

# El arte de la mediación<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque la mediación y el arbitraje se suelen hermanar como los dos grandes métodos de resolución extrajudicial de controversias (a los que también se añaden, ocasionalmente, la conciliación, la opinión de un experto independiente o la presentación de ofertas vinculantes confidenciales), son dos métodos radicalmente distintos que exigen del profesional imparcial que los dirige -árbitro o mediador, respectivamente- habilidades y conocimientos distintos.

La mediación es una técnica que puede resultar mucho más rápida, barata y útil para las partes que el arbitraje. Pero para que pueda tener éxito, además de ciertas condiciones objetivas -entre ellas, que ambas partes tengan disposición y capacidad de transigir-, se necesitará también otra subjetiva: que el mediador tenga unas aptitudes personales y conocimientos especiales que no están al alcance de cualquier profesional, pues la mediación, a diferencia del arbitraje, es un verdadero “arte”.

El arbitraje, como la jurisdicción, es siempre un “juego de suma cero”, en el que árbitro busca exclusivamente establecer quién tiene jurídicamente la razón, y a la hora de resolver la disputa queda constreñido, en virtud del principio de congruencia, por las pretensiones, argumentos y pruebas formuladas por las partes, sin margen alguno para la creatividad. El árbitro, como el juez, no precisará mucho arte o imaginación para desempeñar bien su trabajo: necesitará dirigir con diligencia e imparcialidad el procedimiento; leer, escuchar y analizar en profundidad las alegaciones, pruebas e informes presentados por las partes -lo que el árbitro podrá hacer normalmente con más calma que el juez- y dictar un laudo que, a la vista de lo que ocurrió en el pasado, resuelva, de acuerdo a Derecho, cada una de las cuestiones litigiosas. Pero no precisará un ápice de imaginación o creatividad, ni especiales habilidades diplomáticas o psicológicas para favorecer la actitud cooperativa de las partes, entender sus motivaciones últimas o la dinámica del conflicto.

La mediación es, por el contrario, como señala Blas Piñar en el Capítulo XX de esta misma obra, una forma de “negociación asistida y estructurada”; y si el mediador la orienta bien, huye de una pura “negociación posicional” (*positional bargaining*) que, pretenda que las partes encuentren el acuerdo en un mero punto medio entre sus posiciones, y la concibe como una “negociación integradora” (*integrative bargaining*), convertirá la mediación en un fructífero “juego cooperativo” o “de suma positiva”, en el que el mediador ayudará a las partes a encontrar, mirando más al futuro que al pasado, una solución que satisfaga sus intereses esenciales, si es preciso mediante una modificación o reformulación inteligente de la disputa inicial o la toma en consideración de nuevos aspectos que no eran parte de ella.

---

<sup>1</sup> Publicado como capítulo 6 del libro colectivo “Mediación Civil y Mercantil”, coordinado por Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas (*Tirant Lo Blanch*, 2022).

## II. NEGOCIACIÓN INTEGRADORA

¿Qué es eso de una “negociación integradora”? ¿En qué se diferencia de una “negociación posicional”?

Cuenta Guy Kawaski, antiguo directivo de Apple y asesor de empresas, que el conocido actor americano Steve McQueen y su mujer, Neile, acompañados por Paul Newman y James Garner, decidieron un día de finales de 1963 ir todos en coche desde Los Angeles, donde residían, a una población cercana, para ver una carrera de coches.<sup>2</sup> Acabado el espectáculo, Steve McQueen insistió en regresar rápido, para evitar el habitual atasco en la carretera. Durante el viaje de vuelta, Neile notó que necesitaba ir al baño con urgencia y pidió que pararan en una gasolinera. Cuando lo hicieron, Neile vio que había una larga cola de chicas esperando a entrar en el baño. ¿Cómo conciliar su urgente necesidad con las prisas de su marido? ¿Debía acaso intentar convencer a las jóvenes de que le dejaran saltarse la cola, alegando tal vez que su marido tenía prisa por volver a Los Ángeles o que ella tenía preferencia en el uso de los baños?

La imaginativa solución de Neill consistió en acercarse a la cola y decir en voz alta: "Oye ¿sabéis que hay un coche lleno de estrellas de cine aquí al lado?" "¿Quiénes?" - gritaron al unísono las jóvenes-. "¡Nada menos que Steve McQueen, Paul Newman y James Garner!", respondió ella. Las chicas se miraron unas a otras y salieron corriendo como locas hacia el coche.

La anécdota ilustra a la perfección el concepto de *win-win* (propuesta “de interés mutuo”, o “de interés recíproco”, en mi traducción personal): con su creativa sugerencia Neile logró conciliar su interés con el de las jóvenes que hacían cola en el baño, cuyas necesidades eran menos apremiantes y a las que brindó la inesperada oportunidad de ver de cerca a tres actores famosos.

La búsqueda de alternativas "*win-win*" o "de interés recíproco" es, pues, típica de los "juegos cooperativos" y de la "negociación integradora" o "basada en intereses". Quien sigue esa estrategia negociadora procura averiguar cuáles son los intereses u objetivos de cada parte y qué fórmulas o propuestas podrían reconciliarlos, de manera que ambas partes salgan ganando.

La antítesis de ese enfoque es el de los llamados "juegos de suma cero" (*zero-sum games*) y de la estrategia de "negociación posicional", en la que la ganancia de una parte se produce siempre a costa de la otra, porque ambas negocian el reparto de una "tarta" cuyo tamaño es fijo.

Por desgracia, mucha gente suele partir, sin darse cuenta, de la equivocada hipótesis de que cualquier negociación o conflicto entre dos partes es siempre de "suma cero", de forma que para que una salga ganando será necesario que la otra pierda. Así pues, quienes sucumben a esa frecuente "falacia de la tarta" (*fixed pie fallacy*) suponen equivocadamente que si una propuesta es buena para "ellos", tiene que ser necesariamente mala para "nosotros", sin que su cerrazón o falta de luces les permita

---

<sup>2</sup> Guy Kawasaki, “*Enchantment. The Art of Changing Hearts, Minds and Actions*”, Penguin Books, 2011, p.21.

comprender que los intereses de dos antagonistas rara vez son diametralmente opuestos, y que una búsqueda inteligente y creativa puede descubrir casi siempre alternativas que benefician a ambos en términos netos (es decir, que transforman el conflicto en un "juego de suma positiva" o "cooperativo").

Roger Fischer y William Ury, dos profesores de la Universidad de Harvard que llevan preconizando desde hace años la “negociación integradora”, ilustran con un ejemplo trivial cómo la creatividad puede transformar una estéril negociación “posicional” en una “negociación integradora” que logre conciliar los intereses de ambas partes:<sup>3</sup>

“Consideremos el caso de dos hombres que están discutiendo en una biblioteca. Uno quiera la ventana abierta y el otro cerrada. Llevan peleándose sobre cuánto hay que abrir la ventana: una rendija, la mitad, tres cuartas partes. Ninguna solución satisface a ambos.

Llega la bibliotecaria. Le pregunta a uno por qué quiere la ventana abierta: “Para que haya aire fresco”. Le pregunta al otro por qué la quiere cerrada: “Para que no haya corriente”. Tras pensar un minuto, abre de par en par una ventana que hay en la sala contigua, para que entre aire fresco sin corrientes”.

He ahí una de las grandes diferencias entre los métodos de resolución de disputas: mientras que unos -como el arbitraje o los pleitos- son, en esencia, “juegos de suma cero”, en los que el árbitro o juez tienen que analizar las posiciones de las partes, determinar cuál de ellas tiene razón y dársela a costa de la otra, en otros -como la negociación, la mediación o la conciliación- el objetivo no es darle a nadie la razón, sino buscar una “solución” aceptable para ambas partes.

Así pues, no ayudan a difundir las singularidades y ventajas de la mediación quienes la agrupan junto con el arbitraje como “método alternativo de resolución de conflictos” y contraponen ambas figuras a la jurisdicción. En realidad, el arbitraje (al menos el arbitraje en Derecho) y la jurisdicción se parecen mucho, porque en ambos el cometido del juzgador -sea árbitro o juez- es decidir “quién tiene razón”, no buscar una “solución” al conflicto que enfrenta a las partes. Con frecuencia el arbitraje ofrece grandes ventajas respecto a acudir a los Tribunales -la mayor disponibilidad de tiempo de los árbitros para estudiar el caso; su especialización profesional en la materia objeto de controversia; la mayor flexibilidad del procedimiento arbitral; o la rapidez en la resolución de la disputa-. Pero eso no debe oscurecer un hecho esencial: al resolver una disputa, tanto los jueces como los árbitros se limitan a mirar al pasado, enjuiciar los argumentos de las partes y, en aplicación de las normas, decidir quién tiene razón.

De lo anterior se desprende un corolario: cuando actuemos como mediadores, los árbitros deberemos refrenar nuestra espontánea tendencia a analizar la disputa desde una perspectiva solo jurídica y a pensar en “quién tiene razón”: ese no es el propósito de la mediación (aunque, como luego veremos, saber cuál será el desenlace probable de una

---

<sup>3</sup> Roger Fisher y William Ury, “*Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*”, Houghton Mifflin Company, 1981, capítulo 3 (“Focus on Interests, Not Positions”).

disputa si acaba en un pleito o en un arbitraje puede resultar relevante para resolverla a través de una mediación).

### III. BARRERAS PSICOLÓGICAS

Otra de las grandes diferencias entre el arbitraje y la mediación reside en su grado de voluntariedad.

En efecto, en el arbitraje esa voluntariedad se limita a la suscripción del convenio arbitral -ya mediante su inclusión como cláusula del contrato, ya de forma sobrevenida y *ad hoc* cuando surge el conflicto-: una vez suscrito, una de las partes puede compeler a la otra a que el conflicto se dirima mediante un arbitraje y concluya con la emisión de un laudo.

La mediación, por el contrario, no solo es voluntaria en su origen, sino que, como afirma el artículo 6.3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles (en adelante, “Ley de Mediación”), “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”. Así pues, mientras que el árbitro, iniciado el arbitraje, es una suerte de profesional con un “cliente cautivo” -las partes, que no pueden, de forma unilateral, desentenderse de él-, el mediador, si quiere tener éxito en su función y percibe potencial margen para un eventual acuerdo, necesitará mantener a ambas partes interesadas en la continuación y desenlace de la mediación.

En consecuencia, mientras que el árbitro podrá limitarse a organizar y analizar las actuaciones y alegaciones de las partes, sin prestar atención a sus motivaciones u objetivos últimos, el mediador necesitará entender bien las motivaciones e intereses últimos de las partes, y ser consciente de los obstáculos cognitivos y emocionales que pueden frustrar la mediación.

Pues bien, los estudiosos de la Psicología Jurídico-Económica (*Behavioral Law & Economics*) han corroborado empíricamente lo que los estudiosos de los procesos de negociación de conflictos siempre han sabido: quienes se ven enfrentados por un conflicto rara vez suelen actuar como agentes plenamente racionales que, con desapasionamiento y objetividad, analizan el conflicto e intentan buscarle una solución. Están sujetos, por el contrario, a muchos sesgos e inclinaciones, tanto cognitivos como emocionales, que influyen en el conflicto y pueden dificultar su solución.<sup>4</sup>

No haré aquí, ni mucho menos, una exposición detallada de tales sesgos o inclinaciones, sino que tan solo expondré, con carácter meramente ilustrativo, algunos frecuentes que el mediador deberá tener presentes, con el fin de subrayar que, a mi juicio, un estudio profundo de las enseñanzas de la Psicología Jurídico-Económica y de las

---

<sup>4</sup> Puede encontrarse un magnífico resumen de las enseñanzas de la Psicología Jurídico-Económica en Eyal Zamir y Doron Teichman, “Behavioral Law and Economics”, Oxford University Press, 2018.

investigaciones sobre técnicas de negociación resulta imprescindible para un buen mediador.

Nótese que las expresiones “sesgos” o “inclinaciones” no tienen carácter peyorativo: como explica el profesor británico de relaciones internacionales Dominic Johnson, si los sesgos cognitivos de los seres humanos fueran siempre "errores" perjudiciales, no serían tan frecuentes en los seres humanos, pues la presión evolutiva habría hecho que desaparecieran.<sup>5</sup> Esos sesgos, aunque en ocasiones produzcan errores y lleven al fracaso, han producido en promedio, a lo largo de generaciones, más ventajas que inconvenientes, han favorecido la supervivencia de los individuos y grupos en que se daban y han proporcionado, en consecuencia, una "ventaja adaptativa" que hace de ellos genuinos "instintos estratégicos".

Ahora bien, que esos sesgos o inclinaciones humanas hayan favorecido la supervivencia de los individuos a lo largo de generaciones no excluye que puedan constituir un obstáculo que sea preciso salvar cuando un mediador intente ayudar a la resolución de una disputa.

En los apartados que siguen señalaré, sin ánimo exhaustivo, algunos de ellos.

### *1. Sobreconfianza*

La tendencia humana a sobrevalorar nuestras propias capacidades y nuestra buena suerte -es decir, la sobreconfianza (*overconfidence*)- ya fue observada por el gran economista escocés Adam Smith en la más famosa de sus obras:<sup>6</sup>

“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 sobreestima”.

Es cierto que, como señala Dominic Johnson, la sobreconfianza, al favorecer metas ambiciosas y una voluntad inquebrantable de alcanzarlas, amilanar a los rivales y atraer aliados, puede favorecer el triunfo. Así, solo la extraordinaria confianza e incluso temeridad de George Washington hizo posible que triunfara una rebelión contra una gran potencia, Gran Bretaña, que contaba con la lealtad de la mayoría de los colonos americanos. Pero la mayoría de historiadores han visto en el exceso de confianza y en las “ilusiones positivas” -esto es, la sobreestimación de las virtudes propias- la causa de muchas guerras y derrotas, como la de Atenas en la larga guerra del Peloponeso contra

---

<sup>5</sup> Dominic D.P. Johnson, "*Strategic Instincts. The Adaptive Advantages of Cognitive Biases in International Politics*", Princeton University Press, 2020.

<sup>6</sup> Adam Smith, "Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones", Libro I, capítulo X.

España; la de Gran Bretaña en la guerra de la independencia de las colonias americanas; o el estallido de la Primera Guerra Mundial.

Los psicólogos modernos también han corroborado el fenómeno de la sobreconfianza y sus múltiples manifestaciones. Así, múltiples estudios han constatado el llamado efecto “mejor que la media” (*better-than-average effect*): un 80% de los conductores suelen considerar que conducen mejor que la media y el 50% que están entre el 20%-30% de los conductores más seguros, imposibilidad matemática que se da también respecto a muchas otras características humanas.<sup>7</sup> Es cierto, como señalan Zamir y Teichman, que “la sobreconfianza puede tener efectos colaterales beneficiosos en las interacciones sociales, como en las negociaciones, la persuasión o los tratamientos médicos (así, la sobreconfianza de un médico en el éxito de un tratamiento puede aumentar su efectividad, gracias al efecto placebo). Así pues, sus ventajas adaptativas pueden haberse visto favorecidas por la evolución”. Pero concluyen con una observación directamente relevante para un buen mediador: “Ahora bien, esos beneficios pueden exacerbar el sesgo -por ejemplo, en los litigios y decisiones transaccionales”.<sup>8</sup>

Esta excesiva confianza de las partes en que ganarán el pleito o el arbitraje explica no solo la formulación de muchas demandas -sea ante los tribunales o en arbitrajes-, sino también la reticencia de las partes a alcanzar un acuerdo transaccional que evite o termine la disputa.

Por eso, el buen mediador deberá con frecuencia intentar que las partes tengan una visión lo más objetiva y completa posible de sus perspectivas de éxito si deciden ir a un pleito o a un arbitraje, para que no cometan errores cuando estimen su mejor alternativa si no hay acuerdo o “*best alternative to a negotiated agreement*” (BATNA).<sup>9</sup>

Ahora bien, para poder ejercer con eficacia esa tarea, será útil que el mediador tenga un conocimiento suficiente del fondo de la disputa, así como de su desenlace más probable si desemboca en un pleito o en un arbitraje. He ahí precisamente la principal ventaja que la experiencia como árbitro o abogado puede aportar a un mediador

## 2. Error fundamental de atribución

En los años 60, en un célebre experimento con universitarios, dos psicólogos americanos, Edward Jones y Victor Harris, les pidieron que, tras leer un breve ensayo sobre la Cuba de Fidel Castro escrito por un alumno desconocido, juzgaran hasta qué punto el autor que lo había escrito tenía una inclinación personal a favor o en contra de

---

<sup>7</sup> Eyal Zamir y Doron Teichman, “Behavioral Law and Economics”, Oxford University Press, 2018, p. 62.

<sup>8</sup> Id., p. 66. Véase, igualmente, p.497-500, sobre barreras psicológicas para transigir (*Behavioral Impediments to Settlement*).

<sup>9</sup> La expresión *best alternative to a negotiated agreement* y su acrónimo BATNA los acuñaron Roger Fisher y William Ury, *op.cit.*, capítulo 6. Una traducción al español no literal, pero que produce un acrónimo fácil de pronunciar y entender sería, en mi opinión, “mejor alternativa si no hay acuerdo” (MASNA).

Fidel.<sup>10</sup> En el experimento usaron dos textos distintos -uno favorable y otro contrario al régimen cubano- e introdujeron una distinción esencial: a un grupo de estudiantes se les dijo que el autor del ensayo lo había escrito con plena libertad, por voluntad propia; y, al otro, que el autor lo había escrito por encargo, tras recibir instrucciones muy precisas sobre la actitud frente a Castro que el ensayo debía defender.

En la escala de actitudes que los psicólogos utilizaron, 10 representaba el anticastrismo extremo y 70 el pro-castrismo máximo. Pues bien, los estudiantes que creían que el autor del ensayo lo había escrito con plena libertad le atribuyeron, lógicamente, una actitud muy pro-castrista (59´62) cuando el ensayo lo era, y muy anti-castrista (17´38) cuando el ensayo era crítico con Fidel. La sorpresa se produjo con las convicciones que los universitarios atribuyeron a los autores de ensayos escritos "por encargo": los universitarios atribuyeron, en promedio, convicciones personales pro-castristas (44´10) a los autores de ensayos de ese signo y anti-castristas (22´87) a los de ensayos contrarios a Fidel. Ese resultado debiera haber sido idéntico en ambos casos, pues los autores se habían limitado a redactar el tipo de ensayo que les habían pedido, no a expresar sus ideas personales. Pero los universitarios tendieron, sin embargo, a asociar las ideas defendidas por el ensayo con las convicciones personales de quien lo había escrito.

Edward Jones bautizó ese error como "*correspondence bias*" ("presunción de correspondencia", diría yo), pues nos hace presumir una perfecta correspondencia entre los rasgos o características íntimas de una persona (*dispositions*) y su conducta externa (*behavior*), incluso aunque esa conducta haya estado condicionada por circunstancias ajenas a su voluntad. En la actualidad el fenómeno es más conocido como "error fundamental de atribución" (*fundamental attribution error*), nombre que popularizó en los años 70 el también psicólogo Lee Ross.<sup>11</sup>

En el mundo de los conflictos, cuando la actuación de una de las partes ha perjudicado a la otra, el error fundamental de atribución hará que la parte perjudicada atribuya la conducta que le perjudicó no a circunstancias ajenas al control de la otra parte, al legítimo ejercicio de un derecho o a una interpretación distinta del contrato, sino a una deliberada y dolosa voluntad de perjudicarlo o, en el mejor de los casos, a una grave negligencia. Es un fenómeno bien conocido en el mundo del arbitraje, en el que las partes sazonan con frecuencia sus alegaciones con apasionados y encendidos adjetivos que recriminan moralmente al adversario su conducta.

En las negociaciones, esas sesgadas percepciones de los motivos y razones de la actuación del antagonista dificultarán el acuerdo e incluso la voluntad de negociar. Por

---

<sup>10</sup> Edward E. Jones y Victor A. Harris, "*The Attribution of Attitudes*", Journal of Experimental, Volume 1, Issue 3, enero de 1967, disponible en <https://crowdcognition.net/wp-content/uploads/2020/11/attributionOfAttitudes.pdf>

<sup>11</sup> Lee Ross, "*The Intuitive Psychologist and His Shortcomings: Distortions in the Attribution Process*", en Advances in Experimental Social Psychology, Volume 10, 1977, disponible en [http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/15341\\_Readings/Social\\_Cognition/Ross\\_Intuitive\\_Psychologist\\_in\\_Adv\\_Experiment\\_Soc\\_Psych\\_vol10\\_p173.pdf](http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/15341_Readings/Social_Cognition/Ross_Intuitive_Psychologist_in_Adv_Experiment_Soc_Psych_vol10_p173.pdf)

eso, en muchas ocasiones una de las tareas primordiales del mediador será que las partes comprendan que la actuación de sus antagonistas no respondió necesariamente a un ánimo hostil o a un deliberado deseo de perjudicarles o desatender una obligación, sino a otros factores que permiten dar una explicación menos hostil a su conducta. Disipar o atemperar los frecuentes “errores de atribución” de las conductas ajenas será un paso esencial para que el mediador pueda rebajar el nivel de desconfianza o animosidad entre las partes y sentar las bases de una negociación constructiva.

### 3. *Sesgo de grupo*

En 1966, el psicólogo israelita George Tamarin llevó a cabo un experimento en Israel con más de 1000 escolares de entre 8 y 14 años.<sup>12</sup> Les leyó el pasaje del Libro de Josué que narra cómo, durante el sitio y conquista de Jericó, los sacerdotes tocaron las trompetas, la gente gritó a voz en cuello, las murallas de Jericó se derrumbaron y los israelitas tomaron la ciudad. "Mataron a filo de espada a todo hombre y mujer, joven y anciano. Lo mismo hicieron con las vacas, las ovejas y los burros; destruyeron todo lo que tuviera aliento de vida. ¡La ciudad entera quedó arrasada!".

Cuando Tamarin preguntó a los niños si Josué y los israelitas habían actuado bien, el 66% de los alumnos aprobaron plenamente su conducta y solo el 26% la rechazaron.

Tamarin leyó luego el mismo pasaje a otro grupo de escolares, pero sustituyó "Josué" por el "General Lin" y situó la acción en "el Reino de la China hace 3.000 años". Tras ese cambio, solo el 7% de los escolares aprobaron la conducta del general chino, y el 75% la rechazaron por completo.

Como señala Dominic Johnson, ese experimento confirma ese profundo sesgo cognitivo que hace que todos los seres humanos, desde pequeños, discriminemos espontáneamente entre "nosotros" (*in-group*) y "ellos" (*out-group*).

Johnson destaca que ese "sectarismo de grupo" y "espíritu identitario" favorecerá a menudo el éxito colectivo, pues permitirá a los individuos superar la tentación del escaqueo (*free riding*) y los problemas de acción colectiva y coordinación que plantean aquellas iniciativas colectivas -como una rebelión o la defensa contra un ataque exterior- que exigen dolorosos sacrificios individuales. Ese sesgo de grupo se agudizará cuando la mera enemistad de paso al conflicto abierto, pues la animadversión y el odio hacia el enemigo -cuyo extremo será su deshumanización- enardecerán el espíritu de lucha y de resistencia.

Pues bien, es posible que ese “sesgo de grupo” sea un rasgo psicológico adaptativo que, a lo largo de los siglos, favoreció a los grupos humanos en que existía. Pero en la

---

<sup>12</sup> La descripción procede de Dominic D.P. Johnson, op.cit, p.191. El experimento de Tamarin es descrito en más detalle por John Hartung en “*Love Thy Neighbour. The Evolution of In-Group Morality*”, p. 11, disponible en [https://www.researchgate.net/profile/John-Hartung-4/publication/216842386\\_Love\\_Thy\\_Neighbor\\_The\\_Evolution\\_of\\_In-Group\\_Morality/links/565dd78908ae1ef9298374f1/Love-Thy-Neighbor-The-Evolution-of-In-Group-Morality.pdf](https://www.researchgate.net/profile/John-Hartung-4/publication/216842386_Love_Thy_Neighbor_The_Evolution_of_In-Group_Morality/links/565dd78908ae1ef9298374f1/Love-Thy-Neighbor-The-Evolution-of-In-Group-Morality.pdf)



actualidad favorece el sectarismo con el que espontáneamente tendemos a analizar aquellas situaciones en las que nuestros intereses están en juego, y será un espontáneo y grave obstáculo psicológico que dificultará cualquier acuerdo con nuestros antagonistas en una negociación. El buen mediador deba tenerlo muy presente.

#### 4. “Menosprecio reactivo” (*reactive devaluation*)

Me referiré, en último lugar, a otro sesgo, muy relacionado con el “sesgo de grupo”, que resulta de especial relevancia en un proceso de mediación: al valorar cualquier propuesta, iniciativa o idea, a los seres humanos nos influye decisivamente de quién procede o con quién la asociamos.

Ese hecho, que cualquiera puede constatar a diario en los debates políticos -qué grupo político es el autor de una propuesta influirá decisivamente en su votación en el Parlamento-, fue corroborado hace años en el Reino Unido de forma muy divertida, como señala Robert Ford, profesor de Ciencia Política.<sup>13</sup> Se trató del experimento que la compañía de sondeos *YouGov* llevó a cabo sirviéndose de “Humphrey”, el gato que -así llamado en irónica referencia al alto funcionario de la serie *Yes, Prime Minister*-, convivió en la residencia del Primer Ministro británico en *Downing Street* con tres de ellos: Margaret Thatcher, John Major y Tony Blair.

El experimento consistió en exhibir una foto de Humphrey a una muestra aleatoria de ciudadanos para que dijeran si les gustaba. La gracia del experimento estuvo en que a unos encuestados les describieron a Humphrey como el “gato de la Sra. Thatcher” y a otros como “el gato del Sr. Blair”.

Pues bien, aunque, dada la pasión británica por los gatos, Humphrey cosechó siempre más aprobación que rechazo, los resultados fueron los que la malicia permite anticipar: entre los votantes conservadores, la diferencia entre los porcentajes de opiniones favorables y desfavorables fue del 44% entre quienes pensaban que era el gato de la “Dama de hierro”, pero solo del 27% entre quienes creían que era el de Blair; y entre los votantes laboristas las diferencias fueron las contrarias: del 21% para quienes creían que era el gato de Thatcher y del 37% para el de Blair.

Robert Ford deduce del experimento que “nuestros afectos y valores políticos tienden a colorear nuestro punto de vista sobre cualquier cosa que asociemos con la Política”, aunque se trate de un gato.

Pues bien, esa espontánea tendencia humana a valorar las cosas no por sus características objetivas, sino por las asociaciones subjetivas que nos suscitan, explica un fenómeno clave en toda negociación que el psicólogo estadounidense Lee Ross llamó “*reactive devaluation*” (“menosprecio reactivo”, en mi traducción personal):

---

<sup>13</sup> Robert Ford, en “*Sex, Lies & the Ballot Box. 50 Things You Need to Know about British Elections*”, obra colectiva dirigida por Phillip Cowley y Robert Ford, Biteback Publishing, 2014, capítulo 4, p.17-19,

tendemos a infravalorar cualquier concesión que nuestro antagonista nos haga por su propia iniciativa.<sup>14</sup>

Ross corroboró experimentalmente ese fenómeno a finales de los años 80, cuando imperaba todavía en Sudáfrica la segregación racial y el beligerante movimiento estudiantil de la universidad californiana de Stanford exigió que la Universidad vendiera las acciones de compañías con negocios en ese país. En respuesta, sus administradores crearon una comisión de estudio, que identificó dos posibles alternativas: 1. “Desinversión específica”: la venta inmediata de las acciones de compañías proveedoras del ejército o policía sudafricanos; 2. “Fecha límite” (*deadline*): la evaluación por un comité de “inversión responsable”, durante los dos siguientes años, de los avances de Sudáfrica en el desmantelamiento del *apartheid*, con el compromiso de que la Universidad vendería sus acciones de cualquier compañía con actividad en Sudáfrica – no solo las proveedoras del ejército o la policía- si al término de ese periodo los avances no habían sido suficientes.

Pues bien, el psicólogo y sus colaboradores aprovecharon el episodio para hacer un experimento. Preguntaron a los estudiantes cuál de las dos alternativas les parecía más exigente, pero variaron un elemento: a unos les dijeron que los administradores de la universidad habían optado por la “desinversión específica”; a otros, que habían elegido la estrategia de la “fecha límite”; y a un tercer grupo, que los administradores todavía no habían decidido.

El resultado fue que la estrategia de “desinversión específica” fue considerada la más rigurosa solo por el 40% de quienes creían que había sido la adoptada; pero, en cambio, por el 85% de los que creían que había sido rechazada y por el 69% de quienes no sabían qué decisión se había tomado. En suma: la creencia de que esa estrategia había sido la efectivamente adoptada por los administradores de la Universidad hizo que, automáticamente, los estudiantes le atribuyeran menos valor.

Esa espontánea tendencia a infravalorar cualquier concesión unilateral de un antagonista y la constatación gemela de que el origen de una propuesta influye decisivamente sobre cómo la valoramos ha sido corroborada en muchos otros experimentos (que utilizaron, por ejemplo, las negociaciones entre Estados Unidos y la Unión Soviética sobre armas nucleares o las negociaciones de paz entre Israel y los palestinos).

De ese fenómeno se deriva, a mi juicio, una de las grandes ventajas de la mediación, que es una “negociación asistida”, en la que las partes no negocian directamente entre sí, sino a través de un profesional neutral: el mediador.

---

<sup>14</sup> Less Ross, “*Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution*”, publicado en 1995 como capítulo 2 de la obra colectiva “*Barriers to Conflict Resolution*”, dirigido por Kenneth J. Arrow, Norton, 1995. El artículo de Ross está disponible en <https://law.stanford.edu/index.php?webauth-document=child-page/370999/doc/slspublic/Reactive%20Devaluation.pdf>

#### IV. VENTAJAS DE UN MEDIADOR ACTIVO

Al describir la mediación suele enfatizarse que en este procedimiento de resolución de disputas son las partes en conflicto las que resuelven “por sí mismas” su disputa.

Así, la Exposición de Motivos de la Ley de Mediación señala que “la mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”.

La afirmación anterior es parcialmente cierta, en la que medida en que, como ya se ha indicado, la voluntariedad es un rasgo esencial de la mediación, que afecta a su inicio, continuación y conclusión: a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje o en la jurisdicción, hasta la firma del eventual acuerdo de mediación que ponga fin a la disputa cada una de las partes puede, sin necesidad del acuerdo de la otra, dar por concluido el intento de mediación.

También es cierto que el mediador es un profesional “neutral” que ayuda a las partes a que, de forma voluntaria, logren y acepten voluntariamente el acuerdo que ponga fin a su disputa. Así pues, puede decirse, en sentido lato, que en la mediación “son las propias partes las que resuelven su conflicto”.

Ahora bien, a mi juicio la “neutralidad” del mediador no debe confundirse con su pasividad: el mediador debe estar dispuesto, cuando resulte necesario, a jugar un papel activo que, con tacto y discreción, ayude a las partes a alcanzar un acuerdo. La propia Exposición de Motivos de la Ley de Mediación señala que del mediador se espera “una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes”.

En mi opinión, esa intervención activa del mediador puede favorecer una fructífera “negociación integradora” en dos supuestos:

- Si el propio mediador deja correr su imaginación y, si las partes son poco proclives a hacerlo por sí mismas, contribuye por sí mismo a ampliar el menú de alternativas que, respetuosas con los intereses de las partes, puedan solucionar el conflicto. Es el papel que juega la bibliotecaria en la disputa antes citada sobre la venta de la biblioteca.
- Si el mediador, con el fin de evitar el fenómeno de la minusvaloración reactiva, no revela en detalle el origen de las posibles soluciones al conflicto y las presente en el momento oportuno, para evitar que se desechen prematuramente.

Así pues, el fenómeno de la minusvaloración reactiva explica una de las grandes ventajas de la mediación: es más probable que las partes acepten un compromiso o transacción si lo propone un tercero neutral que si lo hace una de las partes enfrentadas. Las negociaciones tienen sus reglas y su liturgia, y una propuesta razonable puede fracasar si se formula a destiempo o la propone el participante equivocado.

Por eso, el buen mediador, además de reuniones plenarias con participaciones de ambas partes, deberá en ocasiones mantener “reuniones privadas” (*caucus*) con cada una de las partes, por separado, cuyo contenido mantendrá estrictamente confidencial, salvo respecto a aquellos aspectos que la respectiva parte le autorice a poner en conocimiento de la contraria.

En esas conversaciones privadas es probable que las partes esbocen ideas o el propio mediador vislumbre sugerencias que, debidamente refinadas o retocadas en posteriores encuentros, puedan constituir la base de un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas partes. Y esas iniciativas tendrán más visos de prosperar si el mediador difumina su origen, o incluso las presenta artificialmente como propias, para que no nazcan lastradas por ningún atisbo de “menosprecio reactivo”.

Por eso, es posible que en mediación tenga también algo de cierto la vieja broma sobre la definición de un consultor como “un profesional que te pide prestado el reloj y luego te cobra por decirte la hora”.

Finalmente, en ocasiones la presencia de un mediador -especialmente si tiene formación jurídica- facilitará que las partes, si no cuentan con suficiente asesoramiento especializado, dispongan de toda la información precisa para asegurar que el eventual acuerdo no resulte jurídica o técnicamente inviable o vulnerable -por ejemplo, porque no resulta plenamente respetuoso con una norma imperativa-. También podrá evitar que la parte peor informada que aceptó un acuerdo de mediación -de los descritos en el artículo 23 de la Ley de Mediación- se alce más adelante contra él si llega a la conclusión de que la otra parte le ocultó maliciosamente información relevante o que su propio consentimiento estuvo viciado por la falta de información que le hubiera sido debida.

## V. CONCLUSIONES

Aunque habitualmente mediación y arbitraje se hermanen como “métodos alternativos de resolución de disputas”, son dos técnicas radicalmente distintas.

El arbitraje es siempre un “juego de suma cero”, en el que árbitro busca exclusivamente, mirando al pasado, establecer quién tiene jurídicamente la razón, y queda constreñido, en virtud del principio de congruencia, a resolver la disputa con arreglo a las pretensiones, argumentos y pruebas formuladas por las partes, sin margen alguno para la creatividad. La mediación es, por el contrario, un “juego cooperativo” o “de suma positiva”, en el que mediador debe ayudar a las partes a encontrar, mirando al futuro, una solución que satisfaga sus intereses esenciales, si es preciso mediante una modificación o reformulación inteligente de la disputa inicial o la adición de nuevos elementos.

Ser árbitro o juez no resulta, a mi juicio, difícil: basta con tener una sólida formación jurídica, capacidad de escuchar y entender las alegaciones de las partes, y disponer de tiempo suficiente para analizar y resolver la disputa con arreglo a Derecho. La mediación es, por el contrario, un tarea más difícil, un verdadero “arte” que exigirá que

el mediador combine con destreza dos habilidades muy distintas: por un lado, dotes diplomáticas y capacidad de empatía para comprender la actitud de las partes y los factores psicológicos en juego, y para ganarse su confianza como neutral facilitador o muñidor de un posible acuerdo; por otro, un conocimiento suficiente del fondo de la controversia, de los genuinos intereses de las partes y del potencial desenlace de la disputa si las partes no la resuelven mediante un acuerdo, para así poder ayudarlas a encontrar soluciones imaginativas e integradoras que satisfagan a ambas y a calibrar bien el curso probable de los acontecimientos. El buen mediador deberá pues aunar las habilidades humanas del psicólogo o del diplomático con los conocimientos sustantivos y jurídicos del gestor, del técnico y del juez o árbitro.

El buen mediador debe tener, pues, no solo suficientes conocimientos jurídicos. También debe tener un profundo conocimiento de la psicología humana y de las mejores técnicas de negociación, capacidad de empatía y dotes diplomáticas, y un conocimiento técnico suficiente de las cuestiones que han dado origen a la controversia.

Por eso, ser buen mediador es, en mi opinión, más difícil que ser árbitro, pues exige, además de estudio y conocimiento, arte y aptitudes personales. Ojalá que en España surja una amplia generación de tales artistas que prestigien su función y hagan que las empresas descubran las potenciales ventajas de la mediación.