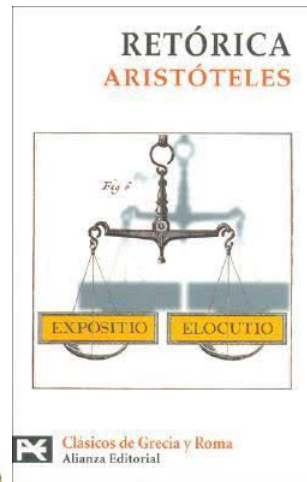
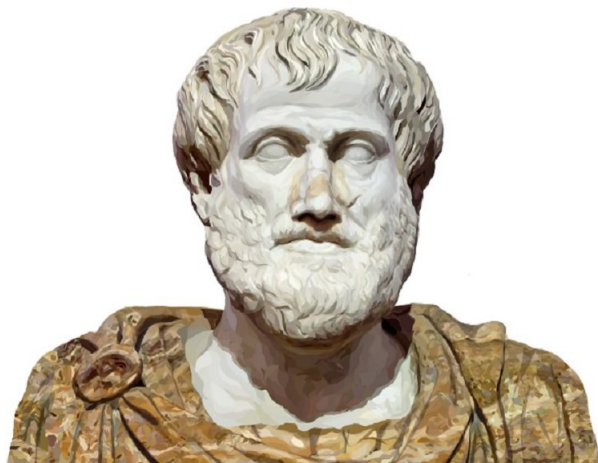
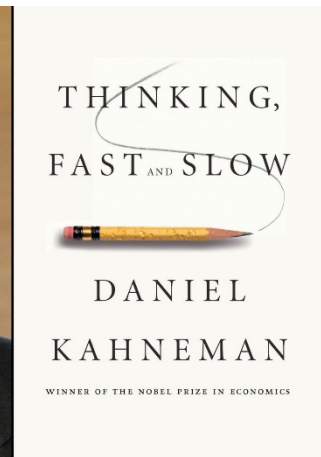


# Psicología y Persuasión

¿Cómo debe un tribunal enfrentarse a los sesgos cognitivos?



+



XI CAI Costa Rica  
20 Octubre 2020

**Manuel Conthe**  
Árbitro

[manuel.conthe@mconthe.com](mailto:manuel.conthe@mconthe.com)

[www.manuelconthe.com](http://www.manuelconthe.com)

Factor de persuasión	“Retórica” de Aristóteles	¿Qué puede hacer una Parte para persuadir? (“método Aristóteles +”)	¿Cómo debe un Tribunal enfrentarse a los “sesgos cognitivos”?
<p><b>ETHOS</b></p> <p>(Credibilidad)</p>	<p>“A las personas honradas se les hace más caso”</p> <p>(L. III, Cap. XIV)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Cortesía</b> hacia la Contraparte (abogados, testigos, peritos) y actitud colaboradora sobre procedimiento (p.ej. durante fase de exhibición documental)</li> <li>• <b>Stealing their thunder [and their sunshine]</b> (ej. Ser el primero en reconocer hechos desfavorables para uno o favorables para el rival)</li> </ul>	<p><b>Un laudo debe ser puro <i>logos</i> (Sistema II), sin <i>pathos</i> (Sistema I)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• No obstante, como parte de ese <i>logos</i>, con pleno respeto a las normas y cláusulas contractuales aplicables, debe buscar un resultado materialmente justo (<i>Interessenjurisprudenz</i>)</li> </ul> <p><b>El Tribunal debe neutralizar los “trucos retóricos” de las Partes</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Exposición detallada y secuencial de hechos coetáneos</b> y de las cláusulas contractuales y normas relevantes, para combatir: <ul style="list-style-type: none"> <li>- “<i>Stories</i>” incompatibles con los hechos (p.ej. que omiten hechos relevantes)</li> <li>- “<b>Sesgo retrospectivo</b>” y “maldición de conocimiento”</li> </ul> </li> <li>• Intentar no sucumbir a “<b>anclaje</b>” (?)</li> <li>• Dar a todos los hechos y argumentos su peso adecuado (sin “efecto guacamole”)</li> </ul> <p><b>Tribunal no debe sorprender a las Partes con su laudo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Debe dirigir preguntas a testigos, peritos y partes (incluso escritas), para que abogados no necesiten hacer conjeturas basadas en el “lenguaje corporal” de los árbitros y se respeten los principios de contradicción y no indefensión</li> </ul>
<p><b>PATHOS</b></p> <p>(Apelación a emociones)</p> <p>=</p> <p><b>Sistema I</b> de Kahneman</p>	<p>“Es necesario no solo que el argumento sea convincente, sino poner al juez en una determinada disposición”</p> <p>(L.II, Cap. XIII)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Resumir posición en una “<b>historia</b>” o relato inicial breve y didáctico (<b><i>story telling</i></b>)</li> <li>• Apelar, tácitamente, al sentido de <b>justicia</b> de los árbitros</li> <li>• Hacer “<b>memorables</b>” con metáforas o detalles llamativos los argumentos o declaraciones clave (“<b>efecto guacamole</b>”)</li> </ul>	<p><b>Árbitros de parte pueden ser antídoto eficaz contra errores (sesgos) cognitivos del Tribunal</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• No me parece mal que, en la práctica, cada coárbitro combata especialmente los errores (sesgos) cognitivos que perjudiquen a la parte que le designó, aunque esa “división del trabajo” tácita sea contraria a la Recomendación 73 del nuevo Código CEA</li> </ul>
<p><b>LOGOS</b></p> <p>(Apelación a la razón)</p> <p>=</p> <p><b>Sistema II</b> de Kahneman</p>	<p>“El arbitrador atiende a lo razonable, y el juez a la ley”</p> <p>(LI, Cap.XIII)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Invocar las normas y cláusulas concretas aplicables, no meros principios generales</li> <li>• Interrogatorio de testigos comprensible para árbitros</li> <li>• Cuidar el <i>petitum</i> (“Los hechos se los dejo redactar a mi hijo; los fundamentos, a un pasante; pero el <i>petitum</i> lo redacto yo”).</li> </ul>	<p><b>Árbitros de parte pueden ser antídoto eficaz contra errores (sesgos) cognitivos del Tribunal</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• No me parece mal que, en la práctica, cada coárbitro combata especialmente los errores (sesgos) cognitivos que perjudiquen a la parte que le designó, aunque esa “división del trabajo” tácita sea contraria a la Recomendación 73 del nuevo Código CEA</li> </ul>

# “Efecto guacamole”

“El Sr. Sanders regresaba una noche en su coche de una celebración prenavideña cuando se saltó un *stop* y chocó contra un camión de la basura.

Ningún testigo presenció el accidente y no hubo prueba de alcoholemia. Los abogados del camionero alegaron en juicio que Sanders estaba borracho y presentaron un testigo que le había visto en la fiesta y que declaró:

- ‘Cuando el Sr. Sanders se dirigía hacia la salida, chocó con una mesa y **tiró al suelo un cuenco**’.
- Si hubiera añadido ‘...**un cuenco con guacamole**, que se desparramó sobre la moqueta blanca’.

habría sido más probable que el jurado creyera que conducía borracho”.

Fuente: *Journal of Personality and Social Psychology* 1980 “*Judgmental Biases Resulting From Differing Availabilities of Arguments*” Robert M. Reyes, William C. Thompson, and Gordon H. Bower

# “Sesgo retrospectivo”: un ejemplo real

Declaración de un experto (británico), para fundar la “negligencia grave” de la empresa de ingeniería demandada por el diseño defectuoso de una máquina de la fábrica del Demandante:

*“The success of the later designs [of the machine, carried out at its own expense by the engineering company] confirms that an appropriate design could have been achieved initially. In other words, **the fact that a problem that occurred [in the design of the machine] was later solved, confirms, in and of itself, that the problem was foreseeable and avoidable in the first place, and demonstrates the supplier’s gross negligence**”.*

- En Estados Unidos, la Regla 407 de las *Federal Rules on Evidence* excluye la adopción de “*subsequent remedial measures*” como prueba de negligencia en el diseño inicial.
- Esa regla se inspira en la sentencia británica *Hart v. Lancashire & Yorkshire Ry. Co.* (1869)

Fuente: Manuel Conthe, “*Time-travel riddles in the assessment of damages*” (Austrian Yearbook of International Arbitration 2020) , disponible en <http://manuelconthe.com/es/articles-on-arbitration/>)