



A propósito de ciertas resoluciones judiciales

# Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional

**ARTURO MUÑOZ ARANGUREN**  
RAMÓN C. PELAYO ABOGADOS

**D**ejó escrito George Orwell, en uno de sus memorables ensayos, que ver lo que uno tiene delante de la nariz requiere una lucha constante. Quizá esta sea la mejor manera de enfrentarse a la influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales, en la medida en que, cuanto más se crea el sujeto afectado inmune a su influjo, mayores serán las posibilidades de que sucumba a sus efectos.

A pesar de su importancia práctica, la cuestión relativa a los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales apenas ha despertado interés en la doctrina<sup>1</sup> y menos aún en la jurisprudencia española.

El denominado movimiento cognitivo desarrollado, aproximadamente, a partir de 1960, como consecuencia de las evidencias contrastadas en diversos estudios empíricos, puso el acento en los errores y sesgos en que incurrir el ser humano, que se producen inevitablemente al utilizar la mente para procesar la información que recibe del exterior y emplear ésta una serie de procedimientos de simplificación, que tienden a reducir la complejidad de la información recibida, de modo que sea posible la toma de decisiones de forma eficiente.

Este tipo de procedimientos mentales de simplificación (heurística), como ponen de manifiesto de manera reiterada los numerosos estudios efectuados sobre esta cuestión, si bien con carácter general puedan ser útiles para la vida corriente, pueden dar lugar en ocasiones a errores o sesgos (*biases*).

En relación a esta cuestión, la referencia clásica es el estudio pionero publicado en la revista "*Science*" por los psicólogos israelíes TVERSKY y KAHNEMANN<sup>2</sup> (1974), bajo el nombre de "*Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases*"



De lo que se trata es de combatir las resoluciones judiciales basadas exclusivamente en intuiciones subjetivas o en ideas preconcebidas.

("Juicio bajo la incertidumbre: heurísticas y sesgos"). Los citados autores procedieron a relacionar y sistematizar esas técnicas o reglas heurísticas (*heuristics*), definiéndolas como aquellas reglas cognitivas que, inconscientemente, todo ser humano aplica al procesar la información que recibe del exterior, y que permiten "*reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples*".

Se trata, en definitiva, de formas de procesar la información que afectan al razonamiento lógico-abstracto. En lo que ahora nos interesa, se trata de verificar si estas disonancias cognitivas pueden afectar a las decisiones jurisdiccionales (ya

<sup>1</sup> Con dos excepciones: Jaime ALONSO GALLO "Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal" en "Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García", Editorial Bosch, Madrid, 2006 y "Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal", Revista Indret 4/2011; y Manuel CONTHE GUTIÉRREZ, "La paradoja del bronce", Editorial Crítica, Madrid, 2007.

<sup>2</sup> Estos estudios le valieron a KAHNEMANN el Premio Nobel de Economía en 2002, que no pudo concederse a TVERSKY debido a su prematuro fallecimiento.

sean de jueces o jurados), apartando a los sujetos afectados del discurso racional exigible en la resolución de los procedimientos judiciales. Para empezar, una cuestión controvertida consiste en determinar si los jueces se encuentran menos expuestos a los sesgos que, por ejemplo, los miembros de un jurado; tanto los estudios realizados en España (FARIÑA *et al*), como los realizados en el extranjero concluyen, de forma mayoritaria –aunque no unánime–, que no existe una diferencia relevante en cuanto al grado de afectación (MANDEL). En cualquier caso, todos los estudios son unánimes en sostener el influjo, en mayor o menor medida, de estos sesgos cognitivos en toda persona que deba tomar una decisión en una situación de incertidumbre; posición en la que se encuentran tanto los jueces profesionales, como los jurados, a la hora de dictar sentencia o emitir un veredicto.

### Los sesgos más comunes en las decisiones jurisdiccionales.

#### - Sesgo retrospectivo (*hindsight bias*)

Como consecuencia de esta distorsión cognitiva, al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que incurre en una tendencia a considerar, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que las mismas eran previsibles desde el principio. Una vez que el individuo tiene conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva del sujeto, de manera que el resultado le parece inevitable. El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre lo acontecido.

A pesar de tratarse de un error fácilmente explicable y reconocible, numerosos estudios han demostrado que resulta extraordinariamente difícil realizar juicios sobre lo acontecido abstrayéndose por completo del resultado<sup>3</sup>.

Los tribunales españoles han tenido la ocasión de pronunciarse sobre este sesgo aplicado al derecho de patentes<sup>4</sup>, en casos como el examinado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 25ª, de 30 de octubre de 2009:

*“La tesis de R... constituye un claro ejemplo del análisis ex post facto vedado a la hora de examinar la pa-*

**El movimiento cognitivo puso el acento en los sesgos en que incurre el ser humano que tienden a reducir la complejidad de la información recibida, de modo que sea posible la toma de decisiones de forma eficiente**

*tentabilidad de una invención, pues este examen no consiste en determinar qué es lo que hoy resultaría evidente para el experto en la materia a la vista de la patente impugnada, sino de retroceder en el tiempo y situarse en la posición del experto en la materia a la fecha de prioridad de la patente 306 y determinar qué habría*

*resultado evidente entonces, antes de conocer el contenido de la patente impugnada.”*

Más expresiva aun es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 29 de diciembre de 2010 que, ante una reclamación fundamentada en una supuesta negligencia médica, alertó de los riesgos del “*hindsight bias*”, afirmando que “*la moderna psicología cognitiva ha puesto en guardia frente a ciertos errores a los que nos exponemos como consecuencia de mecanismos facilitadores del razonamiento (heuristics), entre los que se encuentra el llamado sesgo de retrospectiva (hindsight bias), que hace que el conocimiento de lo ocurrido (en este caso, la producción del resultado lesivo o dañoso) condicione nuestros juicios de valor pronóstico retrospectivo, haciéndonos sobrevalorar infundadamente la peligrosidad real del hecho y concluir que se ha ejecutado descuidadamente.”*

Es también conocida la jurisprudencia de los Tribunales norteamericanos en materia de derecho de sociedades, en virtud de la cual se entiende que los administradores de una sociedad mercantil cumplen con su obligación de servir diligentemente a los intereses sociales si, racionalmente, creen que el negocio juzgado beneficia a la sociedad que administran; y ello con independencia de que, con posterioridad, esa decisión se demuestre equivocada. Esta regla, conocida como “*business judgment rule*”, tiene un claro fundamento económico<sup>5</sup>, pero igualmente sirve para impedir resoluciones judiciales viciadas por el sesgo retrospectivo, en las que el Juez pudiera caer en la tentación de juzgar, “*a toro pasado*”, decisiones de los administradores cuyo acierto o desacierto, al tiempo de ser tomadas, no era tan claro como en la fecha de realizarse la revisión judicial.

**Se trata de verificar si estas disonancias cognitivas pueden afectar a las decisiones jurisdiccionales, apartando a los sujetos afectados del discurso racional exigible en la resolución de los procedimientos judiciales**

<sup>3</sup> En relación al sesgo de retrospectiva es una referencia ineludible el estudio efectuado por FISCHHOFF en 1975.

<sup>4</sup> El derecho de patentes constituye un terreno especialmente propicio para que este sesgo cognitivo actúe con fuerza. Para que un invento o técnica merezca la protección otorgada por el derecho de propiedad industrial no solo es preciso que se trate de un avance novedoso y útil, sino que debe tratarse realmente de un invento, de avance no obvio en el campo de que se trate, en el momento de solicitarse el registro de la patente. Años después, la novedad de la patente en el momento que se creó puede no resultar tan obvia, pues es difícil abstraerse mentalmente de los avances posteriores a dicho invento, a la hora de juzgar a posteriori su “no-obviedad” originaria.

<sup>5</sup> En la medida en que, de aplicarse un estándar de diligencia muy elevado, los administradores probablemente tenderían a ser excesivamente prudentes, lo que supondría un obstáculo para el libre desarrollo del ánimo de lucro que forma parte de la esencia de toda actividad mercantil.

**- Sesgo de la representatividad (*representativeness*).**

Este sesgo conduce a errores estadísticos y matemáticos en el cálculo de la probabilidad, derivados de la insensibilidad a la probabilidad previa de resultados y al tamaño de la muestra, así como de errores relativos a la aleatoriedad y en relación a la denominada "regresión a la media".

La reflexión anterior concuerda con la teoría elemental de la probabilidad, que enseña que los sucesos "conjuntos" (p.ej. que nos salgan dos 6 seguidos al tirar dos veces un dado) son menos probables que los "disyuntivos" (p.ej. que en las dos tiradas nos salga al menos un 6). En el mencionado trabajo "Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases", TVERSKY y KAHNEMAN mostraron, sin embargo, cómo los sujetos suelen errar sustancialmente al estimar la probabilidad de sucesos complejos: se "exagera" la probabilidad de los sucesos conjuntos (esto es, los del tipo "y") y se infravalora la de los sucesos disyuntivos (es decir, los del tipo "o").

Es posible que la Sala Segunda del Tribunal Supremo incurriera en un error de esta naturaleza en la Sentencia de fecha 29 de julio de 1998. Como expuso CONTHE en varios de los artículos que dedicó a esta resolución en su día<sup>6</sup>, el Pleno de la Sala Segunda, para llegar a una conclusión condenatoria en relación a los dos únicos acusados que no reconocieron su participación en los hechos enjuiciados, necesitaba responder afirmativamente a cuatro cuestiones que, a tenor de los propios votos particulares de la sentencia, no eran en modo alguno claras.

Y es que, en efecto, aunque se considerara como alta la probabilidad de que la sentencia acertara en cada una de las cuatro cuestiones

nucleares que necesariamente deberían concurrir como presupuesto para que fuera posible la condena a los acusados, la probabilidad de que los magistrados acertaran en todas ellas era bastante menor.

Dicho de otra forma, si la probabilidad de acierto del Tribunal Supremo en relación a cada una de las cuatro cuestio-

**En virtud del sesgo retrospectivo, al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que tiende a considerar, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que las mismas eran previsibles desde el principio**

principio de presunción de inocencia y, sobre todo, con el aforismo in *dubio pro reo*<sup>7</sup>.

**- Sesgo de anclaje (*anchoring*).**

Este proceso mental se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (*anclaje*), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional. Los múltiples estudios realizados acreditan cómo este procedimiento mental da lugar a resultados diferentes, simplemente por el hecho de que se haya empezado por un valor distinto. De lo anterior se deriva que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, provocando errores que pasan inadvertidos para el propio interesado. Este sesgo fue puesto de manifiesto, inicialmente, en la realización de estimaciones numéricas, si bien posteriormente pudo constata-

se que esta estrategia equivocada de formación de juicios también se daba en valoraciones no numéricas. Como han señalado diversos estudios empíricos, dentro del campo de las decisiones judiciales el anclaje ha evidenciado ser el heurístico por excelencia en la

jurisdicción penal. En concreto, el anclaje, considerado como la superposición de la condena impuesta por el Juez en relación con la petición del Ministerio Fiscal, se torna en el heurístico de mayor impacto en el ámbito penal, afectando, según algunos estudios, a aproximadamente el 60% de las resoluciones (FARIÑA *et al*)<sup>8</sup>.

**El sesgo de la representatividad conduce a errores estadísticos y matemáticos en el cálculo de la probabilidad, derivados de la insensibilidad a la probabilidad previa de resultados y al tamaño de la muestra, así como de errores relativos a la aleatoriedad y en relación a la denominada "regresión a la media"**

<sup>6</sup> "Tolstoi y nuestros Tribunales", "De Rashomon a Voltaire" y "Telescopio al revés", publicados, respectivamente, con fechas 14-9-98 y 21-9-98 en el diario Expansión.

<sup>7</sup> El voto particular del Auto de 1 de abril de 2011 de la Sala especial del art. 61 LOPJ del TS (caso "Sortu") cifra el porcentaje de probabilidad necesario para una condena penal o civil (diferente, en cada caso). Para la primera, lo sitúa en torno al 90%, mientras que, para la segunda, con arreglo a las diversas corrientes doctrinales, oscilaría entre el 51% y el 80%.

<sup>8</sup> En la elaboración del citado estudio (para el que se analizaron 555 sentencias penales dictadas todas ellas por las Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal de la Comunidad Autónoma Gallega entre los años 1980 a 1995), se midió el efecto de anclaje en relación a la fijación de la pena, tomando como referencia la previa calificación de la Fiscalía, resultando del estudio que un porcentaje superior al 60% de las sentencias estaban, en mayor o menor medida, guiadas por un efecto de anclaje en relación a la petición del Ministerio Fiscal.

En relación a este sesgo, es célebre el experimento llevado a cabo con jueces profesionales norteamericanos (*GUTHRIE et al*). A un primer grupo, compuesto por 66 jueces, se le planteó un supuesto consistente en una demanda de responsabilidad por daños –en la que el actor no especificaba la cuantía exacta reclamada- ante un Tribunal federal (porque demandante y demandado residían, en el caso planteado, en estados distintos), como consecuencia de un atropello de un peatón –confinado de por vida a una silla de ruedas- en determinadas circunstancias.

A un segundo grupo, compuesto por 50 jueces, se le planteó exactamente el mismo supuesto, con la salvedad de añadir un párrafo en el que se informaba de que la empresa demandada solicitó una declinatoria de jurisdicción, alegando que el caso no superaba los 75.000\$ precisos para que el caso fuera competencia de un Tribunal federal, siendo esa declinatoria desestimada. Aunque el daño causado al actor era, obviamente, muy superior a los 75.000\$ -y la mención de esa cifra por la empresa demandada debiera reputarse irrelevante-, la indemnización media fijada por los jueces del primer grupo fue de 1.250.000\$ (*sin anclaje*), por 888.200\$ del segundo (*con anclaje*), lo que supone, significativamente, más de un 40% de diferencia.

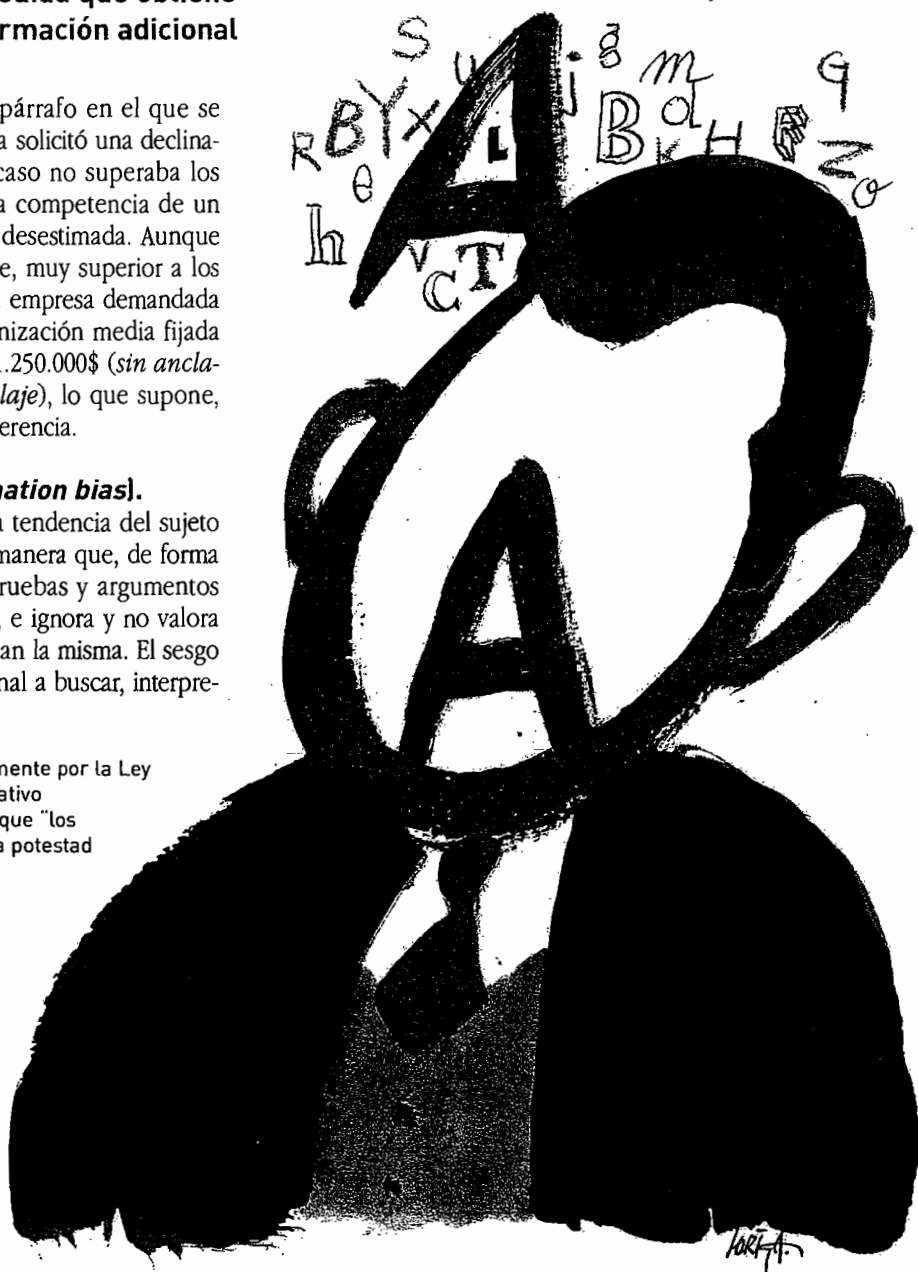
**- Sesgo de confirmación (*confirmation bias*).**

Este proceso mental se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpre-

**El sesgo de anclaje es el proceso mental que se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial, que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional**

tar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis.

La evidencia de que el juez instructor se ve afectado por este sesgo ha llevado al legislador separar las funciones instructora y decisoria, de manera que, el Juez que instruye una causa, no puede fallar sobre la misma<sup>9</sup>. En efecto, detrás de la preocupación genérica del legislador de evitar la parcialidad del juzgador puede verse también el intento de evitar el influjo del sesgo de confirmación<sup>10</sup>. En concreto, nos referimos en este apartado a la causa de abstención y recusación recogida en el art. 219, apartado 11º, de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, de 1 de julio, que señala que es causa de abstención y, en su caso, de recusación, “*haber participado en la instrucción de la*



<sup>9</sup> Esta separación también se prevé expresamente por la Ley 30/1992, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, al prescribirse en el art. 134.2 que “los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.”

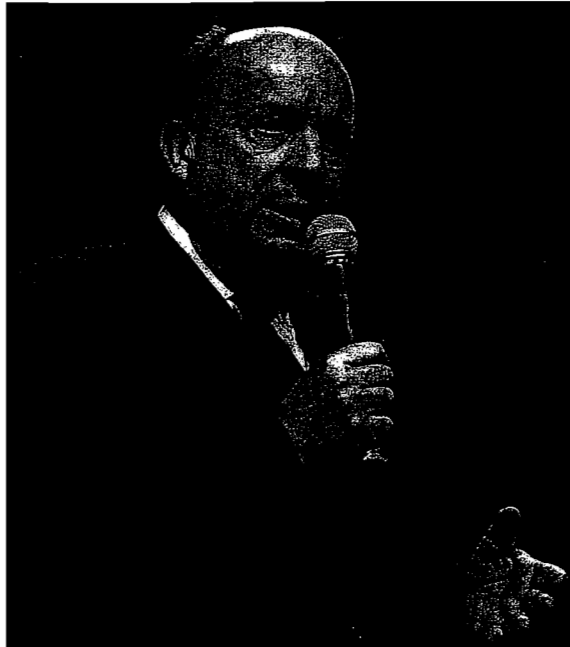
<sup>10</sup> Nos encontramos en el ámbito de la imparcialidad objetiva, que pretende evitar que el órgano enjuiciante posea cualquier tipo de idea preconcebida a la hora de ejercer su función jurisdiccional por su propia intervención en la causa, bien en su fase de instrucción o en el periodo intermedio, garantizando así que no se prejuzgue la culpabilidad del acusado antes o durante la celebración del juicio oral (STC 42/1997).

*causa penal o haber resuelto el pleito o causa en la anterior instancia*<sup>11</sup>.

La redacción del motivo nº 11 del art. 219 LOPJ, apartado 10º, del mismo precepto, antes de la reforma operada por la L.O. 19/2003, procede de la modificación operada, a su vez, por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. Esta modificación fue fruto de la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio de 1988, que viene a consagrar definitivamente el principio de que quien instruye, no puede fallar<sup>12</sup>.

En relación a esta cuestión, es justamente criticada la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 157/1993, de 6 de mayo, cuando afirma que, en caso de acordarse la nulidad de actuaciones por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el justiciable – condenado ya en la instancia- tiene derecho, estrictamente, a la reparación de los vicios advertidos, mediante la retroacción de lo actuado, y a que el Juzgador aprecie y pondere la incidencia o repercusión de las nuevas actuaciones sobre la resolución de la causa, pero no a que la nueva sentencia sea dictada por un Tribunal conformado por otros magistrados distintos<sup>13</sup>.

Un ejemplo reciente es ilustrativo de hasta qué punto el influjo de este sesgo en el instructor puede ser devastador para los derechos fundamentales del imputado. Efectivamente, en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga,



El profesor ZAGREBELSKY estableció que el fin último del método de trabajo es evitar "la temida explosión subjetiva de la interpretación".

Sección 2ª, de 31 de marzo de 2011 (caso "Ballena Blanca"), el Tribunal censura la actitud del juez instructor que, a instancias de la Fiscalía, solicitaba a la policía la búsqueda de datos que apoyaran las "conclusiones" de éste –más bien habría que hablar de "elucubraciones"- sobre la presunta participación de una notaria en la trama delictiva (participación demostrada posteriormente falsa en el plenario):

*"La agente 81607, que a diferencia de la anterior, sí ha estudiado Derecho en Granada, manifestó algo muy significativo. Dijo, en efecto, que "las conclusiones se habían obtenido y ella tenía que buscar datos que las apoyaran". (Esto explicaría el defecto de investigación ya aludido y reconocido, así como esa interpretación sesgada, pues con-*

*forme a la respuesta, no fue el dato el que llevó a formular la tesis, sino al contrario, método que juzgamos de todo punto inapropiado para una indagación de este carácter)."*

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 30 de septiembre de 2011, pone el énfasis en la necesidad de que el órgano judicial enjuiciador analice expresamente en su resolución el resultado de las pruebas practicadas en el acto del juicio a instancias del acusado, como garantía última de que la decisión judicial no sea fruto de las ideas preconcebidas –sesgo de confirmación- de los miembros del Tribunal<sup>14</sup>, sino de un razonamiento lógico, en la que la perspectiva de la defensa haya sido efectivamente tomada en consideración.

<sup>11</sup> De igual forma, cabe advertir efectos similares en el apartado 13º ("haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo") y en el apartado 16º ("Haber ocupado Juez o Magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad") de ese mismo precepto.

<sup>12</sup> A raíz de esa sentencia, resultaba obligado para el legislador adecuar los procedimientos de la Ley de 11 de noviembre de 1980, y el de la diligencias preparatorias (Ley de 8 de abril de 1967), a las directrices marcadas por la citada resolución. Eran posibles distintas soluciones, pero se optó finalmente por la creación de un nuevo procedimiento, el abreviado, que englobaba y derogaba a los dos citados anteriormente, y se instauraron los juzgados de lo penal, encargados del juicio, fallo y ejecución, los cuales carecen de facultades para la instrucción de las causas.

<sup>13</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, "claro está que el Juzgador cuya sentencia de condena fue anulada por vicios de procedimiento se formó y expuso ya una convicción sobre el fondo de la causa y, en concreto, sobre la culpabilidad del acusado, pero se equivoca el Juez a quo al considerar que tal convicción representa un impedimento insalvable frente a la imparcialidad constitucionalmente exigida al Juzgador..." Afortunadamente, la equivocada jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido seguida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que viene entendiendo, de manera reiterada, que, cuando se declare la nulidad de actuaciones con remisión del asunto al Tribunal a quo para que repita el juicio oral, la Sala que ha de volver a examinar los elementos de prueba y a fallar posteriormente debe formarse por magistrados que no hayan intervenido en el juicio anulado (por ejemplo, entre otras muchas, en las Sentencias de fecha 20 de septiembre de 2007 o 25 de junio de 2007).

<sup>14</sup> "[...]lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla –se refiere a la prueba propuesta por el acusado-, porque ello puede ser exponente de un pre-judicio del tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada."



### - Sesgo de grupo (*in group bias*).

Esta distorsión cognitiva provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos, y pueden darse por la pertenencia o no del propio sujeto a uno de esos grupos.

La mayoría de las evidencias obtenidas sobre el alcance del sesgo de grupo derivan de experimentos efectuados con sujetos que se prestaban a los mismos de forma voluntaria; no obstante, debemos hacer mención a un reciente estudio efectuado en 2010 en Israel, que ha confirmado, esta vez sobre la base de decisiones judiciales reales emitidas en dicho estado, la influencia del sesgo de grupo en las decisiones jurisdiccionales, de manera que, con arreglo a las conclusiones de ese trabajo, una demanda tendría en ese estado entre un 17% y un 20% más de posibilidades de ser estimada, si el juez encargado del asunto perteneciera a la misma etnia que el demandante.

El influjo de este sesgo en recientes resoluciones judiciales debe ponernos en guardia, pues, como en el resto de las disfunciones cognitivas, el Tribunal se aparta del discurso racional y se deja llevar por intuiciones sesgadas, en algunos casos extraordinariamente burdas. Brilla con luz propia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6ª, de 3 de junio de 2004, que condenó al acusado a 4 años y 7 meses de prisión, por un delito de receptación de capitales procedentes del narcotráfico –en su modalidad agravada por pertenencia a una organización–, sobre la base de unas presuntas “*máximas de la experiencia*” de las que, a decir del Tribunal, se derivaba que quien comprara una embarcación neumática en la ciudad de Ceuta –salvo que acreditara lo contrario–, lo hacía para utilizarla con fines delictivos (narcotráfico). El sesgo de grupo, en este caso negativo, era patente. Afortunadamente, esta resolución fue casada por la Sentencia de Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2005 con esta ejemplar argumentación:

*“El juicio sobre la prueba, practicado por el Tribunal a quo, vulnera, en primer lugar, las máximas de la experiencia cuando afirma que la operación de compra realizada por el acusado no tiene otra justificación que el tráfico de hachís y que tal obviedad es conocida por cualquier persona en esta ciudad y que, insistiendo en este mismo argumento, el origen*

**E sesgo de confirmación se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma**

*ilícito de las cantidades de dinero necesarias para la adquisición de estos bienes de lujo, no puede ser otro, en esta zona, que el tráfico de drogas». Las máximas de experiencia no son adecuadas para reemplazar la prueba del origen del dinero, cuando le Tribunal de la causa, como ocurre en este caso, no ha podido señalar el menor indicio de que el mismo provenga de operaciones de ilícito comercio. [...] Asimismo el razonamiento del Tribunal de instancia es lógicamente incorrecto. En efecto, de lo que se consideran prácticas generalizadas en Ceuta, no es posible deducir que todos los casos como el presente son una manifestación de esas prácticas. En todo caso, es necesario que la premisa mayor del silogismo judicial sea suficientemente concreta como para permitir deducir de ella la consecuencia que se pretende. Pero, en el presente caso la premisa no sólo tiene una inaudita generalidad, sino, que además, como tal no está probada.”*

Hemos hecho la anterior exposición de la forma más didáctica posible, en detrimento de una explicación detallada de esos sesgos<sup>15</sup>, simplemente para poner de manifiesto la importancia que para cualquier profesional del Derecho tiene esta perspectiva cognitiva en la toma de decisiones, en la medida en que jueces y jurados están expuestos a incurrir en tales sesgos (evidentemente, las partes y sus abogados también lo están, pero esto es algo que se admite pacíficamente). Diversos estudios confirman, por si hiciera falta, que este tipo de disfunciones cognitivas se dan sistemáticamente en todos los países y culturas, de manera que sería una presunción extraordinariamente atrevida –y contraria a toda evidencia científica– pretender que los jueces y jurados españoles se hallan indemnes a la influencia de estos errores cognitivos.

En la medida en que toda decisión jurisdiccional consiste en un pronunciamiento sobre los hechos enjuiciados efectuado por un ser humano –ya sea juez o jurado–, es importante conocer el alcance e influencia que los sesgos cognitivos que, inevitablemente, afectarán a la correcta apreciación de la *quaestio facti* por parte del tribunal<sup>16</sup>.

### Técnicas de neutralización de estos sesgos

Podemos señalar las siguientes técnicas de evitación o minimización de los efectos de los sesgos (*debiasing*):

- En primer lugar si, como es sabido, el sesgo retrospectivo interfiere en los sujetos, haciendo que el conocimiento del

<sup>15</sup> Para los interesados en un examen más detenido de los sesgos cognitivos (algunos no mencionados en este artículo) y su influencia en los procesos judiciales, puede consultarse “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales. El factor humano: una aproximación.”, Indret, Revista para el análisis del Derecho, nº 1/2011; MUÑOZ ARANGUREN.

<sup>16</sup> Es más, a nuestro juicio los sesgos no sólo afectan a la parte no normativa del denominado silogismo judicial –relativa a la determinación del hecho–, aún siendo al ámbito natural de actuación de los defectos cognitivos, sino también a la premisa jurídica o *quaestio iuris*, en la medida que suponen una distorsión del razonamiento lógico-abstracto.

resultado ocurrido produzca la impresión de que era inevitable, un primer intento de *debiasing* ha sido forzar a esos sujetos a poner en cuestión lo inevitable del resultado conocido; es decir, intentar que el Juzgador se convenza de que el resultado podría haber sido distinto (*FISCHHOFF*). Sin embargo, como estudios recientes parecen demostrar, cuando a los sujetos de estos experimentos se les exhorta a producir muchas alternativas, se produce un efecto paradójico, de manera que el sesgo retrospectivo incluso se incrementa.

- De igual forma, y en línea con lo anterior, se ha acreditado también la significativa influencia que tiene la explicación por parte del abogado de la defensa de la existencia y funcionamiento de este sesgo de retrospectiva en sus informes orales en el juicio, de manera que, si bien no se eliminó por completo este error cognitivo, sí se mitigó de manera significativa (*MANDEL*).

- En relación al sesgo de anclaje, diversos estudios han mostrado que un entrenamiento de jueces y magistrados para que lleguen a ser conscientes de los sesgado que pueden estar sus decisiones redundaría en decisiones más objetivas (*FARINA et al*), habiéndose demostrado también efectiva la incitación a los jueces, previamente a la formación de un juicio, a que asienten un factor de protección contra el anclaje, consistente en generar un valor de anclaje alternativo o que consideren múltiples puntos de anclaje.

- Otra medida a tomar en consideración es la correcta utilización de los criterios de imputación causal por parte del Juez o Tribunal sentenciador. En ese sentido, la teoría de la causalidad adecuada, también conocida bajo la denominación de causa eficiente, formulada primero en el ámbito penal por *VON BAR* y *VON KRIES*, y adoptada posteriormente en el orden civil – que se construyó sobre la base de los juicios de probabilidad formulada por los autores anteriormente mencionados-, predominante desde hace décadas en la atribución de responsabilidad tanto por la Sala Segunda, como por la Sala Primera del Tribunal Supremo, supone un valoración de los hechos *ex ante* a la hora de medir la diligencia del agente, de manera que, al menos en la teoría, no se tiene en cuenta el resultado efectiva-

mente acaecido a la hora de atribuirle o no la imputación de ese resultado a un determinado agente. La correcta aplicación de esta doctrina por los Tribunales constituye, por sí misma,

un útil instrumento coadyudante para rebajar la influencia, tanto del sesgo de anclaje, como del confirmatorio y, sobre todo, del de retrospectiva, resultando significativo a este respecto que los estudios efectuados concluyan que el efecto de anclaje trae consigo sistemáticamente una evitación de la justificación causal por parte del órgano judicial.

- Finalmente, la doctrina jurídica norteamericana ha planteado abiertamente la posibilidad de reducir la influencia de los sesgos cognitivos mediante la modificación de determinadas normas del ordenamiento jurídico. El

supuesto típico es la regla, recogida en el derecho procesal federal, que impide que las medidas adoptadas con posterioridad al suceso por el demandado/acusado, con el fin de evitar, en el futuro, que se produzca un nuevo evento dañoso, sean admisibles como prueba a la hora de acreditar la existencia de negligencia, con carácter retroactivo. Se trata de un remedio legal para evitar que el juez o los miembros del jurado consideren la adopción de estas medidas *ex post facto* como una táctica admisión de una previa actividad negligente (en definitiva, de que no se hizo, con anterioridad, lo suficiente para evitar el daño)<sup>17</sup>.

Un ejemplo del empleo de técnicas legislativas para evitar la influencia del sesgo de retrospectiva en el derecho español se detecta en el art. 140.1 e) del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aproba-

do por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en virtud del cual el fabricante quedará exonerado de responsabilidad si, entre otros requisitos, prueba que “*el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación (del producto) no permitía apreciar la existencia del defecto*”<sup>18</sup>.

**El sesgo de grupo provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo**

**De lo que se trata, en definitiva, es de combatir las resoluciones judiciales basadas exclusivamente en intuiciones subjetivas o en ideas preconcebidas –normalmente sesgadas–, en las que primero se llega a la conclusión y, después, se escogen los razonamientos ad hoc para justificarlas, cuando el método de trabajo debería ser el inverso**

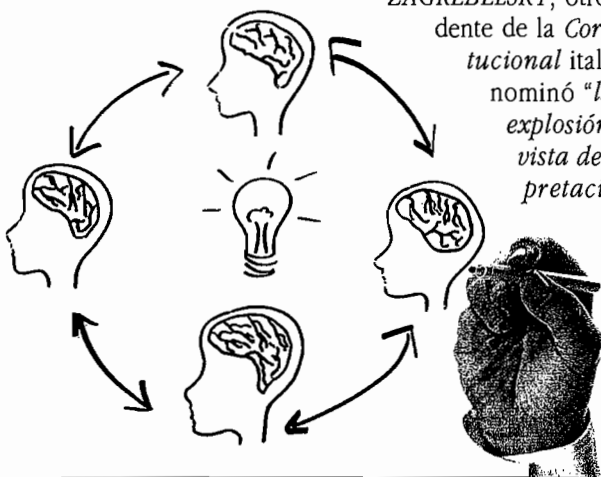
<sup>17</sup> Lo que en muchos casos dista de ser cierto, puesto que un accidente puede enseñar a quien causó el daño mucho sobre cómo evitar en el futuro la causación del mismo, sin que ello quiera decir, per se, que la inicial actuación del agente fuera negligente. Fácilmente se advierte, además, un efecto perverso que este sesgo retrospectivo podría tener en relación a la progresiva mejora de las medidas de seguridad para evitar los daños futuros, dado el potencial riesgo para el demandado/acusado de que se malinterpretara esa posterior adopción de medidas adicionales –por lo que la persona enjuiciada se abstendría de hacerlo, al menos mientras la controversia judicial no hubiera finalizado–, con el coste social consiguiente.

<sup>18</sup> Este precepto es interpretado por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 14 de enero de 2011.

No obstante todo lo anteriormente expuesto, existe todavía mucho que investigar en relación al influjo de los sesgos en las decisiones jurisdiccionales y a los métodos más efectivos para su neutralización. Los estudios empíricos realizados hasta la fecha, fundamentalmente en EEUU, no permiten alcanzar conclusiones definitivas y queda mucho camino por recorrer.

De lo que se trata, en definitiva, es de combatir las resoluciones judiciales basadas exclusivamente en intuiciones subjetivas o en ideas preconcebidas —normalmente sesgadas—, en las que primero se llega a la conclusión y, después, se escogen los razonamientos *ad hoc* para justificarlas<sup>19</sup>, cuando el método de trabajo debería ser el inverso<sup>20</sup>. El fin

último sería evitar lo que el profesor ZAGREBELSKY, otrora Presidente de la Corte Constitucional italiana, denominó “la temida explosión subjetivista de la interpretación”, un



## Abstract

There is a wide-spread consensus in American legal literature on the existence and influence of cognitive biases in court decisions. However, Spanish doctrine and jurisprudence scarcely touch on this point. This article tries to explain why cognitive dysfunctions affect court decisions (be they taken by judges or juries), neglecting the impact on the involved subjects of the lack of a rational discourse required for judgment, relating it to some methods to neutralize its effects.

mal que conduce a la falta de previsibilidad y certeza en los procesos de aplicación del Derecho.<sup>21</sup>

Ahora bien, el primer paso debe ser, necesariamente, el reconocimiento de su existencia y de los problemas asociados a su influencia por los propios jueces y jurados.

Como señalaba Orwell en el artículo con el que comenzamos nuestra exposición, todos somos capaces de creer en cosas que sabemos que son inciertas y, a pesar de ello, cuando finalmente se nos prueba que estábamos equivocados, alterar imprudentemente los hechos de manera que parezca que teníamos razón. Intelectualmente, decía Orwell, es posible mantener esa actitud durante mucho tiempo: el único problema es que, tarde o temprano, las falsas creencias se estrellan contra la sólida realidad. ■

<sup>19</sup> Se trata, en suma, de defender que los casos sean resueltos por los Tribunales, en la medida de lo posible, conforme a criterios de racionalidad y no meramente intuitivos. Hacemos nuestra la posición de Robert ALEXY —frente a quienes apuntan —como Habermas— que las ponderaciones jurídicas se realizan «bien arbitrariamente o de forma irreflexiva según standards y escalas al uso... pues faltan criterios racionales para ello»-, que subraya la posibilidad de realizar juicios racionales en el ámbito del Derecho. El razonamiento jurídico, aunque goza de una cierta autonomía, no está desgajado del razonamiento práctico. A un Tribunal no le pedimos sólo soluciones formalmente conformes a la Ley; también le pedimos soluciones materialmente razonables. “La necesidad del Derecho —como dice Robert Alexy en su “Teoría de la argumentación jurídica”- no significa decir adiós a la razón.”

<sup>20</sup> Aunque a veces se haga con la mejor de las intenciones, como en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de noviembre de 2010, que estima la demanda de revisión de una previa sentencia del propio TS —ante unas circunstancias familiares verdaderamente dramáticas-, dando prevalencia al testimonio de un enigmático testigo que entra en escena, por sorpresa, más de 20 años después de sucedidos los hechos, sobre las varias pruebas periciales practicadas, con todas las garantías, en dos jurisdicciones diferentes y tomadas en consideración por hasta cinco órganos judiciales diferentes. Pero, como dijo el juez HOLMES, los casos difíciles no crean buena jurisprudencia.

<sup>21</sup> “El derecho dúctil. Ley, derechos y Justicia”, 5ª edición, traducción de María Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

## Bibliografía

**Jaime ALONSO GALLO** (2006), “Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal” en “Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García”, Madrid, Editorial Bosch y “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal”, Revista Indret 4/2011.

**Manuel CONTHE GUTIERREZ**, (2007), “La paradoja del bronce”, Editorial Crítica, Madrid, 2007.

**Francisca FARIÑA, Ramón ARCE y Mercedes NOVO** (2002), “Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales”, Psicothema, 2002, Volumen 14, nº 1.

**B. FISCHHOFF** (1975). “Hindsight≠foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty”. Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance, 104, 288–299.

**Chris GUTHRIE, J. RACHLINSKI, A.J. WISTRICH** (2001) “Inside the judicial mind”, Cornell Law Review 777.

**Gregory N. MANDEL** (2006), “Patently Non-Obvious: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational”. Ohio State Law Journal, Vol. 67, p. 1391, 1st Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper.