

LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

Por Juan Montero Aroca; Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Sumario:

- I.- Forma y formalismo
- II.- Oralidad y escritura
- III.- La oralidad y sus principios consecuencia
- IV.- La escritura y sus principios consecuencia
- V.- La constitucionalización de la oralidad.
- VI.- Lecturas recomendadas

Breve introducción

A diferencia de los principios del proceso que estudian la formación del objeto procesal y su disponibilidad por las partes , así como el comportamiento, en general, de los sujetos procesales en la introducción, prueba y valoración de los hechos : principio de contradicción y de igualdad de partes, principio dispositivo, aportación e investigación, prueba libre o prueba tasada; los principios del procedimiento rigen la forma de la actuación procesal, determinan la índole de relación entre las partes y el órgano jurisdiccional , aquéllas entre sí y todos los sujetos procesales con la sociedad e informan la sucesión temporal de los actos procesales.. Son criterios técnicos o prácticos , tales como la efectividad, rapidez o seguridad, los que determinan su instauración por el legislador en el ordenamiento procesal.

I.- FORMA Y FORMALISMO

El procedimiento es el aspecto exterior de la actividad jurisdiccional, la forma que han de adoptar los actos procesales, y puede configurarse atendiendo a dos sistemas distintos:

a) Libertad en las formas procesales

En este sistema se dejaría a las partes que acuden ante un órgano jurisdiccional en libertad de dirigirse al mismo en la forma que consideran más oportuna y persuasiva, sin necesidad de seguir un orden o modos preestablecidos. La libertad puede también teóricamente atribuirse al juez, el cual quedaría facultado para dar a cada proceso la tramitación que estimara oportuna, haciendo

las indicaciones necesarias a las partes. Este sistema no parece que haya tenido realidad práctica en ningún país, pero a la primera de las modalidades, la libertad de las partes, se aproximó la ideología de la Revolución Francesa que, por el Decreto de 3 de Brumario del año 2 (24 de octubre de 1793), simplificó extraordinariamente las formas procesales y suprimió la profesión de abogado.

La experiencia no duró demasiado; la Ley de 27 de Ventoso del año 8 (18 marzo de 1800), sobre organización de los tribunales, restableció la abogacía, aunque limitando el número de abogados que podrían actuar ante cada tribunal y, sobre todo, la decisión de los cónsules de 18 de Fructidor del mismo año 8 (5 de septiembre de 1800) supuso el restablecimiento de las Ordenanzas procedimentales de Luis XIV de 1667 y reglamentos posteriores, con derogación expresa del Decreto del año No; mucho después Napoleón promulgaba el **Code de procédure civile** (14 de abril de 1806) y el **Code d'instruction criminelle** (17 de noviembre de 1808). El intento fue un fracaso evidente.

b) Legalidad de las formas procesales

Frente al anterior sistema, al que hay que calificar de utópico, los derechos positivos oponen este otro según el cual los actos que conducen al pronunciamiento judicial deben, para tener eficacia, ser realizados en el modo y con el orden establecidos en la ley. Así lo disponen, por ejemplo, el art. 1 de la LEC para el proceso civil y el art. 1 de la LECRIM para el proceso penal, normas en las que se establece el principio de legalidad procesal.

La razón del principio de legalidad debe buscarse en la especial naturaleza de la resolución a la que están preordenadas todas las actividades procesales; la certeza del derecho exige que el individuo que pretende pedir justicia sepa exactamente cuáles son los -actos que debe realizar para obtenerla, y por ello las formas procesales aunque otra cosa pudiera parecer-tienden a hacer más simple y más rápido el proceso, estableciendo al mismo tiempo una garantía para los derechos y libertades individuales. La forma es la condición necesaria para la certeza, el precio de la seguridad, decía *Montesquieu*.

La justificación de la existencia de la forma no explica, sin embargo, la aparición del formalismo. Antes al contrario, el formalismo significa incerteza e inseguridad, lo contrario de la forma. Por eso decía *Satta* que forma y formalismo son términos que no tienen nada en común, aunque la pobreza del lenguaje parezca indicar lo contrario. El formalismo es la negación de la forma.

Se ha explicado el formalismo como formas vacías. Para *Chiovenda* las formas residuales eran formas que habían nacido de las necesidades de un momento histórico, pero que el paso del tiempo y el cambio de necesidades no habían conseguido suprimir las formas antiguas, que habían quedado como cuerpos sin alma, sin justificación racional, aunque el legislador o no comprendía

su inutilidad o no se atrevía a suprimirlas porque la fuerza de la costumbre las hacía aparecer unidas a la vida del pueblo.

Los problemas de la forma y del formalismo son hoy dos y contrapuestos:

1.º) Por un lado existe siempre el riesgo de que el legislador incurra en exceso formal, es decir, en formalismo, al regular el procedimiento, lo que suele suceder cuando se aceptan formas del pasado que en la actualidad han perdido su razón de ser o cuando la forma no tiene justificación fuera de ella misma.

2.º) Por otro, y por el contrario, se está produciendo en la práctica, con el estímulo del Tribunal Constitucional, el desprecio de la forma hasta extremo lindante con la deslegalización formal y la inseguridad jurídica. Con el argumento falaz de que lo que importa en el proceso es lograr la justicia material en la decisión judicial, se está llegando a propiciar el desconocimiento de los requisitos formales de los actos procesales, pretendiendo convertir en "formalismo enervante", lo que no es sino condición de seguridad jurídica; se olvida así que si importante es el resultado, también lo es el cómo se logra el mismo. La justicia material que debe lograrse en el proceso no es cualquiera, sino precisamente aquélla que se obtiene por el camino previsto en la ley.

La manera de llegar a la decisión judicial en el proceso no es indiferente. El legislador, después de siglos de experiencia, llega a plasmar en la ley una manera, la que le parece la más adecuada, para realizar ese proceso, y el juez no puede separarse de la misma, pues ello implicaría pretender imponer su experiencia personal sobre la experiencia colectiva plasmada en la ley.

La forma sólo puede entenderse cuando se concibe como modo para asegurar el acierto de la decisión judicial, no como obstáculo que ha de ser superado para alcanzar esa decisión y para que la misma se acomode a la norma material.

II.- ORALIDAD Y ESCRITURA

En nuestra opinión todo el problema del procedimiento, de la forma, puede resumirse en dos principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, intermediación, concentración y publicidad, y lo mismo con los principios contrarios derivados de la escritura, esto es, mediación, dispersión, preclusión y secreto.

Desde el inicio hay que dejar bien sentado, por evidente, la imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. De ahí que no se trate de exclusividades sino de prevalecimientos. Resulta así que el problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Si

en un procedimiento escrito la palabra ha de ser la forma de realización de algunos actos procesales, y si de un procedimiento oral la escritura no puede estar totalmente ausente, todo se reduce a determinar cuándo, por prevalecer una forma u otra, podemos correctamente decir que estamos ante un procedimiento oral o escrito.

Por lo tanto, por proceso oral no cabe entender aquel procedimiento cuyos actos procesales son realizados totalmente de forma verbal. Estas soluciones extremas , adoptadas en distintas épocas de la historia , no pueden ser reclamadas en la actualidad.

En el Derecho romano clásico y en el germano dominó absolutamente la oralidad, encorsetada en las formalidades del procedimiento formulario. La introducción, sin embargo, de la apelación en Roma imperial obligó a la protocolización de las alegaciones en la primera instancia, introduciéndose de este modo el principio de la escritura en la fase declarativa.

En el proceso canónico y en nuestros procesos civiles y penales del bajo Medievo, la hipervaloración de la prueba documental ligada a la aparición del *Notarius* , el aumento de los plazos , términos e instancias con el consiguiente deseo de otorgar fehaciencia y seguridad a las declaraciones de la partes , originaron la inversión de los términos y el absoluto predominio del principio de la escritura , cobrando en esa época toda su vigencia la máxima “ *quod non est in actis, non est in mundo* “

El predominio del principio de la escritura perdurará hasta finales del S^o XVIII, principios del S^o XIX , época a partir de la cual, primero en Francia y después en la mayor parte de los Estados europeos , dicho principio es desplazado y sustituido por el de oralidad “ *quod non in ore, non in mundo* “ .

Hoy el principio de oralidad rige en la totalidad de los procedimientos civiles y penales de los ordenamientos europeos.

La determinación de los límites es en España un tema de gran trascendencia práctica, por cuanto el **art. 120.2 de la Constitución Española** dispone que «**el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal**». El mandato constitucional ha cerrado una discusión -la existente entre los partidarios de la oralidad y sus contrarios- y ha abierto otra, referida exclusivamente a establecer los límites de la oralidad, a cuándo un procedimiento es realmente oral y se atiene a lo ordenado en la Constitución.

El debate doctrinal entre oralidad y escritura ha durado más de un siglo y los partidarios de una y otra forma del procedimiento continúan con el mismo, pero en España ahora no se trata ya de seguir discutiendo, sino de precisar el verdadero significado de la oralidad.

Tradicionalmente el elemento base para diferenciar un procedimiento oral de otro escrito se ha centrado en la manera de aportar las partes los hechos al proceso y de formular la pretensión; con lo que se atendía no a un conjunto de caracteres sino a un único elemento.

En este sentido se habían pronunciado autores fundamentales, y así *Chiovenda*, partiendo de la imposibilidad de configurar un procedimiento totalmente oral, hablaba de proceso mixto, precisando que éste sería predominantemente oral o escrito atendiendo al momento de aportación de los elementos fácticos por obra de las partes, es decir, de la interposición de la pretensión con su fundamentación correspondiente; allí donde la pretensión ha de ser presentada necesariamente en forma escrita, estamos ante un proceso escrito, aunque las partes tengan la posibilidad de ilustrar oralmente el contenido de los escritos. De aquí la distinta manera como operan los escritos de uno y otro procedimiento; en la escritura son la forma de las deducciones, mientras que en la oralidad los escritos son meramente preparatorios, anuncio de las deducciones que se van a hacer en la audiencia y medio básico para poner al demandado en situación de defenderse.

Más recientemente en España *Prieto-Castro* ha persistido en esta línea, diciendo que el principio de oralidad determina que (salvo algunas excepciones) únicamente lo que de palabra se aporte al proceso puede ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final; y la presencia del otro principio, el de escritura, significa que tan sólo (salvo algunas excepciones) lo aportado de esta forma puede producir esos resultados, y para significarlo así viene empleándose el brocardo ***quod non est in actis non est in mundo***.

La doctrina que calificamos de tradicional, junto a lo anterior, destacó que con las palabras oralidad y escritura sintetizaba un conjunto de caracteres del procedimiento, un sistema completo de principios inseparables los unos de los otros, pero en todo caso quedaba claro que la oralidad significaba en primer lugar y principalmente que la pretensión había de formularse oralmente, y que por escritura había de entenderse que la pretensión se realizaba por escrito.

Gimeno Sendra para la calificación de un procedimiento como enteramente oral lo decisivo es la fase probatoria, entendiéndose por tal aquel procedimiento en el que tan sólo el material procesal aportado oralmente al juicio puede ser apreciado en la decisión judicial, o lo que es lo mismo, el proceso es oral si los fundamentos de la sentencia se constituyen mediante las alegaciones y prueba oral efectuada en el juicio; es escrito si la sentencia se adopta exclusivamente con arreglo al estado de las actas.

Por consiguiente en un proceso civil oral cabe distinguir dos fases claramente diferenciadas: la escrita y la oral. Han de revestir forma escrita los actos procesales en los que ha de deducirse la pretensión y su resistencia (demanda y contestación), la prueba documental, las sentencias y demás títulos

de ejecución, actos de auxilio judicial, los medios de impugnación y , dentro de ellos, fundamentalmente la casación, así como los actos de la llamada jurisdicción voluntaria ; por el contrario ,han de revestir forma oral la aportación del material fáctico al juicio (conclusiones , informes) y la totalidad de la actividad probatoria , incluida la prueba documental en el proceso penal, que ha de ser leída en el juicio para ser tomada en consideración por el órgano jurisdiccional.

En la actualidad centrar la oralidad y la escritura en un único elemento como base imprescindible nos parece unilateral, y estimamos que no puede hacerse depender de él la naturaleza del procedimiento. Este será oral o escrito atendiendo a un conjunto de principios, en los que, junto a la forma oral o escrita de los actos procesales, hay que resaltar otros de tanta o mayor importancia. La oralidad y la escritura son dos modos de hacer el proceso, el conjunto del mismo, no la forma de un único acto procesal.

III.- LA ORALIDAD Y SUS PRINCIPIOS CONSECUENCIA

Después de casi diez siglos de predominio de la escritura en el proceso de la Europa continental, el siglo XIX vio aparecer un movimiento tendente a la oralidad, que se reflejó con mayor fuerza en los procesos penales, sin que faltaran muestras en el proceso civil. Hoy el principio de oralidad rige en la totalidad de los procedimientos civiles y penales europeos , bajo el brocardo “ **quod non in ore, non in mundo**” .

En el ámbito del procedimiento civil el primer código que abandonó la escritura fue el código de procedimiento civil de Hannover de 1850, pero sobre todo hay que destacar las ordenanzas procesales civiles alemana de 1877 y austríaca de 1895. Estas son las que han servido de modelo, principalmente la segunda, en un movimiento renovador de las legislaciones europeas que todavía, un siglo después, no ha culminado, pero que en España se ha producido con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero.

En este contexto la oralidad significa:

a) Forma oral de los actos procesales

Naturalmente el principio de oralidad significa, en primer lugar, que en los actos procesales predomina lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión y comunicación entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso. Hoy no cabe admitir que el momento típico para distinguir entre un procedimiento oral y otro escrito sea el de las deducciones de las partes, es decir, el de los actos de alegación de las partes, por medio de los que formulan la pretensión y la resistencia. Esto conduciría a que un proceso civil en el que la demanda y la contestación se hicieran por escrito, pero en el que todos los demás actos fueran

orales, habría de ser calificado de escrito, y negaría a los procesos penales españoles la condición de orales.

El predominio del acto procesal oral no puede impedir la existencia de actos escritos, sea cual fuere el contenido de éstos, pero en todo caso lo paradójico es que probablemente este elemento es el que menos sirve para caracterizar un procedimiento de oral. De ahí la importancia de los siguientes.

Si hubiera que destacar algo que normalmente caracteriza al procedimiento oral diríamos que esta clase de procedimiento suele acabar con una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes, sin perjuicio de que esta audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia.

En la regulación positiva de los procesos españoles puede calificarse ya de tradicional la vigencia de la oralidad en los procedimientos penal y laboral, radicando la novedad en la introducción de la misma en el procedimiento civil por obra de la LEC de 2000.

En el procedimiento civil, después de la demanda y de la contestación por escrito, existen dos actos orales en la modalidad de Juicio Ordinario: la audiencia previa y el juicio. En este segundo se procede a la práctica de todos los medios de prueba.

El proceso penal en la fase decisiva, la segunda, la del «juicio oral», responde completamente al principio de oralidad; la Exposición de Motivos de la LECRIM se refiere en varias ocasiones a la oralidad del juicio, destacando su ruptura del procedimiento escrito, inquisitivo y secreto, y que « en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo, y donde los magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio».

El procedimiento laboral es indudablemente oral. Carácter escrito tiene únicamente la demanda (art. 80 Ley de Procedimiento Laboral), siendo a partir de ella totalmente oral el procedimiento, incluida la contestación a la demanda.

b) Inmediación

La oralidad implica, en segundo lugar, inmediación, es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos elementos alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo de que normalmente se ha venido concibiendo la inmediación solamente

como la exigencia de que el juez que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas.

Con excesiva frecuencia se viene hablando de la inmediación cuando en realidad se trata únicamente de la imposición legal de que el juez presida el acto de práctica de la prueba, sin perjuicio de que luego pueda ser otro juez el que dicte la sentencia. Hay que distinguir entre la verdadera inmediación y esa presencia del juez, que son cosas muy distintas. La inmediación sólo existe cuando quien dicta la sentencia ha de haber estado presente en la práctica de la prueba y forma su convicción con lo visto y con oído, y no con el reflejo documental del acto de prueba.

La inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad.

Uno de los efectos de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la tramitación de la causa, y en especial que sólo pueden concurrir a dictar la sentencia los magistrados ante los que se ha desarrollado la audiencia oral en la que el juez o tribunal se pone en relación directa con las pruebas y con las partes.

En los procedimientos españoles de tipo oral la inmediación es una consecuencia. En el proceso civil esa consecuencia no se lleva hasta sus últimos extremos, pero la posibilidad de práctica de prueba ante juez distinto del que debe dictar la sentencia es algo excepcional.

El que debe dictar sentencia es el juez que ha presidido la práctica de la prueba está presente por ejemplo en los arts. 193.3, 199 y 200 LEC. Según el art. 169.4 LEC el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos se realizará en la sede del juzgado o tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate, aunque el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente, pero por razón de la distancia, dificultades del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito o por cualquier otra causa de análogas características que haga imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del juzgado o tribunal, se podrá practicar la prueba por auxilio judicial.

En el proceso penal todo el juicio está construido sobre la inmediación, aunque el término no se emplea y aunque se produzca alguna quiebra, en algunos casos inevitable y en otros desvirtuadores del principio. La imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que integran el tribunal está presente en la LECRIM. Así se desprende de los arts. 746 y 749; según el número 4.º del primero procederá la suspensión del juicio oral «cuando algún individuo del

tribunal enfermarse repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio», completando el art. 749 que cuando «haya de prolongarse indefinidamente la suspensión del juicio, o por un tiempo demasiado largo, se citará a nuevo juicio para cuando desaparezca la causa de la suspensión o puedan ser reemplazadas las personas reemplazables».

La intermediación se encuentra en la base de la razón de ser del proceso laboral, y el efecto al que estamos aludiendo se encuentra expresamente en el art. 98 de la LPL: «Si el juez que presidió el acto del juicio no pudiese dictar sentencia, deberá celebrarse nuevamente».

La intermediación no se refiere sólo a la prueba. Puede referirse también a otros actos orales, los llamados vista. Realizada una vista ante un juez, ante el que han informado los abogados de las partes, el único que puede dictar la resolución es el juez que la ha presidido y, tratándose de un órgano judicial colegiado, los magistrados que actuaron en la misma (arts. 257 y 258 LOPJ).

c) Concentración

Decir oralidad es también decir concentración, y lo es tanto que se ha sostenido que lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de los actos procesales.

Con relación a la actividad procedimental, que es lo que ahora nos interesa, la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar la sentencia. El ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto, y que si este ideal es difícilmente conseguible, la tarea del legislador y del tribunal consiste en aproximar lo más posible el procedimiento al ideal.

La influencia de la concentración sobre la forma del proceso es evidente, y de ahí que haya sido considerado la principal característica exterior del proceso oral. Al mismo tiempo se ha señalado su influencia sobre la brevedad de los pleitos, frente a la escritura que supone necesariamente dispersión de los actos procesales en el tiempo. De aquí que se haya dicho (Alcalá-Zamora) que si las mayores ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración, sería preferible hablar de proceso concentrado en vez de proceso oral. Con todo, lo que importa es tener en cuenta que la concentración no es sin más una consecuencia de la oralidad.

La concentración se asume en todo lo posible en el proceso civil regulado en la LEC/2000. Esa concentración es evidente en el juicio verbal, pero también

en el juicio ordinario. En éste existen dos "audiencias", la llamada audiencia previa y el juicio; en este segundo se practican las pruebas con unidad de acto (art. 290.1 LEC), que sólo puede interrumpirse por causas muy concretas (art. 193).

La unidad de acto, típica de la concentración, aparece con toda claridad en la segunda fase del proceso penal español, y así el art. 744 de la LECRIM dice que «abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión»; de aquí que la ley haya previsto taxativamente, en el art. 746, las causas por las cuales puede acordarse la suspensión del juicio, y de aquí también que, por ejemplo, la jurisprudencia haya indicado con reiteración que no existe indefensión cuando se deniega la prueba pedida en el acto de la vista, si su admisión supusiera la suspensión del juicio, pues debe achacarse a negligencia de la parte el no haberla pedido anticipadamente.

Asimismo la concentración es una de las notas características del proceso laboral, en el que la unidad de acto fue una de las aspiraciones de los creadores del proceso especial, hoy consagrada en los arts. 74, 85 y 87 de la LPL. También aquí la jurisprudencia ha interpretado restrictivamente las posibilidades de suspensión del juicio.

Un segundo aspecto de la concentración es el relativo al contenido del proceso, esto es, a las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales se concentren en el acto único de la audiencia para que pueda decidirse de todas ellas conjuntamente, sin que la decisión de fondo pueda ser dilatada hasta que se resuelve sobre estas cuestiones, pues lo contrario afecta a la duración del proceso.

d) Publicidad

Por último, la oralidad supone necesariamente publicidad, entendida ésta en su verdadera significación.

Cuando se habla del principio de publicidad suele distinguirse entre publicidad para las partes y publicidad general, pero se trata de una distinción que carece de sentido. La llamada publicidad para las partes se refiere en realidad al principio de contradicción o audiencia, pues si un acto procesal fuera secreto para las partes no se estaría haciendo referencia a la forma del proceso, al procedimiento, sino que se estaría colocando a aquéllas en situación de indefensión. La verdadera publicidad, la que aquí consideramos, es la que se refiere al público, y respecto de ella afirmamos su carácter político y su dependencia de la oralidad.

Ya es sintomático que en las constituciones y en los textos internacionales más importantes se haya recogido la garantía de la publicidad del proceso. Así lo ha hecho también el art. 120.1 de nuestra Constitución declarando que «las

actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento». Esta declaración por sí misma sería inútil por no añadir nada a la situación precedente y porque, al remitir las excepciones a las leyes ordinarias, sin establecer en la propia Constitución los criterios fundamentales que hacen admisible una excepción, está estableciendo un principio vacío de contenido. Para darle utilidad hay que poner en relación el art. 120.1 con el art. 24.2 de la propia Constitución (derecho a un proceso público), con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y con el art. 6.1 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, en donde se establece que las excepciones tienen que justificarse en intereses que, desde el plano constitucional, merezcan protección preferente a la publicidad (vid. STC 62/1982, de 15 de octubre).

Sin oralidad no hay publicidad. En un procedimiento escrito las normas legales pueden establecer la publicidad, pero son normas de imposible cumplimiento en la práctica. Sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad y con ella la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia.

Cuando se habla de publicidad el principio debe acomodarse a los tiempos. Hoy no tiene sentido decir que la publicidad permite que el público entre en el local de la audiencia para presenciar la realización del acto procesal; en la actualidad la publicidad no puede dejar de atender a los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión) y ha de entenderse que proceso público es aquél al que pueden tener acceso esos medios, los cuales se constituyen como una especie de "representantes" del público, y como tales tienen todos los derechos del "público", pero no más.

En España el art. 302 de la Constitución de Cádiz de 1812 proclamó el carácter público del proceso penal desde la conclusión del sumario, y en su Discurso Preliminar se hacía constar que era uno de los principios básicos del sistema criminal. En la actualidad, frente al secreto para el público del sumario (art. 301 LECRIM), el art. 680 de la misma Ley impone la publicidad de los debates del juicio oral bajo pena de nulidad.

En el proceso civil el art. 138 LEC dispone que las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública, es decir, que todas las actuaciones orales serán públicas.

En el proceso laboral partiendo de la declaración de audiencia pública del art. 84.1 de la LPL, la publicidad es real, siendo de hecho posible que el público presencie la realización del acto único del juicio.

La oralidad, la inmediación y la concentración pueden ser considerados principios técnicos del procedimiento, pero la publicidad tiene un claro componente político que se resuelve en una garantía para las partes en el proceso, aunque

también es el medio más idóneo para que pueda producirse el control de los órganos judiciales por el pueblo, del que emana el poder de aquéllos. Por eso si ley regula el proceso sin intermediación no cabría cuestionarla constitucionalmente, pero si lo hace sin publicidad se estaría atentando a uno de los pilares de una sociedad democrática.

IV.- LA ESCRITURA Y SUS PRINCIPIOS CONSECUENCIA

A partir del siglo XII el principio de escritura dominó en el proceso europeo. Las razones de ello son muy variadas, pero posiblemente una de ellas, y no la menos importante, fue la que Inocencio III expuso en la famosa decretal de 1216, decretal que ha sido señalada como el hito que marcó el triunfo completo del principio de escritura: se trataba de proteger a las partes contra *falsam assertionem iniqui iudicis*, esto es, contra los jueces inicuos, como manifestación de la desconfianza respecto de ellos. El juez tendría que basarse para decidir un asunto en lo que constaba en la causa por escrito, y a partir de ahí surgía la posibilidad de que, por medio de los recursos, se pudiera controlar su actividad. En cualquier caso este sistema predominó en toda Europa desde el siglo XII hasta el XIX, y todavía hoy es la base de muchos procedimientos.

También aquí la escritura no es sólo una nota del procedimiento sino que hace referencia a un conjunto de caracteres:

a) Forma escrita de los actos procesales

Frente a la palabra hablada, la forma escrita predomina en los actos procesales y por escrito se comunican entre sí los sujetos del proceso. De este principio deriva el brocardo **quod non est in actis non est in mundo** que refleja la concepción de que el juez, para dictar la sentencia, sólo puede tomar como base aquello que se encuentra documentado en los autos, pues lo que no está escrito no existe para el juez. Cuando existen actos orales éstos cumplen una función accesoria, hasta el extremo de que normalmente su realización no es obligatoria, pues suele depender de la voluntad de las partes, o del tribunal, su sustitución por actos escritos.

El que en un procedimiento oral se proceda a la documentación del acto realizado, no supone vulneración de la oralidad; lo importante es que el juez, a la hora de dictar la resolución, no se basará en el acta realizada para documentar el acto oral, sino directamente en el acto oral. Por el contrario, en un procedimiento escrito el acta no es simple documentación de un acto oral, sino que la ley o impone o posibilita que el juez dicte su resolución tomando como elemento de juicio el acta. Así ocurre cuando la ley permite que no sea el mismo el juez que presencia las pruebas y el que dicta la sentencia; entonces el segundo juez convierte el acta en su único elemento de información

En los procesos civiles el principio de escritura fue el determinante durante todos esos siglos y lo sigue siendo en la actualidad en la mayor parte de los países. En España la LEC de 1881 se elaboró sobre la escritura y hasta el extremo de que decía Gómez Orbaneja que «mayor predominio del principio escrito, sin duda, no se da hoy en ningún otro sistema». La tradición escrita llevó hasta el extremo de que, cuando la ley regulaba un proceso oral, como era el juicio verbal, la práctica lo desvirtuaba porque ni el juez ni los abogados estaban acostumbrados a la misma.

La nueva LEC ha acabado con el principio de escritura, dando paso a la oralidad aunque falta ver cómo se asume en la práctica. Un proceso oral es siempre algo poco cómodo para los intervinientes en el mismo como profesionales. El juez tiene que asistir realmente a todos los actos del mismo, y tiene que hacerlo teniendo completo conocimiento de lo que en él se debate, lo que exige su estudio previo. Los abogados han de poner manifestarse en el acto sobre tres circunstancias: 1) Los hechos propios del proceso, 2) El derecho procesal que regula el acto, y 3) El derecho material que regula el objeto del proceso. En la escritura el juez y los abogados van tomando conocimiento sucesivo del proceso, van realizando los actos de modo paulatino y el trabajo se presenta así de modo menos complejo.

La escritura es el principio informador del proceso administrativo y lo es en toda su extensión pues, incluso, la fase de conclusiones puede ser en escrita. Todo el procedimiento es escrito, pero los arts. 62 a 65 de la UCA permiten la celebración de vista, como alternativa de las conclusiones escritas, cuando el tribunal la considere necesaria o cuando la soliciten las dos partes, y en la práctica las partes la piden muy rara vez y el tribunal, desde luego, nunca la considera necesaria.

b) Mediación

La escritura implica mediación, esto es, que entre el juez y las pruebas, principalmente, existe algún elemento interpuesto, por lo que el juez que ha de dictar sentencia no necesita haber presenciado la práctica de las pruebas, por cuanto su decisión ha de basarse, no en lo visto y oído, sino en lo que consta por escrito.

Hay que tener muy clara la distinción entre inmediatez y mandato legal de que un juez presida la práctica de las pruebas. La inmediatez hace referencia a que el juez forma su convicción directamente sobre lo visto y oído (no sobre las actas en que se documenta la realización de los actos de prueba), y de ahí la necesidad de que dicte sentencia precisamente quien ha presidido la práctica de las pruebas. Por el contrario, el que la ley disponga simplemente que un juez debe presidir los actos de prueba no guarda relación con la inmediatez si luego se permiten los cambios de juez a lo largo del proceso; este mandato atiende a dar

seriedad o formalidad a unos actos e impone a los jueces un deber, pero sin relación con la verdadera inmediación. Este es el caso del art. 229 de la LOPJ.

El art. 229 dicho se limita, por un lado, a repetir el art. 120.2 de la CE, sobre la constitucionalización de la oralidad y, por otro, a disponer, que las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los peritos y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, pero esto no es imponer la oralidad, pues luego no se asegura que ese juez o los magistrados que componen el tribunal han de ser los mismo que dicten la resolución.

En la regulación procesal ha sido tradicional que las normas dispongan que las pruebas han de practicarse en presencia del juez, el cual debe presidir el acto y dirigirlo, pero esos mandatos no han supuesto introducir realmente la inmediación:

1.º-) En las normas reguladoras no se ha asegurado que el juez que ha presenciado la práctica de las pruebas será el que ha de dictar la sentencia. Por el contrario, las leyes han aceptado, con todas sus consecuencias, la posibilidad del cambio de juez a lo largo del procedimiento; posibilidad que no es de remota realidad sino de práctica diaria.

2.º-) Asimismo en esas leyes se ha partido de la idea de que el juez no ha de dictar la sentencia bajo el recuerdo ,cercano de lo presenciado, sino que ha de hacerlo con base en las actas, es decir, con lo que queda por escrito de la celebración de los actos.

Demostración de lo que decimos es que las leyes han permitido (y aun han ordenado) que las pruebas se practiquen por juez distinto del que realiza el proceso, acudiendo al auxilio judicial, y que cuando la prueba se practica ante un órgano colegiado basta con que la presida uno de sus magistrados (art. 60.5 LJCA). En este orden de cosas la LOPJ no ha innovado nada, y así puede verse el art. 205, 3.º, según el que las pruebas pueden practicarse ante el magistrado ponente y no necesariamente ante todos los magistrados que integran el tribunal.

La verdadera inmediación sólo es posible en un procedimiento oral. La escritura conduce necesariamente a la mediación, a la interposición entre el juez y la realidad de "los escritos".

c) Dispersión y preclusión

La alternativa de la concentración es la dispersión en el tiempo de los actos procesales. Frente al acto único y concentrado del procedimiento oral, el procedimiento escrito exige que se establezcan una serie de lapsos de tiempo para que cada parte realice el correspondiente escrito, se presente en el órgano judicial y éste lo comunique a la otra parte, y lo mismo cabe decir de las

resoluciones del juez. El procedimiento se dispersa así en fases o tiempos. En el proceso común, de base totalmente escrita, Jacobo de las Leyes, uno de los autores de las Partidas, distinguía nueve tiempos en el proceso civil.

La dispersión de los actos procesales en el tiempo exige, para que aquéllos se desarrollen ordenadamente, que se establezca legalmente un orden de sucesión de los actos, lo que conduce a la preclusión y a la eventualidad.

La preclusión significa que dentro de las distintas fases o tiempos del procedimiento se ha de realizar un acto concreto con contenido determinado, de tal manera que si la parte no lo realiza oportunamente pierde la posibilidad de realizarlo. Así la ley marca, por ejemplo, un plazo para contestar a la demanda, y si el demandado no aprovecha la posibilidad que le concede la ley, no podrá ya realizar las alegaciones propias de la contestación a la demanda; y lo mismo cabe decir de la proposición de prueba o de cualquier otro acto con su contenido propio.

Es evidente que una cierta preclusión ha de encontrarse en todos los procedimientos, sean cuales fueren los principios básicos que los informen, pero en el procedimiento escrito la preclusión es el único sistema para hacer avanzar el proceso con cierto orden. La preclusión, más el impulso de oficio, hace que los procedimientos, una vez puestos en movimiento, lleguen a su final.

Es preciso advertir que la preclusión opera frente a las partes, no frente al órgano judicial. Si las partes tienen un plazo para proponer prueba y aquél transcurre sin que se haya hecho uso de la posibilidad, el secretario dejará constancia en los autos, por diligencia, de que ha transcurrido el plazo y el tribunal impulsará formalmente el procedimiento haciéndolo pasar a la fase siguiente; para las partes habrá precluido el derecho a proponer prueba.

Ahora bien, si al juez le concede la ley un plazo para dictar sentencia, por ejemplo, el transcurso del mismo sin que el juez la dicte, no puede suponer que precluya el deber del juez de dictarla. El incumplimiento de los plazos para el juez, o para cualquiera de las personas que integran el órgano jurisdiccional, no supone preclusión, sino causa de responsabilidad disciplinaria.

Podría decirse que precluye el derecho a realizar un acto procesal no el deber de hacerlo, y de ahí lo que hemos dicho para el juez. Pero también cuando las partes tienen deber de realizar un acto, el transcurso del tiempo no supone preclusión. Si la parte ha de devolver los autos o algún documento, el transcurso del plazo no supone preclusión, sino corrección disciplinaria o incluso responsabilidad penal. A tener en cuenta que las partes en el proceso tienen muy pocos deberes y menos obligaciones; normalmente sobre ellas pesan cargas.

Dividido el procedimiento en fases rígidas destinadas a la realización de actos de contenido y forma predeterminados, y habida cuenta de la preclusión, aparece como necesario que las partes acumulen todos los medios de defensa de

que dispongan en cada una de ellas. Es lo que se llama principio de acumulación eventual o de eventualidad.

Esta es la razón de que en el proceso civil el demandado tenga que incluir en la contestación a la demanda todo lo que pueda alegar frente a la pretensión, tanto de contenido procesal (excepciones procesales) como material (excepciones procesales).

La alegación que no realice en ese momento no podrá ya hacerla en momento posterior.

La eventualidad da origen a contestaciones de demanda que pueden parecer ridículas. En Alemania es tópico aludir a ésta:

En primer término, no me has dado dinero alguno.

En segundo término, "te ha sido devuelto hace ya un año".

En tercer término, "tú me aseguraste que me lo regalabas".

Y, por último, "ha prescrito ya".

En la práctica las contestaciones pueden ser, de hecho, mucho más ¿ridículas?, pues en el ejemplo alemán falta todo lo relativo a los presupuestos procesales, y antes de contestar sobre el fondo podría alegarse incompetencia del juez, que no procese esa clase de juicio, falta de capacidad o de legitimación, litispendencia, defecto legal en el modo de proponer la demanda, etc.

Naturalmente la eventualidad no se da sólo en las contestaciones a la demanda. En las demandas se dan también casos que parecen muy poco serios.

La preclusión y la eventualidad no pueden dejar de estar presentes en todos los procesos, incluso en aquéllos en los que predomina la oralidad, si bien en éstos la misma no puede jugar de modo completo. Por ello es por lo que el proceso civil puede regularse estableciendo dos actos iniciales escritos, la demanda y la contestación, destinados a formular las alegaciones por cada una de las partes y con preclusión, sin perjuicio de que luego se admitan modificaciones no sustanciales de esas alegaciones.

d) Secreto

Un procedimiento escrito conduce naturalmente al secreto de hecho, y ello a pesar de las disposiciones legales que ordenan la publicidad. El art. 120.1 CE, al establecer la publicidad de las actuaciones judiciales, tiene carácter general pero en la realidad un procedimiento escrito difícilmente llegará al público porque:

1.º-) Todo el procedimiento consiste en que las partes presentan escritos en el juzgado o tribunal y en que el juez dicte los proveídos necesarios, y a estos trámites no puede tener acceso al público por razones prácticas evidentes; lo único que presenciara es la entrega de escritos.

Desde el siglo XIII al XIX hasta el proceso civil se realizaba de modo secreto para el público, el cual no podía presenciar los pocos actos orales que en él se realizaban. La publicidad de los actos en el proceso civil se estableció en la mitad del siglo XIX pero en realidad no pudo hacerse efectiva como consecuencia de la escritura. Carece de sentido decir que un proceso escrito será público, porque de hecho no puede ser así. Sólo con la nueva LEC ha podido llegar la publicidad al proceso civil.

2.º) Sin tener conocimiento del contenido de los escritos, el presenciar la práctica de una prueba o una vista se convierte en algo ininteligible para el público, y de ahí que éste no asista nunca. Mientras en la vista de un juicio oral penal y en el juicio laboral suele ser frecuente la presencia del público, ello no ocurre jamás en una vista de apelación civil (cuando una persona se sienta en los bancos de una sala civil es por error, como demuestra que inmediatamente se levante y salga).

Si los actos procesales, individualmente considerados, son de hecho secretos para el público, nada impide que de ellos se dé conocimiento general por los medios de difusión. La publicación así en los medios escritos o hablados de la existencia de los actos procesales y del contenido de los mismos ha de considerarse en general permitida, con la única salvedad de que en el proceso correspondiente se haya decretado la realización a puerta cerrada o el secreto de las actuaciones.

V.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ORALIDAD

La discusión en torno a las ventajas e inconvenientes de la oralidad ha producido una abundantísima bibliografía. Esa discusión en España ha terminado. El art. 120.2 CE ha puesto fin a la misma al establecer que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal».

Está abierta, naturalmente, la crítica de la norma constitucional, pero no su cumplimiento.

Puede así decirse que la alternativa entre oralidad y escritura no merecía ser resuelta en una norma de rango constitucional, o puede advertirse la desafortunada redacción del párrafo, uniendo el adverbio "predominantemente", con la expresión "sobre todo", pues si el procedimiento es predominantemente oral ¿cómo puede serlo sobre todo en materia criminal?; pero éstos son detalles que

no resuelven el nuevo tema de discusión que el art. 120.2 ha abierto ala doctrina española. Ahora de lo que se trata es de cómo cumplir el mandato constitucional.

Es evidente que la oralidad no puede suponer la regulación de procedimientos totalmente orales. Advertíamos *supra* que entre oralidad y escritura no cabe hablar de exclusividades; se trata más bien de prevailecimiento. Nuestra Constitución ha optado por el prevailecimiento de la oralidad y ello ha de significar el mandato al legislador ordinario para que convierta los procedimientos escritos en procedimientos orales. Naturalmente no se tratará de que todos los procesos asuman en la misma medida la oralidad, pues no podrá ser igual un proceso de escasa cuantía e importancia que otro proceso de gran complejidad documental, por ejemplo, pero sí tiene que quedar clara la obligación del legislador de tender a la oralidad.

La utopía puede pretender llevar a la regulación de procedimientos orales en todos los ámbitos de actuación de la jurisdicción, pero la adecuación a la realidad exige distinguir unos y otros supuestos. Existen procesos o fases de los mismos en los que la oralidad no añade nada y, al contrarió, puede perturbar la tramitación; por ejemplo, un recurso en el que se trate simplemente de controlar la regularidad procedimental de lo actuado, para lo que basta tomar en consideración las actuaciones mismas, no es conveniente que sea oral. La oralidad tiene sentido cuando se trate de un proceso en el que se debate sobre los hechos y en el que ha de practicarse prueba predominantemente no documental.

La introducción de la oralidad no va a lograrse sin problemas. Se ha dicho una y otra vez que la oralidad es más cara que la escritura, por exigir muchos más medios personales y materiales. La oralidad se reconduce así, en primer lugar, al Presupuesto de la Nación; mientras la atención que éste dedica a la justicia no llega al 1 por 100 de los gastos, como ocurre en la actualidad, será imposible introducir cambios sustanciales en los procedimientos o que los cambios introducidos se cumplan en la práctica. En segundo lugar es imprescindible contar con una magistratura dispuesta a aplicar los nuevos principios y con una abogacía preparada para hacer frente al cambio.

Llevamos en España, en algunos procesos, una tradición casi milenaria de escritura, por lo que la introducción real de la oralidad no se logrará simplemente con unas leyes procesales nuevas, por muy buenas que estas leyes sean; un cambio tan profundo en los hábitos de quienes han de aplicarlas exige crear las condiciones objetivas que hagan posible la asimilación del cambio. Este cambio pasa por el

Presupuesto, pero incide también en la voluntad política de quienes han de dictar las leyes con arreglo a una distinta mentalidad, y lleva a crear una magistratura y una abogacía, no ya sólo dispuestas a asimilar el cambio, sino decididas a impulsarlo.

VI.- LECTURAS RECOMENDADAS:

La distinción de los sistemas de libertad y legalidad de las formas procesales procede de **CALAMANDREI**, "**Instituciones de derecho procesal civil**" según el nuevo código, I, Buenos Aires, 1962, Trad. de Sentís.

La cita de **MONTESQUIEU** en **L'ésprit des lois**, VI, 2 y XXIX, 1.

Puede verse **JIMÉNEZ APARICIO**, **Sobre el principio de legalidad procesal**, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 22 de octubre de 1998.

Sobre el formalismo, **SATTA**, **El formalismo en el proceso**, en «Soliloquios y colo de un jurista», Buenos Aires, 1971, trad. de Sentís;

CHIOVENDA, **Le forma difesa giudiziale del diritto**, en "**Saggi di diritto processuale civile**", I, Roma, 1930 (existe traducción castellana).

La bibliografía sobre la oralidad es hoy desbordante. Citaremos sólo algunos trabajos en castellano:

WACH, Oralidad y escritura, "**Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana**", Buenos Aires, 1951, trad. de Krotoschin;

CHIOVENDA, buena parte de su obra monográfica está dedicada a este tema con propósito legislador y fue recogida en los "**Saggi**" y "**Nuovi saggi**" que están traducidos por Sentís con el título de "Ensayos";

CALAMANDREI, Oralità n'el processo, en "**Opere giuridiche**", I, Napoli, 1965 (también traducido); el volumen **Processo oral**, Río de Janeiro, 1940, que recoge veintiocho trabajos.

FAIRÉN, **El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso**, Valencia, 1988. Sobre la concentración **FAIRÉN**, Notas sobre el principio de concentración, en "**Estudios de derecho procesal**", Madrid, 1955.

ALCALÁ-ZAMORA, Proceso oral y abogacía, en "**Estudios de teoría general e historia del proceso**", II, México, 1974, pp. 17 y 19, es el autor que estima preferible hablar de proceso concentrado. I

La distinción entre publicidad para las partes y publicidad general, por ejemplo, en **CHIOVENDA**, **Instituciones**, III, cit., p. 201. Correctamente **FAIRÉN**, Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso, en "**Temas del Ordenamiento Procesal**", I, Madrid, 1969.

Sobre el predominio del principio escrito en la LEC, vid. **GÓMEZ ORBANEJA, Derecho procesal civil, I**, Madrid, 1976, p. 220; **SERRA, Liberalización y socialización del proceso civil**, en Rev. Der. Pro. Iber., 1972, 2-3.

Respecto de la preclusión **VALLINES, La preclusión en el proceso civil**, Madrid, 2004. El ejemplo alemán de contestación a la demanda en **GOLDSCHMIDT, Derecho procesal civil**, Barcelona, 1936, p. 85.

La Constitucionalización de la oralidad en todos los comentarios a la Constitución y en **BONET, Oralidad y Constitución**, en "**Escritos sobre la jurisdicción**", Zaragoza, 1981.

EL TRIBUNAL DE LAS AGUAS DE VALENCIA

1.- Introducción.-

Hemos despedido el siglo XX; estamos en el siglo XXI y sorprende y desanima a todos nosotros que somos juristas, el mantenimiento persistente y reiterativo de lo que, durante estos últimos 100 años, ha sido una constante de crisis en la Administración de Justicia.

A principio de siglo, un jurista norteamericano, Rocco Pound, allá por el año 1.905, pronunció una conferencia que tituló: " Las causas de la popular insatisfacción de la justicia". El gran maestro de juristas que fue **DON ANTONIO HERNANDEZ GIL** , presidente del T. S. y del C. G. P .J. en su discurso de entrega de la memoria a las Cortes Españolas en 1.986, dijo textualmente: "La justicia en España es independiente pero ineficaz". Es evidente que, entre ambas citas, podemos intercalar y rememorar miles de expresiones mas o menos similares, porque en esta cuestión, conviene decirlo, no hay paraísos judiciales ni milagros judiciales, sino lugares donde la justicia, en algunos funciona un poco bien y en otros desastrosamente mal.

No hace mucho un diario francés contenía una editorial que decía: ' Estado de emergencia de la justicia francesa". Y por esas mismas fechas, también un diario italiano, en un artículo de opinión, a grandes titulares anunciaba: "Las calamidades de la justicia italiana". Y que podíamos contar de la justicia española; pues que las dilaciones es el principal problema que le afecta. Existe un refrán que dice: Pleitos tengas y los ganas.

Muy al revés de lo que ha sucedido en el siglo XX con los transportes, las comunicaciones, la sanidad, que son prestaciones del Estado que han ido progresando, la Administración de Justicia ha seguido una clarísima línea involutiva en cuanto a organización y servicio. Es decir, estamos viviendo una constante de crisis que ha forzado a unas continuas reacciones por parte de todos los juristas. Estas reacciones han consistido, bien en una serie de remedios, - o en actos testimoniales como congresos, críticas, campañas etc. pero con todo y con eso, al menos en los sistemas jurídicos que conozco, cabe decir lo que el reverso de una famosa medalla que se vende para el día de los enamorados: "Hoy funciona pero que ayer, pero mejor que mañana" – y tal vez el mal y el fracaso derivan de una falta notable de perspectiva. Unas veces culpamos de los males de la justicia, a la mezquindad de los presupuestos, otras las normativas procesales, otras veces al modelo a seguir, etc. Se han arbitrado, planes parciales, ejecuciones provisionales de las sentencias, justicias cautelares, sistemas alternativos etc. y todos esas sistemas no han servido para desatascar los Juzgados. Sin embargo últimamente empieza a germinar en Europa la semilla de

una especie de ecología jurídica consistente en regresar a otras formas mas naturales de dirimencia de los conflictos, sobre todo en determinados órdenes; verbi gracia, en el orden empresarial para resolver conflictos mercantiles y laborales, se exponen formulas transactivas para cuestiones de orden domestico, cuestiones familiares, de vecindad, es decir en todos aquellos lugares donde exista una convivencia continuada (fabricas, universidades, complejos de asueto) en justicia deportiva, en barrios, etc.

2. – SOBRE EL TRIBUNAL DE LOS ACEQUIEROS DE LA VEGA DE VALENCIA,

Pues éste es su verdadero nombre, y mas popularmente conocido como **CORT DE LA SEO**, se ha escrito mucho y en todos los sentidos, tanto para ensalzarlo, haciendo hincapié sobre sus muchos valores, como para denigrarlo, manteniendo que es un residuo fósil, pero que, en general, se le ha tratado de una forma muy folclórica, lo que no le ha favorecido en nada, aunque lo insólito de su funcionamiento también merezca tal tratamiento.

La primera vez que yo encontré una mención a dicha institución, fue en la novela “La Barraca” del escritor valenciano Vicente Blasco Ibáñez, y desde entonces, llevado por mi curiosidad sobre temas jurídicos de añejo sabor, he procurado informarme sobre su funcionamiento.

Si alguien quiere informarse mas sobre que es y que significa el Tribunal de las Aguas de Valencia, le recomiendo, como obligada lectura, la obra del profesor Victor Fairen Guillen, editada por la Caja de Ahorros de Valencia.

3.- Existen muchas dudas sobre el origen del Tribunal, ahora bien, el inicio del mismo como tal, se debe al Rey Jaime I de Aragón que en Privilegios fechados en 1 .239 y 1 .250 otorga a los acequeros de la vega de Valencia unos determinados privilegios, siendo estos la primera fuente de derecho del Tribunal, aunque es seguro que antes de la conquista de Valencia por dicho monarca a los musulmanes, ya existía todo un complicado sistema de regadío apropiado a las circunstancias de la huerta: poco terreno, propiedad muy dividida en minifundios, mucha insolación y no demasiada agua para los cultivos.

Desde esa fecha hasta nuestros días, el Tribunal ha venido funcionando e impartiendo justicia ininterrumpidamente, pese a las muchas presiones que han existido para traspasar sus competencias a otros organismos por considerarlo una Tribunal de excepción que atenta contra el principio de jurisdicción única, y el ambiente *hostil* que en su contra ha tenido en tiempos de guerra. Sin embargo, la fe ciega que los huertanos han tenido y tienen en su Tribunal, su bien hacer y prestigio ha hecho que, milagrosamente, se mantenga en pleno funcionamiento conservando sus privilegios, jurisdicción y competencia, disfrutando de una

verdadera "autoritas" en el sentido romano de la palabra, lo cual contribuye en mucho a que terceras personas se sometieran a él y que la mayor parte de sus sentencias se ejecutaran de modo voluntario.

4.- En la actualidad su continuidad está garantizada por ampararlo la vigente Constitución española.

No he encontrado la fórmula de definir de una forma sintética que es el Tribunal de las Aguas, por ello he preferido entrar a considerar y disertar sobre aquellos elementos que lo constituyen; su competencia tanto objetiva, subjetiva y territorial, el personal que lo forma y el procedimiento ante él seguido, para que cada uno se haga su propia definición. Ahora bien, debe quedar claro que el Tribunal de las Aguas no es un Tribunal Penal, sino que sus condenas son civiles o administrativas, en su caso. Sin embargo, para empezar, diré, que el Tribunal de las Aguas de Valencia, es un órgano jurisdiccional, con sede en Valencia, capital de la Comunidad Autónoma del mismo nombre, con amplia competencia para juzgar y hacer cumplir lo juzgado en todos los conflictos que se produzcan entre las Comunidades de Regantes de las diferentes acequias de la huerta de Valencia, entre estas y los regantes y cualquier otro usuario del agua, y, en general, para conocer sobre cualquier litigio derivado de la utilización del agua, que actúa, dicho con palabras poéticas, con el cielo por dosel y bajo la mirada de los apóstoles.

La importancia de su estudio, viene dado porque, aun teniendo más de 800 años de funcionamiento, reúne en su sistema de impartir justicia, todas y cada una de aquellos principios, que las más avanzadas doctrinas procesalistas, predicadas por los Juzgados y Tribunales, a saber: audiencia, bilateralidad, contradicción, oralidad y publicidad. Por ello, es un ejemplo a seguir por todas las reformas que se puedan operar en los procedimientos civiles, por la rapidez y eficacia con que actúa.

5.- Fuentes de Derecho del Tribunal de las Aguas.

5.1.- En primer lugar hemos de referirnos al Art. 125 de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, en el que se establece que los ciudadanos participaran en la Administración de Justicia en Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

5.2.- Como desarrollo directo de la Constitución, hallamos fuente del Tribunal en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que en su Art. 38 establece que la Generalidad Valenciana corresponde coadyugar en la organización del Tribunal de las Aguas de Valencia.

5.3.- La plena admisión del Tribunal en el Ordenamiento Jurídico español, se hace en el Art. 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde, expresamente,

se menciona el Tribunal dándole el carácter de tradicional y poniéndolo a la misma altura del resto de los tribunales en dicha ley regulados.

5.4.- Otras fuentes escritas son:

A).- El Decreto de 5 de Abril de 1.932 (II Republica Española) , por el cual se confirman los privilegios y autonomía de jurisdicción del Tribunal de las Aguas de Valencia, decreto que ha sido declarado vigente por numerosas sentencias de la Audiencia de Valencia.

B) .- Los privilegios a que se refiere el Decreto anteriormente mencionado son los dictados por el Rey Jaime 1 de Aragón apenas conquistada Valencia a los árabes, estando al frente de ellos el de diciembre de 1 .239 y por el que donaba a sus habitantes todas las acequias de la huerta , - excepto uno, la de Montcada, que se la reservaba para él -, para que pudieran utilizarlas segons que antigament es e fu stablit e acostumat en temps de sarrahins”; el de 13 de febrero de 1250 por el que el mismo rey concedía a los directores de las acequias, entre otras, las facultades de imponer y ejecutar las penas. Existen otros Privilegios, pero no viene al caso citar.

C).- Las fuentes de Derecho mas utilizadas y manejadas por y ante el Tribunal están constituidas por las Ordenanzas de las Comunidades de Regantes, escritas unas en castellano y otras en valenciano publicadas en diferentes fechas pero lo que menos tiene mas de 300 años y que desde su promulgación no se han modificada. Se trata de colecciones de Derecho sustantivo en general pero no faltan disposiciones orgánicas y procesales en las que se establecen, entre otros puntos de interés, la jurisdicción y competencia, capacidad para denunciar y ser denunciado, legitimación, renuncia, desistimientos, etc. y sobre todo, la obligación que tienen sus respectivos síndicos de asistir todos los jueves del año a la lonja de los Apóstoles de la Plaza de la Seo para formar el Tribunal de las Aguas.

De otro lado el Ordenamiento procesal del Tribunal es consuetudinario construido por él mismo a lo siglos de actuación continuada, e introduciendo sesión a sesión las mejores procesales aconsejadas por las circunstancias.

Administrativamente, que no jurisdiccional pues desde este punto de vista no depende de nadie, el Tribunal se encuentra encuadrado dentro de la Comisaría de Aguas del Jucar la cual depende del Ministerio de Obras Publicas.

6.- Jurisdicción del Tribunal de las Aguas

6.1.- El Territorio.

El agua del río Turia se extrae, mediante azudes, el agua que es conducida a ocho acequias y que a su vez cada una de estas es diversifican en muchas

ramificaciones para su utilización para el regadío. Las Comunidades de Propietarios de las Acequias son titulares de esas acequias, mayores y menores y de todas las franjas de terreno ocupadas por ellas, cajeros y pasos. Así pues la jurisdicción del Tribunal de las Aguas de Valencia se extiende a las ocho acequias que componen el sistema de regadío de la huerta, sus márgenes o cajeros, caminos, pasos, puentes, servicios de su propiedad en todo caso y a las infracciones que en tales lugares se cometan por cualquier persona.

6.2.- Las personas.

Son sujetos de la Jurisdicción del Tribunal tanto personas físicas como jurídicas, los propios funcionarios de las Comunidades de Regantes, y al frente de ellos, los Síndicos, los terratenientes labradores, - si su legitimidad es puesta en duda, se comprueba por los libros que cada Comunidad lleva, consignando las transmisiones -, los arrendatarios, medieros y concesionarios industriales del aguas o servicios que vienen impuestos por la construcción de nuevos edificios en terrenos de las Comunidades.

Mas el Tribunal extiende su Jurisdicción a terceras personas que no tiene ninguna de las calidades citadas, pero que utilizan terrenos de las Comunidades y pueden cometer infracciones en ellos, previstas en las Ordenanzas, en las que, de otro lado es frecuente encontrar normas dirigidas no solo a las comuneros sino a cualquier persona, como, en ocasiones extraordinarias de sequía la jurisdicción también se extiende a los pueblos de la vega alto que están colocados algunos fuera de la huerta.

7.- Organización.-

Como todo Tribunal, el de las Aguas de Valencia, tiene un doble funcionamiento, el judicial propiamente dicho y el Administrativo. Mas todos los elementos personales que intervienen en ambas manifestaciones de su actuación, son los mismos; a saber: Jueces-Síndicos y sus auxiliares, Electos, Veedores, Atadores y Partidores, Acequeros, Alguacil, Cobradores, Guardas, Secretario y Agente Judicial. Los únicos que no actúan entre en la faceta judicial del Tribunal, son el Secretario y el Abogado. Como curiosidad he de decir que no se admite en los juicios orales ante el Tribunal la intervención de abogados como tales, a no ser que intervengan como apoderados o representantes de personas jurídicas, pues la representación de personas físicas solo se admite excepcionalmente.

7.1.- Es Tribunal de las Aguas esta integrado por ocho jueces nombrados por cada una de las ocho acequias (Comunidades de Regantes); de la orilla izquierda del viejo cauce del río Turia, Rascaña, Mestalla y Tormos; de la orilla derecha, Rovella, Favara, Quart, Benacher y Eitanar y Mislata. Estos Jueces son a la vez Síndicos, ambos cargos van indisolublemente unidos, de tal modo que la obligación de actuar como Juez en el Tribunal se adquiere y pierde con la calidad de Síndico. De ahí que se le denomine Jueces-Síndicos, si bien cuando actúan en

el Tribunal lo hacen como jueces y cuando actúan de modo administrativo, como Síndicos de las respectivas acequias. Por regla general, los Síndicos son elegidos democráticamente, por votación, en las Juntas Generales de cada Comunidad de Regantes, variando de unas a otras la calidad de debe reunir el candidato así como el tiempo por el que se elige. El cargo de síndico es remunerado, aunque de forma simbólica, y es el propio Tribunal el que elige y remueve su presidente.

7.2.- Auxiliares y subalternos del Tribunal.

De entre todos ellos merecen especial preferencia “los Guardas” de las Acequias por su relevante papel en el proceso.

Su sistema de nombramiento es variado según la Comunidad de que se trate, así como las funciones y obligaciones que tienen, de vigilancia de las acequias, policía, ect. pero en cuanto al proceso pueden iniciarlo mediante denuncia dirigida al Síndico de la acequia interesada el cual efectuará una breve instrucción y en el momento del juicio representa un papel muy semejante al del Ministerio Público en un proceso penal: Si la infracción ha supuesto una lesión de los intereses de la Comunidad, son ellos los que profieren la denuncia ante el Tribunal de forma oral y al comienzo del Juicio y, en este caso, su palabra hace fe en juicio, esto es, no necesita su denuncia ser corroborada por otros medios de prueba. Si la infracción no lesionó los intereses de la Comunidad correspondiente, el Guarda se limita a presentar al denunciante y al denunciado ante el Tribunal y hasta que el juicio termina, pudiendo ser interrogado por el Presidente. Tiene derecho a sueldo que pagan las Comunidades y a una participación en las multas. Existen también unos sobreguardas o sustitutos de los Guardas para el supuesto de enfermedad o incompatibilidad de estos.

Los “veedores”, nombrados también por las Comunidades, son inspectores de la distribución de las aguas, así como de la conservación de las obras.

En el proceso tiene un papel de especial interés; En efecto, como técnicos en la materia, son los encargados de las “visuras o reconocimientos oculares y periciales” para valorar el daño y los perjuicios causados. Estas “visuras” se practican en el corto periodo instructorio, y practican la liquidación de las sentencias.

Los “atandadores” son los encargados de la distribución normal de las aguas entre los comuneros y concesionarios; el “atandarse” o “pedir tandeo” significa pedir al “atandador” una hora determinada para proceder al riego; una vez acordado, nadie en aquel brazal de la acequia puede tomar aguas más que el “atandado”, Son nombrados por las Comunidades y reciben de ellos sus honorarios.

El Tribunal tiene un único “alguacil” por él nombrado. Desde el punto de vista del proceso, es él quien, a la orden del Presidente, va llamado a los denunciados por orden de acequias, en alta voz y por dos veces. Obedece

siempre las órdenes del Presidente, y es el ejecutor de la policía de juicios orales. Pero su más importante función desde el punto de vista del proceso, tiene lugar en el trámite de las citaciones o emplazamientos de las partes del proceso, ya que las dos primeras citaciones se han de forma por los guardas de forma oral y en el domicilio del denunciante o denunciado, la tercera citación, caso de no comparecer las partes a las dos primeras, la lleva a cabo el alguacil por orden del presidente y con apercibimiento de que caso de incomparecencia será condenado en rebeldía.

El Secretario del Tribunal no asiste al Juicio y su labor se limita simplemente a labores Administrativas y burocráticas del Tribunal. Corresponde al Secretario protocolizar las sentencias en un libro-matriz, en el que se hace constar de forma muy sucinta, el nombre de la acequia, los hechos, donde ocurrieron y el fallo.

Por último el Agente Ejecutivo del Tribunal es un funcionario y solo interviene cuando las sentencias no se cumplen voluntariamente y hay que iniciar la “vía de apremio. El Abogado-Asesor del Tribunal no asiste a los juicios y su labor es puramente administrativa.

8.- El juicio.

8.1.- Periodo de Instrucción.

El juicio se prepara mediante una instrucción preliminar de carácter oral. El Guarda o cualquiera que sea denunciante, comunica los hechos constitutivos de infracción al Sindico de la comunidad correspondiente; éste, con los “veedores” efectúa una “visura” o inspección ocular del lugar en donde los hechos ocurrieron y su estado, puede interrogar testigos y tomar medidas cautelares a fin de evitar un incremento de los daños. Es evidente la importancia de esta primera verificación, ya que hay infracciones que, por su propia naturaleza, no dejan vestigios precederos y una “visura” tardía sería inútil.

Si la infracción corno entre particular y particular, esto la lesión solo interesa a una persona y no a la Comunidad de Regantes, el sindico-Instructor, actúa como conciliador y si los interesados llegan a una avenencia, el procedimiento termina sin llegar al Tribunal. Si no hay avenencia el Sindico continua con la instrucción y ordena al Guarda cite verbalmente al supuesto infractor y a los damnificados para comparecer al siguiente jueves ante el Tribunal y da cuenta a éste antes de comenzar la sesión oral. Cuando la infracción lesiona intereses de la Comunidad, El sindico-instructor, previa visura invita al infractor a satisfacer el importe de los años causados, y si este se niega o los discute, el Síndico, como en el caso anterior ordena sea citado por el Guarda a comparecer ante el Tribunal al siguiente Jueves.

Cono vemos, una instrucción no dura mas de una semana, salvo en caos de incomparecía, que puede durar una o dos semanas mas según el caso. Terminada la instrucción, termina también el papel del sindico instructor hasta que se dicte sentencia, tomando asiento en el Tribunal y en su sillón, mas llegado el momento de celebrarse el juicio, no tiene intervención, ni participa en el debate, tan solo puede tomar la palabra si el Presidente le pide algún informe.

8.2.- El desarrollo del juicio oral.

El desarrollo del juicio oral ante el Tribunal de las Aguas es muy sencillo. La sede del Tribunal es, desde hace siglos, la Puerta de los Apóstoles de la Catedral de Valencia, en su parte exterior, bajo el arco gótico, esto es, en plena vía publica. Allí se constituye el Tribunal como tal, todos los jueves del año a las doce en punto de la mañana; si el jueves en cuestión es feriado, la sesión judicial pública se celebra el miércoles anterior.

En dicho lugar, y hacia la parte izquierda de la puerta mirando hacia la Catedral, se coloca, el jueves por la mañana, una verja articulada de 1 .20 metros de altura, que adopta forma semicircular, la cual separa al Tribunal y a las partes del publico, con una puertecilla de acceso la cual permite la entrada y salida de aquellas y el Alguacil. En el interior del espacio formado por la verja y el Pórtico de los Apóstoles, se colocan ocho sillones frailunos, de cuero, en cuyos respectivos respaldos campea el nombre de cada una de las ocho acequias, cuyo síndicos integran la Corte.

Los síndicos visten todos ellos el clásico blusón negro de los labradores valencianos, y lo mismo los Guardas. El alguacil, blusón negro, gorra de plato y portando una especie de chuzo o bichero, rematado por dos hojas de bronce, una recta y otra curva, simbolizando la autoridad del Tribunal.

Entrados los miembros del Tribunal en el recinto a las doce en punto del mediodía, se colocan en sus respectivos sillones, y el Presidente pronuncia la frase sacramental: “Se abre el Tribunal”. Todos los juicios se desarrollan en Valenciano, mas si una de las partes, o testigo, o perito, alega no conocer esta lengua, se pasa al castellano, sin mas, de tal modo que no pueda haber indefensión para los que no conozcan el valenciano.

El Alguacil, ante la verja, comienza llamado a los denunciados, por el nombre de las Acequias respectivas (por ejemplo: “Denunciats de la sequia de Tormos”), en voz alta, y por dos veces, siguiendo el orden de tomas de aguas de las acequias. Las partes, a la correspondiente llamada, penetran en el recinto del Tribunal, acompañadas por el Guarda, descubiertas y con la debida compostura; El Guarda anuncia “que tiene un denunciado” o que “hay un denunciado”; se colocan los tres, dando frente al Tribunal, a la derecha el Guarda, en el centro el denunciante y a la izquierda el denunciado, tratando siempre al Tribunal de “señoría”.

El Presidente concede la palabra en primer lugar al denunciante o denunciantes, en primer lugar al Guardia si lo es, los cuales exponen los hechos, alegan lo que corresponda a la defensa de sus posiciones de denunciantes y, en su caso, proponen prueba.

A continuación el Presidente concede la palabra al denunciado o denunciados por su orden, para que expongan lo conducente a la defensa de sus derechos; inexistencia de los hechos alegados por el denunciando u otra versión de los mismos, ignorancia de haber cometido una infracción. El Presidente, como director del debate, dirige las preguntas pertinentes y evita que las partes crucen palabras entre ellos, a menos que se admita un interrogatorio cruzado con su propia intervención y cualquier muestra de desacato al Tribunal, por ejemplo tomar la palabra interrumpiendo a la otra parte, acarrea una multa a satisfacer al la finalización del juicio.

Se admiten reconvencciones cuando el proceso se celebra entre particulares.

La proposición de prueba, siempre oral, siendo un proceso oral y muy concentrado, puede confundirse con las alegaciones. Si se propone documental, quien lo hace debe aportar y presentar en el acto los documentos.

Las periciales cuando las propone el Guarda, siempre se hace referencia a la "visura" realizada durante la instrucción, si esta prueba se propone "ex novo" y el Tribunal acuerda su admisión y los peritos no se hayan presentes, se suspende el juicio hasta el jueves siguiente. Pero si los peritos están presentes, el Tribunal procede a interrogarlos inmediatamente. En ningún supuesto ni a las partes, ni a los peritos, ni a los testigos, se les exige juramento. A veces el Tribunal ordena que la prueba pericial de los daños se practique en el periodo de ejecución de sentencia.

Si se propone prueba testifical y la parte interesada hace comparecer a los testigos, se procede a su interrogatorio, si no los ha traído, el Tribunal acuerda la suspensión hasta el jueves siguiente, advirtiendo a la parte interesada que de no aportarlos se continuara el juicio sin mas. El interrogatorio lo efectúa el Presidente en búsqueda de la verdad, pudiendo acordar celebrar careos entre los testigos, si entre ellos existen divergencias. En ningún caso se admiten interrogatorios por escrito. Todo es oral.

Una vez terminado el debate, el Tribunal pasa a dictar sentencia, pero antes, y si tiene dudas sobre algún hecho, puede ordenar de oficio una ampliación de las actuaciones, pero siempre de forma oral, pues las facultades del Tribunal en este aspecto son amplísimas, pudiendo ordenar y practicar cualquier prueba que tenga por conveniente.

8.4.- La sentencia.

En el 99% de los casos juzgados, la formulación de la sentencia sigue inmediatamente a la práctica de la prueba. La sentencia se elabora en público, así como la deliberación de la misma, y terminada esta, el Presidente o el Vicepresidente en su caso, profieren el fallo ordenando tajantemente a las partes que se retiren. El juicio ha terminado.

Si el fallo es absolutorio, la formula es muy simple: El Tribunal le absuelve a Vd. de la denuncia que fue presentada en este juicio y condena a pena y costas, más daños y perjuicios, según Ordenanza, al denunciante.

Si el fallo es condenatorio, también es muy sencillo: “Este Tribunal le condena a “pena” y costas, con daños y perjuicios, según Ordenanza.

En ningún caso se expone la fundamentación de las sentencia en ese momento. Proferido el fallo, las partes acompañados por el Guarda que actuó a la oficina del Secretario y allí, el Guarda comunica al Secretario los hechos que tipificaron la infracción y el fallo. Se entiende que proferir el fallo en voz alta, significa una comunicación a las partes.

No existe ni cabe recurso alguno contra las sentencias dictadas por el Tribunal de las Aguas.

8.5.- Contenido de las sentencias.

Es frecuente la aparición de sentencias que impongan directamente al vencido, no una obligación de pago dinerario, sino una obligación de hacer o deshacer, según el tipo de infracción denunciada, y si el condenado no lo ejecuta se hace por la Comunidad correspondiente a sus costas.

Hay otro grupo de sentencias de condena tan solo a “pena y costas”, pero lo mas frecuente es que sean condenas ilíquidas, pero que contienen a su vez las bases de la liquidación. Sin embargo el porcentaje de sentencias mayor lo es a pena costas y daños y perjuicios.

8.6. - Ejecución de la sentencia.

Caso de no cumplir el condenado lo juzgado voluntariamente y ser preciso ejecutarla de forma forzosa, existen dos vías de hacerle. De un lado, quitando el aguas al condenado y de otro procediendo a la vía de apremio administrativa contra él.

En el primero de los supuestos, el procedimiento es muy sencillo y ejemplar. Requerido el condenado a ejecutar lo juzgado, el guarda se persona en el lugar de la toma de agua correspondiente y procede al precintado de la misma y a marcar dos cruces blancas, lo que significa la prohibición de tomar agua. Es claro que la privación de agua al regante o usuario le produce al condenado un

daño creciente y hasta su posible ruina si decide seguir sin pagar. En el segundo de los casos, es la Administración Pública, a través del Ministerio de Hacienda, la que se encarga de hacer efectiva la condena dineraria, mediante el embargo de bienes del condenado y su posterior subasta.

8.7.- Costas.

Las costas son bajísimas, mientras que el fondo del asunto pueden tener valores económicamente muy altos. A título de ejemplo, diré que las citaciones tiene un valor de 100 Pts. y que las peritaciones nunca suben mas de 500 Pts. Es decir, las costas causadas en un juicio nunca subirán, por regla general, un importe superior a 1 .300 o 1 .500 Pts.

9.- Después de todo lo dicho cabe preguntarse, ¿ que tipo de proceso es el que se el desarrollo ante el Tribunal de las Aguas desde el punto de vista doctrina?.

En el se resuelve la totalidad del conflicto propuesto, sin dejar punto alguno de él sin decidir, cualquiera que sea su importancia o dificultad. Se trata pues, de un proceso plenario, muy rápido, pero plenario. Ello es evidente.

10.- La moderna doctrina procesal y el proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia.

10.1 .- La mayoría de la doctrina española tiene muy asumido, y así lo reconocen, que el proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia, por regir en él el mas moderno sistema de principios procesales destinado a hacerlo “adecuado y practico”; o sea “útil”; o sea, el integrado por los principios de la oralidad, la inmediatez, la concentración, la publicidad general y el ‘plazo razonable” de su duración, constituye un autentico modelo, no solamente para los Tribunales •de Aguas, sino que tal sistema es anhelado por la doctrina procesal mas moderna a fin de conseguir un proceso auténticamente “económico” en el sentido de rápido, cómodo y barato, bien puede ser tomado como base general para la elaboración de futuros procesos civiles en los países civilizados.

En efecto; examinando el proceso ante el Tribunal de las Aguas, y examinado este a las luz de la moderna procesal, pese a su antigüedad, cumple con los siguientes principios entendidos como fundamentales:

A).- Independencia e imparcialidad de los que vienen garantizadas por la propia elección

B).- Principios de audiencia, bilateralidad y contradicción, es decir la posibilidad de defenderse con el máximo de garantías, y este se salva y se mantiene desde que existe un sistema de notificaciones eficaz y si el denunciado no comparece no será por su ignorancia sobre su pendencia.

C).- Principio de formalidades esenciales del juicio, mediante los cuales se garantiza la existencia de un verdadero proceso y que estando al servicio de otros principios fundamentales, procuran que el mismo sea adecuado a la finalidad del proceso, se dicte sentencia en un plazo razonable y ponga la administración de justicia al alcance de todos, siendo el proceso un vehículo social adecuado, sin distinción de clases ni de grupos.

D).- Principio de oralidad e inmediación. Ya que el Tribunal de las Aguas dicta su resolución basándose solamente en la información que recibe mayoritariamente de forma oral y en uno o como máximo en dos sesiones.

E).- Principio de publicidad. El Tribunal de las Aguas, no solo es público para las partes, sino que también lo es para el público en general, pues sus juicios se celebran en la vía pública.

FUNCIONES DEL MEDIADOR

Organización:

La planificación de esta fase debería considerar diversos aspectos, tales como: lugar o espacio físico distribución de muebles ubicación del mediador (tener en cuenta contacto visual y auditivo) ubicación de los participantes, ubicación de asesores,

En síntesis, la ambientación coadyuvará a generar un clima confortable que promueva la disposición al trabajo colaborativo y respetuoso, fomentando diálogos constructivos y balance de poder.

Nuevamente el **estilo** de cada mediador determinará la disposición y ordenamiento del sitio de trabajo.

Etapa de: "Creación del escenario"

También podemos denominarla etapa de apertura o etapa introducción - creación de estructura y confianza, en ella, el mediador, en general, toma contacto inicial con los participantes, les informa sobre el proceso de mediación, su naturaleza, ventajas y características.

Algunos autores la llaman etapa de Conocimiento, tanto del espacio físico, como del procedimiento y de los participantes y del mediador.

Esta etapa debe permitir crear, en lo posible, un ambiente propicio para tratar de transformar el conflicto.

Asimismo es menester recabar información acerca de las percepciones que tienen los participantes sobre el mismo, indagando sobre sus expectativas y metas.

En síntesis en esta etapa se acuerdan roles, agenda y proceso.

Objetivos de la Etapa de Apertura:

Se proponen, entre otros, los siguientes:

Iniciar el proceso de Mediación.

Educar a los participantes sobre el mismo.

Crear y Estimular un ambiente propicio.

Generar seguridad, confianza y esperanza.

Definir las cuestiones y temas a tratar.

Actividades de la Etapa de Apertura

Con el fin de alcanzar los objetivos propuestos, el **mediador** deberá realizar una serie de actividades fundamentales, tales como:

Presentación Personal.

Presentación e Identificación de los participantes.

Presentación del proceso de Mediación y sus reglas.

Fomento de la credibilidad en la Mediación.

Verificación de la comprensión de los participantes sobre la información aportada.

La manera en que el **mediador** abre el proceso tiene, en mi opinión, enorme importancia.

Se trata, frecuentemente, de la primera impresión que reciben los participantes de la habilidad y del estilo del mediador.

Algunas consideraciones a tener en cuenta, en este sentido:

El primer saludo.

El lugar y el ambiente resultantes.

La distribución de los muebles.

La exposición inicial del mediador.

Cuál participante hablará primero.

La organización de los temas a tratar.

El **mediador** habilidoso considerará con sumo cuidado el ambiente que se propone crear y planificará la estrategia para generar el tono adecuado, tal como se resaltara precedentemente.

“Palabras de Apertura”

También llamadas **Declaración Preliminar** o **Discurso de Apertura del mediador**, o **Discurso Inicial**.

No existe un discurso tipo ni reglas inamovibles para elaborarlo, todo depende del estilo del mediador, sin embargo debería aprovecharse al máximo su potencial para generar la confianza de los participantes en el mediador y para estimular su esperanza sobre las ventajas del proceso en sí mismo.

Es infrecuente tener una segunda oportunidad de causar una buena impresión.

Tópicos a tener en cuenta en la preparación de las Palabras de Apertura:

Presentación del propio mediador.

Bienvenida a los participantes.

Aclaración sobre la imparcialidad.

Breve explicación del concepto de mediación y del rol del mediador.

Descripción del proceso de mediación.

Información sobre las reuniones privadas y su finalidad.

Mención de la regla de confidencialidad.

Aclaraciones y respuestas a preguntas de los participantes. (**Qué hace**)

Acabamos de referirnos a "lo que dice el mediador", deberíamos detenernos ahora en la forma en que lo dice (**Cómo lo hace**):

Aspectos a tomar en consideración:

Claridad.

Orden.

Precisión

Nos queda por determinar las causas que motivan las palabras iniciales del mediador "para qué lo dice":

Para asegurar la comprensión del proceso y pautar las reglas del Juego

Los Principios del Procedimiento

Podemos resumir los **resultados** de la etapa de apertura, de la siguiente manera:

Establecimiento de un contacto inicial entre el mediador y los participantes fomentado a través de la empatía en un ambiente de:
credibilidad y respeto.

Conocimiento y comprensión de los participantes acerca del proceso de mediación, en términos de

Finalidad.

Objetivos.

Duración.

Reglas de juego.

Rol del mediador y de los participantes.

Rompe el hielo, es decir, lograr un ambiente de calidez propicio para el desarrollo del proceso.

Agenda

Es conveniente que el mediador solicite a los participantes definir de común acuerdo los temas a tratar y el orden a seguir, enfatizando nuevamente el respeto recíproco, la no interrupción durante el uso de la palabra, etc.

Ello tiene por finalidad proporcionar una definición general de la acción a emprender con base en la claridad de los asuntos concretos a tratar.

El resultado se concretará en una **agenda** estructurada adecuadamente, de donde surgirán claramente:

Los puntos sobre los que se trabajará.

La clasificación y jerarquización de los mismos de acuerdo a la urgencia e importancia, dependiendo de los intereses y necesidades básicas de los participantes.

Las reglas de juego a adoptar durante el desarrollo del proceso.

Christopher Moore señala que existen por lo menos, ocho enfoques diferentes de preparación de una agenda, a saber:

Ad - hoc.

Agenda simple.

Diferentes selecciones de puntos.

Jerarquía de acuerdo con la importancia.

Agenda referida a los principios.

El tratamiento prioritario de los rubros menos difíciles.

Agenda de los pasos sucesivos o contingentes.

Los canjes o paquetes.

Reuniones

La mediación puede comprender una o más reuniones de duración variable, algunos autores recomiendan como plazo ideal 2 (dos) horas **–Rubén Calcaterra–**.

Generalmente el proceso comienza con una reunión conjunta llamada inicial, cuya primera fase es introductoria al proceso propiamente dicho, en esta oportunidad es esencial que el mediador infunda sensación de seguridad y confianza.

Durante esta reunión el mediador realiza su exposición inicial o palabras de apertura anteriormente señaladas.

Posteriormente otorga la palabra a los participantes para que hagan el relato, es decir, para que den a conocer sus posiciones.

El orden en el uso de la palabra puede variar en cada caso, sin embargo habitualmente comienza quien:

Solicitó la mediación.

Se ofrezca a hablar en primer término

Los participantes acuerden sea el primero.

Los objetivos primordiales de este relato, son:

Permitir a los participantes tener la oportunidad de expresarse.

Permitirle a la/s otra/s parte/s escuchar la versión brindada por el propio interesado.

Permitir a todos los intervinientes evaluar como se escuchan los diversos relatos presentados ante el tercero imparcial.

Habilidades del mediador:

Ser paciente.

No interrumpir.

No juzgar.

Concentrarse.

Entender antes que evaluar.

Reconocer y legitimar a los participantes.

Reuniones Privadas: son aquellas que el mediador mantiene con cada uno de los participantes por separado, es decir sin la presencia del otro/s participante/s.

Es menester haber adelantado durante las palabras de apertura la posibilidad de mantener este tipo de reuniones, evitando así generar temor o inseguridad entre los participantes.

Algunos autores sostienen que su empleo es insoslayable y otros están convencidos de que representan un instrumento valioso para procurar avances en el proceso, sobre todo en casos de estancamiento o cuando existe peligro de bloqueo o ruptura del mismo, sin que ello implique su utilización a ultranza.

Nos inclinamos a coincidir con esta última tendencia, ya que si bien reconocemos su importancia en determinadas situaciones, también es perfectamente posible desarrollar una mediación sin necesidad de recurrir a esta modalidad de reunión, también conocida como "caucus".

En ocasiones, por ejemplo, los participantes pueden estar dispuestos a comunicar al mediador información relevante, de manera confidencial, sin la presencia de los otros participantes.

A veces, puede suceder que las partes deseen discutir con el mediador, en privado, los pormenores e implicancias de posibles opciones que eventualmente estarían dispuestas a aceptar, pero prefieren realizar este análisis sin la comparecencia de la/s otra/s parte/s todavía.

En cualquiera de estos casos el mediador puede convocar a las reuniones separadas si estima razonablemente que estas pueden facilitar el progreso de la

mediación, asegurándose que las partes comprenden que esto no altera la neutralidad ni la confidencialidad previamente convenidas.

El procedimiento a seguir para llevar a cabo este tipo de reuniones, dependerá del estilo de cada mediador, sin embargo conviene tener en cuenta, lo siguiente:

Informar a los participantes que, teniendo en cuenta el grado de avance del proceso, el mediador, sin perjuicio de su compromiso de imparcialidad, considera necesario reunirse con cada una de ellas por separado, anunciando el orden de las reuniones.

El mediador debe saber que espera obtener de ella, antes de iniciar la reunión, es decir debe tener definido el criterio de intervención, por ejemplo, recabar mayor información, aumentar el grado de compromiso de los participantes, etc.

El mediador instala la reunión **privada recordándole a la parte respectiva que todo lo que allí se trate tiene carácter confidencial y no será revelado a la otra/s parte/s**, salvo que la parte presente acceda expresamente a ello, autorizando en consecuencia, al mediador a referirse a ello. También le informara cual es el propósito de dicha reunión en el marco del proceso que se está desarrollando.

En la reunión separada el mediador **puede señalarle a la parte las debilidades e inconsistencias de sus pretensiones**, cuestionando su razonabilidad, examinando sus alternativas, las posibles consecuencias de su actitud y las ulteriores desventajas que podrían generarse.

Una vez explorados los puntos objeto de la reunión y evaluado el potencial de flexibilidad de los participantes, el mediador puede poner ese nuevo conocimiento al servicio del proceso que conduce, teniendo prudencia y cautela en el manejo de la información según lo convenido con cada una de las partes.

Ventajas de las Reuniones Privadas:

Cada participante sin el estímulo negativo del otro, esta más relajado, disminuye su enojo e incrementa su flexibilidad.

Cada participante sin la presencia física del/los otro/s se siente menos inhibido y por ende más dispuesto a develar al mediador sus necesidades, motivaciones e intereses.

El mediador puede hacer ciertos comentarios sin correr el riesgo de parecer parcial y puede instar a cada uno a asumir sus responsabilidades para arribar a un acuerdo constructivo que satisfaga los intereses de todos los involucrados.

Esta herramienta con que cuenta el mediador se potencia si la reunión es planificada cuidadosamente, clarificando contenido y objetivo de la misma.

Elena Highton y Gladys Alvarez en su obra "Mediación para Resolver Conflictos", enumeran las siguientes causas que justifican las reuniones privadas:

Explorar opciones para el acuerdo.

Señalar signos de alarma, cuando una de las partes exhibe conductas que amenacen la posibilidad de llegar a algún acuerdo.

Confirmar cambios de postura.

Advertir a la parte recalcitrante que, de no manifestar algún cambio, la ruptura de toda posibilidad de acuerdo es inminente.

Pausa para que las partes recuperen la calma.

Evaluar el impacto de aceptar o rechazar propuestas que hayan surgido.

Etapas de: "Identificación del Conflicto"

Objetivos:

Identificar, diagnosticar y redefinir el conflicto.

Consolidar la confianza de los participantes, en el mediador y en la mediación.

Fomentar la comunicación entre las partes.

Diseñar una estrategia preliminar de mediación.

Actividades del mediador:

Recabar, analizar y verificar información relevante sobre el conflicto, los participantes y los terceros involucrados.

Traducir dicha información con empatía.

Ponerse en el lugar de los participantes.

Manejar los incidentes críticos.

Saber preguntar.

Parfrasear.

Resumir.

Escuchar activamente.

Prestar atención al lenguaje digital y analógico de las partes.

Considerar las percepciones que de los hechos y del conflicto tienen los participantes.

Indagar sobre los múltiples intereses y necesidades de los intervinientes.

Etapa de: **“Negociación Mediada”**

Objetivos:

Ejecutar la estrategia diseñada previamente.

Revisar las hipótesis y supuestos de trabajo establecidos durante la etapa de focalización del conflicto.

Fomentar la negociación cooperativa entre los participantes

Orientar hacia la definición del proceso en términos de acordar o no acordar, según las circunstancias particulares de cada caso.

Actividades del mediador:

Ambientar la negociación; hacer un resumen del conflicto, enfatizando:

- a) Los intereses.
- b) Las necesidades de los participantes.
- c) Las posibles consecuencias de no alcanzar un acuerdo.

Desarrollo de la negociación integrativa: aquí son de aplicación los elementos y estrategias descriptos precedentemente para el modelo de Negociación de la Escuela de Harvard.

Etapa de: **“Cierre”**.

Objetivos:

Obtener acuerdo total o parcial

Lograr que las partes restablezcan o mejoren su nivel de comunicación, tanto en el caso que se logre o no el acuerdo.

Actividades del mediador:

Resumir, aclarar y ratificar, términos y consecuencias de los mismos.

Redactar el acta o acuerdo

Firmar el acuerdo o acta de cierre sin acuerdo.

Finalizar el proceso, dejando las puertas abiertas para que los participantes puedan recurrir a sus servicios ante eventuales problemas futuros que no puedan resolver por sí mismos.

Etapa de: **“Seguimiento o Rodaje”**.

La definición de tareas a realizar implica un análisis previo respecto del momento en que el mediador se desvincula de los participantes.

Pregunta del millón...

“¿Después del acuerdo qué?”

Hasta dónde llega la intervención del mediador es otra de las cuestiones que conviene analizar, es posible que a posteriori de haber alcanzado el acuerdo, el mediador tenga todavía funciones por cumplir.

Pueden presentarse diversos casos:

Las partes solicitan al mediador aclaraciones sobre los alcances del acuerdo.

Las partes no llegan a acuerdo y el mediador sigue en contacto con ellas.

El acuerdo se incumple total o parcialmente.

Según sea la situación y el criterio del mediador o las políticas del centro o lugar donde se desempeñe serán los pasos a adoptar en cada oportunidad

La supervisión de la ejecución de los acuerdos puede ser llevada a cabo por:

Los participantes.

Representantes de los participantes.

Un tercero.

LA COMEDIACION INTERDISCIPLINARIA EN EL AMBITO JUDICIAL

I. INTRODUCCION

Este trabajo está orientado a dar una solución práctica al problema de la INCUMBENCIA PROFESIONAL EN EL AMBITO DE LA MEDIACION JUDICIAL.-

Existe en la sociedad una clara conciencia de la necesidad de incorporar en su seno una mejor manera resolver sus conflictos que el que actualmente existe, donde prevalece un sistema recargado de normas, que se aplican con excesivo rigorismo procesal y que brindan una solución impuesta y coactiva, en cuyos tribunales se utiliza un método adversarial de conflicto; donde las personas, ya sea que jueguen el rol de partes, juez o abogados están sujetas a dichas reglas como un corsé, enfrentándose encarnizadamente y donde el triunfo de unos es la frustración o pérdida de los otros; rara vez el juzgador tiene la oportunidad de adentrarse en los intereses, inquietudes y sentimientos de los judicandos, debiendo, como se expresó, limitarse a resolver en base a lo probado y acreditado, con lo cual perdió la posibilidad de atenerse al valor justicia, aún cuando en su " leal saber y entender" puedan vislumbrar soluciones más creativas y equitativas.-

Es por ello, que se ha puesto la esperanza en los distintos métodos alternativos de resolución de conflictos, y especialmente en la MEDIACION, la cual se interpreta en general como UN PROCESO INFORMAL EN QUE UN TERCERO NEUTRAL, SIN PODER IMPONER UNA RESOLUCIÓN, AYUDA A LAS PARTES EN DISPUTA A ALCANZAR UN ARREGLO .-

La mediación es atractiva, sea entendida ésta como una herramienta útil para la satisfacción de las necesidades humanas auténticas de las partes en disputas individuales, ya que procura como fin primordial un acuerdo consensuado; ya sea porque es un modo eficaz de organizar a los individuos alrededor de intereses comunes, y de esa forma crear vínculos y estructuras comunitarias más sólidas; o bien porque este proceso contiene un potencial

Los Principios del Procedimiento

específico de transformación de las personas, lo que promueve un crecimiento moral, ayudándolas a lidiar con las circunstancias difíciles y salvar las diferencias humanas en medio del conflicto mismo, produciendo con ello, dos efectos importantes: la revalorización y el reconocimiento.-

Esta posta, que significa abrazar la mediación, como una de las mejores para resolver los conflictos sociales y/o individuales debe ser tomada en primer lugar, por la sociedad en su conjunto, pues sus miembros son los beneficiarios directos, son la materia prima sobre la que trabajará y sus espíritus son los que serán moldeados dentro de una nueva forma de comunicarse y resolver sus problemas.-

En segundo lugar, debe ser tomada por quienes serán los artífices del cambio, es decir, por los mediadores, por aquellas personas que tendrán la responsabilidad de operar el cambio, de enseñar acerca de las bondades de este instituto, de capacitar a aquellos que deberán seguir el camino.-

Es en esta instancia donde surge el verdadero interrogante acerca de ¿QUIENES SON LAS PERSONAS MAS IDONEAS PARA SER MEDIADORES?.-

II. PRESUPUESTOS BASICOS

1. SIGNIFICADO DEL PROBLEMA DE LA INCUMBENCIA

Al hacer referencia al mismo, se pretende determinar quienes son las personas más idóneas para asumir el rol de MEDIADOR, en cuanto a la capacitación e instrucción que debe reunir el mediador.- Frente a ello, hay diversas posiciones de carácter general:

1.1. La Mediación es una nueva profesión que exige un curriculum de graduados, con altos contenidos académicos, lo cual justificaría la creación de una carrera universitaria, con una duración determinada de años, exámenes regulares, etc.-

1.2. La Mediación una práctica profesional, que puede desarrollarse por personas que carecen de título universitario, basta que simplemente tengan vinculación con el problema o el ambiente donde se desarrolla el conflicto.-

Si bien no se comparte esta posición, es dable reconocer en ella el origen histórico de la mediación, pues fue dentro de diferentes comunidades religiosas, étnicas, familiares, que utilizaban esta técnica para la resolución de sus conflictos internos, y evitar que personas foráneas y desconocedoras de sus prácticas y costumbres intervinieran en los mismos.-

1.3. La Mediación es una competencia práctica, consistente en la adquisición de técnicas y habilidades que se agregan en forma continua a una profesión ya existente, como la de abogado, contador, asistente social, psicólogo, escribanos, etc.-

Esta es la posición que se adopta, y en base a ella es que se desarrollarán los temas que a continuación se expresarán.-

2. LA MEDIACION Y LAS PROFESIONES

Partiendo del presupuesto ya sentado que el MEDIADOR DEBE SER UN PROFESIONAL ENTRENADO EN LAS TECNICAS Y HABILIDADES DE LA MEDIACIÓN, es importante, que quien elija esta nueva disciplina, se someta a un proceso de disociación de todas aquellas suposiciones, prejuicios, preconceptos propios de la profesión de origen; este aprendizaje interior le permitirá adquirir la verdadera dimensión del nuevo rol que va a desempeñar .-

Se trata de dos dimensiones diferentes: Por un lado, el mediador debe contar con un bagaje de conocimientos y técnicas que son propios de cada profesión, para servirle de marco de referencia, frente a los diversos conflictos que se le pueden presentar .-

Teniendo en cuenta que la mediación es un tipo de conocimiento y una profesión muy joven, que todavía debe hacerse sus propia armas, es fundamental que se nutra, que abreve en las ciencias o profesiones que le precedieron, es por ello que se sostiene que, que la mediación debe ir a caballo de otras profesiones.-

La capacidad que tiene el abogado de resolver un conflicto; aquella que caracteriza al psicólogo para encontrar y tratar las causas generadoras del conflicto o al manejo de las técnicas de escucha activa, reformulación, parafraseo, retraducción de requerimientos; la competencia de los asistentes o trabajadores sociales de saber reunir la información para ayudar a los organismos a tomar decisiones; aquella capacidad que define al contador para realizar un razonamiento analítico; la minuciosidad a la que está acostumbrado el escribano; etc., son sólo algunos ejemplos de una extensa lista .-

Por otro lado, con la incorporación de las técnicas y habilidades propias de la mediación, todas estas capacidades se potencializan, adquieren una nueva dimensión, se magnifican, pues el profesional mediador y que verdaderamente ha comprendido su nuevo rol, sabe que no es el abogado, el médico o el asistente social que ejerció por años el que va a ayudar a las partes en conflicto a comunicarse, a dejar de lado su rígidas posiciones, a mostrar sus intereses y defenderlos y estar dispuestos a ceder en la medida que ambos lo hagan y previo " agrandar la torta", repartirse el trozo que más apetecen; él no está ahí para asesorar legalmente a las partes o para curarles una infección, a ayudarle a

resolver un trauma de la niñez o enseñarle el modo de equilibrar sus ejercicios financieros, o a construir un puente, etc.-

Esta enumeración meramente ejemplificativa de las diferentes profesiones, permite dar una primera conclusión aproximada: LA MEDIACION DEBE IR A CABALLO DE UNA PROFESION, PERO EN LA MEDIDA QUE SE ADQUIERA LA TECNICA Y LA HABILIDAD PROPIAS DE ELLA, NO HAY UNA PROFESION QUE PUEDA DETENTAR LA EXCLUSIVIDAD PARA SERVIR DE CAMPO FERTIL.-

3. VOLUNTARIEDAD

Implantar la mediación con carácter obligatorio, atenta contra la naturaleza misma de la institución, pues son las partes las que por iniciativa de una o de ambas deben decidir involucrarse en un proceso de mediación, que es precisamente lo que significa la voluntariedad.-

Este carácter está íntimamente relacionado con un aspecto que es de trascendental importancia, que es la información, conocimiento y difusión del instituto.-

Las partes, podrán optar por el proceso de mediación, en la medida que éste sea conocido, entonces se daría la situación que una de ellas o ambas plantearan someterse a ello en base a su propia experiencia, o bien podría darse el caso que se haya previsto la instancia mediadora en el contrato base del litigio.-

Esto lleva a un interrogante, ¿ COMO HACER CONOCER Y DIFUNDIR LA MEDIACION A LA POBLACION EN GENERAL, PARA LOGRAR UNA ACEPTACION INMEDIATA ?

En este trabajo se propone un mecanismo muy sencillo, que permitirá mantener el carácter VOLUNTARIO de la mediación, y permitirá a los ciudadanos elegir resolver sus conflictos por medio de la mediación, a medida que se va difundiendo, durante la primera etapa de implementación, pues la mejor forma de probar la eficacia de un sistema o proceso es usándolo y para ello hay que proporcionarle a los usuarios un fácil acceso al mismo.-

Dicho mecanismo parte de un presupuesto que es común prácticamente en todo el mundo: los altos costos del litigio .-

En la mayoría de los sistemas judiciales, los aportes o gastos de justicia deben oblargarse al momento de interponer la demanda, lo que constituye una valla infranqueable para las clases de menores recursos económicos, quienes tienen por esta causa, poco acceso a la justicia.-

¿CUAL ES LA PROPUESTA ENTONCES?

Que al momento de interponer la demanda, el demandante manifestará su decisión de optar someter la causa al proceso mediatorio, con lo cual, el Tribunal fijará audiencia a los fines que las partes elijan de común acuerdo al mediador o se sortee, en caso de no existir consenso.- En este supuesto quedará eximido de efectuar los aportes o gastos de justicia, juntamente con la interposición de la demanda, los que se diferirán en oportunidad de continuar el juicio, en caso de no existir acuerdo o al solicitar la homologación judicial del acuerdo arribado.-

Con ello se resolvería el problema de la imposibilidad de acceder a la justicia por parte de las personas de menores recursos, por un lado, por otro lado se evitaría a los judicandos que efectuaran más aportes que los que realmente les corresponde, pues lo harían en la medida de lo acordado, y por último, pero no menos importante, se difundiría el proceso mediatorio a la población en general, a partir de la utilización del instituto, lo cual proporcionaría las verdaderas experiencias tribunalicias.-

4.- MATERIAS OBJETO DE MEDIACION

Solamente se encontrarían excluidas las materias extrapatrimoniales y donde se encuentre interesado el orden público, como la materia penal o los derechos y acciones familiares, sucesorias de carácter no patrimonial.-

3.- LA MEDIACION Y EL PODER JUDICIAL

La mediación es una técnica engañosamente fácil, y este convencimiento se encuentra en la conciencia de todos los ciudadanos.- Es común escuchar a los abogados, a los contadores, terapeutas, arquitectos, manifestar que siempre han sido conciliadores, que es ésta una característica intrínseca del ejercicio profesional, pero es igualmente cotidiano escuchar a las personas comunes decir que tienen un "don" innato para lograr la conciliación entre personas desavenidas, para ser componedores de conflictos, y que tienen esa "intuición" que les permite vislumbrar un acuerdo.- Todos ellos se consideran mediadores, ya sea, por motivo de su profesión o por una intuición especial.-

Este razonamiento es totalmente válido, en la medida que sea el motor que los movilice hacia la capacitación y aprendizaje del proceso de mediación.- Que esto les abra el espíritu para asimilar el gran cambio de perspectiva que implica ser mediador, que la mediación es una disciplina diferente, que como se expresó "VA A CABALLO DE OTRAS PROFESIONES".-

Pero haciendo un análisis más profundo de este instituto, debe afirmarse que la mediación no es SOLO UNA TECNICA, pues adoptarla para resolver los conflictos entre partes implica la adscripción a un sistema más amplio de

relaciones sociales que enaltece valores como la solidaridad, el compromiso, el respeto, la creatividad, la confianza, la perseverancia, la paciencia, etc.-

Insertar este sistema en la sociedad, implica un nuevo posicionamiento del ciudadano frente al estado, lo cual implica que éste debe abandonar el papel paternalista, sobreprotector, pero al mismo tiempo omnisciente, omnipotente, omnicompreensivo que tenía, que lo resolvía todo, pero que también lo controlaba todo, para que el ciudadano pueda adquirir un protagonismo individual, que le permitirá mutar el valor central del bienestar social, en sentido universal, al bienestar individual, pero cuyo efecto multiplicador redundará en beneficio de todos.-

3.1. ANALISIS DE LA SITUACION JUDICIAL

El estado, al asumir un rol paternalista frente al ciudadano, fue tomando injerencia cada vez más dentro de las relaciones de los particulares, desde el ojo por ojo, donde el damnificado hacía justicia por mano propia hasta la actualidad, que la justicia es solamente un asunto de estado, regulada, controlada y garantida por órganos del Estado: EL PODER JUDICIAL.-

Paul Ricoeur habla de la tensión ente las relaciones "cortas" de persona a persona y las relaciones "largas", mediadas por las instituciones.-

Esta es otra manera, y muy original por cierto, de expresar la injerencia del Estado dentro de los conflictos particulares que tienen los miembros de la sociedad, habiéndoles privado del protagonismo, asumiendo la exclusividad en la resolución de los mismos, pero hoy se advierte que esta interposición sólo contribuyó a ir "alargando" las relaciones, sin proporcionarle una manera eficaz y equitativa de resolverlos.-

Frente a la incapacidad del Estado de resolver los conflictos que se suscitan entre los particulares, debido a un sistema jurídico burocrático, ineficiente, con escasos recursos presupuestarios, y altos costos de justicia, donde el protagonista más importante dentro de los procesos es el tiempo: con juicios que perduran años, situaciones que nunca se resuelven o que si lo hacen, es sacrificando la equidad entre las prestaciones, pues las partes ya se encuentran al borde del agotamiento y la impotencia, al ver sus intereses y derechos que se han disipado en el tiempo, la MEDIACION, es sin duda una gran alternativa.-

TRANSFORMACION DEL PODER JUDICIAL

La mediación es, como se expresó, un mecanismo para devolverle a las partes el protagonismo, le brinda la oportunidad de acortar las relaciones, pero sin ninguna duda no significa desconocer el rol protector del Estado, ni exonerarlo de su responsabilidad, es simplemente como en la mayoría de los países se menciona: UN MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS, pues

admitir lo contrario, sería fundamentar la privatización de la justicia, volver en cierta manera, al ojo por ojo, a la justicia por mano propia.-

La admisión de la mediación debe hacerse en principio, dentro del sistema judicial, para que este órgano sea el que con su experiencia, permita ir moldeando el modelo de mediación que se adapta a cada país, a su propia idiosincrasia, a sus procedimientos, para que esta institución se convierta en una auxiliar de la justicia, y para que sea un instrumento accesible a toda la comunidad.-

Con ello se pretende darle a la mediación límites reales, darle una fisonomía propia, que no sea una quimera, o simplemente quede en el ideal del legislador, sino que como se expresó, sea un instrumento transformador de las relaciones entre los particulares.-

¿ ESTA EL PODER JUDICIAL PREPARADO PARA LA RECEPCION DE LA MEDIACION DENTRO DE SUS ESTRUCTURAS?

Esta es una pregunta que a simple vista es fácil de responder: NO, no está preparado, y ello se debe a algunos caracteres propios del sistema judicial, que surgieron del análisis de la situación de este órgano.-

En primer lugar, es un órgano esencialmente CONSERVADOR, que no admite cambios, y ello se debe en cierta forma, porque entiende que la única manera de garantizar a los ciudadanos justicia es a través de la utilización y mantención de procedimientos rígidos, y a los cuales debe ajustarse el derecho, por ello rigen normas como: el juez resuelve en base a lo alegado y probado por las partes; el juez sólo se expresa a través de las sentencias; la preclusión de las etapas procesales, los plazos procesales perentorios, las causales taxativas, etc.- La lista es inmensa, pero son unas pocas normas las que sirven para poner de relieve el carácter conservador y la rigidez del Poder Judicial.-

En segundo lugar, la forma en que se organizan los procesos, incomprensibles para los ciudadanos comunes, en cuanto al lenguaje rebuscado y a lo complicado de sus procedimientos, llevó a los abogados a un rol ejemónico, y fue alejando a las justiciables de los Tribunales, ellos sólo se acercan en oportunidad de firmar un Poder, es decir, un mandato a favor de los letrados, en quienes derivan totalmente la responsabilidad, la defensa de sus derechos y hasta sus necesidades mismas, desconociendo totalmente el curso que seguirá el pleito en el que intervienen.-

En tercer lugar, el carácter litigioso y adversarial que se encuentra inmerso en el espíritu de la gente y que los abogados saben perfectamente encausar y alimentar, apelando a la defensa de sus posiciones, todo bajo la mirada cómplice de los jueces, que prefieren relacionarse con los letrados, con quienes hablan una jerga común .-

Pero asimismo, es el PODER JUDICIAL, el órgano más idóneo en donde instaurar la MEDIACION, porque es el órgano que esencialmente conoce, trata y resuelve los conflictos entre los ciudadanos, cualquiera sea la índole o la naturaleza del mismo, pues TODO CONFLICTO, ES POTENCIALMENTE UN CONFLICTO JURIDICO.-

Puede nacer como un problema jurídico o con el transcurso del tiempo devenir en él, pero en el pensamiento de las partes existe la idea de LO JURIDICO, ya sea que quieran ir a tribuna-les si no lo resuelven, o que quieran desesperadamente evitar ir a un abogado, o que quieran intimar legalmente, etc.; estos son sólo algunos ejemplos de lo que el común de la gente piensa cuando se le presenta un conflicto.-

Es muy ardua la labor de los Tribunales que tomen esta responsabilidad, que admitan ser los artífices de esta nueva forma de resolver los conflictos, y que no vean a la MEDIACION como el ENEMIGO, que los va a privar de sus "causas judiciales", que les va a quitar el poder jurisdiccional.-

Para ello, se requiere un aprendizaje que excede a la simple práctica y adquisición de una técnica, sino que debe ser un cambio de fondo, una apertura a aceptar nuevos hábitos y rutinas tanto de los jueces, como empleados, funcionarios y abogados, en cuanto a las pautas de interacción y comunicación entre las partes, los tipos de procedimientos que las unen, los sistemas de información de los que se nutren, los tiempos en que se encuentran y hasta los espacios físicos que las albergan.-

Debe entenderse que instalar a la mediación en el poder judicial debe ser hecho paulatina-mente, y tratando que esta transformación interfiera mínimamente con la función propia, para evitar resistencias, las que son comunes en toda etapa de cambios.-

3.3. DISEÑO DEL PROGRAMA DE MEDIACION JUDICIAL

1) El Superior Tribunal de justicia o su equivalente en cuanto al órgano máximo del Poder judicial, será el que tendrá a su cargo la organización, control y regulación de toda materia referida a la mediación.-

2) El mismo órgano tendrá a su cargo la creación, control y reglamentación del Registro de Mediadores, el que estará integrado por abogados, en carácter de mediadores y aquellos profesionales cuyos colegios, consejos u órganos aglutinantes hayan acreditado incumbencia con el instituto, en carácter de comediadores todos con tres años de antigüedad en el ejercicio de la profesión, y con capacitación y entrenamiento en mediación.-

3) Se creará un CENTRO PUBLICO DE MEDIACION, dependiente también el Superior Tribunal, el cual en una primera etapa servirá como experiencia piloto,

hacia el cual se derivarán las causas seleccionadas por los tribunales participantes en dicha experiencia, con competencia en materia civil, comercial y de familia.- Este centro, preexistirá a la entrada vigencia de la ley que establezca la mediación, con el objeto de poder evaluar los resultados obtenidos en el programa piloto.-

4) La intervención en el proceso mediatorio será voluntaria y optativa para las partes, tanto en la etapa experimental como en la entrada en vigencia definitiva de la ley de mediación.- En el primer caso, el juez invitará a las partes a aceptar la derivación de la causa en la que intervienen al Centro Público, a los fines de someterla al proceso mediatorio; en el segundo caso, la voluntariedad es un carácter intrínseco de la norma.-

5) La estructura necesaria será mínima, debido a que los procesos mediatorios, salvo los que se lleven a cabo en el Centro Público de Mediación, serán en las oficinas de los media-dores habilitados.-

6) Jueces, funcionarios y empleados del poder judicial, recibirán capacitación y entrenamiento en las técnicas de mediación, en la primera etapa, especialmente los que participen de la experiencia piloto y paulatinamente, todos los miembros de dicho poder.-

7) Las causas que se sometan a mediación, por opción de las partes al momento de interponer la demanda, o su contestación se ventilarán en su totalidad, hasta arribar a acuerdo o hasta su culminación por decisión de las partes, en los estudios de los mediadores designa-dos a su cargo.

8) Los acuerdos arribados por las partes en el proceso de mediación, podrán ser homologa-dos judicialmente.-

9) Se debe instituir tanto la mediación judicial como la mediación privada, esta última se regirá por las mismas normas en cuanto a lo que sea compatible con ésta.-

10) Los mediadores y comediadores estarán sometidos a las reglas éticas que se establezcan, pero no quedando sustraídos de la competencia del tribunal de disciplina de cada colegio o consejo al que pertenezcan, por lo que quedan sometidos a una doble normativa ética.-

11) La remuneración del mediador será soportada en iguales proporciones por las partes, salvo acuerdo, al igual que todo otro costo o gasto que genere dicho proceso.- La retribución percibida se determinará en base a las horas - sesión que efectivamente se hubieran llevado a cabo.-

Estas, son algunas pautas en base a las cuales deberá organizarse el sistema de mediación judicial.- Este diseño se caracteriza por su simpleza y por respetar la absoluta voluntad y libertad de las partes.-

La implementación de la MEDIACION, es una tarea conjunta de los tres poderes del Estado, pues si bien es el PODER JUDICIAL EL AMBITO IDONEO PARA SU PUESTA EN PRÁCTICA Y CONTROL, ES EL PODER LEGISLATIVO EL RESPONSABLE DE PROPORCIONARLE UNA LEY QUE LE PERMITA CUMPLIR CON EL IDEARIO Y LOS OBJETIVOS PROPIOS DE LA MEDIACIÓN, PERO ES EL PODER EJECUTIVO EL QUE DEBE PROPORCIONAR LOS RECURSOS ECONOMICOS NECESARIOS, Y EL ENCARGADO DE LLEVAR A CABO LA TAREA DE DIFUSIÓN DEL INSTITUTO PARA GARANTIZAR LA EFECTIVA IMPLEMENTACION DEL PROGRAMA.-

4. EL MEDIADOR

El mediador es una tercera persona que actúa para ayudar a las otras partes, sean éstas dos o multipartes, que se encuentran en disputa, mediante la aplicación de técnicas facilitadoras de la comunicación, ayudándolas a redefinir los reales límites del conflicto, presentar nuevas perspectivas, equilibrando el poder a través de opciones para una ganancia mutua, con el objeto de producir un acuerdo satisfactorio para los participantes.-

5. EL TRABAJO INTERDISCIPLINARIO

En la primera parte de este trabajo, ha quedado sentado el principio que la mediación es una técnica, habilidad o disciplina que debe ir a CABALLO DE OTRAS PROFESIONES, es decir, que es necesario contar con un título profesional habilitante para recibir capacitación y entrenamiento en mediación.-

Como principio general, no puede privilegiarse una profesión sobre otra como la más aconsejable para ser la base sobre la cual deba asentarse esta nueva disciplina.- Nada justifica que sean los abogados, los contadores, los asistentes sociales, los terapeutas, los ingenieros, en forma exclusiva y excluyente del resto, que puedan recibir la formación de mediadores, pues todas ellas cuentan con un inmenso bagaje de conocimientos que pueden aportar y contribuir al enriquecimiento de la mediación.-

Por otro lado, la mayoría de los conflictos pasibles de someterse al proceso de mediación son multidimensionales y multidisciplinarios.- En primer caso significa que tienen generalmente un componente emocional, uno legal y otro técnico.- En el segundo caso significa que puede abarcar el campo de muchas disciplinas al mismo tiempo.-

No es común, encontrar, profesionales que cuenten con una capacitación interdisciplinaria, que estén en condiciones de comprender y manejar al mismo tiempo los componentes emocionales, legales y técnicos que integran un conflicto.-

Es por ello que el trabajo interdisciplinario constituye una alternativa válida, especialmente si se lo traslada al ámbito de la mediación, implementando lo comediación.-

5.1. COMEDIACION INTERDISCIPLINARIA

La comediación o trabajo en equipo, permitirá la integración de los diferentes saberes y conocimientos que puede aportar el profesional, pero todos ellos dentro del marco de la mediación; dicho intercambio de experiencias y conocimientos se realizará siempre desde la perspectiva que tienen los mediadores, son profesionales que actúan cooperativamente para lograr un fin común: cual es la resolución del conflicto.-

5.2.- VENTAJAS DE LA COMEDIACION

5.2.1. ENRIQUECE EL PROCESO DE MEDIACION:

La comediación, es una forma de trabajar en equipo, donde las partes se complementan, permitiéndoles dividir sus funciones, ya sea teniendo en cuenta la mayor o menor experiencia de uno u otro mediador ; los antecedentes y habilidades profesionales de cada uno, en cuanto a que un mediador, por ejemplo, abogado, asumirá la responsabilidad de atender el contenido de los hechos, y la obtención de información y el otro, psicólogo, se ocupará de la facilitación de las relaciones, de hacer surgir y controlar las emociones, de lograr la empatía entre los participantes, etc.-

También pueden lograr su complementación, constituyendo equipos de mediadores de igual profesión y asumiendo distintas posturas o actitudes: mientras uno es simpático, el otro es más áspero; mientras uno es más introvertido, el otro es más extrovertido, mientras uno es más formal el otro es informal; mientras uno hace de abogado del diablo, el otro es más positivo, etc.-

5.2.2.- HACE MAS LIVIANO EL TRABAJO DE CADA MEDIADOR: Toda sesión de mediación implica una ardua tarea y un fuerte desgaste tanto físico como psíquico por parte del mediador, compartir esta tarea permitiéndoles relevarse, cuando las fuerzas flaqueen, contribuye a mantener el espíritu enaltecido para los momentos más difíciles del proceso.-

5.2.3.- MOSTRAR A LAS PARTES MAYOR SOLIDES: Un trabajo en equipo, donde se encuentran interrelacionados, que se comunican simplemente

con gestos o miradas, que transmiten unidad de criterio y de acción, un frente fuerte, le da a las partes mayor confianza en el proceso, y además sirve de modelo para llevar adelante un diálogo constructivo, se sienten más comprometidos, . Por otro lado, les permite en cierta forma identificarse con ese equipo que trabaja codo a codo que son dignos de imitar.- En el supuesto que los comedia-dores pertenezcan a disciplinas diferentes, las partes tendrán más confianza, en cuanto a que advertirán que no sólo conocen el proceso mediatorio, sino también la materia de fondo, sintiéndose más seguros y confiados de los aportes que puedan proporcionar.-

5.2.4.- CONTRARRESTA LOS PREJUICIOS: Tanto los mediadores como partes, llevan en su propia historia, valores, creencias, prejuicios, que como consecuencia de la técnica de mediación pueden fácilmente salir a la luz, y si los cuales no son detectados y pasan inadvertidos para el mediador, puede redundar en el fracaso del proceso.- Estos prejuicios pueden tener origen en el sexo, en las clases sociales, en la religión, en la raza, en el tipo de profesión, en complejos de inferioridad o de superioridad, en el feminismo o machismo, en la edad, en el tipo de trabajo, en concepciones morales, ambientales, etc.-

5.2.5 .LOS MEDIADORES SE AUTOCONTROLAN: Es importante poder ir evaluando el proceso mediatorio a medida que se va desarrollando, el control mutuo que pueden ejercerse entre sí los mediadores, les permitirá detectar si el rumbo que le imprimieron a la mediación es el correcto, si deben ser más inquisitivos, más conductistas, más tolerantes, si deben aplicar la técnica de la confrontación.-

5.2.6.- REFLEXIONAR EN EQUIPO FUERA DE LAS SESIONES: El análisis del desarrollo de la mediación al finalizar cada sesión, es un paso muy importante, e integra el proceso, lo cual permitirá extraer conclusiones, fijar el plan de trabajo para la próxima sesión, establecer la técnica que se implementará, intercambiar las propias percepciones acerca del problema, de sus causas, de los sentimientos imperantes, construir una historia alternativa .-

5.3.- DESVENTAJAS DE LA COMEDIACION

5.3.1.- AUMENTO DE LOS COSTOS DE MEDIACION: El hecho de participar más de un mediador en un sólo proceso, puede significar que se duplique o triplique el costo del proceso, no solamente en lo referido a la retribución de los mediadores, pues las horas sesiones trabajadas también se duplicarán o triplicarán, sino también en cuanto a otros tipos de gastos, como viáticos, correspondencia, personal administrativo, etc.-

5.3.2.- DIFICULTAD EN COORDINAR LAS ACTIVIDADES ENTRE LOS COMEDIADORES:

En el supuesto que los mediadores deban trabajar juntos circunstancialmente, surgirán problemas entre ellos para coordinar horarios, pues cada uno tendrá su agenda organizada con anticipación; para resolver cual será el lugar en que se llevará a cabo las sesiones de mediación, en el estudio de uno u otro; para determinar equitativamente la división de trabajo o el rol que desempeñará cada uno, cuál estilo imperará, en el supuesto que sean distintos.-

5.3.3.- DIFICULTAD PARA TRABAJAR EN EQUIPO: Hay personalidades totalmente individualistas, a quienes les resulta imposible trabajar con otras personas, se deba esto a que tienen una personalidad muy fuerte y que no les gusta ceder posiciones o simplemente porque el trabajo en conjunto las inhibe, y por lo tanto puede disminuir su rendimiento y capacidad laboral.- Pero también existen profesiones individualista que no están acostumbrados a trabajar con colegas y mucho menos en un equipo multidisciplinarios .-

5.4.CONCLUSION

El trabajo interdisciplinario proporciona la integración de los conocimientos, a partir del intercambio que realizan profesionales de distintas disciplinas dentro de un marco de coordinación, comunicación, revisión y análisis de los mismos.-

Por ello, la mediación es una alternativa válida para resolver los casos complejos, o aquellos que contienen elementos importantes cuyas características exigen la experiencia y habilidad de distintas disciplinas, o bien, LA COMEDIACION INTERDISCIPLINARIA ES UNA ALTERNATIVA PARA DARLE SOLUCION AL PROBLEMA DE LA INCUMBENCIA PROFESIONAL EN EL AMBITO JUDICIAL.-

6.- LA COMEDIACION INTERDISCIPLINARIA EN EL AMBITO JUDICIAL.

Ahora bien, con todo lo analizado precedentemente, se está en condiciones de responder al planteo inicial de este trabajo:

¿ QUIENES PUEDEN SER MEDIADORES EN EL AMBITO JUDICIAL?

6.1. PRINCIPIO GENERAL En primer lugar, y retomando un concepto dado, se puede afirmar que PODRA SER MEDIADOR TODO AQUEL PROFESIONAL QUE ACREDITE CAPACITACION Y ENTRENAMIENTO EN MEDIACION .-

Ello es así, pues de todo la investigación realizada a los fines de efectuar este trabajo, no se encontró una causa que justifique privilegiar una profesión sobre otra, para que en forma exclusiva y excluyente reciba la formación de mediador.-

Las causas podrían ser: mayores conocimientos científicos sobre determinada materia; mayor experiencia en relaciones personales; mayor conocimiento y manejo de cálculos; una mayor razonamiento analítico; mayor experiencia en el tratamiento de asuntos familiares, empresariales, comunitarios, escolares; mayor preparación en la técnica de la negociación ; conocimiento de técnicas comunicacionales; etc.-

Todas estas causas, y son simplemente una lista ejemplificativa, no son necesarias para aprender las técnicas y habilidades en mediación.-

El requisito que se encuentra en la definición que debe ser profesional, se vincula, a que siempre los conflictos versan sobre alguna materia que es objeto de una ciencia o disciplina, y como se expresó, es más fácil y con mayores posibilidades de éxito, un proceso de mediación donde el mediador sabe de lo que hablan las partes, puede, por sus conocimientos, adentrarse en el problema mismo.-

6.2. MEDIACION JUDICIAL

Ahora bien, el panorama se complica cuando se ingresa al ámbito de la mediación judicial, y por lo tanto es necesario precisar más el concepto de mediador.-

Un conflicto, es una pelea, una lucha, una batalla, una confrontación entre las personas, esto en un sentido vulgar.-

Boardman y Horowitz, lo definen como una incompatibilidad de conductas, cogniciones (incluyendo las metas) y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social. -(2)

Los conflictos que normalmente son objeto de la mediación, son aquellos que surgen entre dos o más personas, son los que se denominan conflictos interaccionales.-

Pero también, Todos los conflictos PUEDEN RESOLVERSE, EN PRIMERA O EN ULTIMA INSTANCIA EN EL AMBITO JUDICIAL, pues todos los conflictos interaccionales, son objeto del derecho, pues el derecho, es un regulador de las conductas de las personas dentro de la sociedad, es una forma de control social, y para ello ha creado órganos idóneos y naturales, tales como los Tribunales .-

Este es un presupuesto del que parte el presente trabajo, y es por ello que se considera que la mediación debe instalarse en el Poder Judicial, para poder contribuir al descongestionamiento de los Tribunales, además, porque como se expresó, es el órgano natural de resolución de conflictos jurídicos o potencialmente jurídicos.-

Los Principios del Procedimiento

7.- EL PROBLEMA DE LA INCUMBENCIA PROFESIONAL EN LA MEDIACION JUDICIAL

Dentro de este contexto, pareciera que la respuesta al interrogante ¿QUIEN DEBE SER MEDIADOR? Es única: EL ABOGADO.-

Ello se justifica en virtud que es el profesional más idóneo en el manejo y conocimiento del derecho, de "lo jurídico", de las normas procedimentales.- Es fundamental en un proceso de mediación no perder el marco jurídico, y como un marinero que lleva su brújula hacia la dirección correcta, así mantendrá el abogado el contexto legal del conflicto.- Por otro lado, los abogados son los negociadores natos, se encuentra en la naturaleza misma de la abogacía, ellos ya cuentan con una bagaje de técnicas propias de la mediación, en cuanto a tratar de lograr el avenimiento de las partes, procurando hacerles entender sus "posiciones", deben circunscribir perfectamente los hechos narrados y sentidos por las partes, pero pasarlo por un tamiz, para lograr separar lo objetivo de lo subjetivo, y así bucear en las profundidades del conflicto en busca de la solución "más acorde a los intereses de sus clientes", pero también deben saberlos convencer cuando se encuentren frente a la inexistencia de argumentos o fundamentos para sostener sus derechos.- ¿ Pero ello sirve de fundamento para excluir a las otras profesiones de la mediación judicial?.- En este caso la respuesta debe ser: NO.-

Pero no todos los conflictos son exclusivamente jurídicos, pues siempre son multidimensionales, se puede diferenciar en ellos, además un componente emotivo y uno técnico.- Dichos componentes deben ser abordados entonces, por disciplinas idóneas, que puedan analizar y resolver el conflicto en esa dimensión, como por ejemplo los psicólogos, con su capacidad para descubrir las causas del conflicto, o los médicos, que puede dar un diagnóstico certero en el supuesto que el conflicto sea un error de diagnóstico, o un ingeniero, cuando la disputa es por una medianera, etc.-

8. PROPUESTA

En primer lugar, se propone que la mediación en el ámbito judicial, sea el producto de un trabajo multidisciplinario, a elección de las partes intervinientes en el proceso

En segundo lugar, solamente los abogados podrán realizar un proceso de mediación sin contar con la coasistencia de otros profesionales, salvo, opción de las partes.-

En tercer lugar, los demás profesionales podrán intervenir en el proceso de mediación en carácter de COMEDIADORES, juntamente con un mediador abogado.-

En cuarto lugar, los COMEDIADORES, actuará, en igualdad de condiciones, debiendo coordinar sus funciones y roles, para lograr cumplir con los objetivos de la mediación.-

En quinto lugar, las retribuciones, se fijarán teniendo en cuenta el trabajo realizado, es decir, por hora-sesión.- Asimismo, la remuneración así resultante se dividirá por partes iguales entre los comediadores, salvo acuerdo de parte.

En sexto lugar, los colegios o consejos profesionales, deberán acreditar la incumbencia profesional y la compatibilidad con la mediación, ante la autoridad de aplicación, dentro del plazo fijado por la ley, a los fines que los profesionales que ellos representan puedan acceder al registro de mediadores, vencido dicho plazo, quedarán perentoriamente excluidos.-

En séptimo lugar, los colegios o consejos profesionales, que hubieran acreditado su incumbencia con la mediación, deberán crear un departamento de mediación, para proporcionar capacitación, entrenamiento, cursos de actualización, a sus miembros, debiendo incluir en las normas disciplinarias todas aquellas que hagan referencia a la conducta ética de un mediador, pudiendo ser sometidos al tribunal de ética, etc.

9. CONCLUSION

Con el presente trabajo, se pretendió dar una respuesta a un gran interrogante , cual es el problema de la INCUMBENCIA PROFESIONAL, que en términos más simples, no es otra cosa que ¿Quiénes pueden ser mediadores?

El componente jurídico de todo conflicto, lo resolverá el abogado al conformar el equipo interdisciplinario, el componente técnico, lo solucionará el profesional que tenga vinculación con el objeto del problema y el componente emocional, estará a cargo de los MEDIADORES, es decir, de ambos profesionales.-

Con esto se pretende, en cuanto a la implementación de la mediación, no sólo darle protagonismo a los profesionales en forma individual, sino también a sus cuerpos colegiados, que en esta primera etapa han asumido la responsabilidad de enseñar y difundir las bondades de este sistema

Alternativo de resolución de Conflictos, con el anhelo de contribuir al engrande-cimiento de la mediación y con la esperanza puesta en el sistema.-

La respuesta definitiva a la interrogante planteado : ¿ QUIENES PUEDEN SER MEDIADORES EN EL AMBITO JUDICIAL? TODOS LOS PROFESIONALES CON CAPACITACION Y ENTRENAMIENTO EN MEDIACION EN LA MEDIDA QUE CONFIGUREN UN EQUIPO INTERDISCIPLINARIO, COMEDIANDO LAS CAUSAS ABOGADOS CONJUNTAMENTE CON OTROS PROFESIONALES.-

CITAS AL PIE DE PAGINA

1.- Folger J.P. y R.A. Baruch Busch: " La promesa de Mediación"

2.- Suares Marinés: ídem (4) , pág 73.-

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BUSH, R.S.- J.P. FOLGER-: LA PROMESA DE MEDIACION. Como afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros.-1996 by Ediciones Granica S.A., Barcelona.

FOLBERG- TAYLOR: MEDIACION . Resolución de conflictos sin litigio- Edit. Limusa S.S. de C.V.-Grupo Noriega Editores, México.-

HIGHTON ELENA Y ALVAREZ GLADY: MEDIACION PARA RESOLVER CONFLICTOS.-

Primera edición Marzo 1995.- Ad Hoc SRL.Argentina.-

GOTTHEIL JULIO Y SCHIFFRIN ADRIANA- compiladores.- MEDIACION UNA TRANSFORMACION EN LA CULTURA.- Mediacion 3 .- Paidos SAICF, Argentina.-

SUARES MARINES: MEDIACION CONDUCCION DE DISPUTAS, CONCILIACION Y TECNICAS

-Mediación 4.-PAIDOS SAICF, Argentina.-

URY WILLIAM : SUPERE EL NO.- Grupo Editorial Norma, año 1993, Colombia.-

Chabaneix & Asociados, Abogados Mariscal Benavides 307 Selva Alegre,
Arequipa -

Perú

Telf.: 51+54 217676, 243076 Fax 51+54 213098

Introducción de los juicios orales en Latinoamérica

Juan Enrique Vargas Viancos
Banco Interamericano de Desarrollo
Washington, D.C.
Departamento de Desarrollo Sostenible
División de Estado, Gobernabilidad y Sociedad Civil
Mayo 19-22, 1996

Lecciones Aprendidas:

Introducción de los Juicios Orales en Latinoamérica

Juan Enrique Vargas Viancos

Director Ejecutivo

CDJ/CPU

I. Introducción

II. Principales motivaciones para la introducción del juicio oral en el Continente

- A. Democratización creciente y mayor conciencia sobre los derechos humanos
- B. Gobernabilidad y desarrollo económico
- C. Aumento de los problemas de seguridad pública
- D. Colapso de los sistemas judiciales, dentro de un contexto de reforma y modernización del Estado
- E. Intentos de unificación jurídica
- F. Presencia y participación de entidades de cooperación internacional

III. Estado en que se encuentra la reforma: logros

- A. Argentina
- B. Uruguay
- C. Colombia
- D. Guatemala
- E. Situación en otros países

IV. Principales problemas para el éxito de los cambios

- A. Voluntad política
- B. Debilidad de los Poderes Judiciales
- C. Resistencia al cambio
- D. Deficiencias en la implementación
- E. Desatención de ciertos elementos de 1a reforma

V. Elementos de una estrategia de cambio

A. Reforma consensual

B. Participación.

C. Alto Nivel Técnico pero con la conciencia de que se trata de un trabajo político

D. Importancia de los aspectos de gestión e interdisciplinariedad

E. Integralidad del cambio

F. Discriminar entre las diversas etapas del proceso de cambio

G. Debida atención a cuestiones puntuales pero determinantes para el éxito de los cambios

Esta monografía fue preparada por el Dr. Juan Enrique Vargas para la Segunda Mesa Redonda sobre Reforma Judicial, celebrada por el *National Center for State Courts* (NCSC) en Williamsburg, Virginia del 19 al 22 de mayo de 1996, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Se puede reproducir y distribuir con fines educativos no lucrativos. Las opiniones expresadas en este documento no representan necesariamente las posiciones y políticas oficiales del NCSC, USAID o BID.

I. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas la idea de cambiar nuestros sistemas procesales desde su carácter fuertemente escriturados hacia juicios públicos y orales ha sido la constante de todos los esfuerzos reformadores al sector justicia en Latinoamérica durante los últimos 10 años. Tanto en materias civiles como criminales la bandera de la oralidad se ha esgrimido como el arma más eficaz para barrer con muchos de los males que se le atribuye a nuestros sistemas judiciales.

Esta aparente homogeneidad de motivaciones debe ser, eso sí, analizada en forma cuidadosa.

Fundamentalmente, porque lo que en materia civil puede presentarse como el objetivo último de los cambios, el llamado "juicio por audiencias", es tan sólo en materia criminal uno de los aspectos que involucra la reforma. En dichos asuntos criminales, a decir verdad, no es el momento del juicio donde se encuentra el nudo gordiano de los problemas del sistema, sino más bien en el previo, el de la instrucción, signo identificador de los sistemas inquisitivos. Por lo mismo, no es extraño encontrarse con experiencias abortadas en el continente, de intentos de establecer sistemas acusatorios, que han concluido contentándose tan sólo con una etapa oral en el plenario.

Por otra parte, el "grado" de oralidad obtenido por las diversas reformas no ha sido uniforme y la fuerza del antiguo sistema muchas veces ha llevado a obtener juicio solo "teatralizados", en los cuales, más que una audiencia oral, lo que se produce es una lectura interminable de antecedentes probatorios o actuaciones generadas con anterioridad. Por lo mismo, debe tenerse mucho cuidado al analizar las diversas normativas, ya que muchas veces ellas mismas contemplan gérmenes de escrituración, aún cuando se encuentren bajo el rótulo de "oralidad". Y más cuidado aún debe tenerse con el estudio de la aplicación concreta de las instituciones, ya que la letra de los códigos las más de las veces en nuestros países se ve desmentida con la realidad de las prácticas.

Resulta aún prematura aspirar a contar con una evaluación sistemática de las reformas procesales en el Continente, la mayoría de los cambios son aún muy recientes y no se cuenta tampoco con una metodología lo suficientemente sofisticada como para asumir las múltiples singularidades y complejidades que cada sistema jurídico presenta, de moto tal de obtener resultados realmente comparables.

Por ello, los comentarios que siguen a continuación deben ser tomados como una mera aproximación al tema producto de publicaciones e informes oficiales, la visita directa a diversos países del área, y la participación en encuentros internacionales y los seminarios sobre el tema organizados por el *National Center for State Courts* y CDJ/CPU.

II. PRINCIPALES MOTIVACIONES PARA LA INTRODUCCIÓN DEL JUICIO ORAL EN EL CONTINENTE

No es el sentido del presente trabajo entrar a detallar las razones jurídicas que justifican el proceso de transformación de nuestros sistemas escritos en verdaderos juicios orales. Razones como la inmediación; publicidad y control; contradicción Y defensa; concentración y celeridad, ya han sido de sobra desarrolladas por los tratadistas, antiguamente, con argumentos que no admiten réplica.

Por lo mismo, pareciera que la pregunta es ¿Por qué si es un sistema tan conveniente no ha sido incorporado a nuestras legislaciones? O, desde otro - ángulo, ¿Qué razones ha habido para recién ahora iniciarse un proceso consistente en tal sentido? A continuación sintetizaremos las que a nuestro juicio son las claves para responder esta última pregunta:

A. Democratización creciente y mayor conciencia sobre de los derechos humanos

Sin lugar a dudas un factor determinante en el creciente interés por el funcionamiento de los sistemas judiciales en el Continente y el afán de introducirles reformas modernizadoras, especialmente en materia procesal, ha sido la revalorización del sistema democrático de gobierno, entendido también como una forma "racional" de resolver los conflictos en todos los planos del quehacer social.

La huella dejada por décadas pasadas, con el saldo de miles de desaparecidos, entre otras atroces violaciones a los derechos fundamentales, también sirvió para replantearse los mecanismos internos de control a la actividad gubernamental y, especialmente, el rol y "poder" del Poder Judicial para jugar eficientemente su papel.

B. Gobernabilidad desarrollo económico

Paralelamente, el creciente desarrollo experimentado por nuestras economías, signado por formas más abiertas y competitivas de transacción, tanto interna como externamente, dejaron en evidencia rápidamente que un posible obstáculo para la consolidación de tal modelo eran las debilidades institucionales en los diversos países del área y, fundamentalmente, las trabas que implicaba un sistema jurídico y de justicia arcaico y lento, causante, en buena medida, de la inestabilidad en las relaciones jurídicas y, por ende, del aumento de los costos de transacción.

Diversos estudios en el área han demostrado, por ejemplo, la mayor predisposición de negociar con personas conocidas, por la facilidad para resolver informalmente potenciales conflictos, que para hacerlo abiertamente con cualquier oferente, aún cuando con este se pueda alcanzar un mejor precio. Igualmente, se han podido comprobar los nocivos efectos que las inestabilidades institucionales - de las que no quedan ajenos los poderes judiciales- causan, por ejemplo, en los volúmenes de la inversión extranjera. Por otra parte, el propio fenómeno de la evolución económica implica la incorporación de nuevos sujetos a la vida económica formal del país, con la consiguiente demanda por servicios judiciales que, tal como están hoy concebidos, presentan serias limitaciones al acceso.

C. Aumento de los problemas de seguridad pública

Las mismas circunstancias antes reseñadas -sistemas restrictivos de gobierno que dan paso a democráticos -y evolución económica- traen aparejados fenómenos de violencia y criminalidad urbana desconocidos con anterioridad para algunos países del área, al menos en la magnitud que hoy se están viviendo. Las demandas que de allí surgen hacia el sistema de represión penal estatal son crecientes. La herramienta tradicional de alzar las penas ha terminado por desacreditarse como ineficiente e incluso contraproducente, dando lugar a formas más sofisticadas de intervención, tales como aquellas que se plantean sobre el sistema judicial.

D. Colapso de los sistemas judiciales, dentro de un contexto de reforma y modernización del Estado

En este contexto, el sistema judicial es percibido por la ciudadanía como lejano, oscuro y tremendamente ineficiente. La gente no entiende qué es lo que hace, ni menos cómo lo hace. Se les presenta como una estructura burocrática, que utiliza un lenguaje, una tecnología y una forma de hacer las cosas sumamente anticuadas. Paralelamente, se visualiza que el resto de la administración pública, con los múltiples problemas que aún presenta, está sosteniendo esfuerzos serios y consistentes de racionalización y modernización de su gestión, todo lo cual alienta procesos de reestructuración en este sector.

E. Intentos de unificación jurídica

Sin dudas otro motor de los cambios en la dirección de sistemas más transparentes y eficientes han sido los esfuerzos de reunificación jurídica en el Continente, que en el área procesal ha liderado el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Fruto del trabajo académico de este instituto los especialistas del área se han acercado a las más modernas teorías y han acordado en legislaciones tipo -los Códigos Procesal Civil y Penal Modelos para Iberoamérica-

que han sido 1ª guía motivadora y orientadora de la gran mayoría de los esfuerzos modernizadores de los últimos años. Adicionalmente, exigencias de la complementariedad económica entre los estados y derivadas de los tratados que sobre libre comercio se han suscrito, a la par que problemas internacionales de criminalidad organizada -narcotráfico y terrorismo- poco a poco han reforzado en los países la necesidad de unificar sus legislaciones, especialmente las procesales.

F. Presencia y participación de entidades de cooperación internacional

Finalmente, sin dudas parte importante por el crédito al impulso a estas reformas debe atribuirse a las entidades de cooperación internacional, que crecientemente han demostrado su interés por desarrollar actividades en el área de la justicia en Latinoamérica. Inicialmente fue el impulso de USAID, al cual se le han acoplado en los últimos años los Bancos Multilaterales –Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial-, la Unión Europea y otros países de ese continente.

Un común denominador en los esfuerzos de todas estas entidades de cooperación ha sido contribuir a los esfuerzos nacionales por oralizar sus sistemas procesales.

La acción de los dos últimos factores mencionados explica el que por primera vez exista en América Latina una política tan coherente entre los diversos estados en materia judicial y una estrategia de cambio que en lo medular es bastante similar. Esto ha provocado, además, un acercamiento entre los diversos poderes judiciales, ministerios de justicia, ONGs dedicadas al tema y expertos en la materia, que no tiene parangón.

III. ESTADO EN QUE SE ENCUENTRA LA REFORMA: LOGROS

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo, a continuación consignaremos una breve reseña de los avances logrados en pos de la oralidad en algunos países cuyas experiencias nos parecen pueden resultar paradigmáticas.

A. Argentina

Es en las provincias argentinas donde comienzan a establecerse los primeros sistemas procesales orales. Las particularidades del federalismo argentino, en donde si bien el derecho sustantivo es de carácter nacional, el procesal y la organización judicial es provincial -sin perjuicio de la existencia de una jurisdicción federal-, permitieron que corrientes mas innovadoras, sin todo el peso que significa hacerse cargo de 1ª transformación en todo un país, llegaran a traducir sus ideas en códigos. El primero de ellos y emblemático, por lo que significó para el resto de las provincias y otros países que lo tomaron como modelo -como es el caso de Costa Rica- fue el código de Procedimiento Penal de 1ª Provincia de Córdoba de 1938, cuyos autores fueron Sebastián Solery Alfredo Velez Mariconde.

Con posterioridad a esa fecha, la gran mayoría de las provincias fueron adoptando el sistema oral, quedando al margen fundamentalmente la Provincia de Buenos Aires y el sistema federal, lo que en término de cobertura tiene una importancia significativa.

Para revertir tal situación, durante el Gobierno de Raúl Alfonsín se generó un fuerte movimiento, encabezado por el jurista Julio Maier, cuya propuesta era una nuevo Código que establecía el sistema acusatorio. En el caso argentino este sistema recibe explícitamente consagración constitucional- La Constitución de 1853, incluso prescribe el Juicio por Jurados- .

La Comisión encabezada por Maier produjo en 1980 un proyecto de Código y se le encomendó, igualmente, el establecimiento de una nueva organización judicial que incluyera al Ministerio Público.

Pese a haber sido sancionado dicho proyecto por la Cámara de Diputados, este fue sustituido durante el Gobierno de Carlos Menem por un proyecto presentado en 1975 al Congreso Nacional por el Ejecutivo de aquel entonces y que había sido elaborado por Ricardo Levene (h), presidente de la Corte Suprema en 1991 cuando se retiro su tramitación. Dicho código fue elaborado tomando como modelo el de Córdoba, es decir, manteniendo un sumario de carácter escrito en manos de un juez y un plenario de corte oral. Este código fue sancionado el 4 de septiembre de 1991 y comenzó a regir un año mas tarde -Ley 23.984-. El Código se integra con la ley 24.050 de Organización y Competencia de la Justicia Penal Nacional y con la Ley 24.121 de Implementación. Se dispuso allí el derecho a los imputados, en los procesos en trámite al momento de comenzar la aplicación de la nueva ley, a elegir el sistema por el cual deseaban ser juzgados, dentro de un plazo especial de 15 días que se concedió al efecto.

La reforma afectó principalmente la organización de la Justicia Penal Nacional, aquella que Corresponde a la Capital Federal. Se estableció que los juzgados de instrucción pasaran a funcionar con solo una de las dos secretarías que tenían. Por su parte, de los 20 juzgados de sentencia, 10 se transformaron en juzgados de instrucción para el nuevo sistema y los restantes, transitoriamente, continuaron conociendo de los procesos antiguos. Una de las dos secretarías que también poseían esos juzgados de sentencia pasaron a integrar las fiscalías, las que debieron aumentar su número.

Algunos de los funcionarios de los ex juzgados de sentencia fueron trasladados a los nuevos juzgados orales que se crearon. Dos salas de las siete que conformaban la cámara de apelaciones fueron convertidas en tribunales orales.

El proceso de implementación de estos cambios no estuvo exento de problemas. La conducción de esta fue de responsabilidad de una Comisión creada por el Ministerio de Justicia. Se impulsó un atractivo programa de pasantías de jueces en aquellas provincias donde ya se aplicaba el sistema oral.

Esta es considerada la experiencia más interesante realizada en el país de capacitación judicial, aún cuando no comprendió al personal administrativo -que debió limitarse a concurrir a conferencias sobre el tema- y se suspendió una vez entrado en vigor el nuevo código (Correa Sutil, Jorge. "Diagnóstico de los Poderes Judicial y Legislativo de la República Argentina". Banco Interamericano de Desarrollo. 1994. Inédito) .

Sin embargo, no hubo realmente un plan de implementación de la reforma. En los hechos ésta se hizo por cada servicio que debía intervenir, con sus recursos normales, sin mayor coordinación. Por ejemplo, la Dirección de Arquitectura designó un grupo de arquitectos que previo las necesidades de espacios físicos y consiguió edificios cedidos de otros ministerios; la Dirección de Abastecimientos se preocupó de las necesidades de mobiliario, etc.

Como en otros países, a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código tal trabajo de preparación no estaba concluido. Hubo incluso presiones por postergar esta entrada en vigencia, pero ésta se cumplió gracias a la acción de la Corte Suprema, la que impulsó su puesta en marcha a través de la dictación de acordadas. Las resistencias al cambio provinieron especialmente de los abogados, no así de los magistrados, lo que puede explicarse por las promociones y aumento en las remuneraciones que para ellos aparejo la reforma. Algunos resultados preliminares dan cuenta de un balance positivo del nuevo sistema, aún cuando existen sectores que deben recibir una especial atención. Uno de ellos es -dentro de la justicia nacional- , el de la justicia correccional, cuya competencia aumentó sustancialmente con la reforma: de conocer delitos con pena privativa de libertad de hasta un año, se alzó a aquellos de hasta 3 años.

Para hacer frente a este problema se dictó en mayo de 1994 la ley 24.316, que incorpora la suspensión de juicio a prueba, con el fin de descargar del sistema los asuntos menores cometidos por primerizos. Esta ley, por problemas de implementación, aún no está dando los resultados esperados. En todo caso, ella apunta a uno de los aspectos medulares para el correcto funcionamiento del sistema, que no fue asumido por la reforma de 1992, esto es el dotarlo de armas que le permitan realizar una selectividad objetiva y racional, de tal forma de poder focalizar sus recursos –siempre necesariamente limitados- a aquello de mayor relevancia.

Distinta es la situación que le ha tocado vivir a los juzgados de instrucción – quienes descargaron parte de su trabajo en los correccionales-.

En cuanto a los tribunales nacionales orales en 10 criminal, en el año 1993, los 21 que funcionaron conocieron 2.516 procesos, concluyendo 1.693, de los cuales 727 lo fueron por sentencia definitiva.

El mayor problema que se ha presentado en el funcionamiento de los tribunales orales es el escaso número de defensorías oficiales, uno por cada tres tribunales orales, convirtiéndose en un verdadero cuello de botella del sistema, sobretodo si se tiene presente que aún es limitado el número de abogados particulares que interviene en los debates. Se ha programado la creación: de 10 defensorías adicionales para hacer frente a este problema.

Otros cambios importantes que experimentó el sistema a consecuencia de la reforma fueron la creación del cargo de "Administrador Judicial", la creación de la Dirección de Informática Jurídica, a cargo de un banco de datos jurisprudencial de la Cámara Nacional de Casación Penal y de los Tribunales inferiores, y la creación de la oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos, a cargo de un equipo interdisciplinario.

En la operatoria práctica del sistema los principales problemas que se han presentado son la falta de dependencias para la espera de testigos, la imposibilidad de pagarles a éstos su traslado y viáticos, la ausencia de mecanismos de subrogación de los secretarios -quienes son los encargados de manejar la agenda del tribunal-, la seguridad durante las audiencias y la falta de un sistema de control de gestión.

No existen hasta 1a fecha estudios completos referentes a la duración de los procesos en el nuevo sistema. Según los operadores, hoy en día la media de un caso tipo, hasta que se haya dictado de la sentencia definitiva de primera instancia es de 9 meses, cifra sustancialmente inferior a la existente con anterioridad a la reforma. Este aceleramiento en los procesos ha incidido favorablemente en 1a reducción de los presos sin condena. La imagen pública de la justicia cambió sustantiva y positivamente con la reforma, aumentando enormemente la atención por su accionar, lo que ha llevado que programas con los mayores *ratings* en la televisión argentina sean aquellos que transmiten el desarrollo de audiencias orales.

En el futuro se prevé nuevas cambios en el funcionamiento de la justicia criminal, pues la reforma constitucional de 1992 estableció 1a total autonomía del Ministerio Público el que hasta la fecha dependía, en cuanto a su designación y a la posibilidad de recibir instrucciones, del Presidente de la República, aunque presupuestariamente lo era del Poder Judicial.

En materia civil se encuentra desde 1993 en discusión parlamentaria un proyecto de Código, elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia, el cual sigue los lineamientos del Código Procesal Civil Modelo, introduciendo un procedimiento por audiencias.

B. Uruguay

Tan determinante como ha sido para el resto del Continente la experiencia Argentina en materia procesal penal, lo ha sido la uruguaya en procesal civil. El llamado Código General del Proceso -CGP-, en vigencia desde noviembre de 1993, estableció un procedimiento oral para los asuntos civiles, comerciales, de familia, laborales y contenciosos administrativos⁶.

Este Código -Ley 15.982- vino a reemplazar el procedimiento escrito que al igual que en los restantes países del área regía desde el siglo pasado, en el caso del Uruguay desde 1.876. Su texto corresponde a una adecuación de las disposiciones del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, lo que no es de extrañar ya que sus redactores -*Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello y Enrique Véscovi*-, son los mismos autores de la iniciativa Iberoamericana.

La reacción contra el procedimiento escrito anterior provino, por una parte, del alto grado de mediación y delegación de funciones que lo caracterizaba y, por la otra, de la enorme lentitud de su funcionamiento. Estudios señalaban que el juicio ordinario civil común tenía una duración promedio de 989 días en la primera instancia a partir la conciliación y de 864 días si se contabilizaba desde la demanda. Es decir, en el primer caso, cercano a los tres años. Por su parte, la segunda instancia, que no se presentaba en muchos casos, tenía una duración promedio de 455 días. Es decir, un proceso que cumpliera con todas las instancias, en promedio, duraba 1.444 días, sin considerar la posibilidad de que fuere objeto de un recurso de casación ante la Suprema Corte.

Determinante para el éxito de la reforma fue el cambio político experimentado en el Uruguay en esos años, con la vuelta al sistema democrático. En lo más anecdótico, pero no menos importante, ese cambio significó la elección de un Gobierno cuyo Vicepresidente -y Presidente de la Asamblea General y el Senado-, *Enrique Tarigo*, era un destacado miembro del antes señalado Instituto y fervoroso partidario del cambio. Esos y otros factores generaron una sólida voluntad política consensual tras las reformas.

El Anteproyecto fue presentado al Parlamento en febrero de 1987, dándosele la oportunidad de opinar a un vasto espectro de instituciones encabezadas por la Suprema Corte de Justicia, al Colegio de Abogados, Asociaciones de Magistrados, Asociación de Escribanos, de Procuradores, de Rematadores, de Funcionarios, etc.

El proyecto fue estudiado con detención por la Comisión de Constitución y Códigos (mayo 1987 a marzo, de 1988), siendo luego aprobado a tapas cerradas por el plenario del Senado en abril de 1988 y en abril por la Cámara de Representantes. El texto mantuvo sin modificaciones los principios del anteproyecto, pese a las alteraciones que se le introdujeron al articulado.

Paralelamente se dispuso un aumento sustancial del número de jueces⁸ se otorgaron potestades a la Corte Suprema para distribuir los órganos jurisdiccionales territorialmente y por materia y se incrementaron las partidas presupuestarias destinadas a procurar locales adecuados a los nuevos juzgados y para cubrir, en general, las exigencias que la implementación del nuevo proceso demandaba.

Se dispuso un período de vacancia desde la dictación de la ley hasta su entrada en vigencia de poco más de un año⁹. Durante ese período se puso en práctica un activo programa de capacitación para los nuevos y antiguos jueces, adentrándolos en la lógica y destrezas requeridas por el nuevo procedimiento. Para ello fue vital la labor realizada por el propio Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y por el Centro de Estudios Judiciales -CEJU- entidad creada especialmente para encarar, en esa coyuntura, la capacitación judicial.

El proceso de puesta en marcha consultó que fueran solamente las nuevas sedes que se creaban las que asumieran la tramitación con el CGP, quedando las antiguas -o juzgados "viejos"- con la misión de concluir los procesos iniciados bajo el antiguo procedimiento, el cual siguió vigente para esos efectos.

Se le confirieron atribuciones a la Suprema Corte para convertir estos juzgados al nuevo sistema a medida que su carga de trabajo lo permitiera. Ya en el año 1992 la Suprema Corte, atendiendo a la disminución de las causas que se tramitaban según el antiguo procedimiento, ordenó que todos los Juzgados pasaran a aplicar y conocer causas por el CGP.

Desde su aprobación hubo fuertes oposiciones al nuevo procedimiento, fundamentalmente desde el gremio de los abogados, pese a que en un inicio este había apoyado entusiastamente la reforma, pues los abogados vieron amenazado su sistema de trabajo y capacidad de manejar una gran cartera de juicios. Incluso hubo una intensa campaña pública con predicciones catastróficas sobre lo que se avecinaba. A poco andar esos temores fueron diluyéndose y ninguno de los desastres anunciados ocurrió.

En cuanto a la celeridad de los procesos, a 18 meses de iniciada la reforma se indicaba que en "promedio, en materia civil, la tramitación de un expediente se estima en ocho meses, concluyendo muchos de ellos por transacción, lo que determina el bajo número de sentencias dictadas en el año 90 (osciló entre 18 y 20 por turno)".

Antecedentes del año 1995, preparados por la Sección Estadística de la Suprema Corte, indican que estas cifras han mejorado:

TRIBUNAL DURACION

Juzgados de paz 5 meses

Juzgados Civiles 6 meses

Juzgados Laborales 3 a 8 meses

Juzgados de Familia 4 a 9 meses

Los grandes avances experimentados por la justicia uruguaya a partir del Código General del Proceso no han sido, lamentablemente, internalizados debidamente por la ciudadanía. Ello porque el proceso penal no fue tocado por la reforma, conservándose uno de fuerte carácter inquisitivo y escriturado, y es este, como ya hemos dicho, el que más cotidiana e intensamente afecta a los ciudadanos. Esta circunstancia ha motivado la presentación en los últimos años de diversas iniciativas de reforma. La primera de ellas es el proyecto de 1990, el cual conservando el sistema inquisitivo introduce mayores dosis de oralidad en el juicio. Al ser considerada insuficiente tal alternativa, la Suprema Corte de Justicia en el año 1994 creó un Comisión para la elaboración de un nuevo proyecto que vaya derechamente hacia un sistema acusatorio.

C. Colombia

Las principales reforma procesales que ha experimentado Colombia en los últimos años se sitúan en la esfera de la justicia criminal. El nuevo procedimiento criminal colombiano es producto de los profundos cambios que introdujo al sistema judicial la Constitución dictada en ese país el año 1991. Esta carta fundamental creó nuevas instituciones y modificó radicalmente muchas de las existentes. Para adecuar la legislación a estos preceptos, se dictaron los Decretos 2.699 y 2.700 de 1991, que establecieron, respectivamente, la Fiscalía General de la Nación y el Código de Procedimiento Penal.

La principal motivación para esta nueva legislación radica en los muy agudos problemas de seguridad ciudadana que ha sufrido ese país en el pasado reciente. La tasa de criminalidad en Colombia se encuentra entre las mas altas del mundo y, al mismo tiempo, la de presos es una de las mas bajas, el siguiente cuadro comprueba lo anterior.

No es de extrañar que este énfasis en la impunidad llevará a concentrar todos los esfuerzos de la reforma en darle mayor efectividad a la etapa de la instrucción, reservándose sólo un espacio menor, y escasas normas, para el juicio propiamente tal. Así, un sistema originalmente concebido como acusatorio, en los hechos mantiene en buena medida la estructura inquisitoria del anterior, siendo reemplazados los jueces instructores por fiscales, pero conservando estos atributos jurisdiccionales, pues pueden afectar los derechos fundamentales de las

personas -por ejemplo detener- sin mayor control jurisdiccional. Este exceso de atribuciones es el que explica que a la Fiscalía General de la Nación se la haya hecho depender de la rama judicial, aún cuando cuenta con autonomía administrativa y presupuestaria.

El grado de oralidad previsto para el juicio es limitado, desde el momento en que se permite la lectura en el no sólo de la resolución de acusación, sino que también de las demás piezas del proceso que soliciten las partes o el juez considere necesarias.

El nuevo procedimiento no ha permitido superar los problemas del retraso judicial. Estudios indican que estos tardan aproximadamente 806. días. Siendo la situación más aguda en los Juzgados Penales Municipales: 919 días.¹⁵ La implementación de esta nueva legislación vino acompañada con mecanismos alternativos de resolución de conflictos para asuntos menores. Así se estableció la conciliación para los delitos y contravenciones especiales que exigen querrela de parte o admiten desistimiento, como por ejemplo la bigamia, el estupro y la injuria. Por otra parte, también se realizaron una serie de interesantes cambios en la gestión administrativas de los despachos judiciales. Se introdujeron planes de informatización y diversas experiencias pilotos de gestión, tal como la de secretaría única.

En materia civil, a partir del Decreto de Descongestión de los Despachos Judiciales de 1991, los esfuerzos mas coordinados y exitosos han estado también en la dirección de desjudicializar conflictos y aumentar sustancialmente la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

D. Guatemala

Es Guatemala el único país del área donde rige un sistema acusatorio oral puro. La reforma en tal sentido fue aprobada el año 1992, comenzando a regir el 1 de junio de 1994.¹⁷ La implementación de la reforma ha significado un esfuerzo de consideración en el país y aún es demasiado prematuro para tener siquiera una visión preliminar sobre los resultados de la misma. El cambio ha implicado una recreación del Ministerio Público, la implementación de un Servicio Público de Defensa Penal y la reestructuración de los tribunales penales. Estos esfuerzos son doblemente complejos en un país multiétnico como Guatemala, con diversidad de lenguajes y un porcentaje muy alto de analfabetismo.

El proceso previo a la puesta en marcha no fue acompañado por una acabada planificación, avanzándose poco en el funcionamiento de las nuevas instituciones. A la fecha en que comenzó a regir la defensoría pública en los hechos no se había formado, sólo se había nombrado a una parte menor de los funcionarios del Ministerio Público (305 de los 1.350 con los que ya cuenta en 1995) y a estos no se los había capacitado debidamente.¹⁸ Otro tanto puede

decirse del Poder Judicial, pese a los esfuerzos de la Escuela Judicial por preparar materiales y algunos cursos al efecto.

Las deficiencias en la fase previa y los temores que implica el cambio - fundamentalmente al interior del Poder Judicial- provocaron la suspensión de la entrada en vigencia del Código, ampliándose en 6 meses el plazo inicial de un año de vacancia legal, hasta que en 1995 se decidió ponerlo en marcha de una vez ya que mayores postergaciones podían terminar desnaturalizando el proceso. Según sus principales actores, los problemas en la implementación de la reforma se debieron fundamentalmente a la escasez de los recursos destinados al efecto. Para el primer año de su funcionamiento, la fiscalía dispuso de menos de cuatro millones de dólares. En el año siguiente su presupuesto sólo le permitió pagar remuneraciones pero no emprender un plan de inversiones urgentemente necesario. Esta limitación presupuestaria se nota especialmente en la infraestructura y el equipamiento de las instituciones llamadas a aplicar el nuevo sistema. La forma como se regula la transición implicó que el nuevo sistema desde un comienzo tuviera una elevada carga de trabajo, pues se dispuso que ingresaran a él todos aquellos casos penales en los que no se hubiese decretado auto de apertura a juicio al 30 de junio de 1994.

Durante el primer año de funcionamiento sólo alcanzaron a realizarse 2 juicios públicos. A mediados de 1995 se habían realizado 30 de las más de 500 acusaciones elevadas por la fiscalía, lo que revelaba una preocupante acumulación de casos. Donde si se han registrado resultados muy alentadores es en la solución directa entre partes que ahora permite la ley de determinado tipo de delitos, alcanzándose, durante 1994, 7.500 de estas, cifra que mejora notablemente los índices de eficiencia del sistema.

E. Situación en otros países

A continuación, sinópticamente se describe el estado de avance de las reformas en los restantes países del área, indicándose entre paréntesis el año en que inició la etapa en cuestión. Los países que no aparecen mencionados no han iniciado aún reformas en pos de la oralidad.

PAIS REFORMA EN ELABORACION REFORMA EN TRAMITACION REFORMA APROBADA

BOLIVIA Penal (1994)

BRASIL Penal (1993)

COSTA RICA Penal (1995)

CHILE Penal (1995)

EL SALVADOR Penal (1994)

ECUADOR Penal (1993)

Suspendida

HONDURAS Penal (1995)

NICARAGUA Penal (1996)

PANAMA Penal (1996)

PARAGUAY Penal (1994) Ministerio Público (1995)

PERU Penal -acusatorio- (1995)

Penal -plenario oral- (1991) Civil (1992)

VENEZUELA Penal (1995)

IV. PRINCIPALES PROBLEMAS PARA EL ÉXITO DE LOS CAMBIOS

A. Voluntad política

La introducción de la oralidad en los procedimientos persigue dotarlos de mayor transparencia y aumentar el control ciudadano de las decisiones judiciales y, por ende, la independencia y predictibilidad de las mismas. Si esta reforma es acompañada en material penal con la transformación de los procedimientos inquisitivos en acusatorios, se pasa a incidir en aspectos claves en la configuración política de los estados y, en lo que es más determinante dentro de ellos, en el ejercicio del poder.

Tradicional y lamentablemente, en buena parte del Continente ha habido poderes judiciales más o menos dóciles a los gobiernos, con grados de independencia bastante relativos, como se puede fácilmente comprobar al analizar las interferencias políticas en las designaciones judiciales. La idea del control recíproco de los poderes no ha llegado a tener plena consagración.

En materia penal, el ejercicio del poder punitivo del estado ha tenido también escaso control y el poder judicial, mas que un órgano independiente encargado de velar por los derechos ciudadanos frente al accionar estatal, ha sido transformado en un eslabón mas en el ejercicio de ese poder punitivo, recayendo en él la función, característica de los sistemas inquisitivos, de lograr efectividad en la investigación del delito.

Son estas las circunstancias que los nuevos sistemas procesales pretenden, en última instancia, alterar. Como se verá entonces, requieren de una decisión y un compromiso muy firme de parte principalmente del Poder Ejecutivo, pero también de los restantes poderes del Estado, para poder concretarse. En buena medida lo que un gobierno hace al apoyar estas reformas es ceder parte del poder que hoy ejerce directamente, y entregárselo a Ministerios Públicos, con grados mayores de independencia política, y a los propios tribunales. Por eso no es de extrañar que hayan habido casos de Gobiernos que se han encargado de abortar iniciativas de cambio en tal sentido que ellos mismos habían sugerido originalmente, al darse cuenta de lo que implicaban.

La voluntad política que debe acompañar la reforma debe además trasuntarse en el monto de los recursos que se le asignen para su implementación. El mejor indicador actual para advertir la importancia desmejorada de los sistemas judiciales en nuestros países es analizar el porcentaje del presupuesto que se les asigna. Los aportes estatales deben a consecuencia de la reforma sufrir un aumento de importancia.

Igualmente deben estar dispuestos los gobiernos que impulsen estos cambios a dar una larga batalla parlamentaria y de convencimiento público, con la certeza, además, que la implementación del cambio aparejara, sobre todo en los primeros momentos, serios problemas y críticas, como por lo demás sucede con todo cambio de envergadura que se emprenda.

B. Debilidad de los Poderes Judiciales

Los Poderes Judiciales de nuestros países han estado históricamente alejados de cualquier esfuerzo de planificación, los cuales no tenían realmente mucho sentido cuando las cosas se hacían con la única justificación de que "siempre se han hecho así". Esto hace sumamente difícil emprender un cambio al interior de dichas instituciones. Esta circunstancia inhibe también a muchos a concederle facultades y recursos a poderes judiciales con dosis bajas de legitimidad y capacidad de gestión.

Paradójicamente, los sistemas judiciales no siempre están conscientes del mayor poder que reciben con estos cambios y en más de alguna ocasión no lo quieren, por estar acostumbrados a las antiguas rutinas de trabajo. Por lo que las más de las veces no sólo hay que convencer a la sociedad de la conveniencia del cambio, sino incluso al propio Poder Judicial, que no se ve a sí mismo como el beneficiario del mismo.

C. Resistencia al cambio

A lo anterior debe agregarse la gran resistencia al cambio que existe en el medio jurídico. La enseñanza memorística del derecho a la que estamos

acostumbrados no alienta precisamente a perspectivas creativas frente al entorno y no entrega armas para poder adaptarse con rapidez a los cambios. A esta circunstancia idiosincrática de los abogados debe unirse una forma de gestionarse la profesión, acorde con el modelo escriturado, que no es económicamente eficiente ante sistemas orales. Estos últimos alientan la formación de oficinas legales con un mayor número de profesionales y la manutención de una menor cantidad de juicios por cada uno de ellos, por la mayor dedicación que deben asignarle al tener necesariamente que asistir personalmente a audiencias orales y por ende tener menos posibilidades de delegar en funcionarios como permite el actual sistema.

Indudablemente, los necesarios cambios de esta organización impactan también en los costos de la defensa letrada.

Por ello no es de extrañar que surjan fuertes oposiciones a la implementación de las reformas de parte de las asociaciones gremiales de abogados.

Otro sector con gran capacidad de ejercer presión por morigerar la fuerza de estas en materia penal son las policías, las que en el sistema escriturado inquisitivo poseen un grado de poder y autonomía inadmisibles en un sistema acusatorio oral.

D. Deficiencias en la implementación

Como ya se indicaba, la falta de capacidad de planificación en el sector, unida a esa idea de que en el mundo jurídico las normas tienen la capacidad de "hacer" la realidad, por lo que no hay que preocuparse demasiado por cosas "domésticas", han constituido las grandes deficiencias que han debido afrontar las reformas. La mayoría de ellas han venido acompañadas de una gran improvisación: tardía designación de los funcionarios, escasa capacitación, falta de adecuación de los espacios físicos y una muy limitada previsión de los problemas que se irán presentando con el nuevo sistema.

E. Desatención de ciertos elementos de la reforma

Otro problema que ha sido común en las diversas iniciativas es la falta de una solución adecuada a la necesidad de contar con asistencia jurídica gratuita de calidad para vastos sectores de la ciudadanía que están imposibilitados para acceder a los servicios de abogados pagados –quienes por lo general están muy poco preparados para el nuevo sistema-. La figura tradicional de los defensores públicos allegados a los tribunales muestra sus limitaciones tanto en cuanto a cobertura, como a la calidad y poder de estos –generalmente mal remunerados– sobre todo si en materia penal deben enfrentarse a fiscalías crecientemente mejor estructuradas y con mayores facultades.

La alternativa de institucionalizar la defensoría pública, como en el caso de Chile a través de corporaciones con un alto número de funcionarios, tampoco ha resultado ser satisfactoria por las deficiencias de política interna y de gestión que se notan en su interior. Sin lugar a dudas el lema de la asistencia jurídica guarda relación fundamentalmente con los recursos que para esta función se destinan, pero no es menos cierto que aún se encuentra pendiente una solución eficiente para la gestión y el control de la utilización de éstos.¹⁹ En la reforma procesal penal, la Policía ha sido un sector que no ha recibido -o no ha podido recibir- la atención que se merece. La adecuación de los procedimientos policiales a los estándares del nuevo modelo procesal es sin dudas una asignatura pendiente.

V. ELEMENTOS DE UNA ESTRATEGIA DE CAMBIO

Como hemos venido diciendo, la oralización de los procedimientos, sobre todo si va acompañada en el campo penal con un cambio hacia el sistema acusatorio, no se trata simplemente de una ley mas como las que habitualmente dictan nuestros Parlamentos. Se trata de un cambio estructural al sistema judicial y, aún mas que eso, de una alteración profunda del sistema político institucional de un país. Por lo mismo, si tuviéramos que situar la reforma en la órbita de una rama del derecho, habría que ubicarla mas en la del derecho constitucional que en la del procesal, sobre todo en la concepción tradicional de este, que lo reduce a la regulación de trámites y plazos. Pero también tiene otra dimensión que supera con mucho lo jurídico, pues implica -o debiera implicar una forma totalmente distinta de organización y de gestión del sistema judicial.

Por la envergadura del cambio es que creemos que para ser exitosos en esta aventura se requiere asumir la tarea con un fino plan estratégico, que sopesa adecuadamente la realidad del país en que se desarrollará. Esto implica tener un claro panorama de la cultura jurídica interna –factor determinante en el éxito del cambio-, de los aliados, del funcionamiento del sistema político y de los recursos -tanto humanos como materiales- con que se contará. Por lo mismo, creemos que es inconveniente la simple exportación de los modelos de un país a otro, pues sin bien las ideas matrices de los proyectos debieran ser las mismas -como lo comprueba la existencia y el éxito de los Códigos Procesales Modelos-, la forma y tiempos para lograr su concreción pueden ser muy diversas.

Indispensable es también poseer una gran capacidad de gestión de la reforma, pues un equipo afiatado deberá enfrentar múltiples actores y escenarios y llevar adelante, contra el tiempo, la elaboración de una vasta gama de proyectos de ley, estudios, actividades de difusión, campañas de medios, etc.

A continuación señalaremos algunos criterios de carácter general que a nuestro juicio -y más allá de las particularidades de cada caso- debieran integrar cualquier estrategia exitosa de cambio, los cuales ilustraremos con algunas

experiencias de reforma que nos ha tocado vivir, especialmente la que esta en curso en Chile.

A. Reforma consensual

Existen muchas experiencias en nuestros países de reformas judiciales signadas por un interés político -en la acepción mas restringida del término-. Ellas han afectado fundamentalmente a los sistemas de gobierno del Poder Judicial y han sido interpretadas las mas de las veces, correcta o erróneamente, como una forma de coartar la independencia judicial. Este tipo de discusiones en nada beneficia una reforma de este tipo y, lo más probable, es que la lleve al fracaso. Es por ello que creemos que debe asumirse la reforma con un sólido apoyo político consensual -de los sectores más relevantes de la sociedad-, de tal forma de ser conducido como un asunto de estado, ajeno a las susceptibilidades típicas de las cuestiones vinculadas al poder. La relevancia de la cuestión y la magnitud de los cambios así lo exige.

El caso chileno puede resultar paradigmático al respecto. El primer intento de reforma judicial iniciado una vez recuperada la democracia en 1990 en lo medular persiguió modificar la estructura interna de poder dentro del poder judicial: creación del Consejo Nacional de la Justicia, cambio en las funciones, número y forma de designación de la Corte Suprema-, produciéndose tras el una alineación con posiciones absolutamente antagónicas entre el gobierno y la oposición -lo que en definitiva llevó al fracaso la reforma-. Durante el segundo gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, se replanteó absolutamente la estrategia, enfocando la reforma judicial en los problemas endémicos del funcionamiento del sistema, proponiéndose por lo pronto un juicio acusatorio oral en materia penal. Este giro en el planteamiento permitió sacar el lema de la coyuntura política y así unir tras la reforma a todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria, siendo actualmente el único proyecto de ley de magnitud con apoyo consensual en el Parlamento chileno.

B. Participación

Muchas veces se ha dicho que las reformas tienen que hacerse con los jueces y no contra los jueces. ¿Pero como llevar esta frase del discurso a la práctica cuando la mayoría de los jueces no se encuentran naturalmente inclinados a los cambios? A nuestro juicio, algunas fórmulas para ello son:

el acercamiento paulatino, pero constante, entre el mundo académico y el judicial, de tal forma que ambos comiencen a conocerse y fundamentalmente a entenderse.

la detección de los líderes al interior del Poder Judicial con ideas más proclives a los cambios y el fortalecimiento de la preparación de estos y de su ascendiente interno.

□ □ el establecimiento de instancias informales de diálogo con la cúpula del Poder Judicial de tal forma de conocer sus sensibilidades y reales expectativas, las cuales raramente se manifiestan en ambientes formales.

□ □ la integración de las instancias superiores de diálogos sobre la reforma con representantes de la Corte Suprema, la inclusión de los miembros del Poder Judicial partidarios de los cambios en la elaboración directa de estos.

□ □ el intercambio judicial, de tal forma que los magistrados conozcan los sistemas que se propugnan tal como están funcionando en otros países y que tengan contacto con pares que puedan asegurarles que los cambios no son un desastre ni implican menoscabo a sus funciones, sino todo lo contrario.

□ □ la realización de activas y permanentes actividades de difusión y sensibilización dirigidas a la totalidad de los jueces, con metodologías crecientemente mas sofisticadas y participativas.

Sin lugar a dudas es utópico pensar en una unanimidad detrás de los cambios, pero si es posible y necesario pretender un apoyo mayoritario a ellos dentro del mundo judicial. Debe tenerse en cuenta que quizás el Poder Judicial - por la ya aludida situación de debilidad- puede no tener capacidad para oponerse a la aprobación parlamentaria de la reforma, imponiéndose por sobre ellos una voluntad técnica con una mayoría política determinada, pero lo más importante es que siempre conservará el poder para impedir que ese cambio se materialice en la práctica.

Por lo mismo, debe considerarse como destinado al fracaso el esfuerzo reformador que no fue capaz de convencer a jueces que eran susceptibles de convencimiento. Ahí deben concentrarse los esfuerzos. Pero indudablemente no basta con la participación de los jueces por muy relevante que ésta sea. Es necesario sumar, desde un comienzo, a las asociaciones gremiales, fundamentalmente la de abogados, a los académicos de las ramas del derecho vinculadas -derecho procesal y derecho penal- y a las policías, que si bien es un sector que cuesta subirlo a una mesa de diálogo posee una cuota de poder que impide su exclusión.

La participación debe hacerse con un doble objetivo, aumentar la base de apoyo a la reforma y, a la par, enriquecer sus contenidos técnicos. Para ambos fines resulta vital el concurso de la sociedad civil, la experiencia de los países en que ONGs con dedicación al tema han jugado un rol en las reformas: Fundación SER en Colombia; CLD en Ecuador; o Fundación Paz Ciudadana y CDJ/CPU en Chile, es que éstas han tenido mayor consistencia y seguimiento en el tiempo. Uno de los problemas de los liderazgos políticos en nuestros países es su continuo cambio, lo que hace abandonar rápidamente los proyectos del anterior gobierno para tomar los propios. Además, los gobiernos muchas veces tienen

limitaciones en cuanto a sus equipos técnicos y se encuentran comúnmente absortos en la contingencia, todo lo cual los limita al momento de abordar proyectos a largo plazo y técnicamente complejos como el que nos ocupa.

En el caso chileno, la reforma se inició de la acción conjunta de las dos instituciones antes nombradas, las que luego se asociaron al Ministerio de Justicia para de forma tripartita seguir conduciendo el proceso de cambio. Esta experiencia inédita ha resultado tremendamente eficiente en la gestión de los diversos componentes de la reforma y a la par ha permitido asegurar el pluralismo político en su conducción.

Otro sector que debe ser considerado -aún cuando su rol institucional en las reformas ha sido muy menor en el continente- es el de las universidades. Gran parte de los problemas de nuestros sistemas judiciales, como ya decíamos, tienen sus inicios en el tipo de formación jurídica que otorgan las facultades de derecho. El cambio en los currículos y, sobre todo, en las metodologías de enseñanza universitaria también resultan indispensables para el éxito de la reforma. Por lo demás, si bien ellas las más de las veces no tienen capacidad ni interés por impulsar los cambios, si tienen poder para obstaculizarlos con las visiones más tradicionales y formalistas del derecho y pronósticos catastrofistas sobre sus consecuencias.

Finalmente, pero quizás el sector más importante de todos, es el de la opinión pública. La gente generalmente no entiende ni le interesa lo que sucede con la justicia. Esa distancia quizás explica que en el orden de las preferencias sociales el lema ocupe un lugar tan secundario frente a los sectores que tradicionalmente concentran la acción social, como la salud, la educación y la vivienda.

Ella también explica lo menguado de sus presupuestos. Para cambiar tal situación es necesario colocar el lema de la justicia en el centro de la atención y el debate público, otorgándole preeminencia y fuerza a los cambios. La ciudadanía, si se le explica adecuadamente, fácilmente puede entender el rol que el sistema judicial juega en la calidad de vida de cada uno de ellos y que problemas tan agudos como los que la aquejan -el de seguridad ciudadana, por ejemplo- tienen, al menos en parte, explicación por las deficiencias en este sistema.

Una activa campaña de medios sobre el lema no es simple de ejecutar. Primeramente, porque la materia no es tradicionalmente de aquellas que se consideran "noticia" y además porque existe cierto temor en los medios de comunicación de ser "manipulados" en estas cuestiones. Pese a los obstáculos, existen experiencias concretas que demuestran que es posible de hacer estas campañas y, en esos casos, el impacto que han tenido ha resultado determinante. En el caso chileno, por ejemplo, se ha logrado que durante más de dos años aparezca en la prensa un promedio de un artículo cada dos días sobre la materia.

C. Alto nivel técnico pero con la conciencia de que se trata de un trabajo político

A veces resulta sumamente difícil compatibilizar el trabajo técnico con el político. Existe una natural tendencia de los especialistas en la materia de derivar hacia la perfección académica de los códigos, olvidando muchas veces que la labor de legislar no es académica sino política. Pero por otra parte, el mundo político se muestra generalmente proclive a negociar asuntos sin conocer debidamente que es lo central y que es lo accesorio.

Conjugar estos elementos resulta entonces esencial. Para lograrlo es necesario constituir los mejores equipos técnicos, incorporando a ellos a operadores del sistema y elaborar las propuestas a partir de un sólido conocimiento empírico de la realidad que se intenta afectar. Estos antecedentes serán también determinantes a la hora de socializar y defender las ideas del Código. Por otra parte, es necesario estar permanentemente testeando lo que se va avanzando en el Código, de forma tal de no llegar con un producto elaborado entre cuatro paredes -quizás técnicamente muy bien estructurado- pero que no satisface a quienes tienen el poder de destruirlo. En la experiencia chilena se decidió constituir un *Foro* para la Reforma Procesal Penal, al cual fueron invitados representantes de la Corte Suprema, de la Asociación de Magistrados, jueces especialmente interesados en la reforma, los académicos más prestigiosos del país en derecho penal y procesal y abogados de destacada labor profesional. Todos ellos, además, representantes de distintas corrientes políticas. Esta instancia se constituyó como el soporte de legitimidad política y técnica de la reforma. Conscientes de que estas personas no iban a poder dedicar el tiempo que requiere la elaboración de un código y su legislación complementaria, se constituyó una Comisión Técnica a la cual se le encomendó tal misión, formada *par* destacados abogados jóvenes con estudios de especialidad en el tema. La Comisión Técnica regularmente fue llevando sus propuestas y avances al Foro, que en un comienzo se reunió quincenalmente y luego semanalmente. En cada una de esas reuniones se le encomendaba a uno de sus integrantes una consultoría específica sobre el asunto que presentaba la Comisión Técnica y a partir de esos antecedentes, repartidos con anterioridad, se generaba el debate y se tomaban acuerdos que luego implementaba la Comisión Técnica haciendo las correcciones necesarias.

A las personas que integraron el Foro les ha correspondido una destacada labor con posterioridad a la conclusión del Código, participando en las actividades de difusión del mismo y en las sesiones en el Parlamento. Este esquema de trabajo sirve también para suplir las deficiencias técnicas y de dedicación que normalmente presentan los Ministerios de Justicia para abordar estos temas, ya sea a través de sus equipos normales o de las Comisiones de notables que suelen constituir.

Otra cuestión que resulta vital en este capítulo es un completo conocimiento del derecho comparado y del funcionamiento concreto de las instituciones en esos países. El intercambio de experiencias -éxitos y fracasos-, tan favorecido en los últimos años, es indispensable.

D. Importancia de los aspectos de gestión e interdisciplinariedad

La reforma judicial a la que venimos refiriéndonos incide fundamentalmente en lo sustantivo de la función judicial, en "lo que hacen los tribunales", pero también, y esto es lo que queremos resaltar a continuación, en el "cómo lo hacen", en la organización de la justicia.

El cambio más significativo en este aspecto proviene de la nueva perspectiva con que se pretende visualizar la relación entre el sistema judicial y los ciudadanos. De ser considerados estos últimos como meros instrumentos o insumos del sistema: denunciadores, testigos, etc.; se persigue que se los entienda como los destinatarios de un servicio y así una suerte de "clientes" del mismo a quienes hay que satisfacer. De esta forma, la necesidad de contar con una organización no sólo eficiente, sino "amigable" para el público, se representa como una necesidad ineludible.

Para que ello sea posible a lo menos se debe:

- Profesionalizar la gestión de los tribunales, estableciendo que ésta sea de competencia de administradores o ingenieros, quienes son los profesionales preparados para ello, sin perjuicio del necesario vínculo que en su trabajo deban tener con los jueces a los que sirven.
- Aprovechar las ventajas de las economías de escala, practicando en forma conjunta ciertas funciones que hoy en día se realizan en cada tribunal de manera aislada, con lo que se duplican innecesariamente los esfuerzos. En esta situación se encuentran actividades tales como la atención de público, la recepción de escritos, el bodegaje de especies, la custodia de documentos, el manejo de dineros, etc. Los nuevos tribunales no debieran tener la organización *cuasi* feudal de los actuales, en que cada uno de ellos tiene su propio territorio jurisdiccional, su local donde funciona, sus empleados, etc.
- Descentralizar las decisiones administrativas, dotando a las distintas unidades de mayores facultades para tomar decisiones, incluso a nivel presupuestario.
- Externalizar las labores que no son propiamente judiciales y que con mayor eficiencia pueden realizar otros sujetos o instituciones. En esta situación se encuentran, por ejemplo, las notificaciones y citaciones.
- Establecer mecanismos de control de gestión que permitan evaluar adecuadamente la forma como los funcionarios judiciales desarrollan su trabajo, e implementar un sistema de incentivos que recompense a los más esforzados y

eficientes. Hoy en día los incentivos funcionan en sentido inverso -o perverso-, ya que quien más y mejor trabaja sólo recibe por compensación mayor cantidad de tareas y responsabilidades, y viceversa.

Este último aspecto, el de los recursos humanos, es sin lugar a dudas el más importante para el éxito de la reforma. Por una parte es indispensable que quienes la van a aplicar creen en su conveniencia, encontrándose Preparados para ello, pero, por la otra, se requiere que esos funcionarios cuenten con reglas claras en cuanto a su carrera y al trabajo que deberán desarrollar, remuneraciones dignas y condiciones de trabajo adecuadas para el logro de los objetivos perseguidos.

Para el éxito de esta fase resulta vital un trabajo interdisciplinario, incorporando el aporte de otros saberes como la administración, la ingeniería, la informática y la economía²⁰ Es equivocado creer que se está trabajando interdisciplinariamente cuando se contrata, por ejemplo, a un economista, para que una vez realizado todo el desafío del modelo calcule cuanto cueste. Un verdadero trabajo multidisciplinario no comienza una vez concluido el código sino que debe acompañar su elaboración, de tal forma que, en el caso del economista, éste debiera trabajar junto a los redactores para señalarles, por ejemplo, si los incentivos que están estableciendo para el funcionamiento de válvulas de escape al sistema son los adecuados, si darán o no los resultados esperados y en que magnitud. Ello no implica perder la centralidad del trabajo jurídico, pero sí abrirse a que esas otras disciplinas pueden enriquecerlo y potenciar sus resultados.

Nuevamente reseñando la experiencia chilena, en el curso de elaboración de la propuesta de reforma se han realizado los siguientes estudios económicos organizacionales, los que se han convertido en pieza clave de la misma:

□ □ Análisis de costos del actual sistema de justicia criminal, desagregándolos de las otras materias con las que se confundían especialmente en los tribunales de jurisdicción común. Este indicó que de los U\$ 90.000.000 que aproximadamente se gastan en el Poder Judicial, U\$ 38.000.000 se destinan a la justicia criminal.

□ □ Diseño organizacional del nuevo sistema, incorporando un flujo estimado de demanda y los tiempos involucrados por cada una de las instituciones en las distintas etapas del proceso. Este estudio proporcionó la información necesaria para diseñar la estructura y forma de funcionamiento que debían tener tanto el Ministerio Público como los tribunales penales y determinar la magnitud de recursos-humanos y materiales que debían contar para funcionar eficientemente. Análisis de costos presupuestarios del nuevo sistema a partir del diseño organizacional. Estos indican que el funcionamiento anualizado del nuevo sistema, incluyendo la creación del Ministerio Público, el aumento del número de jueces y de la infraestructura de tribunales y el financiamiento del sistema de defensa pública letrada, alcanza a U\$ 119.224.008.

□ □ Estudio de la rentabilidad social. Apreciando que el nuevo sistema, en términos de recursos fiscales, es tres veces más caro que el antiguo y ante el imperativo de poder justificar estos mayores desembolsos cuantificando la mayor utilidad social que van a tener, se decidió realizar este análisis de costo beneficio. Los resultados de él fueron muy favorables al nuevo modelo, obteniendo los siguientes resultados, de acuerdo a los subproyectos analizados:

□ □ el antiguo sistema para tener similares índices de productividad en la investigación que el nuevo debería destinar U\$ 156.864.645, lo que significa un costo por delito investigable de U\$ 721 v/s los U\$ 548 que implica el nuevo. La diferencia en los costos radica fundamentalmente en el sistema de selectividad que se contempla -principio de oportunidad y que los casos sin destino pueden ser desechados en un comienzo, sin tener que esperar largas tramitaciones.

□ □ la introducción del procedimiento abreviado-renuncia anticipada al juicio-significa liberar U\$ 152.387.114, entre recursos públicos y privados.

□ □ la racionalización de la privación de libertad lleva a ahorrar U\$ 204.167.810, también entre recursos públicos y privados.

□ □ Se elaboró un modelo informático de simulación del nuevo sistema a partir de los datos obtenidos del diseño organizacional, incorporando los tiempos reales que tardan las diversas acciones y etapas del procedimiento. Este modelo permite anticipar con precisión los resultados del funcionamiento de éste ante diversos escenarios, específicamente su nivel de producción, las diversas formas de solución y los tiempos que ellas requieren. De tal forma es posible jugar alterando los recursos del sistema-especialmente jueces y fiscales, para predecir el funcionamiento óptimo y posibles cuellos de botella.

El conjunto de estos estudios permitió una negociación sólida y técnicamente bien fundada con los profesionales del Ministerio de Hacienda, al momento de solicitar los recursos para el financiamiento de la reforma.

Esta experiencia ha permitido demostrar que la pobre participación del sector justicia en el presupuesto nacional en buena medida se debe a la falta de proyectos atractivos y técnicamente bien fundamentados. La sola apelación a mayores recursos por la importancia de la función que se realiza hoy en día no es suficiente, sobre todo si aparecen destinados a hacer "mas lo mismo": mas juzgados y aumentos de remuneraciones.

En tal sentido resulta vital poder vincular realmente, y no sólo en el discurso, la reforma judicial con el desarrollo económico-social del país, pudiendo cuantificar seriamente la mayor rentabilidad que ella implica. En momentos en que los estados tienden a reducir el gasto público, el intento de justificar su aumento en un sector, por importante que este sea, requiere de un doble esfuerzo. Y, como ya se ha dicho en otras ocasiones, si no se obtienen los recursos suficientes para

que la reforma camine adecuadamente, es mejor no intentarla porque no solo estará condenada al fracaso, sino que además llevará a la deslegitimación de un sistema por razones que no le son imputables.

F. Integralidad del cambio

Resulta vital tener claridad desde un comienzo sobre los objetivos perseguidos con las reformas, pues durante su tramitación estas irán necesariamente sufriendo diversos cambios que pueden llegar a desnaturalizarla. Debe combinarse la suficiente flexibilidad para adaptarse a los intereses en juego - y no elevar los proyectos a fetiches-, con la fortaleza para no ceder en aquello que en definitiva justifica el enorme esfuerzo que implica la reforma. En otros términos, si el sistema actual no es desmantelado en lo más significativo, éste se reconstituirá rápidamente, sufriendo la reforma el destino intrascendente que han tenido tanto cambios procesales parciales que en diversas oportunidades se han incorporado a nuestros códigos.

Esta visión integral del cambio no debe llevar a asumir la transformación de una vez de todo, por ejemplo, el aparato punitivo estatal. Muchos señalan que la reforma procesal penal nada conseguirá si no es acompañada de cambios en el derecho penal sustantivo, en la legislación de menores, en el sistema penitenciario, en la estructura de las policías, etc. Si bien todo ello es cierto en una estrategia de muy largo plazo, en lo inmediato es iluso pensar que se puede contar con la capacidad técnica, la voluntad política y los recursos para emprender reformas simultáneas en todas esas áreas.

No hay dudas que el sistema procesal es hoy la pieza más defectuosa del engranaje y que juega un rol detonador para la reforma de los restantes. Esta circunstancia, unida a la certeza sobre que es lo que hay que hacer en este sector para su mejora, nos impele a iniciar los cambios por él.

Deben entonces resistirse las presiones y tentaciones por hacerse cargo de todo al unísono, pues ello dilatará enormemente los cambios e incluso pondrá en riesgo los consensos políticos que existen tras la reforma.

Por otra parte, la integralidad no se opone a esquemas de implementación gradual de los cambios, desde una perspectiva territorial, alternativa que sorteando presuntos problemas de constitucionalidad se presenta como la más racional para asumir una transformación de esta envergadura. En otras disciplinas es común probar los nuevos productos antes de su masificación, no debiendo este sector ser ajeno a tan sana costumbre, que permite concentrar esfuerzos en una primera experiencia acotada, anticipar los problemas e introducir correcciones antes que el sistema esté operativo en todo el escenario nacional.

Una solicitud en tal sentido formuló el Fiscal General de Guatemala al momento de iniciarse la aplicación del nuevo sistema, pero fue rechazada. Algo parecido se ha planificado realizar en Chile, iniciando la implementación de la reforma en una de las 13 regiones que componen el país, en un plan que contempla la ampliación geométrica de éstas dentro de un calendario previamente establecido, previendo así posibles dilaciones.

F. Discriminar entre las diversas etapas del proceso de cambio

Siguiendo a *Alberto Binder*, existen etapas perfectamente distinguibles en lo que a una reforma procesal penal a lo menos atañe, las cuales requieren de metodologías y tácticas de acción distintas. Dicho autor diferencia entre las etapas de sensibilización; de toma de conciencia y diseño; de lucha parlamentaria; de planificación para la puesta en marcha del nuevo sistema; de entrada en vigencia de este; y la última es una denominada de ajuste. Todas ellas constituirían una "política judicial de emergencia", la que posteriormente debería dar paso a una política judicial propiamente dicha, entendida como una preocupación constante por la eficiencia del sistema de administración de justicia. Lo importante de esta diferenciación es entender que el proceso es necesariamente largo y fatigoso, con distintos énfasis y problemas. Por lo mismo, se hace necesario contar con diversas fuentes de apoyo, las que lo mas probablemente no serán las mismas durante todas las etapas mencionadas.

Binder, por ejemplo, pone el acento en que la tramitación Parlamentaria rara vez se ajusta a ese modelo ideal de tratamiento en comisiones técnicas y luego aprobación a tapas cerradas. En la practica significa un "tortuoso y complejo" proceso de convencimiento y negociación, que debe hacer frente a múltiples y muy poderosos *lobbies*. Puede ser necesario en esta etapa producir recambios tanto en las políticas de alianzas como en los equipos técnicos sobre los cuales recae el peso de la reforma, para lo cual hay que estar atento.

Tan importante como prever adecuadamente un adecuado plan de transición del sistema viejo al nuevo, es estar consciente, como también resalta *Binder*, de que la reforma requerirá al cabo de un tiempo de su entrada en vigencia la realización de ciertos ajustes. Esta circunstancia que en otras disciplinas parecería como lo más natural y obvio aquí puede ser interpretada como signo de fracaso o de que la reforma no fue lo suficientemente bien pensada.

G. Debida atención a cuestiones puntuales pero determinantes para el éxito de los cambios

Existen algunos aspectos que pudieran considerarse como menores pero que la experiencia indican son determinantes para el funcionamiento práctico del nuevo sistema y, por ende, para el éxito de las reformas, y sobre los cuales debería ponerse especial atención. Nos referimos a las materias que han generado los principales cuellos de botella del sistema y la imagen más negativa para los usuarios del mismo. Estos son:

el sistema de notificaciones y citaciones, donde debiera ampliarse el espacio para la participación de privados en su gestión y para la utilización de medios más eficientes que los tradicionales, como pueden ser el teléfono y el fax.

el tratamiento de los testigos, en lo que dice lugar tanto a las acomodaciones físicas para sus esperas, como a la posibilidad de pagarles sus traslados y viáticos, para no hacer recaer en ellos los costos de concurrir a declarar en el tribunal, desincentivándolos a colaborar.

establecer sistemas eficientes rápidos y seguros, para el traslado de los inculcados. El volumen de estos requiere de una organización eficiente para no entorpecer el curso del procedimiento.

deben establecer sistemas de seguridad de las salas de audiencias que sin interferir con la debida publicidad de los juicios garanticen la seriedad de estos y el respeto, en los casos en que se justifique, de la privacidad y honor de las personas.

el manejo de la agenda del tribunal debe hacerse con mucha precisión. Una audiencia suspendida significa desperdiciar tiempo de jueces, fiscales y defensores que es muy difícil de recuperar.

Debe mantenerse también una supervigilancia estricta de ella ya que el distanciamiento progresivo de las audiencias puede llevar -y en un juicio oral ello es particularmente grave- a desvalorizar toda la prueba.

el registro de las audiencias, cuestión importante a la hora de los recursos, es algo que en la mayoría de los países no ha sido bien solucionado. En la reforma penal italiana, por ejemplo, se adoptó el estereotipo, sin prever que en todo el país no existían suficientes estenógrafos para cubrir las salas de los tribunales. Hoy en día existen modernos sistemas de grabación, a costos razonables, que permiten correctamente utilizados dar una respuesta rápida y segura a esta exigencia.

□ □ otro de los problemas que comúnmente se presentan en la aplicación del nuevo sistema es el dar cumplimiento a la exigencia de la sentencia automática, conforme a la cual al menos la decisión del asunto controvertido debe ser expresada sin solución de continuidad a la conclusión de los debates. Esta exigencia no sólo arranca su justificación en la celeridad y la necesidad de darle respuesta inmediata a los justiciables, sino también ha sido puesta como una cortapisa a la tendencia de revisar actas y demás documentación desnaturalizando la idea central de la audiencia oral. Sin embargo, la formación de nuestros jueces y la fuerza de la costumbre hará muy difícil respetar este requisito.

□ □ el último aspecto que quisiéramos mencionar es precisamente el de la capacitación. Para ser eficaz en el nuevo sistema es necesario superar los esquemas tradicionales de capacitación tanto en sus contenidos como en su metodología. Al respecto hay que ser categórico, no constituye capacitación un seminario o una conferencia sobre la reforma. Podrán ser estas actividades de difusión útiles en una determinada etapa de la reforma, pero del todo insuficientes para entregarles a jueces, fiscales y abogados las destrezas y habilidades necesarias para que pongan en aplicación el nuevo sistema. Para ello es necesario la preparación adecuada de materiales y la realización de actividades tipo taller centrados en ejercicios prácticos y de discusión.

Metodologías como los trabajos de casos, teatralizaciones y simulaciones, son las únicas adecuadas para formar las capacidades que se requerirán en el manejo del nuevo procedimiento.

La constancia y consistencia en este esfuerzo es también determinante para el éxito de la reforma.

El conflicto entre medios de comunicación y justicia

Luis Pásara

En la mayor parte de América Latina aparece un conflicto sordo entre la administración de justicia y los medios de comunicación, que erupciona intermitentemente, a propósito de determinados casos y cuya falta de resolución se encamina a debilitar, aún más, nuestra frágil institucionalidad. El presente texto intenta situar las raíces del conflicto, delinear sus términos y proponer algunas líneas que contribuyan a encontrar una salida al problema.

1. Crisis en la justicia, confianza en los medios

En los últimos años han ocurrido, en la mayoría de los países de la región, dos procesos que están en la raíz del conflicto bajo examen. De un lado, la administración de justicia – que, debido a diversas razones, nunca gozó entre nosotros de un reconocimiento social importante– ha sido llevada al banquillo de los acusados. De otro, los medios de comunicación se han convertido en depositarios importantes de credibilidad y confianza públicas, al ingresar a una etapa profesional de su desarrollo en la que están cobrando creciente independencia. Cada uno de estos procesos se ha desarrollado autónomamente respecto del otro, pero ha definido la condición desde la cual prensa y justicia están enfrentados hoy en día.

La crisis de la justicia es algo mucho más complejo que un mal funcionamiento crónico.

Su expresión más visible tal vez sea el notorio malestar ciudadano existente respecto a la administración de justicia, puesto de manifiesto en datos ofrecidos por numerosísimas encuestas de opinión. En casi toda América Latina, la percepción social sobre la justicia – con niveles de variación que corresponden a la situación de cada país– le adjudica lentitud, complacencia con el poder y corrupción.

Los factores componentes de la insatisfacción generalizada, respecto a la justicia en nuestra región, son varios. Uno proviene de círculos y sectores ligados al funcionamiento de la economía que ven en la justicia, carente de imparcialidad e imprevisible en sus resultados, un componente del “factor riesgo país”. De allí que el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo hayan abordado el tema, destinando préstamos de importancia al apoyo de reformas importantes en materia de sistemas de justicia. Esta preocupación, de parte de estas entidades internacionales, guarda estrecha relación con los llamados programas de reforma estructural que ellas mismas promovieron en América Latina que, al tiempo que redujeron la capacidad regulatoria del poder administrador, dejaron al juez como instancia de mucho mayor importancia en la resolución de conflictos económicos.

Una segunda fuente de insatisfacción corresponde a una demanda política. El retorno a la democracia en la región no ha producido resultados socialmente satisfactorios para vastas porciones del electorado; este hecho está en la base del desencanto respecto a los políticos, que ha ganado a buena parte de la ciudadanía latinoamericana. En parte, ese desencanto guarda relación con la experiencia de que el abuso del poder –y, en particular,

2 la corrupción– no ha desaparecido junto con las dictaduras. El reclamo de control sobre el ejercicio del poder –por parte de ejecutivo y legislativo– ha cobrado así una importancia que no tenía cuando el problema parecía originarse en sucesivos gobiernos autoritarios que, por definición, no estaban sujetos a control legal alguno. El establecimiento de mecanismos institucionales de control del poder aparece ahora como indispensable y urgente. El poder judicial aparece entonces interpelado, con ocasión de esta necesidad del funcionamiento democrático, para que asuma su rol contralor sobre los otros órganos del Estado y lo ejerza efectivamente, del modo que usualmente han prescrito nuestras constituciones pero, en los hechos, sólo ocasionalmente ha sido cumplido por los jueces.

Un factor concurrente en la demanda política, y en el consiguiente malestar respecto al desempeño de la administración de justicia, proviene de la centralidad progresivamente ganada en nuestros países por la temática de los derechos humanos. En la difícil experiencia latinoamericana de las últimas décadas, hemos aprendido que, en buena medida, los derechos humanos –incluidos aquéllos que consagran instrumentos internacionales ratificados por numerosos gobiernos– han sido en los hechos “letra muerta”. Ese carácter meramente declarativo de normas que fueron, y todavía ahora son, sistemáticamente ignoradas por prácticas represivas –policiales y aun judiciales– es considerado, con razón, como una responsabilidad de los jueces que han carecido del conocimiento, la voluntad y/o el valor necesarios para poner en vigencia efectiva derechos proclamados en la constitución y las leyes.

En suma, el malestar ciudadano con la justicia no corresponde a un estado de humor social pasajero, ni puede ser explicado superficialmente como un asunto circunstancial de mala imagen institucional, que podría ser atendido mediante el uso de mejores recursos en relaciones públicas. Se trata de una demanda de cambio profundo que tampoco puede reducirse a un reclamo simple de modernización en órganos judiciales desfasados en razón de su anclaje a usos y costumbres coloniales.

Aquello que confiere estado de crisis grave a la situación de la administración de justicia no es la mera existencia de un variado conjunto de demandas insatisfechas sino la incapacidad de los jueces para entenderlas, hacerse cargo de ellas y responderlas. En diversos casos, estamos ante ineptitudes históricamente formadas para advertir defectos, diagnosticar problemas, planear mejoras y, al

enmendar rumbos, producir una dinámica de signo positivo que responda a los desafíos socialmente planteados.

Paralelamente a esta crisis de la justicia, los medios de comunicación han cobrado en nuestros países un papel de creciente importancia. En ese proceso puede reconocerse la confluencia de dos vertientes: una interna y otra internacional.

De una parte, la empresa periodística se ha ido constituyendo en un negocio autónomo; esto significa que diarios, emisoras de radio y canales de televisión han dejado de ser, preponderantemente, medios auxiliares o instrumentos de apoyo de intereses políticos o económicos posicionados principalmente en otras esferas de actividades –agropecuarias, industriales, financieras o comerciales–, como ocurriera hasta hace unos años. La razón de éxito de la empresa periodística, por consiguiente, está ahora cifrada más en su capacidad de competir eficientemente en la tarea de obtener, procesar y transmitir información, que en la de respaldar eficazmente determinados intereses económicos o políticos. Complementariamente, la empresa periodística está dejando de ser una tarea familiar y, conforme exige la organización de una empresa moderna, a los efectos de reclutar personal y directivos se está inclinando hacia criterios basados en el mérito y las capacidades profesionales en periodismo.

Ese proceso de autonomización como negocio y de modernización como organización empresarial –que ha ido produciendo el surgimiento de nuevos medios, la renovación completa de otros y el decaimiento o la desaparición de algunos tradicionales– no hubiera sido posible de no existir un contexto internacional que lo ha propiciado y, en ocasiones, forzado. En todo el mundo, la comunicación se ha desarrollado de un modo espectacular en las últimas décadas y las empresas eficazmente dedicadas a este negocio han cobrado un peso que hace cuarenta años hubiera sido inimaginable. La transformación tecnológica ha hecho posible la aparición, desde el mundo de la comunicación, de protagonistas de primera importancia: los medios de comunicación son parte de la noticia misma, en el sentido de que, en apreciable medida, los hechos sociales son tales o importan en la medida en que alcanzan lugar en los medios. Esa evolución de la comunicación en el mundo ha inducido un proceso de cambio acelerado en nuestros medios de comunicación latinoamericanos, que han debido transformarse para desarrollar el nuevo papel.

En un contexto de crisis en otras instituciones, los medios latinoamericanos han asumido cierto protagonismo a través del desempeño de sus nuevas tareas y están logrando un respaldo ciudadano que es notablemente mayor al de otras actividades. Por cierto, credibilidad y confianza en los medios resultan beneficiarias de la mala percepción generalizada acerca de instituciones como la policía, los jueces, los partidos y los políticos. Pese a esta ventaja relativa, en algunos países los medios no gozan de aceptación y confianza amplias, acaso debido a que su proceso de profesionalización no los ha distanciado suficientemente ni de la vinculación con grupos de poder que los utilizan en

provecho propio, ni de ciertas vías usadas para competir en el mercado de información: el sensacionalismo e incluso la corrupción.

Los medios desarrollan su nuevo rol, en cierta medida, a expensas de las instituciones en estado de falencia. Sucede así no sólo en el área de la administración de justicia.

Aceptamos hoy como normal que una entrevista a un funcionario público de alto rango, hecha en un programa de televisión de alta audiencia, alcance mucho más relevancia que su comparecencia ante el congreso para ser cuestionado por los diputados de oposición.

El programa radial, las páginas de diarios y revistas, y la pantalla de televisión constituyen hoy los principales lugares donde encuentra espacio el tratamiento de la cosa pública. Nos guste o no ese tratamiento, el ciudadano promedio lo busca y encuentra en los medios, en una medida y amplitud que no halla en otros espacios institucionales.

Vista la justicia como servicio público, debe advertirse que su crisis ha dado lugar al surgimiento de lugares sustitutos para la realización de su tarea. Sólo uno de esos lugares son los medios de comunicación. La incapacidad del aparato judicial para responder a las demandas sociales existentes está dando lugar, en América Latina, a la aparición de vías

4 de evitamiento o circunvalación., destinadas a encarar de una manera u otra los conflictos que la justicia no resuelve adecuadamente. Las principales alternativas en competencia con la administración de justicia son:

□ □ los tribunales extranjeros (particularmente los de Nueva York, que figuran en cláusula especial de todo contrato internacional de importancia) y el comité especializado en inversiones extranjeras, en el Banco Mundial, para dirimir conflictos relevantes en los que es parte un Estado;

□ □ el arbitraje, que resuelve conflictos de intereses económicos nacionales, con base en criterios enterados, en plazos relativamente breves y a costos razonables para esos actores;

□ □ una diversidad de fenómenos sociales que expresan el recurso a una justicia por

mano propia, ejercida sea individual o grupalmente por quien/es defiende/n con la fuerza aquello que entiende/n suyo; el espectro comprende el uso de sicarios y los juicios realizados por comunidades campesinas en Colombia, los linchamientos populares en Perú, Guatemala, Bolivia y Venezuela, y escuadrones de la muerte que eliminan “indeseables” en Brasil, Colombia y Honduras; y

□ □ los medios de comunicación, utilizados crecientemente para instaurar procesos paralelos a los que entabla –o debería entablar, en ciertos casos– la justicia estatal; en ellos se acusa, investiga y sanciona socialmente, sobre todo a quienes pueden ser tratados de manera benigna o complaciente por los jueces.

2. Los procesos paralelos de la justicia y los medios

El conflicto puede quedar mejor delimitado si se escucha las versiones encontradas que, desde uno y otro lado, se formula en torno a él. Según aquéllos que se desempeñan en tareas judiciales, existe una invasión de los medios de comunicación sobre asuntos que legalmente competen sólo al conocimiento y resolución de aquel brazo del Estado a quien constitucionalmente corresponde la resolución de conflictos. Tales invasiones, se sostiene, constituyen formas de presión o de interferencia, según la modalidad que usen los medios; pero, esencialmente, todas ellas corresponden a un rol que el periodismo se ha adjudicado y que no se limita, como antaño, a informar sobre los pasos que sigue un caso determinado a través de su procesamiento por la justicia.

Desde el nuevo rol, se realiza una serie de actividades que, en los hechos, configuran un proceso paralelo, concerniente a aquellos casos que, debido a algún elemento motivador de interés público, suscitan la atención y cobertura de los medios de comunicación. Se investiga entonces los hechos, se interroga testigos, se sopesa elementos probatorios, se examina y discute hipótesis y, en definitiva, se establece o descarta responsabilidades en el campo civil, y culpabilidades o inocencias en materia penal. Se anota también que, en el desarrollo de estas diversas actividades, el periodismo no siempre es guiado por el objetivo de informar, plenamente legítimo, sino por motivos como: el propósito comercial de aumentar la circulación o la audiencia del medio, la satisfacción de intereses económicos o políticos vinculados a los propietarios del medio, y la venalidad de algunos periodistas que ponen su labor al servicio de quien pueda recompensarla.

5 Aquéllos que se dedican a funciones judiciales usualmente señalan que las consecuencias derivadas de este comportamiento periodístico, que se superpone sobre la tarea judicial, son graves:

□ □ En el proceso paralelo, llevado a cabo en los medios de comunicación, no existe

ninguna de las garantías que el proceso judicial otorga, empezando por la presunción de inocencia. El honor de las personas es frecuentemente mancillado en los medios, sin que exista adecuada reparación pública cuando un ciudadano ha sido infundadamente agraviado por una información falsa o lesiva a su honor.

□ □ El manejo de los casos en los medios de comunicación se halla a cargo de personas que no conocen el aparato técnico para considerar profesionalmente hechos, pruebas y normas aplicables. Esto hace que aquellos razonamientos jurídicamente validados para conocer y resolver un conflicto determinado sean

ignorados por los medios y sustituidos, en el tratamiento periodístico del asunto, por criterios legos que, pese a ampararse en el sentido común, no resultan adecuados ni legítimos para dar solución al mismo.

□ □ Pese a los dos graves rasgos señalados, propios del proceso paralelo, es éste y no el judicial el que llega a conocimiento y debate de la opinión pública. Limitado por el secreto de la investigación en unos casos, y por una tradición judicial de discreción en todos, el juez avanza en el conocimiento del caso que le ha sido sometido mientras constata en los medios cómo se difunde públicamente una versión que en ocasiones es muy distinta a la que él maneja. El público, guiado por los medios de comunicación, se configura una imagen del caso a partir de los términos planteados en ellos, lejos del contorno que el mismo va adquiriendo efectivamente en el procesamiento judicial.

□ □ En las condiciones descritas, se crea un clima social en el que el juez encuentra acrecentadas dificultades para juzgar con ecuanimidad. Los medios producen o exacerban expectativas y presiones, en un sentido u otro. Cuando el juez debe tomar una decisión importante en un proceso que recibe atención en los medios, se espera –gracias al clima creado por la información– que esa decisión esté enrumada en determinada dirección.

□ □ Como consecuencia de lo anterior, cuando la resultante judicial de un caso determinado no coincide con la anticipada en el proceso paralelo, se sospecha de la idoneidad del juzgador, incluso en aquellos casos en los que los medios no lo insinúan abiertamente. Al repetirse esta discrepancia entre ambos procesos –siempre en torno a casos que importan a la opinión pública por su propio mérito o debido a la atención que le dieron los medios–, se alimenta el descrédito del órgano judicial mismo.

□ □ Los medios, conscientes de la insatisfacción social existente con la justicia, fomentan una suerte de sospecha generalizada sobre su funcionamiento, a partir de aquellos casos en que la decisión judicial no coincide con el proceso paralelo.

La premisa de la cual parten asume –con base en la poca confianza existente en la justicia– que, puesto el ciudadano en la opción de elegir entre una y otra “sentencia”, confiará menos en la judicial.

6 Los comunicadores, por su parte, ofrecen una argumentación radicalmente contrapuesta acerca del asunto. De inicio, asumen en la práctica de su trabajo cotidiano –aunque no siempre lo expresen formalmente– que todo sistema de justicia, desde la instancia policial hasta la prisión, es una maquinaria estatal que se halla en cuestión debido a no cumplir sus propósitos declarados, y que en los hechos se guía por criterios muy lejanos a aquellos que puede leerse en las normas legales. Desde esta postura, los comunicadores sostienen que el descrédito de los organismos judiciales nuestros –claramente documentado, como se anotó, por todo sondeo de opinión pública– tiene su raíz en la experiencia del ciudadano con la justicia, y no en la imagen que de ella ofrezcan los medios. El

comunicador limita así su papel al de espejo que sólo refleja una realidad lamentable y, en consecuencia, no se considera productor de una imagen negativa de la justicia.

Al mismo tiempo, el comunicador cree percibir en la opinión pública un estado de alta sensibilidad respecto de las instituciones del Estado, en general, y de la justicia en particular. Esa opinión pública, consumidora de los medios de comunicación, es la que exige, según los periodistas, que la prensa independiente avance sin temores ni reparos en el cuestionamiento de la actuación judicial, con el propósito de obligar a que se produzcan cambios en ella. Desde luego, el terreno principal para desarrollar ese cuestionamiento no es la sección de opinión del medio sino las de información, donde a partir de casos concretos se evalúa la calidad del desempeño de los juzgadores.

Una prensa atenta a los problemas que preocupan a la mayoría, se argumenta, debe seguir con interés el tema de la justicia. Más aún, debe ejercer una suerte de vigilancia sobre los casos más importantes que son sometidos a la maquinaria de la justicia, a los efectos de que en ellos se produzca un resultado socialmente deseable o, cuando menos, aceptable; esto es, que no por argucias legalistas o argumentos jurídicos incomprensibles para el ciudadano de a pie, quede sin sanción una transgresión socialmente reprobada.

Desde esta perspectiva, muchos comunicadores consideran que su actuación, lejos de constituir una interferencia con la recta administración de justicia, comporta una contribución nada desdeñable a la misma. Esta tesis cita, en apoyo suyo, aquellos casos que en varios de nuestros países han sido sometidos a proceso sólo después de una intensa campaña periodística de denuncia e investigación, así como aquellos otros casos en que el trabajo periodístico abrió camino cuando el procesamiento judicial parecía empantanado y, por lo tanto, destinado a concluir en nada. Muchos de estos casos-testigo se refieren a abusos de poder, donde los jueces tendieron a adoptar una actitud más bien benevolente, que la prensa logró revertir mediante una cobertura intensa.

Ambas posiciones y sus respectivas argumentaciones tienen cierto sentido. Algunos de las razones que se esgrimen en cada lado son de innegable validez, dado que expresan preocupaciones legítimas y se apoyan en argumentos sólidos. Justamente por eso es que estamos ante un conflicto complejo de abordar y difícil de resolver.

3. ¿Es posible superar el conflicto?

7 Partamos de hacer explícito aquello que no está en discusión –o que no debería estarlo–, dado que es la tarea respectiva que compete a juzgadores y a comunicadores. Debe concordarse en que es a los jueces a quienes corresponde juzgar y que a los comunicadores compete informar.

Si los jueces, o cualquier otro actor social, ponen en discusión lo que hacen los medios de comunicación en torno a un tema determinado, la argumentación no puede ir tan lejos como para negar su rol mismo. Esto es, puede discutirse cómo la prensa desempeña su papel, pero no puede cuestionarse su responsabilidad básica, que es la de informar.

Parece casi inútil recordarlo pero, en tierras como las nuestras, donde la libertad de prensa es joven, puede no estar de sobra reafirmar ese punto de partida.

Seguramente muchos señalarán que el problema, en efecto, está en cómo ha de desarrollarse esa tarea informativa. Porque si bien la libertad de prensa y la libertad de informarse son fundamentales, no son las únicas que importan; se trata de derechos humanos básicos, pero no son los únicos a tener en cuenta. La cohabitación de la libertad de prensa y el derecho a la información con otras libertades y otros derechos nos plantea cierto nivel de conflicto.

Debemos concordar en otro viejo punto de partida: libertades y derechos de uno tienen como límites libertades y derechos de los demás. El ejercicio sano de la libertad de prensa debe reconocer la frontera de los derechos de los ciudadanos. En los hechos, sin embargo, las zonas de protección del individuo no parecen hallarse hoy debidamente reconocidas por mucha de aquella información que los medios de comunicación proveen. Aparte del derecho a la intimidad, violada a diario de mil formas, probablemente sea la presunción de inocencia aquella garantía –fundamental en todo sistema de justicia moderno– que peor tratamiento recibe en los medios de comunicación. Es verdad que esta garantía corresponde propiamente al proceso judicial, pero si los medios –a través de su proceso paralelo– no se atienen también a la presunción de inocencia, el daño causado al ciudadano es enorme.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos se refieren tanto a la libertad de información como a sus responsabilidades. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula en su numeral 19 que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión: este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección”, pero advierte enseguida que el ejercicio de tal derecho “entraña deberes y responsabilidades especiales” que pueden ser fijadas por la ley, en relación con la necesidad de “asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”.

Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 13.2 que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar (...) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”.

8 Pese a tal claridad normativa, los ejemplos en contrario se reiteran cotidianamente. La imagen de un detenido, esposado y conducido por la policía, cuando sólo ostenta la condición de “sospechoso” y, en ocasiones, cuando ni siquiera un juez ha dictado una orden de detención contra él, es la condena gráfica que a diario niega el principio de presunción de inocencia sobre el cual, teóricamente, descansan nuestros sistemas penales.

Ningún adverbio relativizador, ni ninguna forma condicional en el verbo que sean deslizados en la leyenda de la foto o en el texto leído de la noticia –utilizados ritualmente para evitar una acción legal del perjudicado– pueden atenuar el daño causado de manera ya rutinaria a tantas personas.

Al informar sobre asuntos sometidos al conocimiento de la justicia, los medios pueden destruir en segundos, y de modo irreparable, la imagen que cada quien ha logrado construir de sí mismo, que es lo que llamamos honor. Al abordar estos casos, la prensa ingresa fácilmente en el terreno de la intimidad y difunde asuntos privados de un modo que daña la vida y la personalidad del individuo. Lamentablemente, ésta no es una opción excepcional; se trata de prácticas reiteradas, cuyas consecuencias sufren un número indeterminable de ciudadanos. Cuando los medios cubren controversias que han sido llevadas al terreno judicial, distan mucho de quedar asegurados los derechos y la reputación de aquellos individuos que son partes en la controversia. Este maltrato ocurre principalmente con ocasión de asuntos penales pero también aparece tratándose de asuntos de familia, comerciales y otros. Probablemente, no se trata de encontrar una solución instantánea a través de nuevas normas, controles o sanciones, sino de criterios que los propios medios adopten como códigos de conducta.

En 1994, una reunión de expertos convocados en Madrid por la Comisión Internacional de Juristas y el Comité español de UNICEF, recordaron que “Los medios de comunicación tienen la obligación de respetar tanto los derechos de las personas protegidos por el Pacto Internacional, como la independencia de la judicatura” (CIJ, *La Revista*, no. 52, p. 96). Los periodistas tendrían que preguntarse si, al cuestionar la actuación judicial en un caso concreto, ponen suficiente cuidado en respetar al mismo tiempo la independencia de la judicatura, principio fundamental para administrar la justicia rectamente.

Hasta aquí se ha recordado algunos de los incumplimientos de obligaciones que pueden ser imputados a los medios de comunicación. Pero, de otra parte, ciertas posturas judiciales tampoco resultan propicias a los efectos de encontrar salida al conflicto que se examina.

Un rasgo de la actuación judicial que entra en curso de colisión con la tarea de los medios de comunicación es la tendencia a negar información. Más allá de los límites impuestos por el secreto de la investigación –que está preceptuado usualmente en la ley pero que los jueces tienden a usar de una manera

excesivamente amplia y no siempre racionalmente justificada–, la práctica judicial tiende a mantener su labor fuera del conocimiento social.

Desde el lado de la justicia, esta rutina alimenta decisivamente el conflicto con los medios y provee, cuando menos, de una explicación a lo que hemos llamado procesos paralelos.

9 Un juez replicaría que es la privacidad de las partes aquello que se preserva mediante la falta de información o la negativa del acceso a la información sobre casos judiciales. El argumento es sostenible pero una mirada más cuidadosa de la vida judicial sugiere, sin ninguna duda, que el secreto aparece como rasgo característico del oficio, aun en aquellos casos donde no hay privacidad de las partes a ser protegida.

En el fondo de esta tendencia, a mantener la lógica y el desarrollo de la actividad judicial lejos del conocimiento público, se halla un principio al cual adhieren muchos de los jueces latinoamericanos y que consiste en la creencia en que la justicia que ellos administran es un asunto correspondiente a la relación íntima entre la ley y su conciencia.

Según esta creencia, el juez no debe una explicación a la sociedad por su actuación, por las decisiones que toma y por los criterios con los cuales resuelve los casos sometidos a su conocimiento. Este encerramiento intimista del juez – que, sin embargo, como sabemos, sufre en los hechos frecuentes e intensas presiones particulares que buscan violentar su recta conciencia– proviene de una conceptualización de la función judicial que no es propia de un sistema democrático.

Algunos jueces gustan repetir que ellos responden por su tarea ante Dios y su conciencia.

Pero Dios no los designó para desempeñar el cargo. Fue su sociedad quien les confió esa altísima responsabilidad, a través de los mecanismos de nombramiento establecidos, y, por lo tanto, es a ella a quien corresponde evaluar su desempeño. Por esa razón es que, en muchos de nuestros países, se usa constitucionalmente la fórmula que indica que “los jueces administran justicia a nombre de la Nación”; esto es, sin asomo de retórica, en nombre de todos los ciudadanos. A éstos, cada juez debe explicación acerca de la manera en la que desempeña su tarea.

La opinión pública, en aquellos casos que reclaman su atención, requiere que el juez dé razones y explique sus decisiones. Porque una justicia cuyas decisiones son incomprensibles socialmente es, sin duda alguna, una justicia socialmente ilegítima.

Muchos de nuestros jueces no tienen suficientemente en cuenta esta responsabilidad social por sus actos como jueces. En esa insuficiencia judicial

reside la raíz de un malentendido clave con los medios, que tienen como tarea precisamente comunicar a la sociedad aquello que algunos jueces creen que no tienen por qué comunicar.

Si de superar el conflicto se trata, del lado de los medios es preciso hacerse cargo de que su tarea de informar no puede realizarse a costa de los derechos de las personas involucradas en casos judiciales ni en perjuicio de la independencia de los jueces, que es a quienes corresponde juzgar. Del lado de los jueces, es necesario asumir que la tarea de juzgar no es asunto cuyo conocimiento pueda y deba estar reservado a quienes laboran en los tribunales; que la sociedad tiene derecho pleno a saber cómo y por qué se establecen responsabilidades, se declaran culpables e inocentes; que, en consecuencia, el juez está obligado a explicarse; y que, en el mundo contemporáneo, la sociedad se informa –de esto, como de todos los temas– a través de los medios.

10 Se requiere establecer formas de comunicación entre jueces y periodistas, mediante las cuales el enconado conflicto actual pueda ser reducido progresivamente a las proporciones aceptables de una tensión ineludible y positiva. Si la judicatura venciera su tendencia a encerrarse en sí misma, los comunicadores podrían sugerir cómo organizar en el poder judicial las vías para proveer información o aconsejar al juez acerca de cómo aprender a relacionarse con la prensa, dejando atrás ese lenguaje para iniciados, que resulta incomprensible no sólo para el ciudadano medio sino también para el periodista.

De otra parte, si los periodistas reconocieran que, con una frecuencia preocupante, los derechos ciudadanos resultan violados por la prensa al informar sobre casos judiciales, los jueces podrían asesorarlos para desarrollar códigos de conducta que los medios podrían adoptar voluntariamente para el tratamiento de determinados delitos, cuya cobertura resulta rutinariamente violatoria de derechos humanos.

Si jueces y comunicadores admiten que comparten preocupaciones y principios, se hallarán en condiciones de encontrar formas de entendimiento. No para que unos sean colaboradores de los otros, idea que repugna a la independencia que es necesaria tanto en jueces como en periodistas. Pero sí para que ambos contribuyan, desde su función, al logro de aquello que todos queremos para nuestros países: democracia, justicia y paz.

QUE CAMBIOS SUPONE LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS JUDICIALES????

PARTICULARMENTE EN EL PROCESO CIVIL????

-Cambio de la manera de ejercitar las funciones jurisdiccionales y ejercer la profesión de Abogado

-Voluntad política y consenso político, ante lo que supone la implementación de tal reforma y lo que ello supone en costes, instalaciones, disposición de Salas de Vistas, medios audiovisuales de grabación de vistas.

-Cambios drásticos en hábitos de los Jueces, quiénes tendrán que acudir a la vista oral habiéndose estudiado a fondo el asunto, pues surgirán cuestiones que hay que resolver en el acto- defectos procesales, admitir o denegar pruebas, centrar el objeto del proceso, reforzándose sus facultades de dirección de los debates. Igualmente organizar sus Agendas, distribución de tiempos, reorganizar la Oficina Judicial

-Cambios en los hábitos de los Abogados, quiénes al margen de realizar sus alegaciones y plasmar sus pretensiones por escrito, han de realizar exposiciones orales, proponer prueba oral , dirigir el interrogatorio de sus testigos y de la parte contraria .

- Conocimiento por parte de los Jueces y Abogados de habilidades oratorias y preparación adecuada en la dirección de vistas, en el caso de los Jueces, así como en la realización de alegatos e informes orales que lleven a la convicción del órgano jurisdiccional.

- La carga de trabajo y de la oralidad recae sobre los Juzgados de Primera Instancia- los Juzgados de Letras en Honduras- y la oralidad queda reducida en la apelación y casación a la necesidad de practicar alguna prueba , cuando lo soliciten las partes o el tribunal lo considere necesario.

- Cambios en la forma de trabajar y organizarse el tiempo de los Jueces, pues se han de acomodar al dictado de sentencias en muy poco tiempo después de la celebración de la vista oral, habiendo tomado contacto directo con las pruebas justo en los días anteriores.

Frente al predominio de la escritura anterior en los procesos civiles que suponía unos procesos largos, costosos, complejos, con un Juez alejado de lo que existía en las actuaciones y de la prueba practicada , que no tomaba conocimiento de lo actuado hasta que se le pasaba para dictar sentencia, que estaba en entredicho su imparcialidad y la certeza y seguridad jurídica , así como el principio de igualdad de partes, se abre una nueva etapa con los juicios declarativos en los que la oralidad está presente en la práctica de pruebas , lo que supone una justicia más ágil, más moderna , eficaz, cercana al ciudadano, que garantiza el derecho de toda parte a ser oído, que determina que la sentencia se dicte en base a lo que el Juez ha visto y oído en la audiencia, que es garantía de imparcialidad y de igualdad de las partes y donde la defensa de cada parte tiene la iniciativa para introducir la prueba que considere procedente, sin perjuicio de algunas orientaciones del Juez .

La mayor resistencia que encuentra inicialmente la implantación de la oralidad en los procesos civiles , son los Colectivos de Abogados , pues supone un cambio drástico en sus hábitos profesionales, que al principio no les resulta cómodo, ya que de manera oral tienen que introducir los hechos del proceso, el derecho procesal del acto y el derecho material del objeto del proceso, y que ven con desconfianza el nuevo sistema ante la creencia de que será imposible que el Juez que vaya a dictar sentencia pueda asistir a todas las Audiencias previstas en la ley, a que no habrá medios personales ni , sobre todo materiales para hacer frente a la nueva reforma, , que un proceso rápido no equivale a una buena justicia y que la escritura, sin embargo, sí garantizaba la seguridad jurídica, que el cambio será tan costoso que será inviable, que el Juez carecerá de tiempo para dictar sentencias, , que en muchos casos se puede generar indefensión ante la resolución de determinados aspectos del proceso que se dejan para que el juez improvise y resuelva en el acto, lo que puede suponer falta de reflexión y motivación en dicho acto – pej. Recursos de reposición contra la inadmisión de una prueba, resolución de defectos procesales y determinadas excepciones...- .

Todos los aspectos señalados anteriormente son consecuencia del lógico temor que los profesionales del derecho tienen , ya que son los llamados a aplicar el nuevo Código Procesal Civil y a hacerle realidad viva en su diario quehacer, lo que es consustancial a la incertidumbre propia de los momentos de cambio, pero también , por que no decirlo, de los hábitos de trabajo adquiridos.

Sin embargo ha de primar la intencionalidad y propósito de la nueva norma que se refleja en le Exposición de Motivos del Nuevo Código Procesal Civil Hondureño, dictaminado en Noviembre 2006, dejar paso a un nuevo proceso civil basado en la inmediación , oralidad y concentración, desterrando el arcaico formalismo procesal inspirado en el *solemnis ordo iudicarius* , y, respetando la tradición histórica consustancial al país, lograr producir un cambio que combine las garantías exigidas por el derecho a la tutela judicial efectiva , con la rapidez y efectividad deseables.

Ahora bien, vista oral y alegaciones escritas son necesarias y compatibles. Habiendo vista oral la posición escrita puede ser más breve y técnica. Habiendo posición escrita , la vista oral puede ser más concisa e incisiva.

Del brocardo *quod non est in actis, non est in mundo*, se pasa al **QUOD NON EST IN ORE , NON EST IN MUNDO**

LA COMUNICACIÓN

En la medida que litigar en un juicio oral es un acto de comunicación , hemos de dar unas nociones básicas sobre conceptos tales como comunicación, lenguaje, técnicas para lograr una comunicación eficaz y aproximación a la disciplina de la oratoria, ya que el primer interés de todo profesional que se aproxima a un tribunal es que este escuche y comprenda la prueba que le estamos presentando. Al mismo tiempo el Juez o Magistrado ha de colocarse en posición de escucha activa y debe conocer también los elementos que determina una comunicación eficaz , ya que en definitiva el acto de la vista oral en un juicio es un dialogo, un enfrentamiento dialéctico que determinará una sentencia o resolución en uno u otro sentido a tenor de lo que resulte probado, como le hayan sido presentadas las pruebas al Juez y que capacidad de convicción o persuasión se ha utilizado .

“ El fenómeno de la comunicación no depende de lo que se entrega , sino de lo que pasa con el que recibe...

...por lo tanto, debemos diferenciar entre lo que falsamente implica el concepto de transmitir información y el concepto (más realista) de participar en un acto comunicativo...”

Humberto Maturana

I.- CONCEPTO, ELEMENTOS , FUNDAMENTO

- La comunicación es el acto de transmitir mensajes a otras personas, o el acto por el cual un individuo establece con otro un contacto que le permite transmitir una información , o bien otros propósitos como atraer la atención, pedir un favor, expresar los propios sentimientos.... Somos primordialmente *seres sociales* , en el sentido de que pasamos la mayor parte de nuestras

vidas con otras personas, por consiguiente , es importante aprender a entenderse con los otros y a funcionar adecuadamente en situaciones sociales.

EMISOR: Persona que emite un mensaje

RECEPTOR: Persona que recibe el mensaje

MENSAJE: Contenido de la información que se envía

CANAL: Medio por el que se envía el mensaje

CODIGO: Signos y reglas empleadas para enviar el mensaje

CONTEXTO: Situación en la que se produce la comunicación

- La comunicación es una conducta de relación que es intencionada, se refiere a algo concreto y se realiza mediante significantes o signos; viene a ser un proceso interactivo en el que quiénes intervienen utilizan diferentes estrategias , para afectar la conducta de otra persona con el fin de que éste reciba información y actúe en consecuencia. La comunicación se fundamenta en un intercambio informativo de situaciones socioafectivas que envuelven tanto al emisor como al receptor y que tiene su base en los patrones tempranos de interacción social recíproca.

II.- LENGUAJE

El resultado de ese proceso es el lenguaje. Según **Jean Piaget**, el lenguaje tiene una prominencia racional en el sentido que es uno de los diversos aspectos que integran la superestructura de la mente humana. Es visto como un instrumento de la capacidad cognoscitiva y afectiva del individuo, lo que indica que el conocimiento lingüístico , depende del conocimiento que se posee del mundo .Es una forma de expresión humana y de su desarrollo.

- Las dimensiones más comunes del análisis del lenguaje son:

Dimensión formal .- cómo es el sistema lingüístico en sí mismo, el código.

Dimensión funcional.- para que nos sirve, papel de mediador en la interacción con los otros Dimensión conductual.- cómo se utiliza cuando se producen y reciben los mensajes comunicativos.

Puede existir **comunicación sin lenguaje** en personas con una alteración del lenguaje oral y con buen desarrollo del proceso de comunicación, es decir que tienen intención comunicativa y de interrelación social a través, bien del lenguaje de signos o de otras formas transmitir algo como la comunicación no verbal....es el caso de sordomudos, algunos deficientes mentales o físicos. Existe también **lenguaje sin comunicación** en personas

que, estando intactos los mecanismos del lenguaje oral, lo que les falla es el proceso comunicativo.

Existen dos tipos de lenguaje, el expresivo que es el que emite el habla, los signos, y el receptivo, que tiene en cuenta la comprensión de los otros, sus reacciones o pautas de conducta que determinan si nos están entendiendo.

Según lo que se comunique, el lenguaje puede informar, expresar sentimientos o emociones o provocar una reacción.

III.- COMUNICACIÓN EFICAZ

Ahora bien, lo que vale es lo que entiende el receptor, la comunicación eficaz entre dos personas se produce cuando el receptor interpreta el mensaje en el sentido que pretende el emisor, de ahí que todo dependa de la capacidad de comunicación; importancia no sólo del mensaje sino de su correcta transmisión.

“ Para comunicar con eficacia hay que comprender que todos somos diferentes en cuanto a nuestro modo de percibir el mundo”

Existen elementos o pautas de conducta que conducen a una comunicación eficaz, así como que permiten desarrollar habilidades de comunicación; las más importantes técnicas son :

1.- Asertividad.- Es la conducta que permite a una persona actuar en base a sus intereses, defenderse sin ansiedad inapropiada, expresar cómodamente sentimientos honestos o ejercer los derechos personales sin negar los derechos de los demás. Es la facultad de poder expresar – verbal y no verbalmente- los sentimientos y diferentes opiniones de una manera entendible para los demás, sentirse cómodo con la forma de expresarse y decir la verdad sin herir a la persona que se tiene al frente. Pérdida de miedo al comunicarte.

2.- Escucha activa igual a Saber escuchar.- Se refiere a la habilidad de escuchar no sólo lo que la persona está expresando directamente, sino también los sentimientos, ideas o pensamientos que subyacen a lo que está diciendo. Para llegar a entender a alguien se necesita asimismo cierta empatía, o saber ponerse en el lugar de la otra persona. Para ello conviene no interrumpir al que habla, no juzgar, no ofrecer ayuda o soluciones prematuras o evitar el síndrome del experto, no rechazar lo que el otro está sintiendo, no contar tu historia cuando el otro necesita hablarte, no contrargumentar.

3.- Cuidar la comunicación no verbal, que debe ir siempre acorde con la verbal, el contacto visual, tono de voz adecuado, posturas de brazos y manos, postura, distancia corporal...

4.- Inteligencia emocional .- Conocimiento de nuestras propias emociones y como nos afectan ; autocontrol o autorregulación de las mismas; saber dirigir las emociones hacia un objetivo que nos permita mantener la motivación y fijar la atención en las metas en vez de en los obstáculos, y saber reconocer las señales que los demás emiten de manera inconsciente.

5.- Programación Neurolinguistica o PNL.- Estudia la experiencia humana subjetiva . Analiza como organizamos lo que percibimos y filtramos mundo exterior a través de los sentidos. Técnica comunicativa que permite cambiar o reprogramar la plantilla de pensamiento aprendida por la conducta humana con el fin de mejorar la calidad de vida.

6.- Empatía.- aptitud para situarse en el lugar del otro al objeto de comprender mejor sus reacciones a lo que uno está diciendo o haciendo. Capacidad de entender como piensa o siente otra persona, sin que sea preciso estar de acuerdo con ella ni confundirse o identificarse con su situación actual ; respetamos a la persona.

“ Camina un rato en mis zapatos” Proverbio Indio

7.- Retroalimentación.- Cuando alguien está comunicando con otras personas, como emisor, necesita retroalimentación intermitente pero regular de cómo están respondiendo los demás , de modo que pueda modificar sus verbalizaciones de acuerdo con ello. Necesita saber si los que le escuchan le comprenden.

LA ORATORIA

I.- DIFERENCIAS CON OTROS CONCEPTOS

Oratoria: Es el arte de persuadir a través de la palabra oral.

Elocuencia: Hablamos de fuerza de expresión. Deriva del latín (eloquentia). Es el talento de hablar o escribir para deleitar y persuadir.

Retórica: Se aplica a la palabra escrita. Es aplicable a todos los géneros literarios ya que una obra bien compuesta contiene una idea, un orden, una selección de material, un adorno , bella expresión en las ideas. Cuando el discurso ha de hablarse, entramos en el terreno de la oratoria , en donde además de las partes de la retórica (invención, disposición, elocución) se incorpora la acción.

Sin embargo Aristóteles define a la retórica como el arte de hallar en cada caso los medios más aptos para persuadir, sea oralmente o por escrito. Podría definirse

como una dialéctica basada en presunciones e indicios que apuntan o despiertan una creencia.

Dialéctica: Es el arte de razonar justa y metódicamente. Constituye el instrumento de lo verdadero.

Diferencia entre convencer y persuadir:

Persuadir: Deriva del latín (Suadere, Suadvis, Suado) que significa atraer el alma de quien escucha. Es la fuerza de atracción por medios psicológicos, pues se convence con la razón y se persuade moviendo la voluntad de las personas.

II.- LA ORATORIA

Ya hemos dicho que la oratoria es el arte de persuadir a través de la palabra., luego la oratoria tiene un objeto: búsqueda de los medios que tengo a mi alcance para persuadir por la palabra oral. La finalidad última es persuadir.

Quintiliano .- Define al orador como un hombre de bien que sabe hablar.

Cicerón .- Dice que la oratoria persigue enseñar-deleitar-conmover

Platón: Ve en la misma, un arte de engaños para persuadir a los ignorantes.

Isócrates: Dice que su arte educa al hombre

Aristóteles: Dice que es un arte genuino. Todo ser humano mantiene su opinión con razonamientos y pruebas. Dirige las voluntades con sus propios medios.

Habiendo varios medios para persuadir, como el dinero, la dignidad , la hermosura, el silencio; se persuade por la palabra. Servidora de lo bueno y lo justo debe perfeccionar al hombre, no pervertirlo.

Sus 3 elementos esenciales son:

1. ORADOR
2. DISCURSO
3. AUDITORIO

Su elemento complementario es la_PERSUACION DEL ORADOR COMO FIN . Para ello, el orador utiliza argumentos, narraciones, voz flexible, mímica, estilo para persuadir.

Aptitudes del orador:

- **Inteligencia clara y penetrante:** El orador debe distinguir a cada uno de los miembros del auditorio (si el alumno mira la hora, bosteza, etc) Existen personas que poseen facilidad para asimilar lo escuchado y puede transmitirlo con claridad. Selecciona los vocablos más apropiados para componer un discurso haciendo prevalecer la idea principal sin cometer repeticiones. Hay que ser un orador, no un hablador.
- **Inteligencia emocional:** El que logra captar las emociones del otro es el que atrapa la atención del público. No hay que tener un coeficiente intelectual elevado para comprender al otro. El que utiliza las emociones dominará al mundo.
- **Sensibilidad:** Una persona no podría llegar a ser ni orador ni docente ni llegar a las personas que lo rodean si fuera totalmente ajeno a lo que ocurre a su alrededor careciendo de sentimientos y de sensibilidad. No debemos confundirla con sensiblería ya que ésta constituye un exceso de sensibilidad que hace que el orador pierda el rumbo del discurso sin concretar su objetivo. Se llega a los oyentes a través del [corazón](#), moviendo los sentimientos de las personas que se emocionan ante algunos elementos incorporados por el orador (citas, narraciones, fábulas, cuentos, leyendas, dichos...) aptos para la persuasión.

El orador debe ser psicólogo para comprender.

- **Imaginación:** Es importante para un orador poder graficar las palabras a través de imágenes que permitan a los oyentes revivir hechos del pasado, recrear el presente, dirigirse al futuro, despertando el interés del auditorio. Cuando disminuye la atención, cuando la idea no ha sido comprendida, la imagen lo aclara todo ("Una imagen vale más que mil palabras") Es crear imágenes a medida que hablamos, mientras hablamos.
- **Memoria:** Sin ella, es un problema psicológico. El principal enemigo es el miedo y la vergüenza. Sin ella, las narraciones quedan desordenadas. Quien posee buena memoria puede concluir de manera segura un discurso preparado y ser un orador temible para el adversario con mala memoria. En algunos es adquirida y en otros es natural. Existen ejercicios de adiestramiento de la mente (leer en voz alta). El oído interpreta nuestros defectos y virtudes de dicción. Es importante al acostarnos, hacer un repaso mental de todo lo estudiado durante el día, haciéndolo con interés y concentración. Así, nuestras ideas se aclararán y ordenarán porque mientras dormimos, el subconsciente funciona y trabaja para ordenar nuestras ideas.

- **Voz:** Para su utilización se requieren técnicas . La persona que posee una voz débil, monótona, sus palabras pueden ser bellas pero carecen de poder persuasivo. Las personas con voz ni monótona ni débil, hablan sin esos gritos que impiden oír las palabras. La persona con voz aguda, al hablar rápidamente, suele tornarse chillona y gangosa. Las personas con voz grave, al hablar lento, suele tornarse monótona y aburrida. Lo ideal es tener una voz media. La voz mejora con el ejercicio: ejercicios de garganta, relajación,...
- **Anhelo de expresión:** Es a través del cuerpo (ademanos, gestos) Es la predisposición natural que tiene una persona para querer expresar lo que siente ante la sociedad. La necesidad de poder transmitir las ideas ante los grupos humanos. Las experiencias se convierten en palabras. Si yo no estoy entusiasmado , ¿ por que habría de estarlo el auditorio?

Otras cualidades:

Templanza: Sin ella, la persona es considerada inmadura. Es un autodomínio sobre sí mismo que consiste que ante una situación límite, no pierde los estribos para no agravar la situación. Se debe ser maduro, vencer el miedo, estar seguro de sí mismo.

Sagacidad: Significa ir más allá ,ser atrevido

Genio: Ante una situación determinada, es tener la creatividad para resolver o solucionar cada caso.

Sabiduría: Si uno no sabe no puede aplicar las demás cualidades. Es el conocimiento del tema.

Belleza: La estética , el buen gusto, vestir, hablar, es lo que embellece a la persona. El abogado es un producto a vender.

Humildad: Si el líder no escucha ni comprende, no puede pretender que sea escuchado y comprendido. Es el poder supremo de la oratoria. Quien la utilice tiene el mundo a sus pies. Ser humilde con poder es sumamente difícil, a mayor poder, es difícil conservar la humildad. Ser humildes es difícil y más en la profesión de abogados (muchos saben los códigos de memoria pero carecen de esta cualidad). Es tratar al otro como me gustaría que me traten a mí.

"Procure primero comprender y luego ser comprendido"

Si un profesor quiere ser querido, primero tiene que querer. El ser auténtico como profesor y permitir que el alumno opine y hable. El orador que logra tener a todo el auditorio concentrado es un buen orador, esta es la magia de la comunicación. La mayoría de los problemas son por falta de comunicación. El ABC de la

comunicación es que uno quiere ser querido. En la comunicación, lo que se debe transmitir no es lo que se quiere decir sino lo que el otro quiere escuchar.

Un estudio de Harvard dio como resultado un efecto psicológico fundamental en el ejercicio de la comunicación.: 10% La influencia de la PALABRA sobre el ser humano (mensaje) ; 20% la VOZ que utiliza el orador ; 70% la IMAGEN CORPORAL (cómo está vestido, si combina su ropa, etc..)

Disciplinas que debe conocer o hacer uso el orador

- **Filosofía:** "En Atenas la abeja era el símbolo de la elocuencia, porque así como la abeja da la dulzura de la miel, el orador da la dulzura de las palabras". Se debe acrecentar el saber filosófico, que disminuye por la falta relectura , consulta y meditación. Su estudio da una visión amplia y profunda de las cosas, evitando discursos aburridos. Como los temas filosóficos se refieren al hombre (origen, conducta , destino) son temas oratorios por excelencia. Cicerón dijo que el orador necesita de la filosofía.
- **Lógica:** Es el estudio de los métodos y principios usados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto. Precisa saber distinguir lo verdadero de lo falso, de lo verosímil, la certeza de la probabilidad; saber cuándo un argumento se rige por leyes de la lógica y cuándo intervienen factores psicológicos y emocionales.

La lógica es necesaria porque enseña a formar juicios con exactitud y precisión, y porque el método enseña a proceder con coherencia y adquirir un saber más elevado que el que da la experiencia vulgar.

- **Psicología:** El orador estudia las pasiones humanas. Todos los grandes oradores estudiaron al hombre desde el punto de vista psicológico. Los antiguos sabían cuando conviene callar o hablar, cómo dirigirse al auditorio y lograr un diálogo amable, impresionar por la figura, el ademán, la mirada firme, etc. Una orden al auditorio es una a cada uno de sus miembros. Elogiar a uno, es elogiar a todo el auditorio.

- **Estudios históricos:** Cicerón llamó a la historia "maestra de la vida". El auditorio gusta de narraciones históricas y se emociona con ellas. Los estudios históricos penetran en el alma de individuos, épocas y sociedades, revelando qué pensaron y qué sintieron sus personajes. Con la Historia conocemos edades, pueblos, gobiernos, religiones, artes, costumbres, que pueden ser asuntos o porciones de material de nuestros discursos.
- **Estudios del idioma:** La confusión de vocablos conduce a la confusión de las cosas. El conocimiento del propio idioma vigoriza el intelecto, da claridad y energía a los pensamientos, que adquieren cualidades de acuerdo con los vocablos empleados enriqueciéndose el lenguaje.
- **Obras literarias:** El orador debe leerlas de los genios de la expresión. Los antiguos llamaron a Homero "Padre de la retórica" porque domina el difícil arte de la narración y composición, y sabe retratar a sus héroes.

Tipos oratorios:

Son procedimientos a los que acuden las personas según sus cualidades naturales. Sirven para asimilar un temario. Existe una gran variedad de tipologías oratorias, pero las que prevalecen en la generalidad de los casos son:

- **Gráfico:** Cicerón lo aconseja porque dice que se formará al orador por la costumbre de escribir que sirve para perfeccionarnos en todas las partes de la elocución. También aconseja distribuir en la cabeza todas las partes del discurso, premeditando las frases utilizables. Quintiliano recomienda los ejercicios de escritura. En realidad es necesario que lo que hablemos, lo digamos en primer lugar a nosotros mismos, para escuchar antes que los demás. Se caracteriza porque el orador escribe previamente el discurso y luego lo memoriza sin modificar palabra alguna. No es recomendable, no lleva a nada positivo, se corre el riesgo de no recordar alguna palabra y lleva a perdernos en el discurso sin poder proseguir normalmente. No persuade. Si nos formulan preguntas, acotaciones, etc, no estaremos en condiciones de responder ni prestar atención, porque no es un procedimiento en el cuál utilizamos el razonamiento, la meditación, reflexión. No estamos preparados psicológicamente para enfrentar en condiciones óptimas a un auditorio. Debemos razonar y extraer nuestras propias conclusiones en base al conocimiento adquirido sobre el tema a desarrollar. Se debe transmitir con nuestras palabras aquello que se conoce.
- **Visual:** Hace lo mismo que el anterior, solo que acude a la ayuda de aspectos que distinguen el contenido del texto (colores, tipo o tamaño de letra, algún dibujo o mancha de la hoja).

- **Auditivo:** Aunque es mejor a los anteriores, no es el ideal. Al pronunciar las palabras, le parece escuchar una voz que le dicta lo que debe pronunciar.
- **Verbomotor:** Nos permite actuar con soltura. No escriben el discurso antes de pronunciarlo. Se habla al mismo tiempo que se piensa.

En resumen:

El orador gráfico escribe su discurso / pensamiento. El visual lo ve. El auditivo lo oye. El verbomotor lo habla

No podemos descartar que algunas personas poseen o adquieren los 4 tipos, sin olvidar que siempre prevalece uno sobre los otros.

Para liberarse del grafismo hay que desarrollar el verbomotor. Si se es gráfico, escribir y luego volverlo a escribir con nuestras palabras. Una vez al mes se hablará a un auditorio real (familiares) o imaginario para ejercitarse primero antes de enfrentar un público.

La timidez oratoria:

Timidez: Es estado emocional que inhibe al individuo o le incapacita para tener una normal relación con sus semejantes. Impide pronunciar un discurso, y hace producir manifestaciones físicas como palpitaciones, angustia, temblor en la voz, afonía, sudores, etc. No se supera en un día, Emerson aconseja hacer aquello que se teme. Se domina la timidez mediante la práctica, haciendo experiencias ante el público.

Causas:

1. Miedo: De hablar, al fracaso. Uno teme lo que desconoce (reacción del auditorio)
2. Vergüenza: porque el auditorio nos convierte en el centro de las miradas.

No hay que sentirse inseguro si se ha preparado el discurso previo. Poco a poco nos iremos soltando a medida que hablamos.

Los Principios del Procedimiento

Defensas mentales: Cualquier sabio puede aprender del más ignorante, porque el sabio no lo sabe todo. Si el orador está inseguro, debe recordar sus éxitos. Si hay gente que demuestra poco interés, conviene ignorarlos.

Finalmente no olvidemos que cada orador ha de tener su propio **estilo** o modo peculiar de expresar ideas y sentimientos. Quien posee estilo, posee personalidad.

Oratoria en la antigüedad:

Nace en Atenas (Grecia) cuna de la civilización.

Oratoria clásica o natural: Se dice que es nervio y sencillez. En esa época, los oradores eran sencillos pero alterados y agresivos en sus expresiones corporales.

Primer Período: Se denomina elocuencia sin retórica. Los oradores preparan sus discursos sus cualidades naturales. "Cuando Pericles hablaba, todos escuchaban en silencio y en el alma de cada uno quedaba su palabra, como en el cuerpo el agujijón de la avispa."

Pericles poseía mayor riqueza de pensamientos que palabras.

Segundo período: Pericles gobernó Atenas, fue orador y filósofo. El arte de la palabra nace en Sicilia, viene con abogados sicilianos que lo enseñan y van a dar el manual retórico y procesal. El gran suceso de la época es la llegada de los sofistas o maestros del saber que prometen formar al ciudadano, hacerlo sabio y orador.

Gorgias: Dice que "Nada existe, y si algo existe no puede ser conocido; o si algo existe y es conocido, no puede ser expresado". Gorgias considera a la retórica como una magia, preocupándose por las palabras que debían encantar los oídos y dominar los ánimos.

Heráclito: Dice que "Todo fluye, todo cambia, y el hombre es la medida de todas las cosas"

Tercer período: Se desarrolla la oratoria jurídica junto a la política.

III.- JUSTIFICACION DE LA ORATORIA FORENSE

Los Principios del Procedimiento

Como decíamos al principio , todo proceso de comunicación ha de encontrar un referente contextual que le otorgue contenido, es decir siempre se mueve en unas coordenadas espacio-temporales. Pues bien , trataremos de analizar el proceso comunicativo que se produce en el marco de una vista oral ante un tribunal, ya que el proceso judicial es como un diálogo,- un teatro han dicho muchos autores- que se desenvuelve en un escenario que es la Sala de vistas, donde cada uno de los personajes intervinientes tiene su rol o papel y existe un inicio o apertura, un desarrollo y un desenlace.

El Jurista Orador:

Como quiere Cicerón, el jurisconsulto debe ser el mejor de los oradores, y el orador, el mejor de los jurisconsultos. Deberá conocer a fondo la retórica, el derecho civil, las costumbres y religión de aquella república. La palabra hablada es su principal instrumento.

Los oradores poseían una preparación jurídica para responder a las consultas de sus clientes y defender con procedimientos retóricos. En el juicio empleaban argumentos para resolver las causas y luego conmovían , convencían y usaban pruebas lógicas y retóricas, concluyendo el discurso forense con el adorno y los afectos.

El proceso jurídico comienza con la entrevista en el estudio jurídico, con la visita del cliente. Lo más difícil es ganarse a un cliente, ahí comienza la magia de la comunicación. Posteriormente, en el caso de los Abogados, ha de desarrollar sus conocimientos y capacidad de convicción ante el Tribunal con sus mejores habilidades.

La oratoria forense es la que tiene por objeto ilustrar la inteligencia y mover la voluntad de los jueces para decidir si un hecho se ha realizado o no, si una persona es o no culpable, si ha de aplicarse tal o cual regla jurídica o si ésta ha de interpretarse en uno u otro sentido.

Esta finalidad especial de la oratoria forense requiere 3 reglas especiales, primero las Cualidades del Orador, segundo la materia del Discurso, y tercero el estilo.

“ El Abogado que se aproxime al juicio oral creyendo que necesita únicamente la verdad para prevalecer , acabará en la misma situación que el caballero que, en vista de que su causa es justa , acude al torneo sin asegurar la cincha de la silla”

STEVEN GOLDBERG

El desarrollo y ejercicio de la oratoria jurídica es el vehículo primordial para controlar, estructurar y jerarquizar los pensamientos , desarrollarlos en forma

lógica, expresarlo con claridad, coherencia, elegancia y vigor, logrando así convencer y persuadir para la mejor orientación de los intereses de la justicia individual y colectiva.

Tradicionalmente se ha entendido por oratoria toda intervención oral de los abogados en el proceso.

El arte de la oratoria jurídica no sólo se constituye como un **hecho de comunicación**, sino que también es un **hecho expresivo**, siendo sus medios la expresión vocal y corporal del orador forense . Ambos fenómenos, tanto el comunicacional como el expresivo, actúan como una totalidad dinámica de leyes , principios y técnicas perteneciente a otras diversas disciplinas distintas de las jurídicas.

En el desarrollo y ejercicio de las técnicas procesales aplicadas a los juicios orales, la técnica de interrogatorio oral y preparación de testigos se postulan mutuamente, pues necesitan entre sí la participación de abogado, bien como acusador , bien como defensor. Además, los abogados han de poner especial atención en las vistas orales del proceso civil, materia hasta hace muy poco , regida por el principio de escritura , lo que les exigirá igualmente adquirir técnicas y manejo de herramientas adecuadas, puesto que de la efectividad de los actores u operadores del proceso depende en gran medida la eficacia del sistema de administración de justicia, de ahí la permanente formación de los mismos que les permita elevar sus niveles de competencia técnica y profesional en busca de mayor excelencia.

Las habilidades como orador , más que virtudes naturales forman parte de un saber profesional muy antiguo y así, junto con los textos de Jurisprudencia, los tratados de retórica son entre las obras clásicas los más interesantes para juristas , pues contienen consejos prácticos y análisis sofisticados de cómo argumentar en cada tipo de causa judicial , se refieren a la pruebas , a los saberes que debe dominar el orador , a la personalidad de éste , a las distintas especies de auditorios – los hostiles, los amistosos , los indiferentes- , a la estructura del discurso.

Aún en la edad moderna estos textos han sido utilísimos para los abogados , pues ofrecen ejemplos y técnicas efectivas de persuasión aplicables durante los juicios, (sobre la influencia de la retórica griega y latina en las prácticas jurídicas occidentales, ver, *Tópica y Jurisprudencia*, Luis Díez Picazo, Editorial Taurus, Madrid, 1964).

Algunas de las obras de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano contienen consejos útiles para hablar en público y convencer a jueces y jurados. Aristóteles coloca el discurso judicial entre los tres géneros de la retórica: el deliberativo, el epidíctico y el judicial , éste último más tarde representado por las declamaciones sobre temas

ficticios, pues entre los griegos , las fábulas y el arte en general eran entendidos como cosas falsas que desvelaban otras verosímiles y útiles.

El método retórico de demostración o refutación de hechos ante los tribunales fue el de las conjeturas judiciales . Este método conjetural forma parte de la técnica más general de búsqueda de premisas y uso de éstas en la fundamentación, llamada *tópica*. A partir de una serie de lugares comunes o *argumenta (topoi* para los griegos), se escogían los más adecuados para las circunstancias y los propósitos del orador, esto es , la deleitación de los oyentes , ganar el sentimiento del pueblo, obtener la clemencia del juez , o se trataba de un problema de definiciones legales – si tal o cual acción fue justa, si existe o no competencia para juzgar tal juzgar , o bien , podía tratarse de una discusión exclusivamente acerca de la verdad o falsedad de los hechos . En este último caso el método apropiado eran las conjeturas y los *argumenta o topoi* se convertían en instrucciones para la invención de enunciados fácticos que se pretende se corresponden con la verdad . Tratándose de probar el hecho o refutarlo , el orador debe hacer su conjetura a partir del motivo, de la persona y del hecho mismo , tomando en cuenta , solo si los hay, indicios manifiestos ; pero si no existen estos indicios hay que esperar la confesión del acusado, pues dice Cicerón, “ las culpas se demuestran con argumentos” . La conjetura se consigue mediante símiles de la verdad .

Si bien en un primer momento (obra “ *El orador*”) Cicerón consideró que el fin de la argumentación era un estratégico vencer al otro , convencer sin reparar en la veracidad de su propio discurso , posteriormente dice que las técnicas retóricas no tienen como fin único persuadir, sino también indagar y a fin de cuentas conocer , llegando a afirmar en “*La invención retórica*” que la elocuencia sin sabiduría es casi siempre perjudicial y nunca resulta útil.

Se llegaron a elaborar reglas , sobre todo en Derecho Penal, que perduran hasta nuestros días, basadas en que la falta de prueba o de argumentos impedía tener por cierto un hecho , es decir la duda razonable era suficiente para perdonar a un inculpado - aún con el riesgo de que sea culpable- ; era lo que se llamaba verdad procesal como conjetural y falsable . Su importancia es que el proceso está gobernando por reglas jurídicas que funcionan como una garantía parcial de objetividad – aunque no de verdad- en el proceso.¹

Hoy en día la importancia de la oratoria forense pervive y así, pese a que durante mucho tiempo esta materia estaba excluida de los planes docentes, por la costumbre, la preponderancia escrita de los procesos judiciales hasta hace poco tiempo, y la falta de importancia que se le había concedido a esta formación que hoy en día se considera crucial, en muchas Universidades y en casi todas las Escuelas de Práctica Jurídica se imparten clases sobre esta materia. Sólo con rastrear en internet aparecen talleres , cursos y seminarios con distintos títulos:

¹ Popper y la Conjetura Judicial en la Retórica antigua; Bernardo Bolaños Guerra .- Isonomía, N° 12.- Abril 2000

Introducción Práctica a la Oratoria forense , clases de litigación oral, oratoria práctica para abogados, capacitación técnica para la oratoria jurídica, técnicas de elaboración y planificación para la elaboración del discurso forense , técnicas de interrogatorio oral y preparación de pruebas testimoniales...en fin un sinfín de títulos para formar a los futuros Abogados en las técnicas de la Oratoria que , desde Grecia , están presentes en esta profesión, para tratar defender con brillantez una causa, desarrollar la capacidad de convicción para convencer al tribunal, preparar y orientar los interrogados de su defendido y de los testigos, sacar provecho de un medio probatorio a su favor, intentar emplear una retórica potente y un lenguaje claro y preciso. Cursos donde tratan la comunicación verbal y no verbal , el estilo, las pausas , el ritmo, la entonación, técnicas para memorizar y de improvisación, síntesis, énfasis , miedo escénico, entrenamiento respiratorio, manejo de emocionesMaterias no jurídicas que permiten al Abogado lograr una comunicación más eficaz con el Tribunal.

La otra cara de la Oratoria forense – no desarrollada hasta ahora, momento en que todos los procedimientos deviene orales- sería el papel del Juez en un procedimiento oral, es decir aquellos donde práctica de las pruebas se realiza a presencia del Juez bajo el principio de intermediación. Su rol es muy importante pues dirige y modera el debate, decide cuando una pregunta es impertinente o inútil, si inadmite a un testigo, controla los tiempos, pone orden en la Sala....de ahí a que su labor, en lo que tenga de oratoria y de intervención en público, se le apliquen los mismos principios y técnicas que para el resto de profesionales jurídicos, siempre eso sí, partiendo de la autoridad de su función y de que su capacidad de influencia es mayor. Su intervención es muy activa en la posibilidad de mediación que tiene en un conflicto, pudiendo plantear otras alternativas; cuestión que está siendo muy considerada y fomentada en muchos sistemas judiciales.

Jueces y Abogados deben conocer las técnicas y estrategias de la expresión oral y gestual, la persuasión interpersonal con colegas y clientes, las técnicas de negociación, la oratoria y el manejo del lenguaje no verbal, lo que les aportará una gran competencia profesional en las vistas orales y en materia de mediación o alternativas no jurisdiccionales a la solución de conflictos.

La Oratoria forense o Jurídica se convierte en la nueva clave de las profesiones jurídicas, precisando de estrategias conversacionales y actitudinales para lograr objetivos.

INTERROGATORIO DE TESTIGOS

LÍNEAS BÁSICAS DE ACTUACION:

Preparación previa o estrategia con un testigo de parte que queremos , como litigantes o defensores, presentar a juicio:

- Definir si la narración que pretendo hacer va a ser cronológica y/o temática
- Revisar la pauta de nuestra teoría del caso
- Revisar el orden de los exámenes directos a testigos
- Revisar la estructura interna de cada testimonio
- Conversar por separado con cada testigo que propongamos, sobre la relevancia de nuestro testimonio para nuestra teoría del caso
- Realizar un ensayo informal con cada uno de los testigos
- **OBJETIVO:** Extraer del testigo la información requerida para reconstruir el trozo de historia que él puede proporcionar

Estructura del examen mismo:

A.- Juez o Tribunal:

1.- JURAMENTO O PROMESA DE DECIR VERDAD

2.- PREGUNTAS GENERALES DE LA LEY

B.-Parte proponente:

1.-Preguntas introductorias que permitan al testigo ambientarse y relajarse

2.- Preguntas de legitimación que permitan darle credibilidad

3.- Preguntas que permitan al tribunal conocer una descripción del contexto y de la escena y que permitan al testigo describir las acciones y los hechos .

- **abiertas** , que inviten al testigo a hablar, generales o sin dirección definida; Ej: ¿ que ocurrió el día de los hechos?

- **cerradas**, que focalizan el examen directo en aspectos específicos del relato y que son relevantes; Ej: ¿ Cual era el color del auto?

- **de transición**, que permiten variar el contenido del relato para derivar a otro aspecto dentro de él; Ej: Establecido lo anterior , ahora quisiera centrarme en lo que ocurrió el día...

No debemos ocultar información que nos perjudica y de la que tiene conocimiento la contraparte; si no lo hacemos, se resiente la credibilidad de nuestro testimonio, el tribunal pensará que queremos engañarlo. Lo que corresponde en este caso es reconocer y explicar , es decir, adelantarnos a proporcionar esa información , pero mostrándola de una manera que disminuya sus efectos nocivos.

La información aportada no debe provenir del abogado que lo presenta sino que debe provenir del propio testigo, es decir de un completo entendimiento de las preguntas que se le dirijan y no han de ser el resultado de un engaño.

El principio de contradicción exige que la información que ingresamos al juicio esté sujeta al control de la contraparte, siendo una manifestación de ese control la posibilidad de repeler o rechazar el interrogatorio que no se produce con arreglo a las normas del juego justo.

C.-Parte contraria:

- La parte que no ha propuesto al testigo tiene la oportunidad, con su interrogatorio, de extraer información útil para su pretensión, pudiendo desacreditar al testigo, haciéndolos caer en inconsistencias, refrescándolos la memoria, dirigiéndose a blancos específicos o puntos débiles...

-
En definitiva, los objetivos del conainterrogatorio o contraexamen son:

Atacar la credibilidad personal del testigo; Ej: que es prejuicioso, que está interesado en el resultado del juicio...

Atacar la credibilidad de su testimonio; Ej: el testigo no pudo haber visto nada porque era de noche y estaba muy lejos

Obtener declaraciones que apoyen nuestros intereses

Apoyar los testimonios de nuestros propios testigos

Obtener del testigo un testimonio inconsistente con otras pruebas presentadas

Acreditar la prueba material que se intentará ofrecer; Ej: Libros de contabilidad

Lograr que aparezcan a la luz temas que el proponente dejó a un lado

Disminuir el daño que la declaración prestada ha hecho a nuestra teoría o pretensión

Según las circunstancias, aclarar o generar dudas.

Dañar la teoría de la contraparte

RECOMENDACIONES

- 1.- Sea breve. NO IMPACIENTE AL TRIBUNAL
- 2.- No pelee con el testigo
- 3.- Nunca pierda la calma
- 4.- No sea soberbio
- 5.- Haga preguntas cortas , directas, claras y sencillas
- 6.-Escuche la repuesta
- 7.-Nunca pregunte algo que usted no sepa; NO PREGUNTAR SI NO SE CONOCE LA RESPUESTA.
- 8.- Esté preparado para enfrentar malas respuestas con preguntas relevantes
- 9.-No repetir las preguntas ya formuladas
- 10.- Nunca preguntar por qué
- 11.-Preguntar sólo aquello que fortalezca nuestra pretensión
- 12.- Hablar en voz alta y pausada
- 13.-Permitir que el testigo se tome su tiempo para contestar; lograr que se sienta cómodo
- 14.- Mantener contacto visual con el testigo
- 15.- Escuchar atentamente al testigo
- 16.- Estar atento a que se registre lo declarado
- 17.- No confundir al testigo
- 18.- No leer las preguntas
- 19.- No hacer preguntas compuestas o que encierren varias
- 20.- Aprovechar la técnica del eco si la contestación dada por el testigo le beneficia, es decir hacerse el incrédulo para repetir la respuesta en forma de pregunta, hacerse el sordo y pedir que hable más fuerte, solicitar que haga una demostración de lo que ha señalado....
- 21.- Nunca enojarse con el testigo
- 22.- No olvidar dar un golpe final

PREGUNTAS SUSCEPTIBLES DE OBJECION

A las generales **PREGUNTAS IMPERTINENTES** , por no tener relación con el asunto, e **INUTILES**, por no servir para esclarecer la cuestión objeto de debate, existen otras preguntas susceptibles de objeción ante el tribunal:

1.- PREGUNTAS SUGESTIVAS.- Aquellas que portan o contienen su propia respuesta.

2.- PREGUNTAS CAPCIOSAS.- Aquellas que inducen a error al testigo favoreciendo a la parte que las formula. *Ej: ¿ Estaban sus padres informados de su relación con el Sr. Guzman?*

3.- PREGUNTAS DE OPINION O CONCLUSIVAS.-En principio son objetables por irrelevantes. Los testigos declaran sobre los hechos y es irrelevante la opinión que de ellos tengan o conclusiones que de ellos extraigan. Sin embargo, en ciertos casos, puede resultar relevante la opinión que el testigo tenga, independiente de que no sea experto, de suerte que la objeción podría rechazarse. *Ej: ¿ Se encontraba alterada la Sra. Marta?*

4.- PREGUNTAS REPETITIVAS.- Se pueden asimilar a las capciosas en la medida en que la pregunta se refiera a un asunto que el testigo ya ha respondido. En esas condiciones no buscan más que confundir o inducir al error al testigo. En cambio, es legítimo reiterar una pregunta infinitas veces , mientras no sea respondida claramente por el testigo.

Ha de tenerse en cuenta que ciertas preguntas repetitivas en torno a un mismo asunto, pueden no tener la finalidad de confundir al testigo, sino que únicamente el testigo sea más preciso o hacer patente una contradicción con declaraciones previas . El juez habrá de tenerlo en cuenta al momento de resolver la objeción , cuyo fundamento exclusivo es la capciosidad.

5.- PREGUNTAS CONFUSAS, AMBIGUAS O VAGAS.- Son preguntas claramente mal formuladas, equívocas, que admiten diversas interpretaciones. Se pueden asimilar a las capciosas en la medida que buscan o posibilitan que el testimonio que resulte de ellas aparezca como inconsistente. *Ej: ¿ hace cuanto que se relacionan?*

6.- PREGUNTA QUE TERGIVERSA LA PRUEBA.- Aquellas relacionadas con la prueba del juicio, formuladas en términos de presentar dicha prueba de un modo

que no se ajusta a la realidad o formuladas en relación a información no incorporada al juicio. *Ej: ¿ Cuanta droga dice Usted que traficaron? ; Objeción: El testigo señaló que había consumido droga, jamás habló de tráfico.*

7.- PREGUNTAS COMPUESTAS .- Aquellas que contienen varias preguntas , completamente distintas y autónomas entre sí. Podrían asimilarse a las capciosas en la medida que inducen al testigo a error. Se le invita a responder la última pregunta inserta en la proposición sin dársele la oportunidad de responderlas , una a una.

Objeciones mas comunes:

La manera de preguntar no es la apropiada; Ej: pregunta sugestiva, vaga, irrelevante, compuesta....

La pregunta pretende obtener información inadmisibile

El contenido del testimonio conduciría hacia un tema ajeno al juicio.

Oportunidad y pertinencia de las objeciones a preguntas formuladas en el interrogatorio de testigos

La objeción se debe plantear tan pronto como se formule la pregunta y debe ser fundada someramente. Resuelve el tribunal

Se debe evaluar correctamente el real efecto beneficioso de formular objeciones en todos los casos en que puedan aparecer como procedentes , pues no debe perderse de vista que su utilización excesiva puede generar mala predisposición de los jueces por el entorpecimiento del juicio.

ALEGATOS FINALES

- El Tribunal ha de comprender y escuchar la prueba que le estamos presentando
- **“ El fenómeno de la comunicación no depende de lo que se entrega , sino de lo que pasa con el que recibe.....por lo tanto, debemos diferenciar entre o que falsamente implica el concepto de transmitir información y el concepto , más realista, de participar en un ACTO COMUNICATIVO.**
- *Humberto*

Maturana
-
- La tarea del litigante es PERSUADIR al tribunal con los mejores argumentos , a través de una narración que debe ser presentada ordenada, coherente y clara, en estricta correspondencia con la pretensión previamente deducida en demanda o, en su caso, contestación. A partir de su versión de los hechos , el litigante debe englobar en un todo ordenado los detalles , las pruebas y los distintos elementos fácticos que sirven a su teoría jurídica. De ahí que, en el evento en que ambas partes presenten buenos argumentos , el litigante más persuasivo cuya petición haya sido comunicada con más claridad y verosimilitud , puede verse compensado al momento de conocerse la sentencia.
- **Una PROPOSICION FACTICA es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal.** Eliminan la distancia entre el relato de hechos y las teorías legales o jurídicas , señalando indirectamente las conclusiones fácticas a las que debe arribar el juzgador para resolver la disputa, por lo que en el alegato final debe indicarse expresamente al tribunal, cuáles son las proposiciones fácticas que le permitirán resolver el conflicto. Su formulación junto al análisis de las pruebas practicadas , permiten construir un relato que muestre los datos importantes desde el punto de vista jurídico.
- En las conclusiones finales se proporciona a los jueces una lente , un patrón para mirar los hechos y se muestra la teoría de cada parte como verosímil y creíble. **Deben formularse de manera clara, concisa, sin dar opiniones personales, conteniendo los elementos esenciales de**

nuestra pretensión , exponiendo con convicción que nuestro relato es verídico, siendo persuasivos – se pueden utilizar metáforas, ironía...- , no exagerando la prueba, si bien aludiendo a la prueba practicada que confirma nuestra petición , evitando leer conclusiones escritas.

**NO LEA
NO EXAGERE
NO ABURRA
NO SEA PREPOTENTE**

OBJETIVOS DE LOS ALEGATOS FINALES

- 1.- Oportunidad de dar unidad y coherencia a todo el relato que surgió a partir de la prueba**
- 2.- Permite reforzar nuestra completa visión particular de los hechos . Nuestro particular patrón, molde o prisma o lente para mirar los hechos y así concluye la batalla por la imaginación del juzgador ocurrida durante el juicio oral.**
- 3.- Busca persuadir al tribunal de que nuestras proposiciones fácticas fueron acreditadas y con ello también nuestras teorías jurídicas (razón legal)**
- 4.- Pero también busca persuadir al tribunal de que la decisión que solicitamos es la más justa y equitativa (razón moral). Si damos razones adicionales a las puramente jurídicas , inclinamos un poco más al Juez a fallar en nuestro favor.**
- 5.- Permiten ofrecer al juez un set de consideraciones o razonamientos susceptible de incluirse en la resolución que dicten, una propuesta o bosquejo de sentencia.**
- 7.- Permiten desacreditar las pruebas presentadas por la contraparte.**

CONTENIDO DE LOS ALEGATOS FINALES

A.- PRETENSION: (TEORÍA DEL CASO)

1.- COHERENCIA LOGICA.- Todo debe calzar perfectamente. Nuestra pretensión debe ser coherente con el alegato final si durante el devenir del juicio no afloró ningún elemento incompatible con ella. De lo contrario, perdemos credibilidad frente al juzgador y creará que tratamos de engañarlo. Los hechos que componen nuestra teoría del caso deben conducirnos naturalmente a las conclusiones que formulamos y en que se basan nuestras peticiones.

2.- VEROSIMILITUD.- Nuestra pretensión se hace más creíble si explotamos:

- la información proveniente de la parte contraria , que podemos aprovechar si no es perjudicial a nuestros intereses.
- Los hechos no controvertidos
- Las reglas de la experiencia y el sentido común

3.- SUFICIENCIA JURIDICA.- Nuestra Teoría del caso debe ser apta para satisfacer la teoría jurídica que fundamenta nuestras pretensiones en el juicio. Es decir, se trata de mostrar en el alegato final que concurrieron todos los elementos de las teorías jurídicas en que nos refugiamos.

B.- ARGUMENTATIVIDAD

Es la característica más peculiar del alegato de clausura; actividad que resulta impropia en las etapas previas. Un alegato final es argumentativo si contiene:

- **Conclusiones**, es decir consecuencias extraídas de la prueba producida y también razones que permitan dar apoyo a tales conclusiones, (principios lógicos, máximas de experiencia, conocimientos científicamente afianzados)
- **Aprovechamiento de la prueba indiciaria**, es la oportunidad en que podemos tomar trozos aislados de la historia relatada a través de la prueba e integrarlos a través de inferencias que construyamos.
- **Evaluación del valor probatorio, tanto de la prueba propia como la de la contraparte**
- **Refutación de las proposiciones fácticas de la contraparte**

C.- DERECHO

El alegato final debe contener una referencia al derecho , tanto el de fondo aplicable al caso (teorías jurídicas), como el procesal, relativo al establecimiento de hechos (normas sobre carga probatoria, valor probatorio de prueba ilícita, valoración judicial de los medios de prueba...)

Conviene ser prudente y comedido en este aspecto pues podemos restarle claridad a nuestro alegato, en el sentido que nos interesa, esto es, evaluar el resultado del juicio en cuanto a poner de relieve nuestras proposiciones fácticas y jurídicas.

ESTRUCTURA DEL DISCURSO DE CLAUSURA

Puede ser:

CRONOLOGICA.- Consiste en construir una historia en el orden en que se sucedieron los hechos que la componen.

Ventaja.- Proporciona una visión ordenada, secuencial y completa de los hechos

Desventaja.- Conspira contra la posibilidad de resaltar ciertos aspectos del relato, que si se presentan asociados de otra manera cobran significado.

TEMATICA.- Se trata de organizar el alegato de forma que se resaltan ciertos aspectos, más allá de la cronología.

Esta forma de estructurar el relato resulta aún más eficaz , si en torno a estos aspecto clave, asociamos la referencia a medios de prueba producidos en el juicio y que tienden a acreditarlos.

BIBLIOGRAFÍA

ORATORIA FORENSE

- **Alexy, Robert:** “ Teoría de la argumentación jurídica” ; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978
- **Aristóteles:** “ Retórica”
- **Di Bartolo Ignacio:** “ Oratoria Contemporánea” ; Editorial Corregidor, 2000
- **Díez Picazo, Luis:** “ Tópica y Jurisprudencia” ; Editorial Taurus, 1964
- **Cicerón:** “La invención Retórica “, “ El orador” , “Acerca del orador” , “ La Partición oratoria”
- **Fernández Jorge Osvaldo:** “ La Expresión oral””, Editorial Lumiere, 5ª edición, 2005
- **García Amado, Juan Antonio:** “ Teorías de la tópica jurídica”; Editorial Civitas, 1988
- **García Ramírez, Julio :**” Estrategia práctica de Oratoria para Abogados “; Editorial Colex, 2005
- **Goldberg H. Steven :** “ The first trial: Do I sit?, What do I say? “ ; Editorial Heliasta
- **Kenney F. Hegland :** “ Trial and practice Skills in a nutshell”; Editorial Heliasta
- **Majada, A. :** “Técnica del Informe forense ante Juzgados y Tribunales” ; Editorial Bosch, 1991, 540 págs., 5ª edición
- **Martínez Val, J.M. :** “ Abogacía y Abogados . Tipología profesional. Lógica y Oratoria forense. Deontología forense“; Editorial Bosch, 1999, 344 págs., 4ª edición

- **Quintiliano: “ Instituciones oratorias”**

BIBLIOGRAFIA

PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000 de 7 de Enero

- **Almagro Nosete, José; Gimeno Sendra , Vicente; Cortés Domínguez Valentín; Moreno Catena, Victor: “Derecho Procesal “ , Volumen I, Parte General, Proceso Civil I,** Editorial Titrant Lo Blanch; última edición
- **Gómez Colomer, Juan Luis: “ Principios y características del nuevo proceso Civil”,** Grupo Revista General de Derecho , www.rgid.com, Universidad Jaume I , Castellón
- **Medina Cepero, Juan Ramón : “ La prueba judicial en el proceso civil : artículos 281-383 LEC“ ,** Prontuario procesal Civil, 2 volúmenes, Editorial Difusión y Temas de actualidad, 2003
- **Montero Aroca, Juan ; Principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ,** Editorial Tirant Lo Blanch, 190 págs. 1ª edición 2001, Capítulos XIV a XVII.
- **Uriarte Cordon , Aner y Torres Pindado, David: “Aspectos prácticos de la prueba civil” ,** Editorial Bosch , 2006

BIBLIOGRAFÍA

JUSTICIA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

- **Escuela Judicial, CGPJ: “ El Juez y su Imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro”;** Estudios de Derecho Judicial
- **Escuela Judicial, CGPJ : “ Poder Judicial y Medios de Comunicación”;** Estudios de Derecho Judicial
- **Cuadernos de Derecho Judicial : “Justicia y Medios de Comunicación” ;** Formación Continua
- **Valdecabras Ortiz, Isabel: “Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación”,** Editorial tirant Lo Blanch, 2004

LECTURAS RECOMENDADAS

. Pásara L., Díaz Moure L., Cálix J.A, Linares S. : “ Los Sistemas Judiciales en Centroamérica” ; Fundación Carolina, CeALCI, 2006

Majada, A. : “Técnica del Informe forense ante Juzgados y Tribunales” ; Editorial Bosch, 1991, 540 págs., 5ª edición

Fernández Jorge Osvaldo: “ La expresión oral – Persuasión” 5ª edición ampliada; Editorial Lumiere

PELÍCULAS DE TEMÁTICA JURÍDICA CON DESARROLLO DE VISTAS
ORALES

Acción Civil
Acción Judicial
Algunos Hombres Buenos
Anatomía de un asesinato
Conflicto de Intereses
Contra el Muro
Declararme Culpable
Demasiado Joven para morir
Doce Hombres sin Piedad
El Abogado del Diablo
El Cliente
El Profeta
El Informe Pelicano
En el Nombre del Padre
En Honor a la Verdad
Falcone: Un Juez contra la Mafia
Herencia del Viento
Justicia para Todos
La Noche cae sobre Manhattan
Las dos Caras de la Verdad
La Noche más Larga
Legítima Defensa
Matar a un Ruiseñor
Mc Vicar
Pactar con el Diablo
Philadelphia
Proceso a Mariana Pineda
Sin Defensa
Sólo ante la Ley
Sospechoso
Testigo de Cargo
Tiempo de matar
Vencedores o Vencidos(El Juicio de Nüremberg)
Veredicto Final

Los Principios del Procedimiento

