

**LA ORALIDAD EN LAS TÉCNICAS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS  
UTILIZADAS POR EL JUEZ EN LA AUDIENCIA PREVIA**

M<sup>a</sup> ROSA GUTIERREZ SANZ

Profesora Titular Derecho Procesal. Facultad Derecho de Zaragoza

I. EL INTENTO DE ACUERDO: CONCEPTOS

A lo largo de todo el proceso civil queda patente que son las partes las que disponen del objeto de la controversia, las que inician el proceso y le ponen fin en cualquier momento. El principio dispositivo que reina en el proceso, relega generalmente al juez, a un papel de tasadas facultades de dirección material del mismo, pero hay un trámite, un momento procesal en que el juez toma la iniciativa, en que el legislador le otorga una tarea especial, y es asistir a las partes para la autocomposición de los derechos en conflicto. Esta misión está imbricada en la audiencia previa y presidida por la oralidad más pura<sup>1</sup>.

El art. 414.1 LEC establece que una de las funciones de la audiencia previa es “intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso”. Debemos observar la duplicidad de términos que el legislador adopta: acuerdo o transacción. A su vez, el art. 415, alude a conciliación, mientras que el art. 428.2, de nuevo menciona acuerdo.

Para algunos, todas las palabras hacen referencia a una única realidad que consistiría en un acuerdo de las partes que originaría un contrato de transacción judicial<sup>2</sup>. Ciertamente, parece que, puesto que estamos ya dentro del proceso, lo que se pretende es un consenso de voluntades que más tarde se plasme en una resolución que será más ventajosa por no suponer la imposición del juez, sino la avenencia de las partes.

Pero debemos apuntar que en puridad, el legislador se estaría refiriendo a dos realidades bien distintas. La transacción, como el propio CC prevé en su art 1809, se trata de un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Se trata, por tanto, de una fórmula en la que se excluye la intervención de un tercero hasta el momento de su homologación. Tal vez por eso el legislador habla también de “acuerdo” donde si tienen cabida

---

<sup>1</sup>“...la oralidad es la expresión de la confianza ( “me basta tu palabra” ), mientras la escritura es la expresión de la cautela desconfiada ... ( “las palabras vuelan, los escritos quedan” ) ...desconfianza del juez hacia el abogado, desconfianza del abogado hacia el abogado contrario” y agrega “hay otra razón que explica por qué con frecuencia los abogados prefieren escribir y no hablar: por escrito se pueden presentar, sin rubor, tesis que no se tendría el valor de sostener delante del juez (el papel no se sonroja)”. CALAMANDREI,P, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, 1969, p.211.

<sup>2</sup>BANACLOCHE PALAO,J, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2005, p. 338.

fórmulas de resolución de conflictos en los que intervenga un tercero, en este caso el juez. En estas fórmulas no debemos centrarnos sólo en la ya tradicional conciliación, sino que habremos de dar entrada también a la mediación, aunque el término no aparezca expresamente recogido por el legislador.

La diferencia entre mediación y conciliación está punteada por una fina línea que es difícil no traspasar. La mediación se viene definiendo como un proceso voluntario y confidencial de gestión de conflictos, guiado por un tercero imparcial –el mediador– carente de todo poder de decisión, cuya labor consiste, básicamente, en estimular la comprensión y el diálogo constructivo entre las partes, para que se impliquen y consigan, por si mismas, elaborar su propia respuesta y compromiso ante el conflicto. El mediador controla y guía el proceso, para que las partes puedan darle todo su contenido.

Por su parte, la conciliación cuenta también con la intervención de un tercero, aunque en este caso su implicación en el proceso decisorio es mayor, ya que se admite que cuando el proceso no avance, presente propuestas de solución a las partes, con base en lo que el conciliador considere justo, teniendo en cuenta todos los intereses y necesidades de las partes en juego. Las partes conservan, en todo caso, la capacidad de aceptar, modificar o rechazar tales propuestas.

En síntesis, la diferencia básica entre mediación y conciliación consiste en el grado de intervención del tercero en la búsqueda del acuerdo. Según lo hasta aquí expuesto, la injerencia del tercero en la conciliación es mayor que en la mediación, ya que se involucra y puede intervenir directamente en el resultado final, a través de sus propuestas. En cambio en la mediación se entiende que el mediador no hace ningún tipo de propuesta; el acuerdo es fruto totalmente del esfuerzo de las partes.

Es importante destacar, respecto a los términos mediación/conciliación, que no hay una terminología unívoca. El contenido conceptual que se les da, no es unánimemente aceptado por todos los autores, ni es uniforme en todas partes. Algunos autores e incluso algunas legislaciones, entienden por mediación lo que aquí se ha descrito como conciliación y a la inversa.

Como ejemplo de esta ambigüedad terminológica, vemos como la palabra *conciliación* no goza actualmente del favor del público norteamericano, por ello se ha ido remplazado gradualmente por el término *mediación*, creando confusión sobre la delimitación de su contenido semántico. En cambio, en Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Australia y en algún país sudamericano, se usa "conciliación" para hablar de lo que aquí hemos descrito como mediación.

## II. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA FUNCION COMPONEDORA DE LA AUDIENCIA PREVIA

El juez se aparta del papel que tradicionalmente ha venido desempeñando, abandona su *potestas* para hacer uso de la *auctoritas*<sup>3</sup>. Cuando exhorta a las partes para que lleguen a un acuerdo (art. 428 LEC), no lo hace, o no debe hacerlo, desde una postura de fuerza, sino desde la posición que le otorga la confianza que las partes depositan en él. Si difícil es el papel de un componedor, de un conciliador, de un mediador, cuando intenta evitar que el conflicto entre en una escala

---

<sup>3</sup> D'ORS, A. *Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid, 1963, p. 19.

ascendente, el cometido del juez ante un conflicto profundo, de alta intensidad en el que existen un objeto del conflicto complejo, con elementos materiales e inmateriales(emocionales) y una dilatada proyección temporal,-no podemos olvidar que se ha llegado hasta el proceso-, es una tarea de muy difícil desempeño.

Por todo lo antedicho, parece cuando menos arriesgado afirmar que en el proceso lo que ha de utilizarse es la conciliación y no la mediación o a la inversa. Lo fundamental será el objetivo que pretende el juez en este trámite, y si las herramientas que utiliza son las adecuadas, manteniéndose, naturalmente, dentro de los parámetros del más absoluto respeto a los principios que rigen el proceso.

El objetivo es claro: intentar poner fin al proceso. Pero ¿cómo hacerlo? La conciliación según el diccionario es: “componer y ajustar los términos que estaban opuestos entre sí; poner de acuerdo”. Curiosamente nuestra ciencia procesal ha venido refiriéndose a la conciliación, a la transacción, como formas “anómalas” de terminación del proceso. En rigor no debiéramos tacharlo de medios anómalos sino que debieran ser catalogados como los medios normales para resolver los conflictos. Lo anómalo es precisamente la heterocomposición, que debe funcionar cuando los otros métodos –la conciliación, la mediación, la negociación...- no son viables<sup>4</sup>.

El legislador hace un encargo al juez: intentar que los litigantes, que han llegado con su conflicto hasta este momento, se pongan de acuerdo. En definitiva le pide que gestione un conflicto, pero que lo haga utilizando paradigmas totalmente distintos de aquellos para los que ha sido preparado.

Los paradigmas clásicos en el ámbito en que nos movemos son el del realismo político y el de derecho.

Con el primero, se produce el reconocimiento del poder, intentando conseguir la paz, imponiendo el respeto al orden preestablecido y utilizando la fuerza coercitiva. Tal método, desde luego, no garantiza en absoluto la superación del conflicto. Las raíces permanecen y en el momento en que el elemento coercitivo desaparezca o se diluya, surgirá de nuevo el conflicto, porque sus raíces perduran.

Con el segundo, se apela al orden social regido por unas normas, por la Ley. La justicia se convierte así en el modo de poner a salvo los valores fundamentales de una sociedad. Visto así, la aparición de un tercero, un juez, para resolver un conflicto es un gran avance de la humanidad<sup>5</sup> frente a los peligros de la justicia privada y del uso de la fuerza.

Este método, sin embargo, tampoco produce una desescalada del conflicto. Exclusivamente, pone fin al mismo pero propiciado por el hecho de que una de las partes gana y la otra pierde. El proceso heterocompositivo precisamente viene caracterizado por el hecho de que mientras una de las partes gana el litigio y ve

---

<sup>4</sup> HIGHTON, E Y ALVAREZ, G. *Mediación para resolver conflictos*, 1995, p.119 y ss.

<sup>5</sup> MARINA,J.A y VALGOMA,M. *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*. Barcelona, 2000, p. 61 y ss.

prosperar su pretensión, correlativamente, ello implica la pérdida de las pretensiones del otro. En el proceso los abogados y el juez se apoderan el conflicto y lo sustraen para su tratamiento y solución a los litigantes. Se puede apreciar una cierta violencia inherente al proceso: dos partes que se enfrentan en una especie de combate “legalizado” y cuya fuerza para resolver, reposa en el Estado que impone su decisión.

Las contiendas surgen de las insatisfacciones, de las tensiones interpersonales, y es necesario que se vean no como problemas sino como oportunidades para el crecimiento y la transformación del ser humano.

Lo que en este momento procesal de la audiencia previa se está pidiendo al juez es que aplique una orientación transformadora del conflicto.

Siguiendo la concepción del conflicto como oportunidad y no como algo indeseable en sí mismo, la respuesta ideal no es la resolución de problemas, sino la transformación de los individuos involucrados. Usar los conflictos productivamente significa explorar las oportunidades que ellos presentan para la adquisición del poder y el reconocimiento.

Se trata, en suma, de alentar y ayudar a las partes a realizar, aprovechar, y fortalecer sus capacidades intrínsecas para la autoconfianza y la empatía.

El conflicto aparece así como parte del proceso de probarse y enjuiciarse a sí mismo. Hace que examinemos los asuntos con más cuidado. Nos desafía a desarrollar respuestas y soluciones creativas, siendo el centro, la raíz del cambio personal y social<sup>6</sup>.

No debemos buscar antagonismo entre orden y conflicto, ambos proceden de la interacción del ser humano<sup>7</sup>. El orden podríamos definirlo como un arreglo normalizado del conflicto. El orden viene a determinar que mecanismos deben ser utilizados para resolver un conflicto, y cuales son los límites dentro de los que ese conflicto debe mantenerse.

¿Qué sucede en la actualidad con ese orden? En la actualidad, el orden tradicional, que se traducía en los paradigmas político y de derecho, está transformándose dando lugar a la aparición de otro tipo de fórmulas. Manejar, gestionar el conflicto implica comprender su naturaleza e intentar utilizarlo para conseguir resultados positivos y evitar los negativos.

Es fundamental la relación entre conflicto y percepción. La forma en que los involucrados perciben el conflicto, los objetivos, las intenciones y los motivos del otro, determinarán la intensidad del mismo. Así en muchos casos, la regulación del conflicto tiene que ver con la clarificación de las percepciones y comprensión del otro sujeto<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> DUFFY,GROVES,GROSCH y OLCZAK. *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Barcelona, 1996, p. 47.

<sup>7</sup> Vid WATZLAWICK,P, *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*. Barcelona, 2002, p.116 y ss.

<sup>8</sup> LEDERACH,J, *Educación para la paz. Objetivo escolar*. Barcelona, 1984, p. 44 y ss.

El conflicto es la percepción de la contradicción, en tanto la cooperación, que aparece como la otra cara de la moneda, es la percepción de la identidad, por tanto contradicción e identidad aparecen así como complementarias<sup>9</sup>.

Los conflictos en sí mismos pueden no ser ni buenos ni malos, lo que determina su sentido positivo o negativo es la forma de resolverlos.

Los conflictos aparecen así como fenómenos ambivalentes. Planteado un conflicto, si este genera la adaptación a una nueva situación, éste puede resultar útil para mejorar, para superar, para aprender..., pero si nos encontramos ante un conflicto no resuelto, o que genera deseos de venganza, resentimiento y frustración o rencor, sería absurdo afirmar que el conflicto es positivo.

Se trata, en suma, de una cuestión de equilibrio constante, entre la tensión que se puede generar con un conflicto y el aprovechamiento de la misma para superarnos y evolucionar. Cuando la angustia generada supera el autocontrol, se empiezan a producir perjuicios, y entonces, las reacciones que se generan resultaran proporcionales al grado de gravedad del perjuicio ocasionado, deviniendo normalmente en actitudes agresivas altamente negativas<sup>10</sup>.

Pero no olvidemos que cuando los litigantes han llegado a este punto, sin haber alcanzado un acuerdo, es muy posible que las partes involucradas perciban que tienen razones suficientes para disputar lo que sea, y se sienten justificadas por cualquier motivo para hacerlo<sup>11</sup>.

Abordar el tratamiento de un conflicto exige formación, capacidades especiales y prácticas mejoradas por parte de los individuos, los grupos, las organizaciones.... Requiere así mismo una actitud de aceptación y una comprensión del poder de las opciones que no siempre son fácilmente toleradas por el sujeto culturalmente inserto en los paradigmas clásicos de resolución de conflictos.<sup>12</sup>, y la pregunta es ¿está el juez preparado para acoger esta tarea?

La LEC establece claramente una obligación. Pero debemos plantearnos si la obligatoriedad solo recae en la actividad, esto es en un somero intento, y no en el resultado, si no estaremos propiciando que se convierta en un mero acto formal. Parece razonable afirmar que el logro de un acuerdo no puede imponerse<sup>13</sup>. Si las partes no lo desean, no cabe imponerlo, pero no debemos desconocer, que la utilización de las herramientas adecuadas determina en muchas ocasiones que se

---

<sup>9</sup> MARTINEZ GUZMAN,V, *Filosofía para hacer las paces*, Madrid, 2001, p, 194.

<sup>10</sup> En tal sentido VINYAMATA CAMPS,E, *Conflictología. Teoría y práctica en la Resolución de Conflictos*, Barcelona, 2001, p. 26.

<sup>11</sup> MARTINEZ DE MURGUIA,B, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Barcelona, 1999, p. 19.

<sup>12</sup> FARRE SALVA,S, *Gestión positiva del conflicto :taller de mediación. Un enfoque socio-afectivo*. Barcelona, 2006, p. 209 y ss.

<sup>13</sup> GARCIMARTIN MONTERO,R,“La función conciliatoria de la audiencia previa en el juicio ordinario”, *Revista del Poder Judicial* , Nº 82, 2006, p. 158.

pueda o no conseguir ese acuerdo, al que las partes en inicio no parecían poder llegar.

### III. LAS TECNICAS A UTILIZAR POR EL JUEZ

El juez ante el conflicto, tiene que hacer uso de todas aquellas herramientas que puedan ser útiles para, una vez clarificados los objetivos, alcanzarlos.

¿Cuáles son esas herramientas? La extensión de esta comunicación no nos permite sino apuntar someramente alguna de ellas, considerando además que, en buena medida la técnica empleada estará en función del propio objeto del proceso.

#### **1. Preparación de la audiencia previa**

Con carácter general, el juez debería analizar una serie de puntos que a continuación describimos.

##### ***A) Análisis del conflicto***

¿Es un conflicto en el que se puede llegar a un acuerdo? ¿Cuáles son las raíces del conflicto? ¿Cuál es su proyección temporal (hacia el pasado o hacia el futuro)? ¿Se tratan de materias sobre las que las partes no puedan disponer? ¿Cuál es la intensidad o profundidad del conflicto? ¿Nos hallamos ante un "conflicto intratable"? ¿De un conflicto básicamente "de intereses materiales negociables"? ¿Cuál es la dimensión del conflicto (número de personas afectadas, grupos, estados ...)?

##### ***B) Análisis de las partes***

En principio, quien tiene capacidad y legitimación para ser parte en el proceso, podrá adoptar validamente un acuerdo sobre el objeto del proceso, siempre lógicamente, que este sea disponible. Cosa distinta es que el juez deba tener presente lo exigido por el legislador en los arts. 414.2 LEC, y los supuestos de litisconsorcio.

Además, el juez deberá tener en cuenta cuál es la disposición o voluntad de las partes, cuáles son sus percepciones o visiones del conflicto, y evaluar la "convergencia" / "divergencia" de percepciones.

##### ***C) Análisis de los límites de la intervención del juez***

El juez desarrolla una labor que el propio legislador le encarga, pero al mismo tiempo, el juez debe ponderar su actividad en este trámite, ya que, en caso de no llegar a un acuerdo, tendrá que seguir entendiendo de la causa y tomar una decisión sobre la misma.

##### ***D) Preparación de estrategias o herramientas***

Identificación de los "elementos conectores" entre las partes en conflicto y desarrollo estrategias para exteriorizarlos. Desarrollo de estrategias para exponer las divergencias perceptivas. Preparación de las frases, las palabras, el lenguaje corporal y otros elementos comunicativos que se pueden utilizar para crear una atmósfera propicia, para facilitar la comunicación entre las partes, para poner de relieve las divergencias perceptivas existentes, para fomentar los conectores, etc.

#### **2. Desarrollo de la actividad componedora en la audiencia previa**

El juez debería iniciar este trámite con una apertura contundentemente positiva, que refleje sin ambages la situación conflictual, pero subrayando los conectores positivos y reconociendo el esfuerzo y actitud positiva de las partes. Tampoco esta de más insertar aquí un análisis del MAAN (Mejor alternativa al acuerdo negociado), así como hacer mención de costos y riesgos de litigar.

A continuación, el juez debe intervenir tan sólo para ayudar a las partes a centrar sus intervenciones y propuestas. No olvidemos que el acuerdo no puede salir de lo que es puramente el objeto del proceso. No cabe que este se extienda más allá de lo establecido por ellos mismos en los escritos de alegación<sup>14</sup>. Debe intentar que las partes analicen sus intereses y no solo las posiciones, cuya inamovilidad les habrá llevado al litigio. El tener una perspectiva externa de la relación conflictual sitúa al juez en una posición más favorable y equilibrada que las partes para estructurar y, en su caso, orientar la audiencia. El juez ha de conducir el proceso comunicativo intentando equilibrar o dar respuesta a las asimetrías comunicativas, de acuerdo con el principio de equidad comunicativa.

### **3. Cierre de la función componedora de la audiencia previa**

En este punto, ha podido suceder que las partes no hayan llegado a ningún tipo de acuerdo, en cuyo caso, el proceso continúa, hasta concluir con la decisión judicial.

Si las partes han alcanzado un acuerdo, este podrá ser parcial o total. Solo en este último caso, el juez habrá conseguido el objetivo pleno de este trámite procesal, ya que ante un acuerdo parcial, el proceso deberá continuar aunque solo para la parte del conflicto no superada. En ambos casos, ya sea frente a un acuerdo pleno o frente a uno parcial, el juez habrá de realizar las siguientes actividades:

#### ***A) Un resumen positivador***

En el que se recojan los acuerdos a los que hayan llegado las partes. De esta forma el juez también se cerciora de que no existe error de alguna de las partes sobre los términos del acuerdo.

#### ***B) Análisis del cumplimiento de los requisitos legales***

El legislador encomienda al juez una labor específica, que le aparta de otros profesionales de la gestión de conflictos, debido a que el acuerdo se está produciendo en el seno de un proceso y va a tener efecto ejecutivo, el juez habrá de velar por la legalidad del acuerdo, esto es, revisar si efectivamente en el mismo concurren los requisitos de índole objetiva y subjetiva. La inmensa mayoría de estos requisitos habrán sido ya objeto de estudio por el juez, en el momento de preparar la sesión, tal y como hemos dejado plasmado.

#### ***C) Un reconocimiento de las partes y del proceso***

En cuya virtud el juez reconozca el esfuerzo de las partes, felicitándoles por ello y valorando el desarrollo del trámite, con sus logros y limitaciones correspondientes.

#### ***D) Dar forma a lo acordado***

---

<sup>14</sup>BANACLOCHE PALAO, J, *El tratamiento de las cuestiones procesales* ..cit. ,p. 339.

Como reiteradamente hemos advertido el papel del juez es singular en este trámite, ya que además de las funciones propias del profesional que gestiona la resolución de un conflicto, debe atender a las que le son propias como órgano jurisdiccional. Llegados a este punto es necesario que lo convenido por las partes adopte una forma procesal que dote a ese acuerdo de la fuerza ejecutiva que va a tener. Las partes llegados a este momento del proceso pueden tener un claro criterio de la forma que debe adoptar su acuerdo. No podemos olvidar que nos hayamos ante un trámite en el que los abogados habrán analizado cual es la fórmula más conveniente. El art. 428 LEC se remite al 415 y abre así un elenco de posibilidades. El art 415.1, pº. 2º, hace referencia tanto a la posibilidad de desistir del proceso, como a la homologación judicial de lo acordado, siendo esta segunda fórmula equiparable en sus efectos a la transacción judicial, a la que alude el 415.2. Entiendo no obstante, al igual que buena parte de la doctrina<sup>15</sup>, que el legislador no ha querido limitar las posibilidades de dar forma procesal al acuerdo excluyendo las no mencionadas. Desde luego, el legislador no desconoce que el acuerdo puede frustrarse en cualquier momento, y poner impedimentos y limitaciones en cuanto a la forma de reflejarlo, carece de todo fundamento. No obstante, también es posible que el juez, que ha tomado parte considerablemente activa en la tramitación de este acuerdo, pueda no imponer pero si aconsejar a los litigantes la fórmula a adoptar<sup>16</sup>.

El papel del juez es, desde luego, complejo. Es diferente del que habitualmente desempeña dentro del proceso aplicando un poder coercitivo que defina y conduzca las relaciones humanas hacia el objetivo deseado. Con esta fórmula se trata el conflicto de forma bien distinta, llevando a las partes a desarrollar un proceso intelectual en el cual se desarrollen soluciones racionales, y para esto tiene que hacer uso, aparte de su bagaje como jurista, de una serie de capacidades comunicativas, y de habilidades interactivas, para las que, quizás, en la actualidad este poco preparado.

---

<sup>15</sup> GONZALEZ MONTES, F., “La audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley 1/2000 de 7 de enero”, *Tribunales de Justicia*, nº 10, 2000, p.1053 ,GIMENO SENDRA, V. “Características esenciales de la “audiencia previa” en *La aplicación practica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Valencia, 2003, p. 146.

<sup>16</sup> En este sentido GARCIMARTIN MONTERO, R. “La función conciliatoria de la audiencia...cit, p, 171.