

¿Litigar o mediar? Una descripción de la mediación como instrumento de búsqueda de la justicia en la época antigua y moderna¹

LUIS CARGUA RÍOS²

RESUMEN

Resaltando la visión de Platón y Aristóteles sobre la justicia y algunos de los enfoques modernos sobre el contenido de los problemas de búsqueda de lo justo, este artículo pretende conducir al lector a reflexionar sobre la disyuntiva de litigar o mediar frente a un problema, en el entendido final de que valorando la noción del equilibrio de Nash siempre habría un conjunto de estrategias que incentiva a las partes a no abandonar las negociaciones en una controversia.

Palabras clave: Justicia; Mediación; Estrategia; Confesión; Óptimo de Pareto; Equilibrio de Nash.

1 Ponencia presentada en el marco de la I Feria Nacional de Análisis Económico del Derecho, Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2014. Esta versión está actualizada y adaptada al formato de la revista. Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2014. Fecha de modificación: 12 de diciembre de 2014. Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2014.

Para citar el artículo: Cargua, L. (2014). "¿Litigar o mediar? Una descripción de la mediación como instrumento de búsqueda de la justicia en la época antigua y moderna, en *Revista Con-texto*, n.º 42, pp. 69-75. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01236458.n42.06>

2 Abogado de la Universidad Central de Quito. Miembro del Colegio de Abogados de Chimborazo-Ecuador. Correo-e: luiscargua@hotmail.com.

LITIGATE OR MEDIATE? A BRIEF DESCRIPTION OF HOW MEDIATION WORKS AS AN INSTRUMENT THAT SEARCHES FOR JUSTICE IN MODERN AND PAST TIMES

ABSTRACT

After reviewing the vision that Plato and Aristotle had on justice and some of the modern views on the search of what's just and fair, this paper intends to have its readers to ponder and think about the alternative between litigation and mediation when faced with a controversy. The paper pretends to prove that with Nash equilibrium there will always be a strategy that works as an incentive for the parties to not abandon the negotiations in a controversy.

Keywords: Justice; Mediation; Strategy; Confession; Pareto efficiency; Nash Equilibrium.

La reflexión sobre lo justo apareció desde el inicio de las sociedades humanas y en el contexto de los acuerdos, relaciones y transacciones alrededor de los actos humanos, siempre en comparación con lo injusto.

Tanto es así que PLATÓN (427-348 AC) empieza los diálogos de su *República* mencionando no la justicia sino la injusticia, preguntándose cuál de ellas es más poderosa y más fuerte. PLATÓN enfoca la justicia como una indagación, no tratando de definirla solo con base en conceptos absolutos de la verdad, sino buscándola en la realidad de si un acto específico es más bien justo o injusto en sus circunstancias concretas, pues dice que la justicia pequeña o grande se encuentra en un hombre y en la sociedad de hombres, cuyas necesidades conforman la base del Estado y en cuyo seno nacen tanto la justicia como la injusticia.

Quizá con ello trataba de hacer aterrizar al mundo de los dioses griegos, que había idealizado, aun para la justicia, la diosa Temis, encargada de convocar a los otros dioses para sus deliberaciones y de apaciguarlos en sus querellas; aterrizaje que luego necesita retornar a los dioses para una comprensión trascendente de la justicia, pues si por un lado Platón afirma que en la tierra la justicia no es más que la utilidad de quien tiene la autoridad en sus manos y consiste en lo que es más ventajoso para el más fuerte, por otro lado se pregunta: ante los dioses, ¿lo justo será su amigo y lo injusto será su enemigo? En otras palabras, lo que se considera justo en la tierra, ¿lo será también para los dioses?

Considera PLATÓN que no sabiéndose lo que es la justicia, su indagación –que implica desentrañar cuál es su función y su virtud– no debe ser confrontacional entre quienes la buscan; más bien, hay que tratarla amistosamente hasta convenir al menos en lo que les parezca verdadero o falso. Lo confrontacional necesitaría de jueces para pronunciar el fallo, mientras que el trato amistoso convertiría, a quienes la buscan, en jueces y abogados al mismo tiempo; por lo tanto, sería una justicia útil en la paz y en la guerra.

Dice ARISTÓTELES (384-322 AC) que la palabra griega para justicia es casi idéntica a la que significa división igual en dos partes, de ahí que juez y quien divide una cosa en dos sean palabras iguales. Por eso, cuando hay contienda, se busca el amparo del juez:

ir al juez es ir a la justicia viva y personificada que ocupa el medio entre las partes y que a la vez es mediador, es quien iguala las cosas. Tal noción aristotélica de igualdad estará presente en todas sus especies de justicia: ya como lo medio para lo desigual en la justicia distributiva de los honores, de la fortuna y de las demás ventajas sociales, o como lo medio entre el más y el menos de sufrimiento del uno o del provecho del otro, en la justicia represiva de los delitos o en la justicia reparadora de los daños en las relaciones civiles o contractuales, en la que considera se debe graduar ese daño.

Según ARISTÓTELES, para un buen estudio de la justicia e injusticia se precisa considerar a qué acciones se aplica, qué especie de medio es la justicia, y cuáles son los extremos entre los cuales lo justo es un medio laudable. Si bien la justicia no es medible y no puede ser estrictamente recíproca –pues considera que la ley del talión no puede ser regla de la justicia–, sí implica reciprocidad proporcional, y siendo la justicia la cualidad moral que obliga a los hombres a practicar cosas justas, la proporción es la que otorga igualdad en sus relaciones, las que solo son posibles no entre agentes semejantes sino diferentes.

Por otra parte, en la época moderna, las teorías de la justicia se han ido caracterizando por otorgar rigurosidad técnica para aproximarse a una solución justa en las controversias entre individuos y, lo más importante, por enfocar desde un punto de vista estructural y sistémico la justicia de una sociedad y de sus instituciones en su conjunto. Me referiré a la primera caracterización.

En la filosofía utilitarista, caracterizada por una visión pragmática de los fenómenos sociales, la justicia tuvo un importante escenario, asociado al surgimiento de la ciencia económica moderna. No en vano, DAVID HUME (Escocia, 1711-1776), filósofo de la justicia, destaca su amistad ejemplar con ADAM SMITH (Escocia 1723-1790), precursor moderno de la economía, en tanto que JEREMY BENTHAM (Inglaterra, 1748-1832), máxima figura del utilitarismo, inició su filosofía criticando el sistema legal y judicial de su época.

HUME concibe la justicia como una ganancia mutua por sobre una línea de base de desacuerdo; con ello, implícitamente plantea dos estadios en el camino de la justicia: primero, ponerse de acuerdo en lo que se está en desacuerdo, y luego caminar hacia el acuerdo que implicaría ventaja mutua. Considera que la justicia es una virtud, aunque artificial, por ser útil, y su utilidad radica en que todos respetemos las convenciones que no son sino las limitaciones que garantizan la utilidad general, en el entendido de que un régimen de restricciones mutuas es más ventajoso individual y socialmente que un régimen de libertades absolutas en que solo imperaría el más fuerte; la justicia, por lo tanto, se basa en el autointerés. Tres son las circunstancias o condiciones en las que según HUME, puede surgir la justicia, sin las cuales esta sería inútil, innecesaria e inexistente: 1) la escasez moderada de bienes y recursos, pues si estos fuesen libres e ilimitados para satisfacer todos los anhelos de los hombres, el concepto mismo de justicia no tendría ninguna aplicación; es decir que el tema central de la justicia es la distribución de las cosas de las que tenemos una provisión limitada, que puede generar conflicto; 2) el egoísmo moderado, es decir que la justicia surge solo si los extremos de egoísmo o de generosidad están ausentes, pues si los hombres persiguieran el interés público por naturaleza y de corazón, nunca se les habría pasado por la mente el imponerse res-

tricciones mutuas mediante estas reglas de la justicia, que básicamente son las reglas del derecho de propiedad, y si los hombres persiguieran su propio interés sin ninguna precaución, habrían caído de cabeza en todo tipo de injusticias y violencia, y la justicia sería imposible bajo las condiciones del egoísmo universal; 3) la condición de igualdad en las relaciones o negociaciones mutuas, pues a mayor igualdad en el poder de las partes aparece un incentivo para llegar a reglas de justicia entre ellas, mientras que una extrema desigualdad en el poder tornaría a la justicia en innecesaria, pues alguien con infinito poder no tendría necesidad de celebrar convenios, porque nada ganaría con ellos, ya que podría obtener cualquier cosa que quisiera sin tener que dar nada a cambio; es una condición de ventaja mutua.

Así, las nociones de poder en la negociación y de la división justa de algo se fueron convirtiendo en los problemas concretos de la justicia y hacia su solución se iban aplicando las técnicas que la modernidad ofrecía, especialmente desde la ciencia económica, por lo que conviene hacer una breve referencia a algunos economistas.

Correspondió a AUGUSTIN COURNOT (Francia, 1801-1877), precursor matemático de la economía, diseñar un modelo para que una empresa pueda lograr la producción que le dé el máximo beneficio frente a su competidora, en una disputa en mercado oligopólico (FISCHER-DORNBUSH, 1985). Si bien su aporte lo fue estrictamente en la economía empresarial, fue antesala para el concepto de lo óptimo en la economía de una sociedad.

Años después, VILFREDO PARETO (Italia, 1848-1923) introdujo la importante noción de lo óptimo para el conjunto de una economía. Todos los agentes económicos buscan utilidad, que van logrando en distintas magnitudes, pero cuando se llega a una situación o frontera tal que nadie puede mejorar sin desmejorar a otro, es decir que si la utilidad adicional de uno empieza a significar que el otro deja de tener o pierde utilidad, solo hasta esa situación se puede decir que hay un beneficio conjunto, más allá del cual ya no habría un beneficio adicional para la economía en general ni, consiguientemente, para la sociedad; ese es el criterio del óptimo de Pareto.

Con tales antecedentes y con el desarrollo matemático de la teoría de juegos, en 1950, con la formulación del llamado equilibrio de JOHN FORBES NASH (EE. UU., 1928), se marca un nuevo rumbo técnico en la búsqueda de soluciones óptimas, aun en situaciones de no cooperación derivadas de la disparidad en el poder de negociación. En otras palabras, Nash intenta captar formalmente la noción de poder de negociación desigual, y demuestra que en cualquier situación hay por lo menos un conjunto de estrategias que maximizan la utilidad para ambas partes. Es decir, que se está en un *equilibrio de Nash* cuando, dado un conjunto de estrategias de los negociadores, ninguna de las partes se ve incentivada a cambiar unilateralmente de estrategia, debido a que nada ganaría con ello, siendo entonces una situación óptima (en el sentido de Pareto) para solucionar una negociación e incluso superar los efectos de la amenaza de retirarse de la mesa de negociaciones que pretendiera alguien que se considerara con mayor poder en la negociación. La solución de NASH lo es en la medida en que las partes prefieren no arriesgarse hacia un desacuerdo, pensando equivocadamente que podrían esperar más de lo que tal solución les ofrece.

Las aplicaciones del equilibrio de Nash (Khan Academy) han sido para las más variadas situaciones, incluso para el ámbito de las ventajas penitenciarias en lo que ya se conocía como el dilema del prisionero. Veamos un caso hipotético: dos individuos son sorprendidos portando ilícitamente armas –delito castigado con 2 años de prisión–, son detenidos y encarcelados en celdas separadas e incomunicados, por lo tanto, el uno no sabe lo que declara el otro, aunque lo podría suponer. El Fiscal sospecha que los mismos son los que meses atrás asaltaron un banco –delito castigado con 10 años de prisión–, pero no tiene pruebas de ello y ambos se niegan a cooperar con él, quien, para inducirlos a que confiesen del asalto bancario, les plantea por separado a cada uno lo siguiente: de hecho, por el porte de armas, ya tienes 2 años de prisión; respecto al asalto bancario, si tú confiesas, aunque el otro no confiese, recibirás solamente 1 año de prisión y el otro recibirá los 10 años; pero te advierto que si tú no confiesas y el otro sí, recibirás los 10 años de prisión y el otro solamente 1 año de prisión. Si ambos confiesan del asalto bancario, recibirán solamente 1 año, por haber confesado, lo cual sumado a los ya 2 años por la tenencia de armas, recibirán 3 años de prisión en total cada uno.

El cuadro I indica las estrategias o alternativas de cada detenido: ya sea confesando o no confesando, es decir cooperando o no con el Fiscal:

CUADRO I		PRESO Y	
		Confiesa	No confiesa
PRESO X	Confiesa	3 / *	1 / 10
	No confiesa	10 / 1	2 / 2

CUADRO II		PRESO Y	
		Confiesa	No confiesa
PRESO X	Confiesa	3 / 3	1 / 4
	No confiesa	4 / 1	2 / 2

En el cuadro I, los números o resultados bajo o sobre las diagonales indican los años de cárcel del preso X y del preso Y respectivamente, según la estrategia que haya elegido cada uno.

Por ejemplo, los resultados 2\2 significan que si el preso X y el preso Y resultan leales entre sí, es decir, no confiesan del asalto al banco, el Fiscal no tendría pruebas de esto y por lo tanto cada uno tendría una pena solo de 2 años por la tenencia de armas. Los resultados 3\3 significan que si el preso X delata al otro del asalto al banco, es decir confiesa, la pena sería la prometida por el Fiscal de 3 años, que resulta de sumar 1 año por haber confesado el asalto y los 2 que ya lo tenían seguro por la tenencia de armas; resultado igual si el preso Y delata al otro.

Dado que cada preso prefiere no estar detenido o estarlo el mínimo tiempo posible, conviene visualizar su orden de preferencia respecto a los años de prisión de cada posición, lo cual se expresa en el cuadro II.

En el cuadro II, obsérvese que los números "1, 2, 3, 4" bajo las diagonales, que son los del preso X, representan su orden de preferencia correspondiente a los años respectivos del cuadro I; y los números "1, 2, 3, 4" sobre las diagonales, que son los del preso Y, representan su orden de preferencia correspondiente a los años respectivos del cuadro I.

Ya que el uno no conoce la decisión del otro, considera que lo más seguro es confesar; aunque se observa que si ambos confiesan, el resultado para ambos es peor que si ambos hubiesen elegido no confesar.

Lo anterior demuestra que aun en asuntos no cooperativos como son los penitenciarios puede llegarse a una coincidencia de estrategias, es decir, a un equilibrio de Nash (el señalado con asterisco) aunque esta posición no es la óptima para ambos, pues más les hubiese convenido ser leales, es decir no confesar. Cuando ambos han elegido confesar, están en el equilibrio de NASH, pues a X no le conviene cambiar de estrategia de confesar a no confesar pues su pena pasaría de 3 a 10 años; igualmente a Y no le conviene cambiar de estrategia de confesar a no confesar pues su pena pasaría también de 3 a 10 años. La posición 2\2 aunque hubiese sido lo mejor para ambos, no representa un equilibrio de NASH pues desde esta posición a X le conviene cambiar de estrategia de no confesar a confesar pues su pena pasaría de 2 a 1 año de prisión; a Y también le conviene cambiar de estrategia de no confesar a confesar pues su pena pasaría de 2 a 1 año de prisión; es decir, desde esta posición 2\2 ambos están tentados a cambiar de estrategias, por lo tanto es una posición inestable, en tanto que la posición 3\3 desde la cual a ninguno le conviene cambiar de estrategia, es lo estable y definitivo para ambos, que es lo que caracteriza el equilibrio de NASH.

En la práctica, se puede evidenciar que en los más variados casos y ámbitos de negociaciones, por más conflictivas o no cooperativas que fuesen las contractuales, reparatorias o de toma de decisiones en general, si los negociadores lograsen visualizar que a pesar de la conflictividad siempre habrá un conjunto de estrategias que equilibra las utilidades o expectativas de las partes alrededor de las cuales pueden coincidir y que siempre hay una posición o una situación óptima para ambas partes, tales negociadores estarían más incentivados para continuar una negociación, y así disminuirían las actas

de imposibilidad de acuerdo en los centros de mediación, al menos en los casos en que no estén involucradas entidades estatales para quienes la transigibilidad tiene ciertas restricciones legales.

Por otro lado, si el "derecho puro" se hubiese abierto a visualizar lo útil de estas técnicas, HANS KELSEN (Austria, 1881-1973), en su discurso sobre *¿Qué es la Justicia?* (1995), quizá se habría decidido a desentrañar lo que llamó la justicia relativa, aunque respecto a lo que llamó la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar, dijo que no se puede afirmar qué es.

Para un artículo posterior, queda por transcribir algo sobre las teorías de la justicia social, en las que sin duda sobresale el filósofo JOHN RAWLS (EE.UU., 1921-2002), quien para su teoría de la justicia, en una visión estructural de la sociedad, retomó de Hume la idea de los dos estadios en el camino hacia la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómano*, Libro Quinto. Lima: Editorial Universo.
- BARRY, BRIAN (1995). *Teorías de la Justicia*, Parte II. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas. "Teoría de Juegos". [Documento en línea]. Disponible en www.eumed.net.
- FISCHER-DORNBUSCH (1985). *Economía*, Capítulo 10. México: Editorial McGraw-Hill.
- HUME, DAVID (s.f.). *Ensayos Políticos*, Capítulo IV. México: Edición de Impresora de Libros.
- KELSEN, HANS (1995). *¿Qué es Justicia?* Barcelona: Editorial Ariel.
- Khan Academy. Dilema del Prisionero y Equilibrio de Nash. Disponible en <https://es.khanacademy.org/economics-finance-domain/microeconomics/nash-equilibrium-tutorial/nash-eq-tutorial/v/prisoners-dilemma-and-nash-equilibrium?v=U19o7Tul10>.
- PLATÓN. *La República*, Libro Primero. Lima: Editorial Universo.