

Ariel Fernando Rincón Almeyda

Abogado y Profesional en literatura.

8 de abril de 2020

Conciliación Virtual

Retos para el abogado del siglo XXI

Resumen

La conciliación virtual impone retos principalmente culturales. En este documento se pretende analizar la conciliación virtual desde las principales necesidades sociales, normativas y psicológicas.

1. Introducción.

El derecho se constituye como una ciencia o técnica social que siempre va a estar sujeta a los cambios que la sociedad vaya marcando. Es así que cuando surgió la revolución industrial que nos condujo de una sociedad rural a una sociedad urbana, el derecho tuvo que adecuarse rápidamente y se gesta el proceso codificadorio.

Este momento histórico, en donde el desarrollo de la ciencia nos ha conducido por los caminos de la inteligencia artificial y el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, nos impone el reto a los abogados de adecuarnos a las actuales circunstancias. Esa adecuación de las actuales circunstancias implica

por lo menos dos acciones: hacer un cambio cultural y dotar el quehacer jurídico de mecanismos técnicos que permitan operar bajo las nuevas circunstancias.

El presente documento tiene como finalidad reflexionar acerca de los aspectos más relevantes de la conciliación virtual. El documento se subdividirá en tres acápite, el primero orientado a identificar situaciones sociales de la conciliación virtual, el segundo orientado a la identificación de situaciones jurídicas de la conciliación virtual y finalmente la identificación de la justicia en los trámites de conciliación virtual.

2. Situaciones sociales de la conciliación virtual.

2.1. El primer gran reto que nos impone la conciliación virtual es la aceptación social, esto es que la comunidad en general valore positivamente que una forma de solucionar los conflictos sea realizada sin la presencia física de las partes. Este, me parece, es el elemento crucial, no sólo de la conciliación sino del derecho mismo, pues es desde este cambio cultural que se viabiliza la virtualidad.

En este aspecto la sociedad ha venido incorporando con una rapidez vertiginosa la utilización de tecnologías de la comunicación. Es bastante frecuente encontrar que un alto porcentaje de la población tiene acceso a un celular desde el cual puede realizar diferentes actividades comunicativas utilizando una amplia gama de recursos informáticos. Es más, es frecuente encontrar abogados que en su diario vivir están inmersos en el mundo de las nuevas tecnologías de la comunicación, sin embargo, cuando se propone aplicar la virtualidad o la inteligencia artificial a la disciplina jurídica surge, al parecer de forma inconsciente, el formalista que llevamos dentro.

El primer cambio cultural en la sociedad es del operador jurídico. Si los abogados no asumimos una postura que permita el despliegue de la justicia desde

el uso de nuevas tecnologías vamos creando una separación entre la sociedad y su expectativa de justicia. En otras palabras, la sociedad ya aceptó las nuevas tecnologías de la comunicación y el mundo jurídico aún no.

2.2. Un segundo reto es el tecnológico. Los centros de conciliación y los operadores jurídicos deben afrontar la tarea de disponer de los medios tecnológicos necesarios para operar en ambientes virtuales y conocerlos.

Los centros de conciliación deben disponer de sistemas que garanticen la seguridad de la información y la calidad del proceso. No se trata pues de que si no tenemos un sistema altamente desarrollado no se puede hacer conciliación virtual, se trata de tener planteado el esquema operativo que nos permita pasar de lo presencial a lo no presencial. Un centro de conciliación deberá disponer como mínimo de un sistema de archivo que permita el acceso virtual de los expedientes y la disposición de un grupo de herramientas de comunicación que permitan a las partes y al conciliador interactuar.

Por su cuenta el conciliador debe cambiar el enfoque de la preparación de una audiencia. Preparar una audiencia virtual no sólo consiste en revisar el expediente y hacer un estudio jurídico del mismo, en el cual se estudian las estrategias de negociación, sino que además requiere de una preparación operativa.

La preparación operativa implica para el conciliador tener en cuenta, por lo menos, los siguientes aspectos:

- a. Desde el inicio del trámite conciliatorio se deben tener los medios de comunicación con las partes. Es deber del conciliador verificar que tengamos a disposición los números celulares, números WhatsApp, correos electrónicos, cuenta de Facebook, es decir cualquier medio de contacto que sea útil para la comunicación.

b. Definir la plataforma de comunicación mediante la cual se llevará a cabo la audiencia. Esta definición en principio podrá ser estándar, es decir el centro dispone del uso de Skype, Teams, Hangouts, Zoom o una plataforma personalizada de cada centro. Sin embargo las circunstancias de cada caso nos pueden conducir a que esta herramienta principal no nos funcione, bien por una imposibilidad técnica o bien por una imposibilidad de alguna de las partes. El conciliador debe estar preparado con plan B y C para saber operar sistemas diferentes al que dispone el centro. En una eventual falla técnica del sistema principal el conciliador debe tener dispuesto una opción diferente y útil a efectos de darle trámite a la audiencia.

c. En el discurso de apertura de la audiencia, el conciliador deberá informar a las partes las reglas y forma de actuar de la misma. En este discurso es fundamental que se le advierta a las partes qué hacer en caso de que se pierda la conexión. Se les debe indicar cuál es el plan B y C. En este discurso se les debe advertir del principio de confidencialidad y de la imposibilidad de grabar la audiencia, así como de la participación de personas externas a la misma. A su vez se debe indicar cómo vamos a hacer para el tema de las firmas de los informes, constancias y actas.

d. El conciliador debe tener claro cómo va a desarrollar las audiencias privadas. Lo ideal es que no utilice la plataforma principal, mediante la cual nos estamos comunicando todos, sino que mediante llamadas o videollamadas se reúna en privado con las partes. Esto porque en un descuido, un micrófono puede quedar abierto y se pierde el efecto de la reunión privada.

e. El conciliador deberá identificar a las partes al inicio de la audiencia. En este aspecto la video-conferencia es el mecanismo ideal. La identificación pasa

por dos aspectos, el primero la validación de la documentación, para lo cual solicitar a las partes que previo a la audiencia alleguen los correspondientes documentos que los identifican y la segunda saber quiénes están presentes. Esta segunda parte de la identificación es la requiere de un poco de sentido común. A una audiencia virtual o presencial es común que lleguen las partes sin su documento de identidad, sin embargo el reconocimiento por las otras partes de la persona soluciona dicha situación.

f. La disposición del conciliador. Este aspecto que en una conciliación presencial pasa por definir el atuendo apropiado para una audiencia y el carácter necesario para abordar la misma, en lo virtual implica que el conciliador defina el ambiente que quiere proyectar a las partes. Es necesario que el conciliador organice el ambiente y la forma de posicionar la cámara de video. Se requiere por parte del conciliador que haga pruebas previamente y establezca qué quiere proyectar, tanto de su imagen personal como del medio en el que se encuentra.

g. Los medios tecnológicos con los que cuenta un centro de conciliación debe pensarse en el trámite en su integralidad. Con ello lo primero que debe superarse es la solicitud de conciliación, la forma de recibir la solicitud, la forma como el convocante puede pagar los costos de la audiencia de ser paga, el control sobre el expediente virtual, la plataforma a utilizar y finalmente el archivo del acta digital.

3. Situaciones jurídicas de la conciliación virtual.

3.1. El principal aspecto sobre el cual ha girado la discusión de la viabilidad de la conciliación virtual ha sido la firma. Todo debate sobre virtualidad termina recayendo en la firma. Lo más paradójico es que precisamente en conciliación la

firma en estricto sentido legal no es un requisito de existencia del acta de conciliación.

El artículo 1 de la ley 640 de 2001 establece que “El acta del acuerdo conciliatorio deberá contener lo siguiente: 1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación. 2. Identificación del Conciliador. 3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia. 4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación. 5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas”.

Pese al anterior mandato legal, hizo carrera en todos nuestros centros de conciliación la obligatoriedad de la firma del acta de conciliación. Es más no sólo se ha requerido la firma del conciliador sino la firma de las partes.

Ante dicha situación práctica, más no normativa, se ha venido construyendo una tesis basada en el derecho constitucional. El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia establece que “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Este mandato constitucional pone al conciliador en la calidad de administrador de justicia. Esto es, que para el caso en concreto es la persona llamada a avalar y determinar lo que ocurre en una audiencia de conciliación. En otras palabras, si nuestro auditorio jurídico quiere ver una firma, basta la firma del conciliador, quien es un administrador de justicia, para que el acuerdo tenga plena validez.

3.2. Ahora bien, debemos preguntarnos por la firma del conciliador. Cuando hablamos de documento digital la ley 527 de 1999 exige la presencia de una firma digital. El artículo 28 de dicha norma establece que “Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo. Parágrafo. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos: 1. Es única a la persona que la usa. 2. Es susceptible de ser verificada. 3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa. 4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada. 5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional”.

Para tener una firma digital la misma ley creo todo un sistema normativo en el cual el conciliador debe registrar su firma digital ante una entidad certificadora de firmas. Con dicho sistema el conciliador incorpora la firma, la cual consiste en la incorporación de un algoritmo matemático que identifica inequívocamente quien suscribió el documento. El receptor del mensaje puede verificar la autenticidad del mismo.

Ahora bien, el gobierno nacional mediante decreto legislativo 491 de 2020, avaló, de forma transitoria, la suscripción de las actas de conciliación mediante

firma digitalizada. El artículo 11 del mencionado decreto estableció que “durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante forma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Cada autoridad será responsable de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos se firmen por este medio”.

3.3. El uso de tecnologías de la información en los tramites conciliatorios. Las normas conciliación no limitan el uso de medios tecnológicos. Por el contrario, dada la flexibilidad del mecanismo, es el espacio ideal para la implementación de las tecnologías de información. En este sentido, la norma conciliatorio abre el espacio a la flexibilidad desde la misma forma como el conciliador puede convocar a la audiencia. El artículo 20 de la ley 640 de 2001 establece que “la citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia”.

Esta idea de flexibilidad del mecanismo fue retomada por el artículo 10 del decreto legislativo 491 de 2020 el cual establece que “a fin de mantener la continuidad en la prestación de los servicios de justicia alternativa, los procesos arbitrales y los trámites de conciliación extrajudicial, amigable composición y procedimientos de insolvencia de persona natural no comerciante se adelantarán mediante el uso de tecnologías de la comunicación y la información, de acuerdo

con las instrucciones administrativas que imperan los centros de arbitraje y conciliación y las entidades públicas en las que se tramiten, según el caso”.

3. Situaciones dkelógicas o de lo justo en la conciliación.

3.1. Un primer elemento por analizar es que la justicia tardía no es justicia. Esta afirmación debe convertirse en el parámetro de referencia del conciliador. Cuando un usuario, llámese arrendador o arrendatario, solicita un trámite conciliatorio, en estos momentos críticos, no podemos simplemente cerrarle la puerta argumentando que no disponemos con los recursos técnicos para poderlo hacer y que nos toca esperar hasta que pase el aislamiento preventivo para poder darle trámite a la solicitud de conciliación.

Dicha respuesta raya con lo injusto. Si no atendemos los trámites conciliatorios generamos un escenario de injusticia que termina justificando el uso de la fuerza. Si un centro no atiende una solicitud de conciliación a través de mecanismo virtuales, las partes finalmente deciden resolver el problema de otra forma.

3.2. Garantizar la igualdad procesal y el debido proceso. En materia de conciliación virtual es deber del conciliador garantizar la participación de todas las partes en igualdad de condiciones. Esto significa que es el conciliador quien debe verificar que todos hagamos parte del acuerdo, que tengamos la posibilidad de participar y de construir el acuerdo.

Para lograr dicho objetivo le corresponde al conciliador determinar cómo garantiza la igualdad procesal. Debe plantearse qué pasa y cómo hace si una de las partes no tiene acceso a la video conferencia pero sí tiene acceso a WhatsApp por ejemplo. En dicho caso debería priorizar por el medio que garantice el debido proceso.

3.3. Un acuerdo justo. Finalmente uno de los deberes del conciliador, que opera en lo virtual y en lo presencial, es garantizar que el acuerdo sea justo. Esto significa que ambas partes sientan que con el acuerdo queda superada la situación problemática y que cumpliendo lo acordado van a estar mucho mejor que en la situación anterior.

Esta exigencia por supuesto que parte de la habilidad del conciliador en tratar de percibir sin en las partes la solución a su conflicto fue la mejor posible. 

