

## Congreso Internacional de Resolución de Disputas Santander 17. – 19. 09 2009

Christoph Strecker  
magistrado jubilado, mediador

[C. Strecker Tipología 090918]

### **Fallo y arreglo de conflictos – Propuestas para una tipología de conflictos y formas de intervención**

*Este texto ha aparecido en alemán bajo el título “Möglichkeiten und Grenzen der gerichtlichen Streitbeilegung - Vorschläge zu einer Typologie von Konflikt- und Verhandlungssituationen“ en las revistas “Betrifft JUSTIZ“ Nr. 50, junio 1997, pp.66-69, y “Kon:sens“ Nr.1/1999, pp.28-31. Traducción española: C.S., agradezco a mis amigos españoles por las correcciones.*

#### I.

1. En la discusión sobre la “resolución alternativa de conflictos” se mezclan intereses prácticos y económicos con declaraciones ideológicas sobre el efecto pacificador de procedimientos non-judiciales. Una parte de estas declaraciones que a primera vista parecen plausibles, bajo ciertas condiciones son evidentemente equívocas. Por eso quiero invitar a una contemplación diferenciada de los diferentes tipos de conflictos y de su correspondiente y adecuada intervención. Mis reflexiones se basan en en las experiencias y el enfoque de la vida cotidiana de un juez.

2. Qualquier proceso judicial es consecuencia del hecho que dos partes no han logrado a resolver su conflicto con sus propias herramientas y en el que al menos una de ellas se dirige hacia la autoridad del Estado. La decisión de la autoridad se sustituye por la solución autónoma que las partes no pudieron encontrar. La decisión del tribunal no debe orientarse a necesidades e intereses, sino a reglas jurídicas. De conformidad con tales reglas, se recogen los hechos decisivos y se determinan las normas aplicables. La consecuencia jurídica se pronuncia en el fallo.

3. Las “alternativas” son imaginables dentro y fuera del proceso, a condición de que se modifique una u otra de las características mencionadas. Así la autodeterminación puede sustituir a la heterodeterminación que es la característica de una decisión tomada por un tercero. Los criterios para buscar soluciones adecuadas se pueden encontrar en el ámbito de las necesidades y los intereses de las partes en vez de en las normas jurídicas.

#### II.

Voy a introducir en mi tema con unos ejemplos. A continuación intentaré integrarlos en un sistema. Como resultado propondré una tipología de conflictos y situaciones de negociación de la que – como espero – se pueden deducir criterios para la intervención adecuada en todos los casos.

1. Mi primer ejemplo es lo que llamo mi “acuerdo con el whisky”:

En un pleito sobre un préstamo pude observar que el demandante y el demandado a veces se tuteaban y a veces se trataban de usted. Indicando esta observación, propuse a las partes clarificar primero el asunto del tratamiento mutuo. A este fin tomé de mi armario una botella

de whisky y dos copas y las puse en la mesa delante los adversarios. La tensión emocional desapareció, y entonces llegaron fácilmente a un acuerdo sobre el reembolso del préstamo.

2. El segundo ejemplo lo conocen casi todos los jueces experimentados:

Un demandado se defiende contra una demanda con diferentes alegaciones. Tuve la impresión de que el demandado tenía dificultades para el pago y quería ganar tiempo. Como resultado de mi propuesta, las partes llegaron a un acuerdo que permitía al demandado pagar el importe en 12 plazos. En caso de pago puntual de 10 plazos, el demandante renunciaría al resto. En caso de un retraso, todo el resto de la deuda se consideraría vencida inmediatamente.

3. En mi tercer ejemplo se juega a los dados:

Se estaba ultimando la solución de un pleito largo y extenso sobre la división y adjudicación de los bienes matrimoniales con muchos detalles y un valor de cien mil marcos aproximadamente. La mayor parte de las cuestiones estaban aclaradas, quedó un resto de diez mil marcos. La inevitable práctica de las pruebas habría costado una gran parte de este importe, además habría exigido mucho más tiempo. Esta perspectiva inquietaba a ambas partes. Yo propuse, echar el dado. El importe sería a dividir por siete, el resultado a multiplicar con la suma de puntos del dado. Ambas partes aceptaron. He echado el dado, el resultado fue transformado en un acuerdo que he integrado inmediatamente en el acta del proceso.

4. El cuarto ejemplo trata del malestar con el derecho:

A veces, yo no estaba de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Apelación o del Tribunal Supremo. En tales casos, sin embargo he insistido a juzgar en conformidad con mi convicción. Pero siempre informaba anteriormente a las partes del pleito sobre el riesgo de que el tribunal superior podría anular o modificar mi fallo. Muchas veces, a partir de dicha información, las partes llegaban a un acuerdo sobre la base de los presuntos riesgos en la segunda instancia y también sobre la base de sus propias ideas sobre lo justo y lo injusto.

### III.

1. Lo que estos cuatro ejemplos tienen en común, es la búsqueda de soluciones que no eran – o, en el último caso, eran sólo parcialmente - determinadas por la ley. Pero cada uno de estos ejemplos se distingue de los otros por el tipo de problema y la forma de mi intervención.

En el último ejemplo, el problema no se pudo resolver de manera satisfactoria limitándose a las respuestas que ofrecía el derecho. Con un fallo, no habría podido conseguir la paz para las partes litigantes. Una solución adecuada para todos era posible solamente cuando todos abandonaron su posición formal y acordaron a una distribución que parecía aceptable para todos.

Cuando echaba el dado, queríamos terminar pronto, correctamente y sin ulteriores gastos un pleito largo, enojoso y costoso. La proporcionalidad entre los gastos y el beneficio era inadecuada, necesitábamos una alternativa. La encontramos sustituyendo la querella por el juego, dentro de unos parámetros.

El acuerdo con el pago en 12 plazos y una cláusula de renuncia a dos plazos en caso de pago puntual de 10 de ellos, ofreció a las partes una salida del dilema siguiente: La decisión estimatoria a favor de una parte, inevitablemente resultaría perjudicial para la otra. En eso constituía el caso cuando se trataba solamente del importe debido. Añadiendo otro elemento más, es decir el del tiempo, encontramos más espacio para nuevas soluciones de las que

ambas partes pudieron sacar provecho. Aunque el demandante recibió menos de lo que había pedido, en cambio recibió un pago rápido. El demandado, por su parte, renunciando a sus alegaciones en contra de la demanda, se benefició de la ganancia de tiempo que se supuso el aplazamiento. La situación ganar-perder se convirtió en una solución ganar-ganar.

Respecto al acuerdo con el whisky, es evidente que la querrela sobre el préstamo era solamente un aspecto de un conflicto emocional basado en la relación entre ex amigos. Lo habían transformado en un conflicto de intereses y este último en un caso jurídico. Apenas se habían dado cuenta de eso, estaban dispuestos a ponerse de acuerdo.

2. Las situaciones precedentemente descritas, sin duda no son las únicas en las que se impone la búsqueda de alternativas al fallo. No hay límites claros entre ellas, y ocurren también en variadas combinaciones. Sin embargo, ellas nos pueden ayudar a acercarnos a una tipología que nos permite formular apreciaciones sobre la “solución alternativa de conflictos” más precisas que las afirmaciones de que el acuerdo sea mejor que el fallo o al contrario.

3. En resumen, se puede proponer una secuencia como sigue:

El caso en que se trata solamente del derecho, por los fines de mi tipología lo llamo “**proceso modelo**” (A).

Si el derecho no ofrece una solución adecuada, hablo de la “**discrepancia en el derecho**” (B).

Sigue el caso de la **desproporción entre los gastos y el beneficio del pleito** (C)

La próxima categoría sería la búsqueda a **alternativas a la interdependencia entre la ventaja de una parte y el perjuicio de la otra** (D).

No se puede esperar mucho del derecho, cuando se trata de un **conflicto transformado** (E).

En fin, absolutamente injustificable es el **conflicto emocional basado en la relación** (F).

Tabla 1

proceso modelo	A
discrepancia en el derecho	B
desproporción entre gastos y beneficio	C
ganar – ganar vs. ganar – perder	D
conflicto transformado	E
conflicto relacional	F

#### IV.

1. En los conflictos descritos arriba, he osado alejarme, con una cierta pero medida distancia, del papel del **juez** y he ensayado asumir otros papeles.

2. Cuando encontré con una discrepancia jurídica, he seguido el papel del **conciliador**, elaborando junto con las partes criterios una solución satisfactoria.
3. Mi propuesta de jugar a los dados, es decir de modificar las reglas del procedimiento, era quizás la de un **intermediario**.
4. Cuando buscaba a una solución de ganar-ganar como alternativa a la interdependencia entre la ventaja de una parte y la desventaja de la otra, era más probablemente un **consejero**.
5. Ayudando a los dos amigos a comprender que en el fondo su conflicto trataba de su relación personal, me sentí **moderador** de su conversación. La noción hoy más adecuada del **mediador**, entonces - cuarenta años atrás - aún no se usaba en su sentido actual.
6. Al final de esta escala de posibles intervenciones se puede situar el **terapeuta** – un papel que el juez no debería realizar.

Tabla 2

juez	conciliador	intermediario	consejero	moderador / mediador	terapeuta
1	2	3	4	5	6

A veces los papeles – así como los tipos de conflictos - pueden interferir entre ellos. Pero eso no nos impide distinguir entre las variadas nociones y aprovecharnos de ellas para acercarnos a los problemas.

Falta en esta escala el papel del **árbitro**. Lo omito intencionadamente, porque en principio el árbitro es un juez privado con todas características de sus funciones, con la única diferencia que su legitimación no está basada en la ley sino en el contrato de arbitraje.

## V.

Esta escala de papeles a partir del juez hasta llegar al moderador / mediador y eventualmente el terapeuta incluye unas características que, por su parte, se pueden presentar en diferentes grados.

El juez puede referirse a su autoridad oficial solamente en este papel mismo. Cuanto más se aleja el juez de este papel, tanto más debe legitimar su intervención por su autoridad personal o su competencia – o bien abstenerse de este cambio de papel.

En la relación con el juez, las partes están sujetas solamente a su autoridad funcional. En sus otros papeles, el juez obtiene su legitimación solamente por el consentimiento de las partes.

Para las partes del conflicto, el fallo es una decisión heterónoma. Las otras formas de intervención influyen gradualmente menos y tienen una tendencia creciente gradualmente hacia una solución autónoma. La intervención terapéutica, finalmente, provocaría un cambio fundamental de la actitud o bien del comportamiento de las personas.

El juez con su responsabilidad está estrictamente sujeto a la ley y al derecho. En los otros papeles, esta sumisión se pierde y ello en la medida en que el juez se aleja cada vez más de su papel de juez y en cuanto las partes asumen más por si mismos la responsabilidad para la solución de su conflicto.

Tabla 3

	juez	conciliador	intermediario	consejero	moderador / mediador	terapeuta
	1	2	3	4	5	6
autoridad	autoridad oficial      competencia profesional      autoridad personal					
importancia del derecho	sumisión al derecho      derecho como base de los argumentos      argumentación libre					
autonomía vs. heteronomía	decisión heterónoma		----->		decisión autónoma      cambio de actitud o de comportamiento	

## VI.

Esta escala de los diferentes roles del juez corresponde con una escala de los tipos de conflictos con sus características:

Cuanto menos se corresponde el caso judicial con la esencia del conflicto, tanto menos se puede apreciar la función protectora del derecho para llegar a un arreglo adecuado.

Tabla 4		
concordancia entre caso jurídico y conflicto		
función protectora del derecho		
a	Proceso modelo	A
l	discrepancia en el derecho	B
t		
a		
	desproporción entre gastos y beneficio	C
	ganar – ganar vs. ganar – perder	D
b	conflicto transformado	E
a	conflicto relacional	F
j		
a		

Los tipos de conflictos y las formas de intervención se pueden integrar el diagrama siguiente:

Tabla 5

función protectora del derecho		alta						baja					
		concordancia entre caso jurídico y conflicto		Juez	conciliador	inter- mediario	consejero	moderador / mediador	terapeuta				
a l t a	a	Proceso modelo	A	1	2	3	4	5	6				
		discrepancia en el derecho	B										
		desproporción entre gastos y beneficio	C										
		ganar – ganar vs. ganar – perder	D										
		conflicto transformado	E										
		b a j a	conflicto relacional	F									

## VII.

1. En este diagrama, he marcado aquellas casillas que suministran una combinación plausible entre tipos de conflictos e intervenciones:

- A 1 Es plausible que para el caso puramente jurídico el fallo sea la solución adecuada.
- B 2 Donde el derecho no ofrece una solución adecuada, aquella se puede encontrar en la conciliación
- C 3 Si un litigio sería demasiado costoso para la solución del conflicto, un intermediario o un consejero puede proponer alternativas.
- D 4 En la búsqueda de soluciones de ganar-ganar, un intermediario, un consejero o un moderador / mediador puede ser útil.
- E 5 Descifrar un conflicto transformado, es una función típica del mediador en el sentido actual de la noción.

- F 6 En el conflicto basado en la relación, las personas sin salida pueden dirigirse al mediador o bien al terapeuta.

Cierto, no existen límites determinadas entre estas atribuciones. Diferentes afirmaciones semejantes pueden tener la misma plausibilidad. Por eso, por cada alternativa he marcado algunas casillas respectivas. La cantidad de categorías tampoco no es irrefutable. Facilmente se encontrarán otras, y el diagrama se puede refinar. Confieso que por ahora he terminado mi búsqueda cuando se presentó esta diagonal estéticamente satisfactoria.

2. Mediante el diagrama podemos tanto formular premisas como controlar la plausibilidad de conclusiones, partiendo de los tipos de conflictos (A – F) al igual que del papel de la tercera persona que interviene (1 – 6).

Por ejemplo:

- A 2 – 6 Si las partes desean explícitamente obtener una decisión sobre un problema jurídico, el juez no está legitimado de proponerles un acuerdo.
- B 1 - 4 Si el derecho no ofrece una respuesta satisfactoria, hay que integrar a las partes en la búsqueda de los criterios pertinentes para la solución del conflicto.

## VIII.

En la doctrina, muchas veces se encuentran fórmulas estereotipadas sobre la valoración del acuerdo.

Por una parte, se dice que el acuerdo contribuye mejor que el fallo a la paz. Esa declaración es evidentemente equivocada en relación con los conflictos del tipo A. Por lo que se refiere a los conflictos de los tipos B, C y D esa declaración será correcta en una grande parte de los casos. En los conflictos del tipo E, en cambio, las partes probablemente quedarán frustradas si el juez les impone a aceptar un acuerdo sin integrar el conflicto original, cuya transformación ha dado lugar al pleito.

Por otra parte, hay autores que expresan su escepticismo fundamental frente al acuerdo. Subrayan que el derecho no debe ceder a la injusticia y que el orden jurídico necesita su comprobación permanente mediante decisiones sobre controversias. Nuestro diagrama nos enseña que esta crítica vale solamente en parte, es decir en los conflictos del tipo A, pero no es válida por los otros casos.

## IX.

Una tipología como esa puede aclarar los límites de la actuación del juez y de la legitimación de sus diferentes papeles o roles. Por otra parte, ella puede animar a la búsqueda creativa de formas adecuadas de intervención y de respuestas a las preguntas planteadas en el pleito que de su parte muchas veces no es otro que una forma específica de comunicación. El juego con el dado (en el diagrama: C 2 – 4) es solamente un ejemplo. Me acuerdo también vivamente de un otro ejemplo: En la vista oral sobre un pleito de una hija contra su padre he osado desplazarme en las casillas E 5 - 6 dirigiéndome al padre: “Probablemente Usted va ganar

este proceso contra su hija. ¿Porque quiere Usted ganar un proceso contra su hija?” Esta pregunta paradójica provocó una conversación intensa, a la fin de que las partes llegaron a un acuerdo. Cuando empecé a protocolizarlo, el padre quiso convencerse: “¿Si no nos ponemos de acuerdo, vamos al tribunal?”

Mi tipología es solamente una propuesta, sujeta a la crítica, al perfeccionamiento, y sobre todo a la discusión.

Christoph Strecker  
Rosentalstr. 12  
D-70563 Stuttgart  
Tel. +49-711-733552  
Fax +49-711-7355802  
[c\\_strecker@t-online.de](mailto:c_strecker@t-online.de)  
[www.christoph-strecker.eu](http://www.christoph-strecker.eu)