



“LA ORALIDAD EN LA SEGUNDA INSTANCIA”

El uso de la mediación o la conciliación como
alternativa de resolución de los conflictos.

Comisión de Procesal Civil

Comisión N°2: Nuevas Estructuras Procesales. Procesos por Audiencias.

Silvia Ethel Scelzo

silviascelzo@gmail.com

“La Oralidad en la Segunda Instancia”

El uso de la mediación o la conciliación como alternativa de resolución de los conflictos.

Silvia Ethel Scelzo

1. Introducción.

Hoy se habla de oralidad en el proceso civil, y esta oralidad básicamente consiste en un proceso por audiencias: la preliminar y la audiencia de vista de causa o concentrada de prueba.

Los tribunales de alzada no se encuentran al margen de esa oralidad, pues el replanteo de prueba testimonial, los pedidos de explicaciones a peritos, la admisión de hechos nuevos que a su vez pueden conllevar la realización de prueba en audiencias, nos enfrentan nuevamente con la oralidad en la alzada.

Es así como hoy se plantea un proceso mixto en parte oral y en parte escrito. Deben presentarse por escrito los constitutivos de la litis, la oposición y contestación de excepciones, la interposición, fundamentación y contestación de recursos, entre otros –ver en Provincia de Buenos Aires Ac. S.C.B.A. N° 3842 y art. 3 del Reglamento para las Presentaciones Electrónicas-; es decir que siguen existiendo en soporte papel, más allá de ser luego incorporados al sistema informático.

En otras palabras se trata sólo de sustituir lo que antes se hacía íntegramente por escrito, por la oralidad, con grabación audiovisual de las audiencias a fin de posibilitar su revisión por las partes, el magistrado de primera instancia que deba dictar sentencia y la revisión por la 2da. Instancia, además de lograr inmediación, el diálogo entre las personas, la concentración de actos, coordinar las notificaciones pendiente, acordar la producción de determinada prueba, además de favorecer la moralidad en el proceso, pues estar cara a cara con el juez genera un compromiso personal mayor que aquél que queda plasmado en un papel; hace además posible, la efectiva dirección del proceso y permite pedir las explicaciones que sean necesarias a las partes para comprender acabadamente el conflicto.

Hasta aquí no es necesario reforma alguna (sólo la amplitud mental de los operadores jurídicos para ponerlo en funcionamiento), al punto que tal modo de trabajo se viene llevando a cabo en la provincia de Buenos Aires como prueba piloto y con muy buenos resultados desde mediados del año 2016.

Pero pese a las bondades de la oralidad, jueces y abogados no siempre están de acuerdo con ella, en particular en la 2da. Instancia, pues supone una mayor exposición personal, preparación y estudio.

2. ¿Es posible incorporar técnicas de mediación o conciliación en la segunda instancia?

El primer escollo es más filosófico que normativo.

Y me lleva a preguntarme ¿cuál es la función del juez en la segunda instancia? Únicamente elaborar sus votos detrás de un escritorio y con ello darse por satisfecho? o intentar brindar una solución a la medida de cada proceso, comprometiéndose con el justiciable y el resultado del pleito?

Un resultado que lleve paz y evite la sucesión de nuevos conflictos generadores de nuevos procesos y nuevas apelaciones; y en ese rumbo utilizar otras herramientas a su alcance, como por ejemplo, las técnicas de la mediación o la conciliación son caminos a tener en cuenta por un juez que quiera cerrar –si es posible- por completo el litigio o reducir los focos que llevan a éste.

La respuesta -en mi caso- la tengo clara: en primer lugar solucionar conflictos usando las herramientas que tenemos a disposición. Y en ese camino muchas veces la conciliación, que obviamente, también conlleva la oralidad y la inmediatez juega un papel decisivo. Estar frente a las partes nos permite conocer e indagar acerca de sus necesidades, intereses, problemas y muchas veces ofrecer soluciones que una sentencia no podría brindar.

Para decidir llamar a audiencia conciliatoria, en cada caso el Presidente del Tribunal o bien el juez de voto, habrá de evaluar antes de su emisión o paralelamente, si la realización de una audiencia -que muchas veces puede solucionar definitivamente un conflicto- no será más eficiente

para un mejor servicio de justicia que el voto, por mejor y mayor esfuerzo que se ponga en él. Incluso ante la apelación de una sentencia interlocutoria, es posible mediar, con el objeto de poner fin al conflicto de fondo mucho antes, en lugar de dejarlo latente, e incluso que siga creciendo hasta que el expediente llegue a la cámara a consecuencia de los recursos interpuestos contra la sentencia definitiva.

El camino propuesto significa un compromiso con los resultados, los justiciables y la solución del problema; elaborar un voto y desentenderse de él a la espera del próximo expediente es un modo de cumplir nuestra función sin que nadie nos pueda reprochar nada desde lo formal, solo nuestra conciencia nos dirá si pudimos hacer más y no lo hicimos.

La experiencia de 25 años trabajo en el poder judicial me lleva a dejar constancia de la satisfacción que en la mayoría de los casos experimentan los justiciables cuando han tenido contacto con el juez y la mediación o conciliación; incluso independientemente del resultado final, pues el acercamiento del juez al justiciable hace que éste modifique la deteriorada imagen que tiene hoy de la justicia, las partes se sienten escuchadas, atendidas y muchas veces hasta comprendidas.

Esa satisfacción que experimenta la gente es suficiente para hacer el intento, pues con ello se contribuye a mejorar la calidad de la respuesta que se da desde el sistema judicial.

Por otra parte, se trata de intentar una nueva actuación de los tribunales de alzada que implica que se trabaje aún dentro del proceso contencioso, se de a las partes la oportunidad de llegar a una solución consensuada por ellos, o se reduzcan las materias de discordia o sirva para pacificar en alguna medida el conflicto, máxime si se trata de cuestiones de familia.

Eso sí, es importante contar con un juez comprometido con la mediación o la conciliación, y capacitado en la materia (en esto han de jugar un papel fundamental las Escuelas Judiciales de los Consejos de la Magistratura o el Propio Poder Judicial estableciendo capacitaciones que a mi entender deberían ser obligatorias), a fin de mejorar el servicio a prestar.

Además de un juez que sepa evaluar los casos concretos en los que es recomendable intentar una conciliación (obviamente siempre que

no esté en juego el orden público, vgr. prescripción adquisitiva de dominio), pues no en todos los casos es conveniente una mediación ni en todas las oportunidades el dictado de una sentencia solucionará el conflicto; por el contrario, puede dejarlo subsistente o acrecentarlo, dando origen a nuevos pleitos; que seguirán poblando los juzgados de expedientes y aumentando la imagen negativa que se tiene de la justicia.

3. ¿Qué situaciones se pueden presentar en cámara?

Sabido es que cuando el expediente llega a cámara las partes transitaron por lo general un largo proceso con desgaste emocional y económico, en la mayoría de los casos quieren terminar el conflicto, poder vivir sus vidas sin el peso del proceso, obtener un beneficio seguro antes que una hipotética sentencia a favor que nadie les puede garantizar de antemano.

Si son ellos los hacedores del resultado del pleito con la ayuda de un operador judicial el compromiso con el cumplimiento se hace mayor.

En mi experiencia no he tenido ejecuciones de acuerdos homologados en cámara, porque las partes los han cumplido voluntariamente.

Que sea la cámara la última instancia a nivel local tiene un peso decisivo que los lleva a cumplir, sumado a que el acuerdo arribado fue producto de su propio esfuerzo junto con el juez y seguramente la concesión recíproca de intereses de ambas partes, la toma de conciencia de la buena voluntad propia y ajena para arribar a una solución, el compromiso y la palabra empeñada ante el juez, el armado de un acuerdo en la convicción de que es cumplible aunque sea con esfuerzo y sacrificio y la convicción de que se debe cumplir porque así lo manda la ley y la honra de los compromisos asumidos.

3.1. Ante una sentencia interlocutoria: muchas veces el expediente llega a la cámara por una cuestión menor, incidental, pero la experiencia nos indica que detrás de ese conflicto menor, se esconde, en oportunidades, una conflictiva mayor que, como se dijo, con frecuencia una sentencia no podrá resolver, o dejará pendiente futuros pleitos.

En estos casos, la fijación de una audiencia conciliatoria que intente solucionar el problema de modo integral antes de que siga avanzando y generando gastos, mayor escalada de conflicto y desgaste emocional (solucionar la cuestión de fondo y si es posible costas y honorarios) sin que queden cabos sueltos que den lugar a nuevos pleitos, es un camino posible que en la mayoría de los casos, en mi experiencia, se logra y deja satisfechas a las partes, no solo por haberle puesto fin a la disputa sino por hallar una justicia comprometida con sus problemas.

La práctica judicial demuestra que las partes agradecen el espacio de escucha más de lo deseado, manifiestan en la 2da. Instancia que es la primera vez que pueden contar lo que les pasó y aqueja, y este espacio previo de catarsis se hace casi indispensable para comenzar a trabajar en la solución del conflicto.

Las técnicas de mediación, de escucha activa, la imaginación del juez para brindar alternativas de solución que no impliquen prejuizgamiento (art. 36.6. Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires y art. 34.4. del Anteproyecto Código Procesal Civil y Com. Presentado en la Legislatura Provincial) son herramientas fundamentales para acompañar a las partes en la construcción de una solución por ellos elaborada que ponga fin al proceso; solución que les será propia y con la que se sentirán comprometidos porque fueron ellos los hacedores con la ayuda del juez.

Es cierto que el juez debe estar capacitado para mediar, tener la disposición y las ganas de hacerlo, empatía con las partes, hacerlos sentir cómodos, comprendidos y escuchados, generar un clima de confianza, de tranquilidad con los pactos de confidencialidad que cada parte exija, para poder arribar a un acuerdo que los conforme.

No deben firmarse acuerdos cuando las partes tengan dudas, eso a la larga hace descreer en el sistema de justicia, la/s parte/s se siente/n defraudada/s y se pierde credibilidad en el sistema.

4. ¿Qué sucede si se logró un acuerdo?

Si hubo acuerdo integral el pleito concluye y la satisfacción de la misión cumplida constituye la mayor recompensa que un juez puede tener

frente a sí; porque ve las caras de alivio, felicidad y el agradecimiento de la gente.

5. ¿Qué sucede si no se logra un acuerdo integral?

En caso de encontrarnos ante una sentencia interlocutoria a resolver, la presencia de las partes en la audiencia, ante el juez, principio dispositivo mediante o impulso procesal de oficio por ejemplo en cuestiones de familia (art. 709, CCyCN) puede ser útil para allanar el camino de pruebas, determinar si todos los testigos son necesarios, decidir la realización de una pericia, disponer el sorteo del perito, efectivizarlo en el mismo acto y notificarlo; aquello que quizá se hizo en primera instancia, pero que ahora a la luz de nuevos elementos pudo quedar desactualizado; si se cuenta con una oficina pericial que trabaje en la misma sintonía que el juez, es posible hablar en ese momento y coordinar y notificar fechas de pericia. En Trenque Lauquen, -ciudad en la que vivo y trabajo- cuento con orgullo con la colaboración de la Perito psicóloga, Jefa de la oficina pericial, que ante un llamado telefónico está a disposición para dar fecha de pericia y notificarla en el acto, colaborar en la audiencia, hacer un diagnóstico o conversar con las partes apoyando la labor del juez.

El trabajo coordinado con la oficina pericial en ciertos casos donde estén en juego personas vulnerables (niños, adultos mayores, personas con discapacidad, etc.) es fundamental para la solución del conflicto. Constituye la parte que a los abogados nos falta, ese conocimiento de la psicología de las personas que desanuda el conflicto, lo destraba y muestra aristas positivas para una negociación que los abogados no siempre vemos a falta de ese saber propio del profesional de la psicología.

En fin, si no se logró un acuerdo, al menos las partes se llevan allanado el camino para una pronta sentencia.

6. ¿Cómo desarrollar las audiencias?

Soy de la idea de hablar en primer lugar con las partes y sus letrados para explicarles la metodología de la audiencia, tranquilizarlos para que sepan que cada uno tendrá su espacio de escucha independiente con la asistencia de su abogado y en igualdad de condiciones que la otra, que sólo

se transmitirá a la otra parte aquello que sea autorizado, y en particular que esta oportunidad que se les brinda les da la chance de alcanzar una solución por ellos gestada; que la solución está en sus manos y que si con esfuerzo y concesiones recíprocas la logran, será probablemente mejor que dejar el pleito en manos de un tercero que lo decida a través de una sentencia que la mayoría de las veces no puede contemplar sus intereses y necesidades; con el riesgo de que en ese caso la respuesta será que uno va a ganar y el otro va a perder; mientras que en una negociación es posible introducir la estrategia “ganar-ganar”, es decir que cada uno pueda plasmar en el acuerdo aquello que necesite, que le es fundamental.

Luego de dar las pautas de trabajo, entiendo conveniente conversar por separado con las partes y sus letrados, para que cada una pueda explayarse con tranquilidad acerca de la historia que la llevó hasta ese punto, pues con la presencia de la contraria no podría. Este espacio de escucha íntima con el juez ayuda a generar confianza y muchas veces facilita el acuerdo, pero fundamentalmente ninguna de las partes escucha la versión cargada de agresión, violencia, enojo de la contraria, solo escuchará la versión parafraseada transmitida con tacto y cuidado por el magistrado de los intereses de la otra parte, sin la emocionalidad negativa del conflicto. Lo que ayudará a su solución y no aumentará la beligerancia existente, al contrario bajará considerablemente los decibeles de la discordia y facilitará arribar a un acuerdo.

Si hay acuerdo integral se homologa; si sólo es parcial y quedan cuestiones pendientes, la causa pasa para dictar sentencia sobre ellas, ya que nada obsta a que el acuerdo no sea integral. También la posibilidad de diálogo en cámara puede abrir el camino de la realización de prueba, no solo como medida para mejor proveer, sino aquella que las partes, luego de la audiencia, de común acuerdo ante el juez consideren de utilidad para dilucidar el pleito.

En mi experiencia las partes en esta instancia, conscientes del alea que ronda sobre su futuro, se encuentran más predispuestas a arribar a un acuerdo, pues siempre ronda el dicho popular: “Más vale pájaro en mano que cien volando”.

7. Oportunidad de conciliación en procesos con niños.

La oportunidad de escucha del/a niño/a prevista en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que podría citarse a sus progenitores, asesor de menores y abogado del niño; y de ser posible -por resultar fundamental- a un perito psicólogo que explique a los progenitores, desde su saber, las consecuencias negativas que el conflicto entre ellos genera en el menor; ello es decisivo para la toma de conciencia de los padres de la necesidad de poner un pronto fin al litigio, pues su alongamiento sólo generará deterioros psíquicos y físicos en todo el grupo familiar, pero fundamentalmente en los niños.

Si no hubo pericias, se pueden coordinar fechas y horarios en la audiencia y ya quedar las partes notificadas. Esto ahorra trabajo y tiempo.

Y con las pericias a la vista la cámara resolver.

8. Marco jurídico de la mediación judicial en la segunda instancia.

Cuando el artículo 36.4. del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires faculta a los jueces a disponer la comparecencia personal de las partes *en cualquier momento*, para intentar una conciliación no restringe esa posibilidad al juez de primera instancia, razón que no invalida entonces que lo hagan los magistrados de las cámaras de apelaciones. Y ello de algún modo se convalida con la frase “en cualquier momento” del proceso, es decir en la etapa que se transita en la primera o en la segunda instancia, ¿y porque no en las instancias superiores?. Pues todo lo que no está prohibido se encuentra permitido (arts. 19 Const. Nacional, 25 y 15, Const. Prov. Bs. As.).

9. Elaboración del acta.

Es fundamental la ayuda de los letrados en la etapa de elaboración del acta de la audiencia que cerrará la etapa conciliatoria, a fin de que sean ellos, -conocedores cabales del conflicto- los que controlen que todos los puntos tratados y acordados sean volcados allí.

Si bien el juez personalmente o un auxiliar pueden elaborarla, quienes estuvieron en la audiencia deben controlar minuciosamente su redacción.

10. Conclusión

El proceso por audiencias ya es un hecho.

Los justiciables y abogados ya gozan de sus bondades en muchas provincias de nuestro país.

La propuesta es no limitarse a utilizar la oralidad únicamente para escuchar testigos o peritos, o para sanear prueba, sino también y en ambas instancias, introducir la mediación o conciliación como modo no adversarial de resolución de conflictos en procesos contenciosos ya iniciados y llegados a las cámaras, para con ello contribuir a la paz social y a una justicia efectiva.

En fin, la inmediatez y la oralidad con las partes es un camino iniciado que no tiene retorno, y que reduce los tiempos del proceso, pero unida a la mediación o a la conciliación ayuda al logro de soluciones consensuadas a la medida de las partes, que la sentencia no siempre puede lograr y propicia una justicia más cerca de la gente.

Material utilizado:

- “Audiencias de conciliación en la Cámara de Apelación Civil y Comercial” en scba.gov.ar. Trabajo presentado en el ámbito de Buenas Prácticas de Gestión –Dres. Zampini y Gerez.
- “Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen en procesos de familia” por Teresa Martín Nájera, Margarita Pérez Salazar y José Luis Utrera Gutiérrez. Publicado en Revista de Mediación Número 4.