccionales requerían para constituirse en instituciones más accesibles,

transparentes, eficientes y amigables para sus usuarios. Ante los beneficios de la innovación, tenemos una oportunidad única para crear cambios necesarios de largo plazo a favor del sistema de justicia. Los sistemas judiciales de Michigan –por ejemplo– han celebrado más de 50.000 audiencias de Zoom y se acercan a las 350.000 horas de procedimientos en línea desde el 1 de abril hasta mediados del mes de junio de 2020, según McCormack.

Al permitir que los acusados en casos penales y civiles en el Estado de Michigan, EEUU escuchen sus casos virtualmente, la magistrada dijo que el sistema legal de Michigan ha eliminado las barreras, incluyendo el transporte, el estacionamiento, las discapacidades, el cuidado de niños y las responsabilidades laborales. Además, McCormack dijo que las audiencias virtuales han demostrado ser menos intimidantes para las partes que aparecen sin abogados: *“Hay algo en la naturaleza igualada de que todas las plataformas Zoom son del mismo tamaño, lo que hace que la gente se sienta más escuchada y más respetada”*, dijo. *“Tal vez es menos intimidante.”*

El traslado a las salas de audiencias virtuales en el Estado de Michigan, EEUU se hizo en marzo, cuando el estado detuvo temporalmente muchos negocios y actividades no consideradas esenciales para mantener y proteger la

vida durante la pandemia por el COVID-19. Antes de la pandemia, McCormack dijo que su equipo administrativo invirtió en equipar cada sala del tribunal en el Estado con un sistema de videoconferencia y cada juez con una licencia Zoom.

Para mantener el acceso público, muchas audiencias judiciales se publican en vivo en Youtube, y el Estado ha creado un directorio virtual de la sala de audiencias para permitir que la ciudadanía vea a cualquier juez en el Estado. McCormack testificó que el recurso se ha utilizado más de 25.000 veces solo en el último mes, incluyendo una que atrajo a más de 8.000 espectadores a la vez.

La magistrada del Estado de Michigan, EEUU también resumió el sistema de resolución de disputas en línea del Estado, que permite a las personas gestionar una disputa sin ir a la corte, y un sistema piloto de mensajería de pruebas que notifica al público de eventos y pagos judiciales. *“Mirando hacia el futuro, no podemos volver a realizar viejas formas de llevar a la gente a los tribunales, donde el acceso a la justicia es un problema continuo”*, dijo. *“En lugar de eso, debemos centrar nuestros recursos en llevar justicia a las personas donde viven y donde trabajan. Debemos reconstruir lo que hacemos*

desde cero y crear un sistema de justicia del siglo XXI.”

McCormack fue uno de los tres jueces jefes estatales a los que se les pidió que testificaran durante la audiencia antes referida celebrada en el Congreso de los EEUU. Cuando se le preguntó si apoyaría los procedimientos de transmisión en vivo de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el tribunal de apelaciones, dijo que lo haría, señalando la importancia de la transparencia en el sistema judicial. La magistrada notó que hay *“definitivamente áreas de valores contradictorios que necesitarán más discusión.”*

Algunos procedimientos no son apropiados para plataformas remotas, como testigos que testifican en un juicio penal, dijo. Sin embargo, muchas de las audiencias de casos de alto volumen, incluida la cobranza de deudas, los desalojos y otros casos de tribunales de distrito, se prestan a plataformas virtuales y McCormack dijo que tener una opción virtual ya ha demostrado aumentar la participación. Otros participantes en la audiencia del Congreso expresaron su preocupación por las áreas que no tienen el mismo acceso a la tecnología y la conexión a internet. McCormack dijo que le

gustaría que fuera una opción en los casos que corresponda².

En esencia, lo importante es asegurar el compromiso de los órganos jurisdiccionales en la prestación de servicios para garantizar el acceso de la justicia para todos los ciudadanos, tomando en consideración las limitaciones y restricciones propias resultantes de las medidas de salud pública y distanciamiento social adoptadas para combatir la pandemia por el COVID-19 que nos afecta.

A pesar de las medidas alternativas adoptadas para asegurar el acceso a la justicia en tiempos de pandemia, múltiples retos existen y los efectos de largo plazo podrían ser significativos. Habría que asegurar que los órganos jurisdiccionales dispongan de la infraestructura adecuada, incluyendo el equipamiento para acceder y utilizar eficientemente las tecnologías necesarias para la prestación de servicios remotos o por vía digital, así como la implementación de procedimientos temporales ajustados a las condiciones de necesaria preservación de la salud pública, mientras los órganos

jurisdiccionales continúan su ininterrumpida atención al público y la oportuna mitigación del retraso judicial que se pueda producir durante el tiempo de pandemia. Por tal motivo, vale destacar los retos que representan los cambios rápidos que se están efectuando en los procesos judiciales, incluyendo la implementación de herramientas de videoconferencias, cambios de plazos procesales y la adopción de nuevas reglas para la interacción segura en los tribunales y juzgados. Así mismo, debemos considerar la importancia de promover los cambios que puedan implementarse durante la pandemia por el COVID-19 y extenderse más allá de esta para lograr una mejora efectiva en el acceso a la justicia³.

III. Barreras para alcanzar justicia

Cualesquiera que sean las mejores prácticas que se adapten para acceder a la justicia en tiempos de pandemia, debemos confrontar primeramente dos barreras fundamentales. Entre la multiplicidad de barreras que confrontamos, destacan dos barreras principales para acceder a la justicia en

² Justin P. Hicks, "Technology brought 'much-needed change' to judicial system, Michigan Supreme Court chief justice tells Congress", M Live Media Group, <https://www.mlive.com/public-interest/2020/06/technology-brought-much-needed-change-to-judicial-system-michigan-supreme-court-chief-justice-tells-congress.html>

³ Bolch Institute, "Coping with COVID: How Courts are Preserving Access to Justice", <https://web.law.duke.edu/video/bolch-institute-coping-covid-how-courts-are-preserving-access-justice/>

los referidos tiempos, tales son (i) la reducida o no disponibilidad o acceso a los medios de digitalización; y (ii) los costos relativos de los procesos judiciales.

En relación con la disponibilidad o acceso a los medios de digitalización a través del internet, su utilización conlleva el establecimiento de una infraestructura cónsona que forme parte de las herramientas de economía digital de una nación; en otras palabras, la capacidad de digitalización estaría determinada por el nivel de penetración del internet como plataforma de conectividad remota en una sociedad, incluyendo los órganos jurisdiccionales y sus usuarios. Debemos tomar en consideración que el nivel de penetración del internet en las diversas economías es determinante para proporcionar amplia continuidad operativa al sistema jurisdiccional por medios remotos, para así asegurar la continuidad de los procesos judiciales que se inicien o se encuentren en tramitación durante la pandemia. En la medida que el nivel de penetración del internet en una economía sea menor, en dicha proporción la referida variable se constituirá en una barrera importante

para proporcionar acceso a la justicia en tiempos de pandemia.

Las estadísticas más recientes en relación con los niveles de penetración de internet por región indican que el norte de Europa lidera dicho rubro con una penetración de 95%, seguido por Europa occidental con una penetración del 92%; América del norte con una penetración de 88%.

Mientras el nivel de penetración del internet a nivel mundial es del 59%, en Suramérica es del 72%, en Centroamérica es del 66% y en el Caribe es del 60%⁴.

Al respecto, corresponde a cada país establecer una estrategia de mediano y largo plazo para aumentar el acceso a la red digital mediante el establecimiento y mantenimiento de una estructura digital adecuada.

La segunda barrera de relevancia para promover el acceso a la justicia es el costo relativo de los procesos judiciales. Los costos concentrados principalmente en los honorarios de abogados y las costas procesales causadas en caso de una parte resultar perdedora en un juicio. El factor tiempo y el consecuente retraso judicial se configura en la principal variable que incide sobre los costos en los procesos judiciales. Sobre

⁴ J. Clement, "Internet penetration rate worldwide as of January 2020", Statista, <https://www.statista.com/statistics/269329/penetration-rate-of-the-internet-by-region/#statisticContainer>

este particular, cabe destacar que la adecuada relación entre la obtención de un laudo arbitral en el menor tiempo posible y con costos razonables maximiza la relación costobeneficio resultante del proceso arbitral.

Asumiendo que los costos del arbitraje comercial sean razonables, tal como lo promueven la mayoría de las legislaciones y reglamentos de los centros arbitrales en América Latina, existen circunstancias que determinan que los costos en el arbitraje sean un aspecto de relativa preocupación de las partes interesadas en acudir al arbitraje como alternativa válida y eficiente para solucionar las controversias que puedan surgir en relación con sus relaciones contractuales. Ante la decisión de las partes de acudir a un proceso arbitral para dirimir sus controversias comerciales, surge una variedad de aspectos relevantes en materia de costos que ameritan la atención de las partes, los árbitros, los centros arbitrales y eventualmente de terceros vinculados directa o indirectamente con tal proceso, tales como peritos, expertos, financistas, entre otros.

En el arbitraje la justicia es sufragada por las partes ya sea en seguimiento del acuerdo alcanzado al momento de contratar, o por los requisitos establecidos en la legislación pertinente, sea esta la ley de arbitraje o el código

normativo que corresponda de acuerdo con el marco regulatorio aplicable, o por el reglamento al cual las partes se hayan adherido para tramitar el procedimiento arbitral y alcanzar la solución de las controversias suscitadas, como consecuencia de las transacciones pactadas.

El arbitraje comercial ha venido ganando adeptos progresivamente en el tiempo como alternativa para la solución de controversias comerciales. Tal circunstancia ha suscitado que las partes que requieran acudir a esta elección dispongan y aporten de buena fe los recursos suficientes para costear su tramitación. Cada vez es más frecuente que alguna de las partes no disponga de los recursos necesarios para sufragar los costos y gastos inherentes al arbitraje comercial, o que haga uso de algún ardid jurídico para evitar el pago de los costos del arbitraje.

El pago de los costos en el arbitraje es una obligación propia del acuerdo arbitral en sentido *lato*, cuando las partes estipulan el sometimiento de cualquier controversia que se suscite al arbitraje, sea este de derecho o equidad. Sin embargo, aun cuando las obligaciones y derechos de las partes contratantes de la cláusula compromisoria surgen esencialmente de esta, las partes usualmente no hacen referencia expresa al esquema aplicable para atender al pago de los costos rela-

cionados con el arbitraje. De allí que haya que acudir de manera subsidiaria a la ley aplicable o al reglamento según el cual las partes hayan acordado tramitar la controversia, con el fin de determinar de forma específica el tratamiento aplicable en relación con el pago de los costos, o ante la falta de pago, en un procedimiento regido por normas de arbitraje comercial⁵. La implementación de una tarifa plana o “flat rate” para ciertos tipos de asuntos dirimidos en tribunales arbitrales podría contribuir en la reducción sustancial de los costos en el arbitraje comercial y así maximizar las ventajas que este presenta por su menor plazo de tramitación, en comparación con los asuntos dirimidos ante los órganos jurisdiccionales.

IV. Mejores prácticas para promover el acceso a la justicia en tiempos de pandemia

Considerando que la pandemia por el COVID-19 que nos afecta en la actualidad no es un evento aislado, sino más bien una situación de emergencia que amenaza con mantenerse entre nosotros por un tiempo relativamente prolongado, resulta necesario promover las mejores prácticas para asegurar el acceso a la justicia en tiempos de pandemia u otras situaciones de

emergencia, e inclusive posteriormente para de tal manera hacer de los órganos jurisdiccionales instituciones más incluyentes y accesibles a la ciudadanía. En tal sentido, sugerimos considerar las siguientes prácticas para promover el acceso permanente a la justicia en tiempos de pandemia y garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos, independientemente de la naturaleza y las características de los asuntos de que se traten.

Los órganos jurisdiccionales, incluyendo los centros de arbitraje comercial, deberían primeramente disponer de un plan de gestión en el que establezcan los procedimientos aplicables durante la vigencia de la pandemia o emergencia general de que se trate. El plan de gestión para los procedimientos aplicables debe ser ajustado periódicamente según las circunstancias ameriten. Dicho plan de gestión debe configurarse como una guía operativa para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, según evolucionen las diferentes etapas de la pandemia e inclusive posteriormente. Si bien la mayoría de las mejores prácticas están dirigidas a las audiencias audiovisuales, se debe considerar también las audiencias por vía telefónica.

⁵ Aarons P., Fred, “Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales”, en *Tendencias en el Arbitraje Financiero en Venezuela y Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015), 80-81.

El plan de gestión debería tomar en consideración, como mínimo, los aspectos siguientes:

1. Contemplar los ajustes de los procedimientos procesales aplicables en función de la situación de emergencia planteada;
2. Establecer pautas de distanciamiento social en las instalaciones jurisdiccionales, según las particularidades propias del caso;
3. Establecer pautas de comunicación permanente mediante conexión a plataformas digitales;
4. Establecer la metodología aplicable para el acceso a procesos judiciales por vía remota;
5. Asegurar que todas las partes estén informadas acerca del equipamiento requerido para las audiencias con el fin de asegurar su uso adecuado;
6. Las partes deben ser flexibles para atender las dificultades técnicas y otros impedimentos que puedan surgir con ocasión del acceso remoto, para darle continuidad a los procesos judiciales durante la pandemia por el COVID-19;
7. Las partes deben intentar alcanzar la mayor cantidad de acuerdos transaccionales posibles con el fin de reducir el número de procedimientos judiciales;
8. Las audiencias requieren civilidad, profesionalismo, cooperación, comunicación y colaboración entre las partes;
9. Previo a la audiencia, las partes deben acordar el formato y cronograma aplicable para los diferentes trámites, así como las plataformas en las cuales se efectuarían dichos trámites;
10. Lo óptimo es tratar de reducir en lo posible las exposiciones orales, mientras se hace uso de los escritos para reducir la extensión de las audiencias. Tal recomendación es altamente efectiva en aquellas localidades que padecen de interrupciones eléctricas frecuentes;
11. Se debe asegurar que haya imparcialidad en los aspectos sustantivos y procedimentales del proceso, de manera que no se coloque a alguna de las partes en situación de indefensión por el eventual acceso limitado que pudiera tener durante el proceso;
12. Se requiere considerar la flexibilización de plazos procesales con la anuencia de las partes;
13. Se requiere considerar que en algunas circunstancias las audiencias remotas no son el medio más adecuado por tratarse de asuntos

que contienen información sensible, particularmente aquellos relativos a asuntos criminales, de menores u otros similares. En otros casos, las audiencias remotas pueden ser inadecuadas por las circunstancias personales de la parte afectada o por la falta de acceso a la tecnología necesaria para llevar a cabo la audiencia remota.

Las mejores prácticas antes señaladas reflejan las diferentes medidas adoptadas por los órganos jurisdiccionales, así como los centros arbitrales, para establecer pautas de funcionamiento de las cortes y de los tribunales arbitrales durante la pandemia por el COVID-19. Las mismas tienen carácter enunciativo y requieren ser complementadas en la medida que se susciten situaciones generales o particulares que requieran atención para asegurar el oportuno acceso a la justicia tanto en asuntos judiciales gestionados ante los órganos jurisdiccionales, así como aquellos tramitados ante los tribunales arbitrales⁶.

V. El uso de los medios alternativos para la solución de controversias en tiempos de pandemia

La pandemia por el COVID-19 ha reconfigurado a los medios alternativos de solución de controversias, puesto que, como señalábamos, no ha sido homogénea la aproximación adoptada por los órganos jurisdiccionales. En algunos países únicamente se ha dado atención a los asuntos considerados urgentes, mientras que en otros se ha tratado de dar continuidad a los servicios de justicia mediante atención remota o virtual. Tal circunstancia ha proporcionado una oportunidad única para el uso de los medios alternativos de solución de controversias como una vía flexible de atención para asuntos civiles y mercantiles mediante ya sea la negociación, la mediación y el arbitraje.

La pandemia por el COVID-19 en buena medida ha provocado la paralización de la actividad judicial, con el consecuente incremento en el estado del retraso judicial preexistente, lo cual provocará el alargamiento de los plazos judiciales. Por otra parte, la pandemia por el COVID-19 habría provocado la disrupción en la ejecución de contratos

⁶ Supreme Court of Florida, "Recommendations from the Court Operations Subgroup, Recommendations for the Priority in Which to Resume Civil and Criminal Jury Trials and Management of Evidence in Remote Pretrial Hearings in Criminal Cases"; <https://www.floridasupremecourt.org/content/download/637816/7251530/06-16-2020-Best-Practices-Guidelines.pdf>

civiles y mercantiles debido principalmente al cambio de las circunstancias suscitadas por sus efectos, lo cual provocará un aumento importante de la actividad judicial en la jurisdicción civil y mercantil. Adicionalmente, las partes en sus nuevas contrataciones requerirán mecanismos flexibles y eficientes para la rápida solución de las controversias que pudieran surgir durante su ejecución, durante la pandemia o posteriormente.

Ante la situación descrita resulta ser de creciente importancia recurrir a los medios alternativos para la solución de controversias, siendo particularmente oportuno considerar el uso en medio de la pandemia de las llamadas “cláusulas escalonadas”. Las cláusulas escalonadas o también referidas como *multi-tiered clauses* o *multi-step clauses* son cláusulas de resolución de controversias que conllevan un sistema progresivo para la solución de las diferencias que las partes pueden disponer en sus fases iniciales de varios métodos alternativos para la resolución de controversias (negociación entre altos ejecutivos, mediación, *dispute boards*, etc.) y que culmina en arbitraje, en caso de resultar infructuosa alguna solución durante la aplicación de los primeros métodos alternativos. Acerca de su naturaleza se ha discutido exten-

samente si se trata o no de auténticos convenios arbitrales. No obstante, la tendencia imperante en la actualidad sugiere la utilización de este tipo de cláusulas en los más diversos tipos de contratos, razón por la cual los principales centros arbitrales están promoviendo el uso de las cláusulas escalonadas.

Las ventajas que, con carácter general, se asocian a este tipo de cláusulas son las relativas a precaver las potenciales consecuencias negativas de un procedimiento arbitral. Asimismo, mediante estas cláusulas se busca alcanzar una solución a través de procesos que eviten deteriorar la relación comercial en virtud del conflicto existente y que proporcionen algún ahorro en tiempo y dinero para las partes.

Pese a sus ventajas, estas cláusulas son fuentes de no pocos problemas cuando una de las partes no respeta el procedimiento escalonado o cuando la redacción de la cláusula tiende a ser ambigua respecto de los diferentes pasos y el carácter imperativo o no de los mismos, previo al inicio del arbitraje. El tema principal relativo dichas cláusulas es el que se refiere a los efectos y consecuencias en el arbitraje, así como su reconocimiento y ejecución del laudo que resulte, en caso de que una de las partes no siga el procedimiento previsto

en la cláusula escalonada. Por otra parte, es prestar debida atención cuando una de las partes solicita medidas cautelares a un órgano jurisdiccional cuyo ordenamiento jurídico obliga a la parte a dar inicio al arbitraje dentro de un plazo relativamente breve o cualquier otra circunstancia procesal que le impida que alguna parte pueda respetar el procedimiento escalonado. La inclusión de una cláusula escalonada en un contrato debe atender a las necesidades propias de las partes contratantes y de la transacción que los vincula, con el fin de asegurar su efectividad y la maximización de los beneficios. Por ello es necesario precisar aspectos particulares en la referida cláusula, tales como determinar claramente el carácter imperativo o no de los procedimientos previos al inicio del arbitraje (negociación, perito técnico, *dispute boards*, etc.), los plazos o, en su caso, hechos que determinen el fracaso de los pasos previos al arbitraje y que permitan iniciar los siguientes⁷.

VI. Criterios para la promoción de la digitalización en el arbitraje

La pandemia por el COVID-19 ha obligado a todos los sectores

económicos a tomar acciones para apoyar las estrategias de los Estados y minimizar los impactos negativos que tendrá en la economía⁸. La economía digital representa toda actividad económica vinculada con el internet o la “web”, que cada día tiene mayor injerencia en la economía tradicional. El acceso a la justicia como necesidad de toda sociedad regida por el estado de derecho no puede estar ajena a su influencia. Las plataformas en línea establecen mecanismos de conectividad e intercambio de información que tienden a superar problemas de confianza mediante mecanismos de garantía y la resolución de disputas. La red de internet permite la confluencia de los más disímiles aspectos de una economía globalizada, donde se producen múltiples relaciones jurídicas que involucran sujetos de diversas nacionalidades y domicilios en diferentes jurisdicciones internacionales, rigiéndose en consecuencia por diversas legislaciones, fueros jurisdiccionales y autoridades administrativas con *autoritas* en diferentes territorios. La interconexión mundial de las redes digitales genera la globalización de la información,

⁷ Iglesias Jaime, “Cláusula escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas”, Garrigues Abogados, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-este-metodo-alternativo-de-resolucion-de

⁸ Banco Interamericano de Desarrollo, “Herramienta de defensa ante la crisis del Covid-19 y para el desarrollo sostenible”, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Digitalizacion-Herramienta-de-defensa-ante-la-tesis-del-Covid-19-y-para-el-desarrollo-sostenible.pdf>

propiciando que las plataformas de internet configuren un medio ansiado para la circulación transfronteriza de información, lo cual contribuye a generar riesgos en el manejo de datos personales que tienen diferentes niveles de atención a nivel comparado, en medio de divergencias significativas en lo que concierne a la protección jurídica de los datos personales entre los diversos ordenamientos.

La red de internet se ha constituido en una referencia obligada en la llamada sociedad de la información, facilitando servicios electrónicos interactivos y el intercambio de muy variada información.

El internet se caracteriza por tener una operatoria descentralizada y por consiguiente no está sometido a un organismo único de dirección y gestión. La actualización del ordenamiento jurídico aplicable al internet y los servicios relacionados de almacenamiento de datos personales y difusión de información ha estado limitada debido a la reiterada transformación que se ha verificado en las redes digitales. El uso del internet se ha ampliado de tal forma que gracias a la amplitud de la capacidad de transmisión de datos y el aumento del ancho de banda los servicios de internet han sido ampliados para permitir la transmisión de archivos con contenidos audiovisuales, incluyendo *webcasting* y

streaming, para la emisión en línea de programas televisivos y radiofónicos.

La amplitud y el crecimiento de las redes de comunicación establecidas por intermedio del internet ha generado la necesidad de asegurar la neutralidad del servicio prestado a través del internet, como red abierta a la que cualquier interesado puede acceder sin que los operadores bloqueen o restrinjan los usos lícitos que se producen a través de dicha plataforma. La neutralidad trata de la ausencia de discriminación por parte de los proveedores de acceso entre los paquetes de datos personales que circulan por las redes, evitando tratos privilegiados a favor de ciertos proveedores de contenido.

La prestación de servicios en la red de internet tiende en forma general a producirse mediante operadores globales conforme a reglas uniformes y con sometimiento en principio a los tribunales de un mismo país, todo ello basado en un principio de racionalidad económica de control de riesgos legales y reducción de costos asociados a tales riesgos. Sin embargo, es importante tomar en consideración que la contratación y prestación de servicios en la red de internet puede configurar una conectividad cercana con la jurisdicción del país en el cual los usuarios destinatarios de los servicios se encuentran, pudiendo generar el interés

de tales países de pretender regular legítimamente ciertos aspectos de las transacciones o actividades ejecutadas en la red de internet. El internet se ha constituido en una vía multidireccional de acceso a bienes y servicios de manera inmediata, a través de canales de interconexión directos y descentralizados. El internet permite la participación de muchas empresas pequeñas en el comercio mundial; asimismo, apoya a que el capital existente sea más productivo, lo que aumenta la eficiencia y, al alentar la competencia, fomenta la innovación. El internet, al igual que la energía o el transporte, se ha convertido en una parte esencial de la infraestructura de los países, y su red de servicios en un factor de producción en casi cualquier actividad de toda economía moderna⁹.

El internet impulsa la economía mediante la expansión del comercio, la mejora de la utilización del capital, la promoción de la competencia y facilidades de ingreso en el mercado, independientemente del perfil del proveedor de bienes y servicios.

No solo se dinamiza a través del internet la comercialización de bienes, sino

también mediante la prestación de servicios, lo cual promueve la desagregación de los procesos productivos. La reducción de costos ha sido uno de los factores determinantes en el crecimiento del internet, lo cual ha generado un aumento de la eficiencia y la productividad en todos los sectores de la economía. La interconexión mundial de las redes digitales genera la globalización de la información, propiciando que las plataformas de internet configuren un medio ansiado para la circulación transfronteriza de información, lo cual contribuye a generar riesgos en el manejo de datos personales que tienen diferentes niveles de atención a nivel comparado, en medio de divergencias significativas en lo que concierne a la protección jurídica de los datos personales entre los diversos ordenamientos¹⁰.

El uso de las plataformas digitales a través del internet para promover el acceso a la justicia no se limita a los órganos jurisdiccionales, sino también se extiende a los centros arbitrales y las partes involucradas en los procesos arbitrales a los que estas acuerdan someterse.

⁹ Forbes Staff, "¿De qué manera el internet impulsa a la economía?", <https://www.forbes.com.mx/manera-internet-impulsa-la-economia/>

¹⁰ Aarons P., Fred, "Regulación del Internet y el Derecho a la Protección de Datos Personales en el Ámbito Internacional" en *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón - Tomo I*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2019), 186-189.

El arbitraje por vía digital o remota conlleva la flexibilización de procesos para facilitar la remisión de escritos, la realización de audiencias remotas mediante plataformas digitales aceptables para las partes involucradas, la utilización de firmas electrónicas para la notificación de órdenes procesales a las partes, así como los demás aspectos relativos a la tramitación de los procesos arbitrales. Más aún, la digitalización en el arbitraje conllevaría a una importante reducción de costos por casos tramitados con base a criterios de economía de escala que pudieran resultar, al igual que en la mediación, en la adopción, como sugerimos previamente, de una tarifa plana o *flat rate* para la tramitación de arbitrajes, de acuerdo con sus características.

Al hacer referencia a la digitalización en el arbitraje se debe hacer referencia como mínimo a los siguientes aspectos:

1. Efectiva disposición de una infraestructura digital adecuada.

Resulta evidente que el sector telecomunicaciones, las tecnologías de la información y las comunicaciones en general se han convertido en el soporte de la economía y en el gran aliado para

luchar contra la pandemia. Los operadores de redes, así como los prestadores de servicios y contenidos digitales y los proveedores de plataformas digitales se encuentran trabajando para garantizar la conectividad y el acceso a herramientas de productividad, educación y entretenimiento. Los gobiernos, y en especial los reguladores, deben trabajar de manera armónica con todos los actores del sector para lograr que la regulación sirva como habilitador de la inversión en infraestructura digital, pues es en esta donde recaerá gran parte del crecimiento futuro de los países¹¹.

2. Amplio acceso a los servicios y equipos digitales.

Una vez dispuesta la red digital con tecnología de avanzada, el sistema digital disponible para gestionar procesos arbitrales requiere que las partes involucradas tengan acceso a terminales inteligentes (computadoras, tabletas, teléfonos, etc.) para utilizar de forma homogénea las plataformas tecnológicas disponibles en el internet. De tal manera, se aseguraría que todas las partes del proceso arbitral puedan

¹¹ Banco Interamericano de Desarrollo, “Herramienta de defensa ante la crisis del Covid-19 y para el desarrollo sostenible”, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Digitalizacion-Herramienta-de-defensa-ante-la-tesis-del-Covid-19-y-para-el-desarrollo-sostenible.pdf>

acceder a los medios tecnológicos disponibles para participar en sus diferentes instancias.

3. Seguridad digital adecuada y confidencialidad de los procesos y datos de las partes.

La encriptación de la data disponible en las plataformas digitales utilizadas para los procesos arbitrales es fundamental para asegurar la confidencialidad de la data y la preservación de los derechos relativos a los datos personales. La encriptación de la data supone que los archivos o mensajes electrónicos estarían codificados con una contraseña o clave disponible únicamente para el destinatario. La preservación de la data disponible en los procesos arbitrales es de la esencia del arbitraje y los centros arbitrales responsables de la administración de los arbitrajes institucionales deben asegurar que las plataformas digitales utilizadas proporcionen seguridad de la data intercambiada entre las partes.

4. Flexibilización de los reglamentos arbitrales.

El uso de los medios digitales para la gestión de procesos arbitrales debe estar acompañado en el caso de arbitrajes institucionales de

reglamentos que otorguen suficiente flexibilidad e información para atender las diversas circunstancias que puedan suscitarse para garantizar la debida imparcialidad en el acceso y uso de las herramientas digitales en los procesos arbitrales.

5. Uso de medios electrónicos con firmas certificadas.

La seguridad jurídica es un factor relevante en el proceso de digitalización en el arbitraje. Por ello, la emisión y recepción de los mensajes digitales deben ser certificados por una entidad autorizada al efecto.

6. Conservación de las actuaciones digitales.

La conservación de las actuaciones digitales es necesaria para proporcionar certeza a las partes y terceros acerca de las actuaciones que tuvieron lugar durante el proceso arbitral y para facilitar cualquier actuación posterior en relación con la ejecución del laudo o su solicitud de nulidad ante los órganos jurisdiccionales.

La digitalización en el arbitraje, impulsada por la necesidad de distanciamiento social, le otorga una oportunidad para apuntalar sus ventajas en relación con los procesos judiciales

gestionados ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, especialmente en los países en los que los órganos jurisdiccionales no disponen de acceso remoto o digital para la tramitación de los procesos judiciales. En tal sentido, es esencial que los centros arbitrales tomen en consideración los requisitos mínimos antes citados, entre otros, de manera que el uso de las herramientas digitales sirva para promover al arbitraje como alternativa efectiva para dirimir controversias contractuales.

VII. Conclusiones

La discusión promovida mediante este breve artículo acerca de la digitalización en el arbitraje y las cortes en busca de justicia en tiempos de pandemia nos permite concluir lo siguiente:

1. La pandemia por el COVID-19 ha provocado cambios actitudinales importantes cuya repercusión trascenderá en el tiempo;
2. El internet ha propulsado el dominio de la economía digital y ha facilitado el acceso a la justicia por vía remota tanto en procesos judiciales gestionados ante los órganos jurisdiccionales, así como en aquellos tramitados ante los tribunales arbitrales;
3. La digitalización en el arbitraje y las cortes requiere la adopción de un

plan de gestión integral, acompañado por la amplia difusión de información a sus usuarios;

4. Ante las medidas de distanciamiento social impuestas a causa de la pandemia por el COVID-19, los medios alternativos de solución de controversias disponen de una oportunidad determinante para profundizar mediante la digitalización de sus procesos su impacto en la promoción del acceso a la justicia de manera efectiva, transparente, incluyente y oportuna;
5. Los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de propiciar pleno acceso a la justicia, no solo para los asuntos considerados urgentes, sino también cualquier proceso judicial de jurisdicción voluntaria o contenciosa;
6. Ante la creciente disrupción económica provocada por la pandemia del COVID-19, se hace necesario que las partes contratantes logren precaver controversias mediante la introducción de las cláusulas escalonadas en los contratos que celebren, de manera que se puedan aplicar progresivamente las diferentes modali-

dades de medios alternativos para la solución de controversias;

7. La pandemia por el COVID-19 ha establecido una pauta de normalidad diferente que trascenderá su vigencia, por lo que la digitalización en el arbitraje y las cortes se constituirá en un nuevo *standard* para facilitar el acceso a la justicia de manera ininterrumpida;
8. Se hace imprescindible establecer una alianza entre el sector público y el privado para configurar y mantener una infraestructura digital adecuada que sirva como conducto ininterrumpido para asegurar el acceso a la justicia, aún en tiempos de pandemia u otras emergencias.