

El arte de la mediación

Manuel Conthe

manuel.Conthe@mconthe.com

www.manuelconthe.clm

Consejo General del Poder Judicial
30 de enero de 2024

El arte de encontrar soluciones



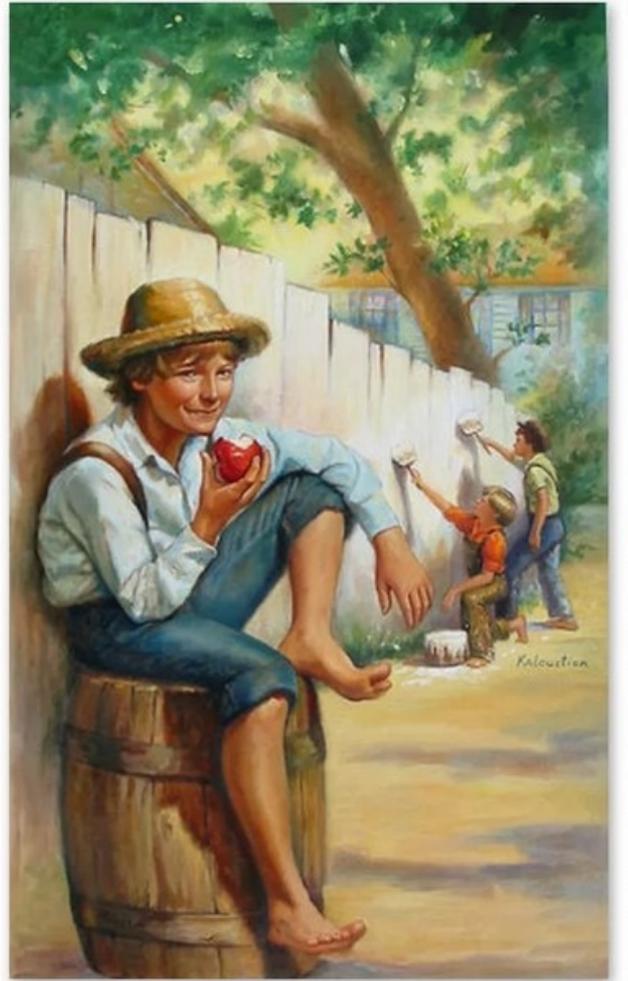
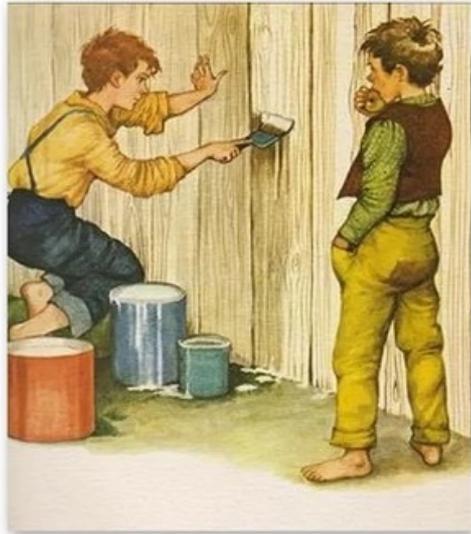
Paul Newman y Otto Preminger durante el rodaje de “Éxodo” (1960)



Júbilo popular en Jerusalén tras aprobación por la ONU de la partición de Palestina (noviembre 1947)

¿Cómo encontrar dinero para los 10.000 extras necesarios?

La imaginativa “técnica de Tom Sawyer”: pagar, en vez de cobrar



¿Pleitear o mediar?

	Arbitraje/Pleito	Mediación (pre-contenciosa)
Finalidad	Decidir quién tiene razón	Solucionar un conflicto
Participación	Obligatoria (en arbitraje, si hubo convenio arbitral)	Voluntaria , hasta el final
Objeto de análisis	Hechos pasados (además de normas aplicables)	Alternativas y posibilidades futuras (incluido <i>BATNA</i>)
Límites	Pretensiones (principio de congruencia) y hechos demostrados	Satisfacción de los intereses de ambas partes
Resultado	Impuesto y vinculante	Solo vinculante si ambas partes lo aceptan
Naturaleza del “juego”	“ Suma cero ” (=juego distributivo: lo que uno pierde el otro lo gana)	“ Suma positiva ” (<i>win-win</i>) (= juego cooperativo, negociación integradora, potencial ganancia conjunta)

Obstáculos que el mediador deberá superar

Barreras	Descripción	Paliativo
Efecto Knobe	Presunción de dolo en quien nos hace daño	Dejar desahogar las emociones Describir a cada parte las motivaciones legítimas de la otra
Error fundamental de atribución	Atribuir las conductas ajenas a rasgos de carácter, no a los condicionantes	Mostrar a cada parte los condicionantes ajenos
Sobreconfianza (<i>overconfidence</i>)	Sobrestimación de la probabilidad de éxito	Imbuir realismo a las partes Recordarles su <i>BATNA</i>
<i>Loss aversion</i>	Exigimos más por que nos priven de algo que lo que pagaríamos por conseguirlo	Modificar el nivel de referencia.

¿Qué tienen en común estos dos grandes profesionales?

¡Ambos sucumbieron al “efecto Knobe”!



¡Qué vergüenza, qué vergüenza!”

(Xavi Hernández, este sábado, tras anulación por el VAR de un penalti, cuando Barça y Villarreal iban 3-3)

Enrique Fuentes Quintana, VP Económico (1977-1978) y consejero del Banco de España (1985-1994)

Experimento 1

El vicepresidente de una compañía le dijo al presidente:
'Estamos pensando en lanzar un nuevo programa. Nos ayudará a aumentar los beneficios, **pero dañará también el medio ambiente**'.

El Presidente respondió: '**No me importa lo más mínimo dañar el medio ambiente**. Sólo me interesa lograr todo el beneficio posible. Pongamos en marcha el programa'.

¿Cree Vd. que el presidente **dañó** el medio ambiente de forma intencional?" Respuesta de entrevistados: **Sí (82%)**



Joshua Knobe
filósofo experiemntal,
Univ. De Yale

Experimento 2

'Estamos pensando en lanzar un nuevo programa. Nos ayudará a aumentar los beneficios, y **mejorará también el medio ambiente**'.

El Presidente respondió: “**No tengo el más mínimo interés en mejorar el medio ambiente**. Sólo me interesa lograr todo el beneficio posible. Pongamos en marcha el programa'.

¿Cree Vd. que el presidente **favoreció** el medio ambiente de forma intencional?" Respuestas de entrevistados: **Sí (23%)**

¿Qué tienen en común estos dos grandes profesionales?

¡Ambos sucumbieron al “efecto Knobe”!



“Efecto Knobe”: asimetría en la atribución de intencionalidad

= presunción de dolo en quien nos causa daño

“Maldición de Juncker”: “Todos sabemos lo que hay que hacer; pero no cómo ganar las elecciones después de hacerlo”

Sobreconfianza (*overconfidence*)



“El presuntuoso concepto que la mayor parte de los hombres tienen de su propia capacidad es un mal muy antiguo constatado por filósofos y moralistas de todas las épocas. Pero se ha destacado menos su **absurda fe en su buena fortuna**, a pesar de que es, si cabe, más universal. No hay hombre vivo con buena salud y estado de ánimo que no tenga esa fe, al menos en parte. **La probabilidad de ganar se sobrestima siempre**, sea más o menos, por todos los hombres; mientras que **la de pérdida se infraestima por la mayoría** y prácticamente ninguno, si goza de buena salud y estado de ánimo, la sobrestima”.

Adam Smith, “Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”,
Libro I, capítulo X.

“Overconfidence”

Definición

= Sobreestimación de los intervalos de confianza de nuestras previsiones (“mal calibrado”)

Ilustraciones

“Lake Wobegon Effect”, población ficticia en el que **todos** los niños sobresalen por encima de la media.

- En casi todas las tareas humanas (p.ej. conducir) una mayoría se considera mejor que la media.
- Solo los deprimidos y algunos profesionales (p.ej. meteorólogos) hacen estimaciones bien calibradas

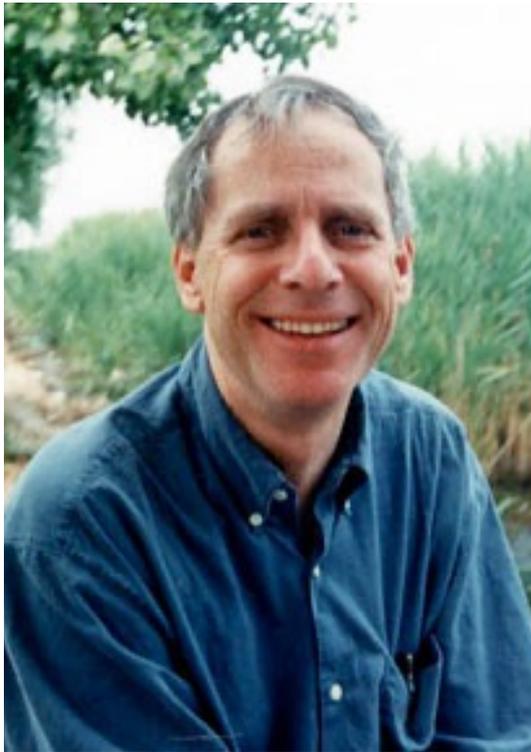
Consecuencias:

- Infraestimamos los riesgos
- Sobreestimamos las posibilidades de éxito

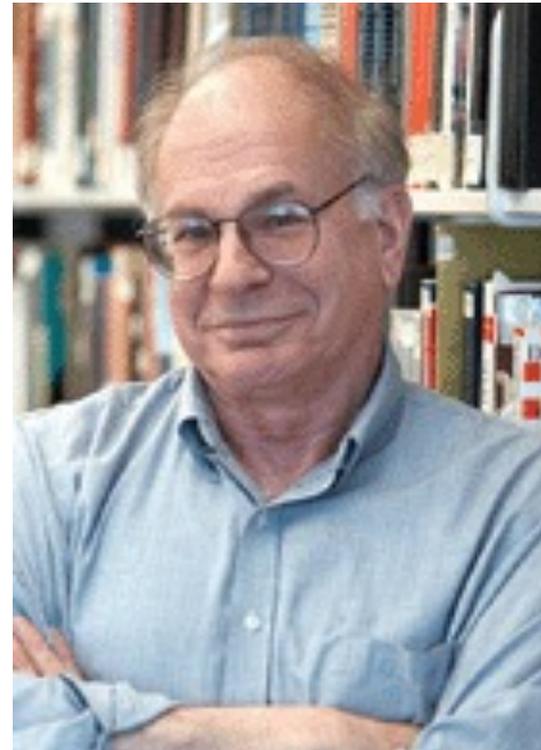
¿Qué tienen en común estos dos grandes profesionales?

Son los “padres” de la Psicología Económica (*Behavioral Economics*)

¡Son ya citados por magistrados del TS! (“El difícil arte de juzgar”, I.S. Gargallo, 2022)



**Amos Tversky
(1937-1996)**



**Daniel Kahneman
(1934-)
Premio Nobel de Economía
2002**

“Efecto perspectiva” (*framework effect*)

Juego 1

En la primera fase de un juego, regalamos, de entrada, a un jugador €1.000 .

Pasamos de inmediato a una segunda etapa en la que tiene que elegir entre:

- **A:** Un **ganancia** segura adicional de €500; o bien,
- **B:** Una **ganancia** adicional de €1.000, con probabilidad del 50%

→ ¿Qué alternativa suele elegir la gente?

“Efecto perspectiva” (II)

Juego 2

En la primera fase de un juego, regalamos, de entrada, a un jugador €**2.000** .

Pasamos de inmediato a una segunda etapa en la que tiene que elegir entre:

- **A:** Un **pérdida** segura de €**500**; o bien,
- **B:** Una **pérdida** potencial de €**1.000**, con probabilidad del **50%**

→ ¿Qué alternativa suele elegir la gente?

“Efecto perspectiva” (III)

Paradoja: en ambos juegos, las alternativas son las mismas

A → 1.500 € seguros

B → 1.000 € o 2.000 €, a cara o cruz

¿Por qué entonces la gente toma decisiones distintas?

La diferencia en el nivel de partida (“nivel de referencia”) hace que

Juego 1 → “ganancias”

Juego 2 → “pérdidas”

En materia de ganancias, somos “amarrones” (“aversos al riesgo”)

Para evitar pérdidas seguras, aceptamos riesgos

“Efecto perspectiva” (y IV)

	Alternativas		Nivel de referencia	Marco
	1	2		
Juego 1	1.500, 100%	1.000, 50%	1.000	Ganancia
Juego 2		2.000, 50%		

“Teoría de la Perspectiva“ (*Prospect Theory*)

Nuestra satisfacción depende de las ganancias o pérdidas respecto a nuestro **nivel de referencia**, no de valores absolutos.

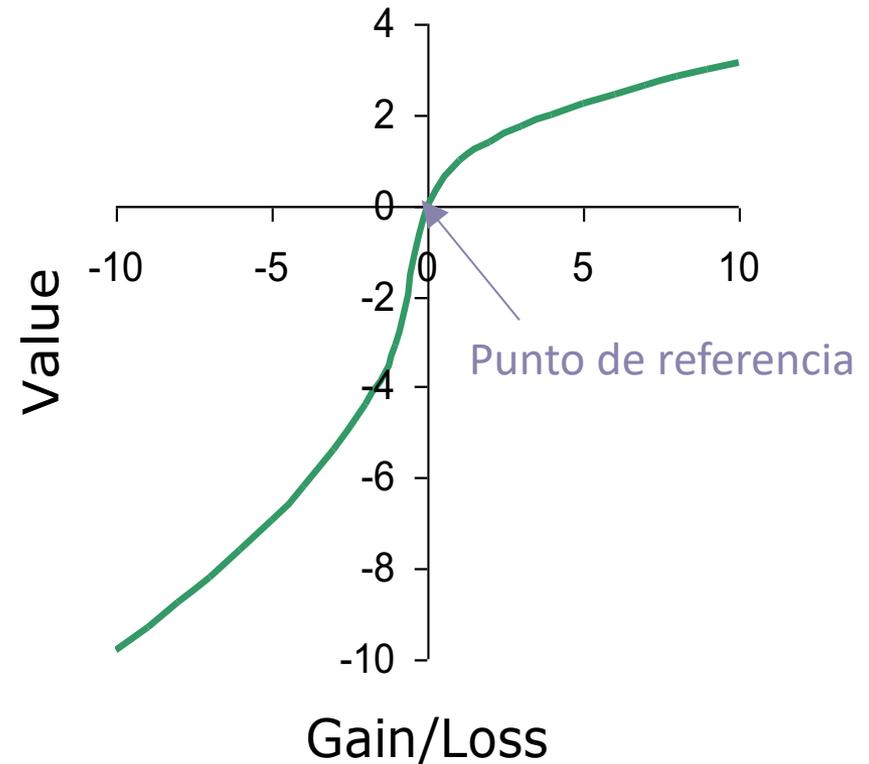
Impacto marginal decreciente de ganancias y pérdidas.

Mayor sensibilidad a pérdidas que a ganancias (*loss aversion*)

Consecuencias:

- Conservadurismo con ganancias
- Osadía para evitar pérdidas ciertas

Value Function



Niveles de referencia típicos

- Nivel actual o reciente (**status-quo**)
- Valor histórico (p.ej. valor de compra) o **transacción previa**
- Valor máximo (p.ej. tras burbuja inmobiliaria)
- Valor esperado o deseado
-

La relevancia del nivel de referencia



“Los primeros días en el Infierno son terribles”

**Enrique Jardiel Poncela
(1901-1952)**

Teoría de la Perspectiva: manifestaciones prácticas

- *Endowment effect* (efecto “dotación” o “posesión”): exigimos más por renunciar a algo que lo que estaríamos dispuestos a pagar por conseguirlo.
 - El reconocimiento de nuevos derechos económicos (*entitlements*) suele ser irreversible
 - Explica la gran protección que el Derecho dispensa al mero poseedor
- Las retenciones facilitan el cumplimiento de las obligaciones fiscales: es más doloroso recibir un ingreso bruto y tener que ingresar en Hacienda el impuesto directo que percibir directamente el rendimiento neto.
- Se toleran mejor socialmente los impuestos indirectos y subvenciones ocultas (invisibles) que los impuestos directos y subvenciones explícitas.

Frenos institucionales a la mediación

Freno	Descripción	Solución
Ausencia de tradición	Falta de “cultura de mediación”	¿Uso obligatorio previo de MASC?
¿La vaquilla de Calamandrei?	Interés de algunos abogados en que haya litigiosidad	Involucrar al representante adecuado de las partes Predicar sobre mediación en el foro adecuado
¿Confidencialidad de los éxitos?	“Cuando la prevención es eficaz, no sucede nada” (invisibilidad de los éxitos)	Dar mayor visibilidad a los mediadores eficaces
¿Escasez de mediadores eficaces?	Ser buen mediador es más difícil que ser árbitro o juez	La selección del mediador es esencial

La vaquilla de Calamandrei



Piero Calamandrei
(1899-1956)

“Algunos abogados tratan de asegurar larga vida a los pleitos mediante una copiosa producción de pretextos y argucias, con la misma solícita benevolencia con que el aldeano lleva todos los días **a pastar a su única vaquilla**, con la esperanza de poderla ordeñar aún durante muchos años”.

“Demasiados abogados” (1920)

Las características del buen mediador

Característica	Árbitro o Juez	Mediador
<i>Imparcialidad</i>		
<i>Discreción (=respeto de la confidencialidad)</i>		Esencial
<i>Empatía, diplomacia, intuición</i>	No necesaria	Esencial
<i>Rigor analítico y procedimental</i>	Esencial	No esencial
<i>Paciencia</i>	No necesaria	Esencial
<i>Creatividad e imaginación</i>	No necesaria	Muy conveniente
<i>Comprensión del trasfondo no jurídico de la disputa</i>	No necesaria	Esencial
<i>Conocimientos jurídicos</i>	Esencial	Muy conveniente (p.ej. para estimar BATNA o asegurarse de viabilidad del acuerdo)

Conclusiones

- La mediación, un “mecanismo adecuado de solución de conflictos” (MASC), potencialmente eficaz, rápido y barato
- Hay ciertos frenos al desarrollo de la mediación
- Ser buen mediador es mucho más difícil que ser árbitro o juez
- La mediación es un arte: exige no solo formación, sino también aptitudes naturales

El arte de la mediación

Manuel Conthe

manuel.Conthe@mconthe.com

www.manuelconthe.clm

Consejo General del Poder Judicial
30 de enero de 2024