

La mediación como un mecanismo alternativo para solucionar controversias

Omar Abraham Morón Ramírez

Se dice que, en alguna ocasión, Leonardo Da Vinci pronunció la siguiente frase: “Dios, tú nos otorgas los dones, pero a cambio, nos exiges la fatiga”.

Independientemente de su contenido religioso —mismo que, para efectos de estas líneas, podemos soslayar— seguramente alcanzan a distinguir la ambigüedad fascinante¹ que emana del aforismo señalado.

Por un lado, este adagio puede interpretarse como una sentencia paradójica y, en alguna medida, irónica, pues parece que su propósito es revelar que los dones no son producto de una concesión divina —como se desprende de una lectura preliminar y superficial— sino el resultado de un *esfuerzo* permanente, incesante y tenaz. Frutos, precisamente, de la fatiga.

Por otro lado, la frase puede ser leída como una cláusula condicional y compromisoria, es decir, si contamos con los dones debe ser por una razón, en consecuencia, es nuestro deber explotarlos fatigosamente hasta alcanzar *resultados*. Ese es el precio a pagar por disfrutar de ellos.

En fin, sea cual sea la perspectiva desde la cual contemplemos al aforismo, las conclusiones resultan alentadoras: del primer punto de vista se desprende válidamente que, en realidad, no existen hombres con dotes extraordinarias, sino personas disciplinadas que trabajan arduamente por conseguir sus metas. Lo hacen con tal ahínco que, al alcanzarlas, parece que no necesitaron emplear mucho esfuerzo para lograrlo... como si hubieran realizado algo tan simple como respirar. Si tan sólo los demás pudiéramos conocer su “secreto”. Al preguntarles por él seguramente escucharíamos una respuesta como esta: “los resultados no dependen tanto del talento como de la energía. Por ello, *esfuérzate*, que las consecuencias llegarán por sí solas”.

Ahora bien, del segundo punto de vista se puede concluir que la fatiga, como el importe a pagar a cambio de gozar de un don, puede traer aparejada un rédito adicional: disfrutar del reconocimiento, o incluso la admira-

¹ Es curioso... la mayor parte de las veces una ambigüedad no provoca fascinación sino desagrado, toda vez que —por definición— una ambigüedad atenta contra esas sensaciones de certidumbre y estabilidad que perseguimos incesantemente y que, al alcanzar, luchamos desesperadamente por salvaguardar.

ción, de todos aquellos que se beneficiaron con los logros obtenidos por el poseedor del don. Al extremo, tal vez, de dejar de ser considerado por ellos, los beneficiados, como un simple hombre, sino como un *personaje*.

En ambos casos, el aforismo describe perfectamente la trayectoria del Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra. Por una parte, nadie puede dudar de sus aportaciones a la labor jurídica. Éxitos tan notables como los que ha alcanzado no pueden ser concebidos sin un condicionante previo y necesario para su materialización. Llámese disciplina, brío o esfuerzo, ese condicionante tuvo que estar presente para que el Doctor Jorge Mario haya logrado no sólo impulsarse, sino mantenerse. ¿A qué costo? Bueno, eso sólo él lo sabe. Pero parece que el sacrificio, si es que lo hubo, ha valido la pena.

Por otra parte, la producción académica del Doctor Jorge Mario le ha permitido influir, positiva y trascendentalmente, en la formación de una gran cantidad de generaciones comprometidas con el estudio del Derecho. Ello le ha traído aparejado un reconocimiento más que merecido, al grado de ser considerado, además de un jurista, un *personaje*. Un personaje cuyo nombre se pronuncia anteponiéndole la distinción de *Profesor Emérito*.

En fin, sea por su esfuerzo o por sus obras, es indudable que el Doctor Jorge Mario cuenta con el don y que nos ha beneficiado a muchos con él. Eso es lo que realmente importa.

Y después de haber determinado qué es lo verdaderamente importante, la ambigüedad del proverbio de Da Vinci parece diluirse. Como si ambas lecturas en realidad se hubiesen tratado de un espejismo producto de un capricho. En efecto: con mayor serenidad se puede apreciar que una y otra interpretación no se excluyen entre sí. Por el contrario. Se complementan. Tan es así que, a través de un ejercicio dialéctico, pueden sintetizarse en una frase muy parecida a lo que en alguna ocasión Joseph Joubert exclamó: "*el genio comienza las grandes obras, pero sólo el trabajo las acaba*".

Nos parece que el Doctor Jorge Mario estará de acuerdo.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Las reflexiones siguientes tienen como propósito, por un lado, mostrar por qué vale la pena considerar a la mediación como una alternativa conveniente y eficaz para administrar un conflicto y, por otro, destacar cuáles son los aspectos fundamentales de los que depende.

2. PREÁMBULO

2.1. DE LOS REFRANES Y OTRAS MÁXIMAS GENERALES DEL DERECHO

Seguramente coincidirán con nosotros: en muy pocas ocasiones nos detenemos a reflexionar acerca de cómo la *sabiduría popular* influye en nuestras decisiones cotidianas.

Pero... ¿qué es la sabiduría popular?

Intentar definirla puede resultar comprometedor. Si acaso, a lo más que podemos aventurarnos es a describirla y, aún así, corremos el riesgo de cometer un desatino. Es posible que se trate de un cúmulo de conocimientos faltos de sistematización, producto de experiencias carentes de rigor científico y con una tesitura predominantemente pragmática.

Hasta aquí nos movemos en un terreno sumamente resbaladizo. No obstante, en lo que nos parece estarán de acuerdo con nosotros es en lo siguiente: la sabiduría popular se caracteriza, en general, por su sensatez, una cualidad que también se encuentra presente en el sentido común de cada individuo.²

Por lo tanto, resulta comprensible que la sabiduría popular se confunda frecuentemente con el sentido común y, en consecuencia, por momentos seamos incapaces de distinguir cuáles de nuestras decisiones emanan genuinamente de un discernimiento propio y cuáles son influencia de la sabiduría colectiva.

Es precisamente esta la razón por la cual en muy pocas veces meditamos acerca de cómo la *sabiduría popular* influye en nuestras decisiones cotidianas: porque la confundimos con nuestro sentido común.

Tomemos como ejemplo a los refranes: esas máximas producto de la sabiduría popular que son una muestra clara, ingeniosa y aguda de la sensatez con que está impregnada el sentir colectivo. Nos parece que, después de leer los párrafos previos, pocos dudarán que en nuestra vida personal nos dejamos conducir, en cierta medida, por ellos. Esto se debe a que los refranes constituyen enunciados prudentes. En tanto gocen de esta cualidad, poco importa que sean resultado de la cordura colectiva o de la personal.

Sin embargo, ¿ocurrirá lo mismo en la práctica profesional, particularmente en el ámbito jurídico? Es decir, ¿podrán influir algunas muestras de sabiduría popular, como son los refranes, en nuestro desempeño como estudiosos y practicantes del Derecho?

Permítanos develar un secreto —aunque, si estudian Derecho, es poco probable que nuestra revelación los sorprenda—: parece que sí, que una buena parte de nuestro comportamiento profesional como abogados se encuentra no sólo influido, sino incluso determinado, por la sabiduría popular, particularmente por los refranes.

¿De verdad es posible que una profesión que ha tardado siglos en perfeccionarse se encuentre sustentada en algo tan, aparentemente, trivial?

Para responder esta interrogante, ¿por qué no revisamos algunos refranes?

- “Al que madruga, Dios le ayuda” (es decir, primero en tiempo, primero en Derecho).

² Aunque en ocasiones parezca que el sentido común es el menos común de los sentidos.

- “Tanto peca el que mata a la vaca como el que le agarra la pata” (¿tendrá esto algo que ver con la figura de la coautoría en materia penal?).
- “Más vale pasar por tonto y quedarse callado que abrir la boca y confirmarlo” (recuerden: nadie puede alegar en juicio su propia estulticia).
- “A la arrogancia en el pedir, la virtud de no dar” (por eso, en lugar de pedir con arrogancia es preferible hacerlo fundada y motivadamente).
- “Cuatro ojos ven mejor que dos” (¿será ésta una de las razones por las que las salas de los tribunales superiores de justicia se integran por más de un magistrado?).
- “De la calle vendrá quien de su casa los echará” (a no ser que se aseguren de celebrar un acto jurídico con quien venga de la calle a fin de transmitirle el uso de la casa y, así, desactivar la posibilidad de que prospere a favor del ocupante una eventual demanda en la que solicite la declaratoria de usucapión).
- “Quien calla, otorga” (por ello, al menos en materia civil, quien omite contestar la demanda se le tiene por confeso. ¡Pero alerta! Esto no opera en materia familiar).
- “Más vale pálida tinta que brillante memoria” (o “papelito habla”. ¿Pues en qué más se puede sustentar el Derecho Probatorio?).

Como pueden apreciar, algunos refranes cuentan con su equivalente respectivo en el lenguaje jurídico. Resulta, sin embargo, que dichos equivalentes constituyen —en su mayoría— algunas de las máximas generales en las que descansa el sistema jurídico nacional. En consecuencia, poco debe sorprendernos que, como abogados, buena parte de nuestras decisiones jurídicas estén determinadas por los refranes: tal vez no de forma directa —debido a que al encontrarnos frente a una encrucijada legal no pensamos en el “refrán” que nos ayudará a resolverla, sino en el “*principio jurídico*” que nos permitirá solucionarla— pero sí de modo indirecto, sobre todo si consideramos que el principio jurídico aplicable al caso respectivo probablemente cuente con su equivalente en el lenguaje coloquial, pero en forma de refrán.

Con el propósito de robustecer esta hipótesis examinemos un refrán adicional:

- “Vale más un mal arreglo que un buen pleito.”

Al igual que en los casos anteriores, esta frase coloquial también cuenta con un símil jurídico, el cual es muy claro y consiste en...

Un momento.

A muchos de nosotros nos han inculcado —no sin cierto aire romántico, por cierto— que la actividad primigenia del abogado consiste, esencialmente, en la *defensa* de los derechos de los demás. Esta situación indudablemente

te supone que el defensor debe contar con una actitud *combati*va. ¿De qué otra manera podría un abogado salvaguardar eficazmente los derechos de alguien sin asumir ese tipo de comportamiento?

Desde esta perspectiva, es válido presumir que entre más combati

vo resulte un abogado, mayores probabilidades ofrece de ganar un pleito jurídico, es decir, un juicio. Por lo tanto, nada impide que un abogado con esta cualidad sea catalogado, en una primera impresión, como “*valioso*”.

En consecuencia, también resulta válido suponer que, entre menos beligerante sea el ánimo de un abogado, menores garantías promete de triunfar en un juicio. A diferencia del caso señalado en el párrafo anterior, este licenciado en Derecho brindaría la apariencia preliminar de tratarse de un abogado “*inadecuado*”.

Dentro de este mismo enfoque, proponer la celebración de un arreglo con la contraparte, en lugar de iniciarle un juicio, puede interpretarse como un signo de debilidad: de temor al combate jurídico. Ahora bien, si fuese un abogado quien sugiriera esta medida, muy probablemente sería considerado por los demás como un profesionista pusilánime, pues su propuesta desentonaría del arquetipo del abogado valioso —es decir, el abogado combati

vo— así como del paradigma de considerar al juicio como la única vía posible para resolver un conflicto.

Parece, por tanto, que en un sistema en el que lo verdaderamente apreciable de un abogado es su actitud combati

va y en el que la única manera concebible de resolver una controversia es a través de un juicio, el refrán “Vale más un mal arreglo que un buen pleito” no puede tener cabida.

¿O sí?

Por sorprendente que parezca, el dilema es complicado. Por ello, será mejor que un experto en mecánica cuántica nos ayude a resolverlo.

2.2. DE CÓMO UTILIZAR UN BARÓMETRO PARA MODIFICAR PARADIGMAS Y TRANSFORMAR ARQUETIPOS

Cuentan que, hace algunos años, existió un joven estudiante de Física a quien sus profesores, con motivo de un examen, le solicitaron calcular la altura de un edificio.

Pero valiéndose de un barómetro.³

El desafío resultaba interesante: ¿cómo podía ser posible calcular la altura de un cuerpo utilizando una herramienta diseñada para medir la presión atmosférica?

Luego de unos momentos de reflexión, el joven alumno respondió que,

³ El barómetro es un “Instrumento que sirve para medir la presión atmosférica”. Cfr. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=barómetro

si se trataba de un día soleado, se podía medir tanto la altura del barómetro como el largo de su sombra. Posteriormente, se debía medir la sombra que proyectaba el edificio. Al conocer estas variables, con una simple regla de tres se podía determinar la altura del inmueble.

Pese a la originalidad de la respuesta, sus maestros le pidieron que encontrara más alternativas para resolver el dilema. Tras algunos minutos en silencio, el alumno expuso, en primer lugar, que era posible subir a la azotea del edificio, dejar caer el barómetro y medir el tiempo que tardaba en llegar al suelo: la mitad de la fuerza de gravedad multiplicada por el cuadrado del tiempo que tardó en aterrizar permitiría determinar la altura del inmueble; en segundo lugar, el joven señaló que también era posible atar una cuerda al barómetro y descenderlo hasta el piso: al sumar la longitud de la cuerda con la altura del barómetro se obtendría como resultado la altura del edificio; en tercer lugar, el alumno sugirió marcar en la pared del oficio, una sobre otra, la altura del barómetro: la suma de cada marca daría como total la altura del inmueble.

Finalmente, el joven estudiante repuso a sus profesores que, si lo que buscaban era encontrar la solución más simple, lo más conveniente era, sin duda, buscar al conserje del edificio y decirle: “mire, si me dice cuánto mide el edificio, le regalo este barómetro”.

Eventualmente, ese joven resultaría galardonado con el Premio Nobel de Física por sus contribuciones para descifrar la estructura del átomo. Se trataba, nada menos, que de Niels Bohr.⁴

De esta anécdota, profundamente reveladora, se pueden desprender algunas reflexiones muy interesantes:

a) Al no dejarse llevar por el desconcierto que seguramente le provocó tener que superar un desafío (medir un edificio) con un instrumento aparentemente inadecuado para ese propósito (el barómetro), Bohr fue capaz de inferir que sus maestros lo obligaban a modificar el enfoque con que tradicionalmente apreciaba ese tipo de obstáculos. Así, el joven físico pudo mostrarnos que cambiar el punto de vista desde el cual se observa un problema puede ser útil en la medida que, a la vez, dicha modificación permite explorar nuevas alternativas de solución. En síntesis, *es posible que exista más de una forma de abordar un problema y, en función de ello, de resolverlo.*

b) Cada una de las soluciones sugeridas por Bohr conducían al resultado esperado, aun y cuando algunas de ellas resultaban poco convencionales, lo que significa que *una solución poco ortodoxa no deja de ser, por ello, una solución eficaz.*

⁴ Este relato se encuentra sumamente difundido en internet. Sin embargo, todavía existen algunas discrepancias sobre si el protagonista de la anécdota en verdad se trata de Niels Bohr o de algún otro científico de renombre. Para mayor referencia, consultar <http://www.cibermitanios.com.ar/2009/10/pensamiento-lateral.html>

c) Si el problema que se le planteó a Bohr hubiese tenido lugar en el mundo fáctico, muy probablemente se hubiera ahorrado el esfuerzo de atar una cuerda al barómetro y bajarlo de la azotea al piso si, desde un principio, se hubiera dirigido al encargado del edificio para ofrecerle el barómetro a cambio de conocer la altura del inmueble. Esto nos permite concluir que, *en ocasiones, la solución que parece más ortodoxa no es, necesariamente, la que más conviene.*

Cada una de las reflexiones apuntadas depende de un condicionante fundamental: la convicción de que vale la pena abordar los problemas desde una perspectiva distinta. Dicho de otro modo, es necesario contar con el valor para aventurarse a cambiar de enfoque, a transfigurar un patrón de conducta, a explorar alternativas distintas a la convencional. En suma, *es preciso atreverse a modificar un paradigma.*

Como el paradigma de que la altura de un edificio sólo puede ser determinada a través de herramientas *ad hoc*... o el paradigma de que los conflictos jurídicos sólo pueden resolverse a través de un juicio.

En este sentido, la modificación de un paradigma también puede provocar un efecto adicional: la transformación de un arquetipo.

Como el arquetipo de que un barómetro sólo es útil para medir la presión atmosférica... o el arquetipo de que sólo es valioso un abogado combativo.

En función de lo anterior, conviene retomar la pregunta formulada en párrafos anteriores: en un sistema jurídico en el que parece que lo verdaderamente apreciable de un abogado es su actitud combativa y que la única manera concebible de resolver una controversia es a través de un juicio, ¿puede tener cabida el refrán "Vale más un mal arreglo que un buen pleito"?

Desde un enfoque estrictamente ortodoxo insistimos: parecería que no. Sin embargo, ¿por qué no aventurarnos, al igual que lo hizo Bohr, a tratar de abordar una perspectiva distinta?

Asumamos, por un instante, que una controversia no puede ser resuelta a través de un juicio, sea porque su resolución puede tomar mucho tiempo, porque inevitablemente uno de los involucrados tendrá el papel de "perdedor" y el otro de "ganador", o simplemente porque las partes no confían en el sistema judicial ¿Con qué otras alternativas se cuenta para abordar el conflicto?

Desde luego, de las opciones que surjan deben descartarse aquellas que no resulten eficaces, sea porque en lugar de remediar la disputa simplemente la soslayan (por ejemplo, suponer que sólo por el transcurso del tiempo la contraparte se desgastará y terminará por ceder), o porque la puedan agravar (verbigracia: usar la fuerza para privar a la contraparte del bien disputado, o impedirle al otro cónyuge convivir con su hijo).

Una vez que el universo de alternativas se ha reducido, se elige la que

más convenga. En este sentido, tal vez las opciones sean las siguientes: 1) permitir que un tercero —que goce de la confianza de los involucrados— valore el problema y determine objetivamente a quién le asiste la razón; 2) facultar a dicho tercero a proponer una serie de soluciones concretas o, 3) autorizar a una persona ajena al conflicto a que construya los canales de comunicación adecuados entre las partes, a fin de que sean éstas quienes, *de común acuerdo*, construyan una solución. Es posible que esta alternativa suene más conveniente que las dos primeras, toda vez que otorga a los involucrados ciertas bondades, particularmente la posibilidad de ser ellos quienes modulen —otorgándose concesiones mutuas— los alcances del *acuerdo* que eventualmente confeccionen. En consecuencia, ninguno de ellos tendría el carácter de “ganador” o de “perdedor”. Incluso, desde este punto de vista, no sólo resultarían beneficiadas las partes en controversia, también el propio aparato judicial, pues sus cargas de trabajo disminuirían.

Por estas razones, y pese a no constituir una vía ortodoxa para resolver un conflicto, parece que el refrán “Vale más un mal arreglo que un buen pleito” sí merece tener cabida en el sistema jurídico.

Y de hecho, la tiene. Nada menos que a nivel constitucional.

En el artículo 17, tercer párrafo, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* se lee lo siguiente:

ART. 17.—[...]

Las leyes preverán *mecanismos alternativos* de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Resulta alentador que el Congreso de la Unión se haya atrevido a tratar de modificar un paradigma al establecer en la *Constitución Política* la posibilidad de que las leyes prevean alternativas distintas a un juicio para resolver conflictos. La pregunta inevitable es la siguiente: ¿cuáles son los mecanismos alternativos que permiten resolver controversias?

Uno de ellos consiste precisamente en la intervención de un tercero que se encargue de facilitar o propiciar la comunicación entre las partes en conflicto, a fin de que éstas construyan el acuerdo o “arreglo” del que precisamente trata el refrán. Este mecanismo se denomina *mediación*.

3. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN?

Desde una perspectiva estrictamente gramatical, el verbo *mediar* cuenta con varios sentidos:

- 1) Llegar a la *mitad* de algo. 2) *Interceder* o rogar *por* alguien. 3) *Interponerse* entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. 4) Dicho de una cosa: Existir o *estar en medio* de otras. 5) Dicho de una cosa:

Ocurrir *entre dos momentos*. 6) Dicho del tiempo: Pasar, transcurrir. 7) Tomar un *termino medio entre dos extremos*.⁵

Salvo el significado número 5, el resto de las acepciones tiene un denominador común: la noción de que algo se encuentra ubicado entre dos extremos, es decir, la idea de *interposición*.

Esto es lo que ocurre precisamente en la mediación: un tercero ajeno a un conflicto se *interpone* entre los involucrados.

Sin embargo, el involucramiento de un tercero ajeno a la disputa también tiene lugar en otro tipo de mecanismos para resolver controversias: en un juicio, por ejemplo, un tercero —el juez— se interpone entre los litigantes para determinar a quién le asiste la razón. En el arbitraje, el árbitro hace lo propio respecto de las partes en conflicto. En la conciliación, es el conciliador quien se encarga de avenir a los involucrados.

Entonces, ¿qué distingue a la mediación de otros medios para resolver controversias?

Más allá de las diferencias de carácter formal que se puedan enumerar (mismas que, en ocasiones, no tienen entre sí una frontera visiblemente definida sino enfadosamente porosa), entre los estudiosos de estos temas existe cierto consenso en el sentido de que lo que distingue a la mediación de otros mecanismos para resolver controversias es, por un lado, el tipo de participación del mediador y, por otro, la actuación que desempeñan las partes en conflicto.

En efecto: mientras que el juez y el árbitro son quienes *determinan* la solución a una controversia y el conciliador *propone* alternativas para resolverla, el mediador ni determina la solución al conflicto así como tampoco sugiere opciones para hacerlo: su participación se ciñe exclusivamente a *construir* los canales de comunicación adecuados entre las partes para facilitar su entendimiento recíproco.⁶

Ahora bien, la actuación de las partes en un juicio y en el arbitraje tiene como propósito *demostrarle* a un tercero que les asiste la razón. En la conciliación, la actuación de los involucrados se circunscribe, sobre todo, a *optar* por alguna de las alternativas de solución que proponga el conciliador. En

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=mediar

⁶ Cfr. SUÁREZ, Marínés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Argentina, 2008, p. 232: "Si después de escuchar la historia alternativa cada parte ha traído sólo una opción nueva, que puede volver a polarizarlos, antes de comenzar a analizar los pros y los contras de estas opciones puede resultar conveniente preguntarles si no se les ocurre alguna otra opción, aunque les parezca disparatada, no para que la sigan sino para que permita pensar las cosas desde diferentes lugares. El tener tres opciones previene volver a situaciones de polarización. Pero esta tercera opción no debe ser aportada por el mediador, sino que su función es conducir a las partes para que ellas la generen".

contraste, en la mediación las partes en conflicto son quienes se encargan, *directamente*, de diseñar un acuerdo que les beneficie a ambas.

Como podrán apreciar, las partes en conflicto desempeñan un papel protagónico en la mediación, mientras que el mediador sólo se encarga de facilitar la comunicación entre ellas.⁷

Lo anterior no significa que la actuación del mediador sea menos trascendente que la que pueda tener un juez o un árbitro. Es un hecho que la actividad primigenia tanto de un juez como de un árbitro consiste en resolver controversias. Por ello, el desempeño de ambos —aunque el de un juez en mayor medida— depende primordialmente de contar con conocimientos técnicos en materia jurídica. En contraste, *un mediador debe ser capaz de superar la resistencia que muestre cualquiera de las partes a dialogar constructivamente con el contrario*. Desde esta perspectiva, la mediación implica un desafío distinto al que no se enfrentan, al menos en principio, ni un juez ni un árbitro, razón por la cual los conocimientos técnicos en materia de comunicación y psicología resultan, en la mediación, indispensables; mientras que para efectos de mediar, los conocimientos jurídicos —sin dejar de ser útiles— muy probablemente sólo tengan un valor complementario.⁸

En este orden de ideas, ¿qué debe hacer el mediador en concreto para lograr que las partes entablen un diálogo constructivo entre ellas?

4. EL DILEMA DE LOS PRISIONEROS

Dos delincuentes han sido capturados y se encuentran en espera de ser procesados por los delitos que han cometido. Sin embargo, el ministerio público sólo tiene las pruebas necesarias para solicitar el inicio de un juicio

⁷ Seguramente se preguntarán cuál es el motivo por el que el mediador no puede sugerir a los involucrados alguna propuesta concreta de avenimiento. Después de todo, si su sugerencia fuese aceptada, las partes pondrían fin oportuno a su confrontación y ya no tendrían que continuar viéndose mutuamente en una serie de reuniones que podrían adquirir un matiz sumamente tortuoso. En este sentido, de lo leído hasta ahora seguramente alcanzan a inferir que, para lograr resultados eficaces, el mediador debe actuar con *objetividad*, la cual a su vez depende de la *confianza* que las partes depositen en él. Pues bien, en el momento en el que el mediador proponga una solución, se corre el riesgo de que ésta pueda ser de la simpatía de uno de los involucrados pero no del otro. Si esto ocurriera, la parte que no simpatiza con la propuesta posiblemente pensará que el mediador se ha alineado con su oponente, por lo que la confianza depositada en el mediador se diluiría. En consecuencia, la objetividad del mediador quedaría comprometida y, con ello, el procedimiento muy probablemente quede destinado al fracaso.

⁸ Desde este punto de vista llama la atención que en la *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal*, se establezca lo siguiente: "ART. 18. —Para ser mediador se deberá cumplir los siguientes requisitos: A) Para ser mediador público adscrito al Centro: [...] II. Contar con título y cédula profesionales de *Licenciatura en Derecho*, así como tres años de experiencia profesional mínima demostrable, en cualquiera de las materia competencia del centro, a partir de la fecha de expedición del título".

respecto de un delito menor, no del más grave. Ante esta situación, el ministerio público se acerca a uno de los prisioneros y le plantea lo siguiente:

Sabemos que eres responsable de un delito muy grave, por el cual, te podrían condenar a 20 años de prisión. Sin embargo, las pruebas con las que contamos sólo acreditan tu participación en otro delito, de carácter menor, por el que te podrían privar de la libertad sólo por 5 años como máximo.

Como nos caes bien, te vamos a hacer un favor: coopera con nosotros y delata a tu cómplice. Hazlo responsable del delito más grave. Si lo haces y él permanece en silencio, él cargará con toda la responsabilidad, será condenado a 20 años y tú saldrás libre. Sin embargo, has de saber que en este momento le estamos ofreciendo a tu cómplice el mismo trato. Por ende, si tú te quedas callado y él te delata, será él quien salga libre y tú cargarás con los 20 años de prisión. Ahora bien, si los dos permanecen callados, entonces sólo podremos procesarlos por el delito menor y a cada uno le aplicaremos la pena de 5 años. Evidentemente, si cada uno delata al otro, a ambos se les condenará a 20 años de prisión.

Las alternativas con las que cuenta el prisionero, y sus respectivas consecuencias, son las siguientes:

Prisionero	Cómplice	Consecuencias
Delata al cómplice.	Permanece callado.	▪ El prisionero es liberado. ▪ El cómplice es condenado a 20 años.
Permanece callado.	Delata al prisionero.	▪ El prisionero es condenado a 20 años. ▪ El cómplice es liberado.
Delata al cómplice.	Delata al prisionero.	▪ Ambos son condenados a 20 años.
Permanece callado.	Permanece callado.	▪ Ambos son condenados a 5 años.

El *mejor resultado posible que podría alcanzar el prisionero* sería conseguir su libertad. Para lograrlo tendría que delatar a su cómplice. Pero también haría falta que el cómplice permaneciera callado. Dicho de otro modo, la consecución del mejor resultado posible para el prisionero —la obtención de la libertad— depende no sólo de lo que elija él, *también está en función de lo que haga el cómplice*.

Si tomamos en cuenta que en ese mismo momento la autoridad le está ofreciendo al cómplice un trato idéntico, lo más seguro es que éste se encuentre tentado a delatar al prisionero, *quien también tendría que quedarse callado para que el cómplice consiguiera su libertad. Así, la obtención del mejor resultado posible para el cómplice depende, igualmente, de lo que haga el prisionero*.

Como ambos están tentados a adquirir su libertad, es factible que se delaten mutuamente, con lo cual alcanzarían el *peor resultado posible para los dos*, pues ambos serían condenados a 20 años de prisión.

Ahora bien, de nada le serviría al prisionero quedarse callado pues, ante el aliciente de adquirir la libertad, el cómplice podría delatarlo. De

ocurrir esto, el prisionero alcanzaría el peor resultado individual: permanecer 20 años en prisión mientras que el cómplice queda libre. El mismo dilema se presenta a la inversa, es decir, si cómplice decide quedarse callado y el prisionero opta por delatarlo el cómplice irá 20 años a la cárcel y el prisionero quedará libre.

Como pueden apreciar, la idea de obtener el mejor resultado individual resulta sumamente atractiva. Sin embargo, por las razones anotadas en párrafos previos, es la meta menos probable de conseguir. Tan es así que intentar alcanzarla constituiría una apuesta muy arriesgada debido a que ambos, prisionero y cómplice, por desconocer cómo procederá el otro, corren el riesgo de pasar 20 años en prisión en caso de tomar la decisión equivocada.

Ante la improbabilidad de que cada uno obtenga el mejor resultado individual, por un lado, y frente a la probabilidad de que ambos consigan el peor resultado para ambos, por otro, parece que lo más razonable que pueden hacer tanto el prisionero como el cómplice es optar por la alternativa que, sin ser la que más les beneficia en lo individual, es la que menos les perjudica en lo colectivo: el *mejor resultado común*, es decir, que ambos acudan a prisión tan sólo 5 años.

Si esto ocurriera, ninguno obtendría el mejor resultado individual (la libertad) pero tampoco nadie padecería el peor resultado individual (quedarse en prisión 20 años mientras el otro sale libre) así como tampoco el peor resultado común (quedarse ambos encerrados durante 20 años).⁹

Para lograrlo, lo único que tienen que hacer tanto el prisionero como el cómplice es dejar de pensar *egoístamente* (lo cual, como ya se mostró, muy probablemente les perjudicaría a ambos) y comenzar a pensar *colaborativamente*, de tal modo que puedan alcanzar el mejor resultado, no individual, sino colectivo. Un resultado en el que ambos terminen favorecidos. Y ante la altísima probabilidad de que ambos, o cualquiera de ellos, termine en prisión 20 años, lo mejor es que, ambos, sólo sean encerrados durante 5 años.¹⁰

En suma, para escapar de la mejor manera posible del dilema en el que los ha colocado el ministerio público, lo más racional que pueden hacer el prisionero y el cómplice es colaborar entre sí quedándose callados.

⁹ Cfr. DIXIT, Avinash K., NALEBUFF, Barry J., *Pensar estratégicamente. Un arma decisiva en los negocios, la política y la vida diaria*, trad. por Ana Varela y Alicia Valls, Antoni Bosch, editor, España, 1991, p. 103: "Esta difícil situación se llama dilema de los presos. Su rasgo más sobresaliente es que ambos lados siguen su estrategia dominante y, por tanto, maximizan sus ganancias y, sin embargo, el resultado es conjuntamente peor que si ambos siguiesen la estrategia de minimizar sus ganancias". (Nota del autor: la palabra "ganancias" puede ser entendida como "aspiraciones").

¹⁰ Para consultar este ejemplo y conocer algunas implicaciones adicionales del dilema del prisionero, se puede consultar <http://www.boulesis.com/boule/posibles-soluciones-al-dilema-del-prisionero/>

Sin embargo, ustedes seguramente se preguntarán si esta alternativa en verdad tiene posibilidades de configurarse si partimos del hecho de que, para ponerse de acuerdo en colaborar, el prisionero y el cómplice tendrían que estar comunicados entre sí, lo cual no ocurre pues se encuentran en celdas separadas. Al menos tuvieron que haberse puesto de acuerdo antes de ser capturados, lo que luce poco probable pues seguramente ninguno de ellos anticipaba que serían capturados y mucho menos que se les ofrecería una propuesta de este tipo.

En efecto. Seguramente el prisionero y el cómplice lamentan profundamente no tener la oportunidad de comunicarse entre sí para ponerse de acuerdo y colaborar.

En la mediación, las partes en conflicto son como el prisionero y el cómplice: si cada uno aspira a obtener el mejor resultado individual posible, es decir, imponer llanamente sus intereses a los del otro, deberán esperar a que el contrario permanezca inmóvil, impávido, callado y sin ánimo de defenderse, lo cual es, francamente, quimérico. Ante el incentivo individual de lograr que prevalezcan enteramente sus propósitos, lo más probable es que ambos asuman una actitud combativa, con lo que obtendrían el peor resultado posible para ambos: ninguno conseguiría sus intenciones, el problema se estancaría e incluso, se podría agravar.

Al igual que en el dilema del prisionero, la alternativa más razonable con la que cuentan las partes en conflicto es la que les brinde mejores resultados colectivamente.

¿Cuál es dicha opción? Así como el prisionero y el cómplice tuvieron que ceder en pasar 5 años juntos en prisión, en la mediación las partes tienen que hacerse concesiones recíprocas:¹¹ soportar conjuntamente ciertos gravámenes a cambio de conseguir determinados beneficios.¹² Al comprometerse y favorecerse mutuamente, ambas lograrán el mejor resultado colectivo: aliviar el conflicto mediante un acuerdo que, al ser construido por ellas mediante ciertos sacrificios, y no impuesto, guarda muchas probabilidades de ser eficaz.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el dilema de los prisioneros —quienes se encuentran en celdas separadas— los involucrados en la mediación sí cuentan con la ocasión de estar frente a frente para dialogar y, en

¹¹ Como pueden apreciar, la mediación no es un procedimiento simple: no sólo implica la habilidad por parte del mediador para crear canales de comunicación efectivos entre las partes, puede exigir también cierta pericia de ellas para saber en qué ceder y en qué no, es decir, puede requerir de habilidad negociadora.

¹² El acuerdo que celebren las partes se denominaría jurídicamente, como de seguro ya intuyeron, convenio de transacción. En el Código Civil para el Distrito Federal se establece lo siguiente: "ART. 2944.—La transacción es un contrato (*sic*) por el cual las partes, *haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente (sic) o previenen otra futura (sic)*".

su caso, colaborar, por lo que tienen la oportunidad real de conseguir el mejor resultado colectivo.

Al final del día, de ello depende la mediación: de la *comunicación*. ¿Qué debe hacer el mediador en concreto para lograr que las partes entablen un diálogo constructivo entre ellas? Sensibilizarlas para que se den cuenta cuán conveniente es que *colaboren* entre sí: que aun y cuando sean prisioneras, ellas pueden fabricar la llave que les abra la celda.

5. REFLEXIONES FINALES

Pese a lo señalado hasta el momento, la mediación no es una panacea. Resultaría sumamente pretencioso, y hasta ingenuo, suponer que a través de ella se pueden atemperar todo tipo de inconvenientes o resolver las diferencias de fondo que existan entre las partes. Sin embargo, lo que sí se puede hacer a través de la mediación es contribuir a administrar las desavenencias inteligentemente.

En este sentido, parece que con la mediación se confirma la utilidad del viejo dicho “vale más un mal arreglo que un buen pleito”.

Sin embargo, esta confirmación es aparente ya que con la mediación no se arriba a un mal arreglo. Al contrario: las razones expuestas en este trabajo muestran que el acuerdo que se construye gracias a la mediación tiende a ser el que beneficia por igual a los involucrados, debido a que es producto de un procedimiento multidisciplinario y a que se encuentra sustentado en la comunicación y en la colaboración.

Por lo tanto, resultaría muy simplista —e incluso fruto del desconocimiento— calificar de “*malo*” al convenio que surge de la mediación.

En consecuencia, lo que hace falta es crear un nuevo refrán que describa jurídica y objetivamente la esencia de la mediación, así como su utilidad.

Si Bohr pudo medir la altura de un edificio con un barómetro, ¿cómo harían ustedes para formular ese refrán?

6. BIBLIOGRAFÍA

- DIXIT, Avinash K., NALEBUFF, Barry J., *Pensar estratégicamente. Un arma decisiva en los negocios, la política y la vida diaria*, trad. por Ana Varela y Alicia Valls, Antoni Bosch, editor, España, 1991.
- SUÁREZ, Marínés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Argentina, 2008.

DICCIONARIOS

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, <http://buscon.rae.es/dael/>

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

OTRAS FUENTES

<http://www.boulesis.com/boule/posibles-soluciones-al-dilema-del-prisionero/>

<http://www.cibermitanios.com.ar/2009/10/pensamiento-lateral.html>