

Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales

Andrés Páez
Universidad de los Andes

1. Introducción

Durante los últimos años han aparecido muchos estudios que presentan de manera clara y contundente el efecto negativo de los sesgos cognitivos en los procesos judiciales¹. Desde el momento en que comienza una investigación hasta el instante de la imposición de la pena, existen múltiples ocasiones en que los sesgos de los diferentes agentes judiciales, y las heurísticas que utilizan, interfieren negativamente en sus razonamientos y decisiones. No se trata únicamente de sesgos raciales, sexuales, sociales o religiosos, los cuales han sido ampliamente estudiados en el derecho. Se trata de sesgos implícitos propios del procesamiento de información, tanto sensorial como conceptual, que afectan a todos los seres humanos en todos los ámbitos de la vida, incluso cuando toman decisiones difíciles e importantes (Conlisk, 1996), incluyendo las decisiones judiciales (Guthrie et al., 2001).

Esta evidencia empírica contrasta fuertemente con el anhelo de que las decisiones judiciales sean el resultado exclusivo de un razonamiento lógico-jurídico correcto. Más grave aún, estos estudios ponen en duda la posibilidad misma de que los agentes judiciales logren ejercer una racionalidad plena dado el efecto sistemático, recalcitrante y porfiado de los sesgos cognitivos. En efecto, existen muy pocas medidas terapéuticas que hayan

¹ Para una introducción al problema, véase Saks & Kidd (1980), Weinstein (2003), Muñoz (2011) y Peer & Gamliel (2013). Algunos autores hispanoamericanos (por ejemplo, Soria & Saíz, 2010; De la Rosa & Sandoval, 2016) utilizan el término “sesgos cognitivos” en un sentido más laxo que incluye la personalidad del juez y su contexto social, político y religioso como elementos que afectan las decisiones judiciales. En este artículo se tomará el término en un sentido más restringido, tal y como es utilizado dentro de la tradición de sesgos y heurísticas en psicología (Kahneman, Slovic & Tversky, 1982).

demostrado tener un efecto preventivo sobre los investigadores y decisores judiciales, eliminando o disminuyendo la presencia de estos sesgos.

Frente a estas dificultades, una posible estrategia para disminuir el efecto nocivo de los sesgos es enfocarnos, no en modificar el comportamiento de los agentes judiciales, sino en moldear su entorno para que los sesgos tengan menos oportunidades de aparecer. En particular, considero que es más provechoso concentrar nuestros esfuerzos en identificar aquellas reglas procesales que facilitan o limitan el efecto de los sesgos. Desde la manera de identificar a los sospechosos de un delito hasta el orden en que se presentan los testimonios en un juicio, cada detalle estructural y contextual contribuye a propiciar o a impedir que la información utilizada lleve a conclusiones erróneas. Si uno de los propósitos de la epistemología jurídica es “proponer cambios en las reglas existentes para eliminar o modificar aquellas que resulten ser obstáculos significativos para llegar a la verdad” (Laudan, 2006, p. 3), es innegable que una de sus tareas principales debe ser examinar y proponer modificaciones a las reglas procesales con miras a minimizar la probabilidad de que las decisiones judiciales se vean afectadas por dichos sesgos. Las reglas procesales están diseñadas con base en sus efectos sobre el comportamiento y las percepciones de las partes, y es allí donde debemos concentrar nuestros esfuerzos para mejorar la calidad, y en última instancia, la racionalidad de las decisiones judiciales.

En este ensayo quiero presentar inicialmente un breve panorama del problema de los sesgos cognitivos en los procesos judiciales y discutir algunas de las soluciones que se han intentado implementar, sobre todo en el derecho estadounidense. De esto se ocuparán las secciones 2 y 3. Pero la pregunta de fondo que quiero plantear no se refiere a ningún sesgo cognitivo en particular ni a ninguna regla procesal específica, sino más bien a las implicaciones que tiene el fenómeno de los sesgos cognitivos para la legitimidad de las decisiones judiciales, las cuales deben estar racionalmente fundamentadas. Tras analizar varias posibles formas de entender la racionalidad jurídica, esbozaré el que considero es el

camino más propicio para restaurar su legitimidad racional. De esto se ocuparán las secciones 4 y 5 de este ensayo.

2. Los sesgos cognitivos

El estudio de los sesgos cognitivos en el derecho tiene una larga y respetable historia. Desde el impacto que puede tener la apariencia física de un testigo hasta la tendencia a encontrar excesiva coherencia en los hechos del caso, todos los momentos de un proceso judicial son vulnerables a las deformaciones introducidas por los sesgos cognitivos. En esta sección voy a introducir algunos de los sesgos más estudiados a modo de ejemplo y explicaré el tipo de evidencia que se ha utilizado para identificarlos en el ámbito del derecho.

Antes de presentar algunos ejemplos de sesgos cognitivos es conveniente explicar brevemente qué son exactamente². Un sesgo cognitivo es una desviación sistemática, involuntaria e inconsciente de una norma o de un estándar de racionalidad al emitir un juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción. No se trata de un simple error, sino de comportamientos que ocurren consistentemente bajo circunstancias similares, y que por lo tanto son predecibles y replicables. Son causados principalmente por el uso de heurísticas, atajos que utilizamos en el procesamiento de información, pero también son producto de las limitaciones de nuestra capacidad cerebral de procesar información, de influencias emocionales, morales y sociales, y de distorsiones en el proceso de almacenamiento y búsqueda de información en la memoria.

A continuación, presentaré cuatro de los sesgos más discutidos en la literatura jurídica. Existen muchos otros que se podrían incluir, pero mi objetivo aquí no es ofrecer un tratamiento comprehensivo del tema, sino más bien plantear el problema en términos

² El concepto de sesgo cognitivo fue introducido por los psicólogos israelíes Kahneman y Tversky a comienzos de los años 70 del siglo pasado. Kahneman, Slovic & Tversky (1982) ofrece un tratamiento comprehensivo del tema.

generales para poder discutir más adelante sus implicaciones para la legitimidad racional de las decisiones judiciales.

El primer sesgo que quiero discutir es quizás el más importante, no sólo en el derecho, sino en cualquier razonamiento de índole inductivo en la ciencia o en la vida cotidiana. Se trata del sesgo de confirmación³. Al evaluar una hipótesis favorecida por un agente, éste mostrará una fuerte tendencia a buscar, recordar y darle más valor a la evidencia que confirme esa hipótesis. Por ejemplo, si un juez se forma rápidamente la idea de que el imputado es culpable, su creencia deformará su valoración de las pruebas presentadas durante el juicio. El sesgo es potenciado por factores emocionales como la rabia (Ask & Pina, 2011). Así, si un detective indignado cree firmemente que un sospechoso es culpable de acceso carnal violento, el sesgo de confirmación lo llevará a privilegiar fuertemente la evidencia que confirme la culpabilidad de esa persona, desechando otras posibilidades. Existe evidencia de que los miembros de los jurados, en los países donde existe esta figura, adoptan muy rápidamente una posición acerca de la culpabilidad o responsabilidad del imputado. En experimentos con jurados simulados, la evidencia muestra que el sesgo de confirmación lleva a una rápida polarización en sus posiciones (Myers & Lamm, 1976). Una consecuencia adicional de este sesgo es el exceso de confianza que genera en las decisiones que se toman con base en la evidencia confirmatoria.

Un segundo sesgo que ha sido objeto de numerosos estudios es el sesgo retrospectivo (Fischhoff, 1975). Cuando se tiene conocimiento de un hecho, existe la tendencia a pensar que éste era mucho más predecible de lo que en realidad era posible inferir en el momento con la información disponible. En términos más técnicos, es la

³ Aunque a lo largo de la historia varios filósofos habían señalado la existencia de este sesgo, el término fue acuñado por el psicólogo Peter Wason (1960).

tendencia a sobreestimar ex post las probabilidades ex ante. El resultado es que los jueces tienden a asignarle mayor responsabilidad de la debida a un imputado por negligencia. El ejemplo más infame del sesgo retrospectivo es el de una corte de Nueva Jersey que condenó a los ejecutores de un testamento en 1931 por no haber previsto el desplome de la bolsa en 1929 (*In re Chamberlain's Estate*, 1931). Hoy en día en Estados Unidos los corredores de bolsa y las personas que toman decisiones financieras no pueden ser demandadas por los inversionistas si los resultados no son los esperados, pues se considera que cualquier sentencia judicial al respecto necesariamente va a ser afectada por el sesgo retrospectivo (Rachlinski, 1998, p. 619).

El sesgo es muy común en casos de negligencia médica y de responsabilidad por fallas en el desempeño de un producto. También ocurre en las disputas sobre patentes. Cuando hay una disputa acerca de los derechos de autor de un invento, se puede caer en la tentación de pensar que no es sorprendente que diferentes personas hayan llegado a él de manera independiente. En el caso *Graham v. John Deere Co.* (1966), la Corte Suprema de Estados Unidos previno justamente acerca del sesgo retrospectivo y aclaró el sentido en el que un invento patentado puede ser obvio y evidente. Finalmente, en los casos de negligencia se ha detectado que la gravedad del daño, y tener conocimiento de que el demandado intentó remediar el daño causado, aumentan dramáticamente la probabilidad de que el sesgo influya en la decisión (LaBine & LaBine, 1996).

Un tercer sesgo es el resultado de la llamada heurística de representatividad (Kahneman & Tversky, 1973). En la vida diaria a menudo debemos decidir a cuál categoría pertenece un evento o una persona. Es muy frecuente que en el proceso de categorización nos dejemos guiar por alguna propiedad sobresaliente y superficial de los eventos o las personas, saltando rápidamente a la conclusión de que éstos pertenecen a una categoría sin tener en cuenta evidencia que puede apuntar en la dirección opuesta. Veamos un ejemplo adaptado de uno originalmente propuesto por Tversky y Kahneman (1982).

Considere la siguiente descripción: “José es una persona que siempre está dispuesta a ayudar. Le encantan los niños y es muy organizado y sensible”. Si asumimos que José es colombiano, ¿qué es más probable, que José sea un chofer de taxi o un profesor de preescolar? La mayoría de la gente responderá que es más probable que sea un profesor de preescolar porque se concentra en características como la sensibilidad y el amor por los niños como rasgos representativos de un profesor de preescolar. La persona que escoge esta opción está usando la heurística de representatividad. El problema es que la respuesta está equivocada porque ignora la *tasa base* de hombres colombianos que trabajan como taxistas, que es muy alta, y la de hombres colombianos que trabajan como profesores de preescolar, que es extremadamente baja. Con la información proporcionada, la respuesta es que es mucho más probable que José sea un chofer de taxi.

En el derecho, la heurística de representatividad tiene serias consecuencias. La más notoria de ellas es la interpretación errónea de la evidencia forense, sobre todo cuando ésta tiene un carácter probabilístico. Supongamos que en la escena de un crimen se encuentran fibras de un tapete que corresponde al mismo tipo de tapete que hay en la residencia del principal sospechoso del crimen. Existe la tentación de asignarle un valor probatorio muy alto a este hecho, pero si el tipo de tapete en casa del sospechoso es extremadamente común, la evidencia tendrá un valor probatorio nulo. De nuevo, la clave está en la tasa base y no en la similitud entre las fibras. O consideremos un uso mucho más problemático de la heurística de representatividad. En los casos de abuso sexual a menores, los peritos, utilizando la heurística de representatividad, suelen testificar que el comportamiento de un menor “es consistente con” el comportamiento de un menor abusado. La frase tiene la intención de indicar que el comportamiento del menor también se ha identificado en el de otros menores que han sufrido abuso, y el perito pretende que la semejanza sirva de prueba de dicho abuso. Sin embargo, es claro que muchos niños que no han sido abusados pueden presentar comportamientos semejantes a los de niños que sí lo han sido. La coincidencia

entre el comportamiento del niño que está siendo examinado y el de otros niños en la categoría de niños abusados es irrelevante a menos que sepamos la frecuencia de este mismo comportamiento en niños que no han sido abusados (Lyon & Koehler, 1996). En términos más técnicos, si consideramos una evidencia E y una hipótesis H, el resultado de dividir la probabilidad de que se dé la evidencia E dada la hipótesis H, por la probabilidad de que se dé la evidencia E dada la falsedad de la hipótesis H, $p(E|H) / p(E|\neg H)$, debe ser significativamente mayor a 1 para que la evidencia E tenga un valor probatorio⁴. En el caso de abuso a menores, si el comportamiento en cuestión se presenta igualmente en niños abusados (H) y no abusados ($\neg H$), entonces E no tiene valor probatorio porque $p(E|H) / p(E|\neg H) = 1$.

En general, al usar la heurística de representatividad los juzgadores tienden a ignorar la tasa base, a desestimar la posibilidad de que haya semejanzas debidas al azar, y a olvidar que siempre se deben tener en cuenta posibles escenarios exculpatorios como la contaminación o manipulación de una muestra en un laboratorio.

El último ejemplo que consideraré es el del efecto ancla (Guthrie, Rachlinski & Wistrich, 2001). Al estimar una fecha o una cantidad, la exposición previa a un número cualquiera, absurdo o no, afecta la estimación. El ejemplo más cotidiano ocurre cuando intentamos establecer el precio de una vivienda. Los corredores de finca raíz intentarán plantar un ancla alto a partir del cual se negocie el precio, y el comprador limitará sus ofertas a un cierto porcentaje por debajo de esa ancla. En el derecho el efecto ocurre especialmente cuando un juez debe decidir la compensación monetaria a un demandante en un juicio de responsabilidad, o cuando debe decidir la duración de una pena privativa de la libertad. En el primer caso, el abogado del demandante exigirá una cantidad muy alta con el fin de anclar

⁴ La proporción $p(E|H) / p(E|\neg H)$ es conocida en inglés como el *likelihood ratio* y hace parte integral del teorema de Bayes. Fue sugerida por Lempert (1977) y Lyon & Koehler (1996) como una medida de la relevancia de una pieza de evidencia frente a una hipótesis dada.

la disputa monetaria alrededor de esa cifra, y en el segundo, el fiscal pedirá una pena prolongada esperando conseguir una que se acerque lo más posible a la solicitada. En un estudio realizado en la Comunidad Autónoma Gallega se analizó el efecto ancla en 555 sentencias entre los años 1980 a 1995 con respecto a la imposición de la pena, y se encontró que en mayor o menor medida el 60% de las sentencias estaban guiadas por la solicitud de la fiscalía (Farina *et al.*, 2002).

Además de estos sesgos, se han estudiado especialmente: el efecto halo, en el cual la apariencia o el estatus social o profesional de un testigo le añade o le resta credibilidad a su testimonio; el efecto marco, en el que la manera en que se describe una situación o se plantea una pregunta afecta la valoración de lo que está en juego; y la criptomnesia, en la cual una idea adventicia almacenada en la memoria no se experimenta como un recuerdo sino como una idea nueva, original y propia. La lista de sesgos y sus posibles efectos en el derecho es bastante larga, pero considero que este breve resumen de los más prominentes nos permitirá plantear el problema de fondo sobre la legitimidad racional de las decisiones judiciales.

3. ¿Es posible contrarrestar los sesgos?

La calidad de un sistema judicial depende en gran medida de la calidad de las decisiones que toman sus jueces y de la capacidad de autoevaluación del sistema. Si existen razones objetivas, basadas en evidencia empírica, para considerar que las decisiones de los jueces presentan errores sistemáticos y frecuentes, un sistema debería tener la capacidad institucional de corregir dichas fallas. Desafortunadamente dicha capacidad ha brillado por su ausencia. Desde hace varias décadas los psicólogos han expresado su frustración ante la indiferencia del derecho frente a los descubrimientos de las ciencias cognitivas (Saks & Baron, 1980; Monahan & Walker, 1988; Small, 1993). Sólo hasta comienzos de este siglo algunas jurisdicciones en Estados Unidos comenzaron lentamente a introducir reformas,

por ejemplo, cambiando algunas leyes referentes a la manera en que se presentan los créditos de consumo y revisando las doctrinas de responsabilidad fiduciaria (Persad, 2014). A un nivel más teórico, la influencia de la psicología experimental ha puesto en duda doctrinas fundamentales del derecho anglosajón como el *stare decisis*. La evidencia cognitiva indica que los seres humanos tenemos la tendencia a preferir el estatus quo, a sobrevalorar las opciones que se presentan por defecto, a seguir la autoridad de otros y a forzar la coherencia de los casos nuevos dentro de patrones bien conocidos (Jois, 2009). Así, el fundamento de la *stare decisis* como heurística recaería más en tendencias que reflejan sesgos cognitivos de los seres humanos que en razones jurídicas teóricamente fundamentadas.

A pesar de la creciente influencia de la psicología, el diagnóstico presentado en la sección anterior sólo ha llevado a la modificación de un número muy reducido de reglas procesales. En gran medida esto se debe, según Posner (1999), a que las cortes no sienten ninguna presión para reformar y mejorar la calidad de sus procesos de decisión. Además, en la mayoría de los casos los jueces no reciben retroalimentación alguna acerca de la calidad de sus razonamientos, sin contar con que, en algunos sistemas, los que toman las decisiones de primera instancia son jurados que no deben justificar sus actos.

Muñoz Aranguren sugiere que exigir que los jueces y magistrados justifiquen sus decisiones puede ser un antídoto contra la aparición de sesgos: “La motivación de las resoluciones judiciales al exigir una exteriorización razonada y razonable de los motivos que fundamentan el sentido del fallo, supone un freno a los impulsos *decisionistas* del juzgador, *producto de meras conjeturas subjetivas y de sesgos cognitivos*, permitiendo de igual forma la revisión por parte del órgano jurisdiccional superior del correcto razonamiento lógico-jurídico de la sentencia” (2011, p. 27, cursivas en el original). Pero esta sugerencia difícilmente solucionará el problema. En primer lugar, el razonamiento ex post presentado en la sentencia no necesariamente describe fielmente el razonamiento real que se llevó a

cabo en cada etapa del proceso. Es bien sabido que en muchos casos los jueces deciden y después encuentran la justificación de sus decisiones. En segundo lugar, la exposición de razones en las decisiones judiciales muchas veces no deja muy claro cómo se llega a una decisión y se limita a copiar apartes de los escritos de acusación y defensa. Por lo tanto, es difícil determinar si el razonamiento fue afectado por sesgos cognitivos. En tercer lugar, es implausible que las cortes superiores decidan aumentar su carga de trabajo para revisar el razonamiento de los jueces sin que medie una apelación, especialmente cuando dicha revisión probablemente no alterará en absoluto la decisión tomada durante el juicio. Y finalmente, esta sugerencia asume que los integrantes del órgano superior harán una evaluación de los hechos y del razonamiento del juez que sea inmune a los sesgos que puedan estar presentes en la resolución original. No hay razón alguna para pensar que, si un juez ignoró la tasa base, por ejemplo, un magistrado de un órgano superior no vaya a hacer lo mismo. Y si el magistrado del órgano superior ha recibido entrenamiento para no cometer ese error, la solución real sería ofrecerles el mismo entrenamiento a todos los jueces.

A este respecto vale la pena mencionar la propuesta de Amalia Amaya (2013, 2015), según la cual los jueces deben aspirar a comportarse de una manera epistémicamente responsable e intelectualmente virtuosa. Una de sus obligaciones epistémicas, considero yo, es tomar todas las medidas necesarias para evitar los errores generados por los sesgos cognitivos. La idea de que un juez debe ser consciente de sus limitaciones se origina, por supuesto, en la obra de Jerome Frank, quien afirma en el Prefacio de 1948 a *Law and the modern mind* que “un juez responsable intentará, en la medida de lo posible, llegar a ser consciente de sus sesgos [de carácter individual] y anular su efecto a través de este autoconocimiento” (1949, p. xx, traducción propia). Como veremos en esta sección, la virtud intelectual, la responsabilidad epistémica y el autoconocimiento serán insuficientes para este propósito. A continuación, examinaré brevemente algunos de los intentos que se han

hecho por eliminar o atenuar el efecto de los sesgos cognitivos dentro del derecho. Me limitaré a los sesgos descritos en la sección anterior.

Es difícil identificar cuáles reglas procesales promueven o atenúan la aparición del sesgo de confirmación. Es una tendencia tan arraigada en todos los seres humanos que es difícil imaginar que la simple modificación de una regla procesal pueda disminuir su presencia. Sin embargo, en la literatura psicológica existen algunos remedios metodológicos que han tenido un éxito limitado. La principal estrategia es cuestionar permanentemente los supuestos con los que razonamos, buscar activamente evidencia que no esté de acuerdo con nuestras creencias preestablecidas y no asumir una actitud puramente reactiva ante la información que se nos presenta. Aunque esta estrategia podría funcionar en un sistema inquisitivo, en los sistemas adversariales el juez o los jurados parecen condenados a reaccionar ante la información provista por cada una de las partes. Sin embargo, aunque el juez no pueda buscar proactivamente nuevas pruebas, sí puede imaginar hipótesis alternativas que también expliquen los hechos. Una vez se haya planteado posibles alternativas, puede buscar activamente, en el acervo probatorio, información que pueda confirmar teorías del caso no contempladas por las partes. Obviamente esta es una estrategia de alcance limitado que depende de la capacidad imaginativa del juez y de la existencia de un acervo probatorio considerable. En últimas, el único recurso universalmente utilizable es la educación de los jueces para que sean conscientes de la existencia del sesgo de confirmación y de todas las formas en que se manifiesta, sin que ello garantice en absoluto su no aparición.

Se podría pensar que las decisiones tomadas colegiadamente tienden a disminuir el efecto del sesgo de confirmación, puesto que cada uno de los miembros del tribunal o del jurado se puede ver enfrentado a puntos de vista opuestos a los suyos. Sin embargo, las decisiones grupales dan pie a otra familia de sesgos que no garantizan que la decisión sea más ajustada a los hechos. El sesgo grupal más común en el derecho es el sesgo de

polarización. Muchas veces los grupos toman conjuntamente decisiones más extremas que las que defendían inicialmente cada uno de sus miembros. También se ha determinado que los grupos tienden a amplificar los errores de sus miembros individuales, y son presa del efecto cascada, en el que los miembros tienden a converger hacia las opiniones de los que hablaron o actuaron primero (Sunstein, 2007). El remedio, por tanto, resulta peor que la enfermedad.

El sesgo retrospectivo, por su parte, es uno de los más recalcitrantes y difíciles de neutralizar. Incluso después de saber acerca de su existencia y de tener la opción de recibir un estímulo económico en caso de acertar, el juzgador promedio recaerá en la sobreestimación de probabilidades. El único recurso conocido para contrarrestar sus efectos es la construcción de árboles de fallas como los utilizados en ingeniería. Los árboles de fallas son diagramas que presentan todas las posibles causas que contribuyen a un resultado negativo y sirven de base para hacer un análisis probabilístico de la contribución de los eventos en cada rama (Fischhoff, Slovic & Lichtenstein, 1978). Una metodología tan invasiva es inviable en un sistema de jurados, pero sería posible entrenar a los jueces en su uso. Naturalmente esta solución nos obliga a contemplar la opción de tener jueces expertos y jueces especializados en asuntos técnicos, posibilidad que ha sido ampliamente discutida en la filosofía del derecho (Di Lello, 1993; Oldfather, 2012). Otra posible solución que ha sido contemplada ha sido la de elevar el estándar de prueba en aquellos casos en los que el sesgo retrospectivo puede beneficiar al demandante (Hastie et al., 1999). Esta solución implicaría abandonar el tradicional estándar de preponderancia de la prueba en los casos civiles. Además, como anota Rachlinski, sería una solución que atacaría los síntomas, pero no la enfermedad (2000, p. 71). La solución que han adoptado varias jurisdicciones es la de suprimir evidencia que no fuera conocida en el momento del supuesto acto negligente. Por ejemplo, la regla 407 de las *Federal Rules of Evidence* prohíbe la inclusión de información acerca de cómo el demandado intentó remediar el daño que resultó

de su supuesta negligencia o del error de diseño de su producto, información que puede afectar la valoración de la probabilidad *ex ante*. Naturalmente esto sólo tiene sentido en un sistema de jurados en el que el juez tiene la potestad de filtrar la información conocida por el jurado. Pero en los sistemas continentales este tipo de información será conocida necesariamente por el juez y afectará sus juicios. Finalmente, una forma de neutralizar el sesgo y debilitar una acusación de negligencia es apelar a criterios más objetivos, como el hecho de que el demandado se ajustó a las prácticas acostumbradas o a los estándares de seguridad generalmente utilizados en circunstancias similares.

En el caso del sesgo de representatividad, el olvido de la tasa base es uno de los problemas más recalcitrantes, no sólo en el derecho, sino también en personas que tienen que manejar estadísticas en su vida profesional. Una de las salvaguardas contra la lectura equivocada de las pruebas periciales en los sistemas adversariales es que una de las partes tiene la posibilidad de poner en duda la interpretación dada por la contraparte. Más aún, el argumento se puede resolver apelando únicamente a la teoría de la probabilidad sin tener que apelar a hechos en disputa. En los sistemas no adversariales, sin embargo, el juez tiene que interpretar por sí mismo la información que le proporciona el perito. A menos que tenga un entrenamiento mínimo en estadística para ver la importancia de la tasa base en la interpretación de cualquier correlación o categorización, no es difícil que termine utilizando la heurística de representatividad.

Finalmente, el efecto ancla ha demostrado ser igual de recalcitrante que el sesgo retrospectivo. Al igual que éste, no desaparece cuando los sujetos experimentales son informados de su existencia (Wilson *et al.*, 1996), ni tampoco cuando se les ofrece dinero si logran liberarse de su influencia (Simmons *et al.*, 2010). Dado que el sesgo aparece en el derecho especialmente en el momento de establecer la condena, un posible remedio es evitar que la fiscalía haga una recomendación sobre la duración de la pena. Algo similar se podría establecer en el caso de la compensación monetaria a una víctima en un juicio de

responsabilidad. Si el demandante no tiene la posibilidad de exigir una cantidad determinada de dinero, el juez tendrá la libertad de determinar esa cuantía sin correr el riesgo de obedecer al ancla sentada por el demandante. No es suficiente imponer unos topes a ciertos tipos de demandas, porque los topes se convierten en anclas inmediatamente. Las soluciones planteadas para las compensaciones y las penas, sin embargo, implican una reconcepción radical de la normatividad existente en muchas jurisdicciones.

4. La racionalidad acotada

Las consideraciones anteriores hacen evidente que las decisiones judiciales están afectadas de principio a fin por sesgos cognitivos, y que la posibilidad de eliminarlos por completo es nula. ¿Qué implicaciones tiene esto para la legitimidad racional de esas decisiones? Para poder responder a esta pregunta es necesario aclarar el significado de la expresión “legitimidad racional”.

En primer lugar, la legitimidad racional que tengo en mente no se desprende de las reglas de racionalidad para la argumentación jurídica (Atienza, 1991), pues cualquier conjunto de reglas racionales de argumentación se puede cumplir a cabalidad sin solucionar ninguno de los problemas derivados de la influencia de los sesgos cognitivos. Consideremos, por ejemplo, el catálogo de reglas de racionalidad argumentativa presentada por Bernal (2012, p. 107): (1) claridad y consistencia conceptual, (2) consistencia normativa, (3) saturación, (4) obediencia a la lógica deductiva, (5) obediencia a las cargas de la argumentación, (6) honestidad, (7) consistencia argumentativa, y (8) coherencia. Si las premisas fácticas de un razonamiento que justifica una decisión judicial han sido afectadas por un sesgo cognitivo, el cumplimiento de estas ocho reglas de racionalidad no va a impedir que la decisión final sufra una deformación en el proceso.

Los principios de racionalidad de los que se desprende la legitimidad de las decisiones judiciales deben tener en cuenta las limitaciones psicológicas que he venido discutiendo en secciones anteriores. Durante las últimas décadas, en gran medida como crítica a la teoría de la elección racional utilizada en economía, ha surgido la idea de buscar un concepto de racionalidad más consecuente con las limitaciones del razonamiento humano. La idea de una racionalidad limitada o acotada (*bounded rationality*), propuesta por Herbert Simon (1956), ha servido como base para una reformulación de las exigencias que se le deben imponer a cualquier proceso de decisión. La racionalidad acotada se entiende de varias maneras en la literatura contemporánea⁵, pero a grandes rasgos es una visión de la racionalidad moldeada por los resultados empíricos de la psicología. Más precisamente, es una forma de estudiar empíricamente cómo nuestros juicios y decisiones se apartan sistemáticamente de ideales normativos establecidos a priori, examinando tanto los procesos psicológicos subyacentes como las influencias del ambiente. Sin embargo, no es del todo claro en la literatura cómo se puede inferir un resultado *prescriptivo* a partir de los resultados *descriptivos* de la psicología (Persad, 2014). En otras palabras, ¿qué es lo que nos permite decir que actuar de la manera en que lo revela la psicología experimental es una equivocación? La respuesta, por lo menos en el caso de los agentes judiciales, es que cualquier decisión que revele un sesgo es una violación del ideal de imparcialidad que rige la administración de justicia. Los sesgos generan un tipo de parcialidad involuntaria, y

⁵ Existe incluso una disputa acerca de quiénes son los verdaderos herederos del proyecto original de Simon. Gigerenzer y sus colegas (Gigerenzer & Selten, 2001) sostienen que las heurísticas “rápidas y frugales” que ellos defienden como reemplazo de las normas de racionalidad de la teoría racional de la decisión representan la verdadera continuación de la idea original, y rechazan el uso del término “racionalidad acotada” como sinónimo de la idea de “optimización bajo restricciones” utilizada en economía (Sargent, 1993) o de la racionalidad estudiada dentro de la tradición de sesgos y heurísticas de Kahneman y Tversky que he venido discutiendo en este ensayo. La descripción que proporciono en el texto intenta ser lo más neutral posible con respecto a esta disputa terminológica.

la psicología nos dice cuál es la gravedad de esa parcialidad y las circunstancias que la aumentan o aminoran.

La racionalidad acotada no debe ser confundida con un concepto similar propuesto por Alexy (1989). El discurso jurídico, según Alexy, es una subcategoría o caso especial del discurso práctico en general. Además de las reglas generales que garantizan la racionalidad del discurso práctico, el discurso jurídico está restringido por condiciones operativas que se derivan de la doctrina jurídica originaria prevalente y de las reglas procesales válidas. Además, en las diferentes ramas del derecho se añaden elementos como las reglas procesales específicas, la distribución de la carga de la prueba, los tiempos procesales y las asimetrías probatorias entre las partes en los procesos penales. Las reglas de racionalidad del discurso jurídico sirven de base para darle una *justificación acotada* a las decisiones jurídicas: “Las decisiones prácticas ordinarias pretenden ser racionalmente justificables. Las decisiones jurídicas, sin embargo, dan pie a una pretensión más limitada, la de ser racionalmente justificables dentro del marco de un orden jurídico válido” (Aarnio, Alexy & Peczenik, 1981, p. 275, traducción propia).

Ahora bien, como los sesgos cognitivos afectan el razonamiento práctico en todas las esferas de la vida humana, la justificación racional en el derecho estaría doblemente acotada, tanto por el contexto normativo del derecho como por las limitaciones del juez en términos de memoria y capacidad cognitiva. Las reglas de racionalidad del discurso práctico en general propuestas por Alexy no garantizan la eliminación de este segundo tipo de limitaciones a la justificación racional.

Mi propuesta es que invirtamos el análisis de Alexy, y en lugar de ver a la doctrina jurídica y a las reglas procesales como limitaciones adicionales a la racionalidad práctica, encontremos en ellas más bien una fuente adicional de justificación racional que subsane las falencias de la racionalidad práctica en general. Puesto de otro modo, si los sesgos cognitivos son un elemento deslegitimador en la toma de decisiones en general, las reglas

procesales deben intentar subsanar las limitaciones del razonamiento práctico imponiendo condiciones que restrinjan el efecto negativo de esos sesgos. La decisión a la que se llegue no será óptima en un sentido absoluto de racionalidad, pero será satisfactoria dentro de las limitaciones cognitivas de los jueces. Las decisiones judiciales exitosas serán producto del trabajo conjunto de mentes con limitaciones cognitivas que se adaptan a un ambiente normativo a través de reglas procesales que producen resultados satisfactorios. La tarea que se debe emprender, entonces, es la de buscar esas reglas procesales que disminuyan el riesgo de que los sesgos deformen la valoración de las pruebas o la toma de decisiones.

5. La eliminación de sesgos a través del derecho

La idea de utilizar las reformas a las normas como una manera de prevenir los errores generados por los sesgos cognitivos en la vida diaria ha sido desarrollada durante los últimos años combinando las lecciones de la economía conductual y el derecho. Las propuestas más conocidas son las de Sunstein, Jolls y Rachlinski⁶. El proyecto, al cual se refieren como “*debiasing through law*”, que puede ser traducido como “eliminación de sesgos a través del derecho”, puede ser desarrollado de dos maneras diferentes. La primera es imponer medidas restrictivas para limitar el daño generado por la racionalidad acotada. Por ejemplo, existe bastante evidencia de que la gente tiende a pensar que los productos o comportamientos que representan un riesgo para su salud son menos dañinos de lo que en realidad son. En esos casos el Estado y las agencias reguladoras puede intervenir para limitar el daño a través de medidas preventivas. El ejemplo más famoso es

⁶ Véase Sunstein, Jolls & Thaler (1998), Korobkin & Ulen (2000), Sunstein (2000), Rachlinski (2000), Trout (2005) y Jolls & Sunstein (2006a, 2006b).

la restricción impuesta por el alcalde Bloomberg en Nueva York en 2012 al tamaño máximo en que pueden ser vendidas las bebidas azucaradas en los locales de comida rápida⁷.

La otra aproximación al problema es permitir que la gente ejerza su autonomía y sus libertades individuales, pero moldeando el ambiente para encausar sus escogencias en ciertas direcciones, darles un *nudge* o pequeño empujón (Thaler & Sunstein, 2008). Así, en lugar de restringirle al consumidor el tamaño de las bebidas gaseosas que pueda pedir, se puede alterar lo que Thaler y Sunstein llaman la “arquitectura de opciones” (p. 3) de tal forma que las personas tiendan a escoger las bebidas más saludables o más pequeñas sin que sean obligadas a hacerlo. Las decisiones de las personas serán mejores, no porque reformemos a las personas, sino porque reformamos el contexto de aprendizaje y la forma en que son presentadas las opciones. Por ejemplo, hasta hace no muchos años era normal incluir una fotografía en la hoja de vida al solicitar un trabajo. Las imágenes son una de las fuentes más conocidas de sesgos en estos contextos debido al efecto halo y a los prejuicios raciales. Una medida que evita la aparición de sesgos es la venta de formularios estándar de hoja de vida que no tengan un espacio para pegar una fotografía. La persona podrá anexar una fotografía si así lo desea, pero la tendencia será a no incluir una fotografía. Los ejemplos son numerosos y el uso de *nudges* jurídicos en diversas áreas de la actividad humana es un fructífero campo de estudio en la actualidad.

Ahora bien, las técnicas de eliminación de sesgos a través del derecho se han dirigido en su gran mayoría a cambiar el contexto normativo para mejorar las decisiones del ciudadano del común. Cuando se han aplicado al derecho mismo, se han concentrado en reformas que eliminen los sesgos en los jurados (Saks & Kidd, 1980). Por ejemplo, la regla 407 de la FRE mencionada en la sección anterior tiene este propósito, al igual que la regla

⁷ Bloomberg modificó el artículo 81 del Código de Salubridad de la Ciudad de Nueva York para que el tamaño máximo fuera 475 ml. Tras una batalla en las cortes, la medida fue finalmente rechazada por la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York en 2015.

404, que no permite que se utilice en un juicio información sobre condenas anteriores debido al peligro de generar un prejuicio desmedido contra el acusado. Por otra parte, se han modificado reglas procesales que impedían llegar más fácilmente a conciliaciones en casos civiles debido al sesgo de exceso de confianza (Babcock *et al.*, 1997). Sin embargo, existen muy pocos estudios acerca de cómo utilizar esta aproximación para mejorar las decisiones de los jueces. Esto se puede explicar, paradójicamente, a través de un sesgo cognitivo: el sesgo del punto ciego (Pronin *et al.*, 2002). Según este sesgo, los seres humanos tendemos a ver en los demás sesgos que somos incapaces de ver en nosotros mismos. Los jueces que han emprendido la tarea de reformar los códigos para disminuir las decisiones sesgadas de los jurados no han emprendido una tarea semejante para disminuir sus propios sesgos. El efecto del sesgo del punto ciego es tan pronunciado que cuando se trata de casos sin jurados muchos jueces federales en Estados Unidos prescinden por completo de las *Federal Rules of Evidence*: “Debido a que la mayoría de las reglas de evidencia son esencialmente exclusionarias, y como los jueces (como el resto de nosotros) no quiere aislarse de información potencialmente útil, muchos jueces tratan al derecho probatorio como un estorbo contraproducente que debe ser evitado cuando sea posible (Schauer, 2006, p. 1090)⁸. Sobra decir que tal actitud exacerba el problema de la deslegitimación racional de sus decisiones al abrirle la puerta completamente a la influencia de los sesgos cognitivos.

La pregunta que quiero considerar en el resto del ensayo es: ¿En qué consistiría la eliminación de sesgos a través del derecho aplicada a los jueces? La propuesta debe cumplir dos condiciones. En primer lugar, debe estar basada en evidencia empírica que

⁸ El sustento teórico de esta actitud es, por supuesto, la obra de Bentham y su defensa de la libertad probatoria (*free proof*). El presente ensayo puede ser visto como un ataque a la conclusión de Bentham en *A treatise on judicial evidence*: “no excluyas ninguna prueba o testimonio sólo por el temor a ser engañado” (1825, p. 255, cursivas en el original, traducción propia).

muestre cuáles son las estrategias o métodos que efectivamente reducen los errores generados por los sesgos. Es necesario advertir que el estudio de las técnicas de eliminación de sesgos todavía está en una etapa naciente, pero esto no debe ser visto del todo como un defecto puesto que el derecho puede ser uno de sus terrenos de prueba más fructíferos. En segundo lugar, debe ir mucho más allá de simples recomendaciones o advertencias a los jueces. Como vimos anteriormente, el simple conocimiento de la posible influencia de un sesgo tiene un efecto nulo sobre las personas. Esto implica que la intervención debe ser directamente sobre la normatividad y el diseño institucional. Es importante tener en cuenta que es imposible eliminar completamente cualquiera de estos sesgos, como hemos visto, y que por lo tanto el propósito debe limitarse a disminuir su efecto. A continuación, examinaré y rechazaré dos posibles soluciones al problema, y propondré en términos generales cuál creo que debe ser la dirección en la que se debe buscar una reforma a las reglas procesales.

Una primera posibilidad para atenuar el efecto de los sesgos cognitivos es la introducción, para algunas decisiones, de reglas de predicción estadística (RPE). Bishop y Trout (2005) han mostrado que, partiendo de la misma evidencia, “las predicciones de las RPE son al menos tan confiables, y típicamente más confiables, que las predicciones de un experto humano” (p. 12). Entre muchos otros usos, las RPE han sido utilizadas para predecir la probabilidad de reincidencia de un prisionero en las audiencias para decidir su libertad condicional. A pesar de que algunas RPE aparentemente han sido exitosas en este campo, la gran mayoría de estas herramientas sufren de problemas metodológicos que hacen que su utilidad sea muy cuestionable (Páez, 2016). Por ejemplo, un estudio reciente (Dressel & Farid, 2018) mostró que COMPAS, un software comercial de predicción de

riesgo de reincidencia⁹, no es más preciso que las predicciones hechas por personas con poca o ninguna experiencia criminológica. Además, a pesar de que COMPAS utiliza 137 parámetros, la misma precisión se puede lograr con un simple modelo lineal de sólo dos parámetros. Si una RPE falla en una tarea tan básica, es muy dudoso que sea posible utilizar métodos semejantes en decisiones más complejas dentro de un juicio.

Una segunda alternativa para lidiar con las limitaciones cognitivas de los jueces es el uso de heurísticas “rápidas y frugales”. En lugar de buscar mejores reglas procesales, el movimiento liderado por Gigerenzer (Gigerenzer & Engel, 2006) busca encontrar heurísticas simples dentro del derecho que permitan llegar fácilmente a decisiones correctas¹⁰. A primera vista esto parece un contrasentido, teniendo en cuenta que gran parte de los errores y sesgos que ocurren al juzgar y decidir son el resultado de las heurísticas que utilizamos. Además, la simplicidad del tipo de heurísticas que busca Gigerenzer parece contraria a la idea muy extendida en el derecho de que siempre se debe hacer una valoración de todos los medios probatorios relevantes. Sin embargo, la idea de Gigerenzer es encontrar empíricamente cuáles heurísticas tienen una utilidad demostrada.

Consideremos un ejemplo de una heurística rápida y frugal. Según la heurística conocida como *Take The Best* (escoge el mejor), las personas están buscando constantemente señales (*cues*) que les ayuden a tomar decisiones. Por ejemplo, si comparamos dos ciudades y queremos saber cuál tiene mayor población, una de las señales que se puede utilizar es el hecho de que una de las ciudades tiene un equipo de fútbol en una liga profesional. En Alemania, por ejemplo, si comparamos una ciudad con

⁹ COMPAS es el acrónimo de “Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions”. Fue introducido en 1998 y ha sido utilizado para decidir la libertad condicional de más de un millón de personas en Estados Unidos y otros países.

¹⁰ Lerner (2006) defiende el uso de intuiciones y corazonadas en el trabajo policial con base en las ideas de Gigerenzer.

equipo de fútbol en la *Bundesliga* y otra que no, en el 87% de los casos la que tiene equipo de fútbol tiene mayor población. La *validez* de una señal es la frecuencia con la que esta corresponde al criterio buscado. En este caso la validez de la señal del equipo de fútbol es de 0.87 para el criterio de mayor población. La heurística *Take The Best* funciona de la siguiente manera: al tomar una decisión, las personas usan primero la señal con mayor validez; si el criterio es inaplicable, siguen con la siguiente señal en orden descendente hasta obtener una respuesta. La información del resto de las señales es desechada (Gigerenzer & Goldstein, 1999).

¿Cómo se podría utilizar una heurística como *Take The Best* en un juicio? Un juez podría utilizar cualquiera de las siguientes señales: el testimonio de un testigo identificando al culpable, la confesión del acusado, el testimonio de un policía o el testimonio de un perito. A juzgar por el comportamiento de jueces y jurados, no hay una señal más válida para condenar a una persona que la identificación por parte de un testigo. La confesión del acusado ocupa un lugar ligeramente inferior en la escala de validez, mientras que los testimonios del policía y el perito estarían un poco más abajo. Ahora bien, para que una heurística como *Take The Best* funcione, la validez de las señales debe tener una base empírica adecuada: “No podemos esperar que una heurística inferencial haga inferencias correctas (verdaderas) si su *input* o sus premisas son sustancialmente erróneas. ‘Basura adentro, basura afuera’, como dice el refrán (Goldman, 2003, p. 219). En efecto, varios estudios indican que la validez subjetiva que los jurados le asignan a estas señales no coincide con su validez objetiva. La identificación por parte de un testigo, por ejemplo, está sometida a varios sesgos de la memoria que hacen que su confiabilidad sea más baja de lo que generalmente se piensa (Loftus & Doyle, 1997; Benforado, 2015). La situación es peor aún con las confesiones. A raíz del bien conocido *Innocence Project*, se han descubierto muchas confesiones forzadas que llevaron a condenas erróneas. En el caso de los jueces es razonable asumir que parte de su formación incluye estudiar la confiabilidad

real de estas señales. Supongamos por un momento que un juez hace una valoración adecuada de la validez de las señales. Si la señal que ha sido mejor clasificada no supera el estándar de prueba, no tiene sentido continuar con las demás señales, como lo ordena la heurística, puesto que naturalmente las demás tampoco lo harán. Sin embargo, una valoración en conjunto de todas las pruebas puede llevar al juez a decidir que sí se ha superado el estándar de prueba. Desechar casi todo el acerbo probatorio, a favor y en contra del acusado, y poner todo el peso de la decisión en una sola señal, iría en contra de uno de los principios rectores del derecho sin que se vea claramente cuál es el beneficio de hacerlo¹¹. Finalmente, si en un caso no es posible utilizar ninguna de las señales que sirven de base para la inferencia heurística, el decisor debe volver a las normas procesales tradicionales, con todas las limitaciones racionales que hemos visto. En breve, el método heurístico no es confiable y en muchos casos será simplemente inaplicable¹².

La propuesta que quiero dejar apenas esbozada aquí para la eliminación de sesgos a través del derecho está basada en la solución que se ha adoptado en medicina ante un problema semejante. Con el fin de estandarizar y mejorar la calidad de las decisiones médicas, desde hace muchos años se han venido desarrollando *guías de práctica clínica*, que identifican, resumen y evalúan toda la evidencia disponible acerca de la prevención,

¹¹ Es necesario advertir, sin embargo, que existe evidencia de que los decisores muchas veces se concentran sólo en algunas de las pruebas, y no necesariamente en las más relevantes. El análisis incompleto e idiosincrásico de la evidencia también está determinado por sesgos cognitivos (Moore, 1989).

¹² Esto no significa que el proyecto de Gigerenzer carezca de utilidad para el derecho. Una de sus áreas de investigación es mejorar la manera en que se presenta la información a un decisor para que la entienda mejor y cometa menos errores. Por ejemplo, el resultado de un examen médico, que bien puede ser una prueba en un juicio, es mejor entendido si es presentado en términos de frecuencias y no de probabilidades (Gigerenzer, 1996). También existen otras heurísticas menos simples y frugales que pueden ser de utilidad para el análisis de las pruebas, como veremos más adelante.

diagnóstico y pronóstico de un gran número de condiciones médicas, al igual que las razones en términos de costo/beneficio que subyacen las recomendaciones para el tratamiento clínico. Estas guías sirven de base para la elaboración de *protocolos clínicos*, *algoritmos de decisión* y *listas de verificación (checklists)* para el tratamiento de un gran número de condiciones dentro de la práctica clínica¹³.

A menudo los médicos recomiendan tratamientos que se apartan de los protocolos para una enfermedad. El argumento aducido es que cada paciente es único y que las guías de tratamiento no se aplican a todos los pacientes por igual. La verdadera razón tiene más que ver con la experiencia individual de cada médico que con la unicidad de los pacientes. El sesgo de representatividad hace que los médicos tiendan a asociar los síntomas de un paciente individual con los de los pacientes que han tratado exitosamente en su práctica profesional utilizando un tratamiento “alternativo” al recomendado. Desestiman el hecho de que las guías de práctica clínica están basadas en evidencia estadística que recomienda un tratamiento que tenderá a ser mucho más exitoso que el tratamiento “alternativo”. Por otra parte, si el tratamiento recomendado en la guía no ha sido exitoso en los pacientes que el médico ha tratado más recientemente, el sesgo de disponibilidad lo llevará a abandonarlo en favor de otros tratamientos cuya probabilidad de éxito es menor (Korobkin & Ulen, 2000). A esto se debe sumar el sesgo de exceso de confianza que ataca particularmente a los médicos (Gilbert *et al.*, 1977). La existencia de las guías y de los protocolos asociados a ellas hacen que los errores que se produzcan sean producto de decisiones conscientes y voluntarias, y que los profesionales de la salud puedan ser responsabilizados directamente cuando se apartan de ellos. Al mismo tiempo, seguir los protocolos clínicos tiene el efecto

¹³ Algunos de estos protocolos usan gráficas y diagramas de flujo de fácil lectura. Un ejemplo muy claro es la gráfica utilizada para el tratamiento de la ictericia en recién nacidos diseñada por el National Collaborating Centre for Women's and Children's Health (2010).

benéfico de proteger a los médicos frente a cualquier demanda que se derive de un resultado negativo en el tratamiento.

Mi propuesta para el caso del derecho es la creación de *guías de práctica judicial*, análogas a las guías de práctica clínica, para cada tipo de prueba y procedimiento que se lleve a cabo en el transcurso de un proceso judicial, desde la apertura de la investigación hasta la imposición de la pena. Una guía de práctica judicial tendría el propósito de identificar, resumir y evaluar toda la evidencia psicológica disponible acerca de la aparición y prevención de sesgos asociados con cada tipo de prueba, al igual que las razones en términos de costo/beneficio que subyacen las recomendaciones para el tratamiento procesal. A partir de las guías de práctica jurídica se pueden desarrollar protocolos jurídicos, algoritmos de decisión y listas de verificación que deben ser seguidos sin excepción.

Para algunos procedimientos judiciales ya se han tomado medidas semejantes a las que estoy proponiendo. Tomemos como ejemplo el procedimiento de reconocimiento visual de un sospechoso por parte de un testigo, ya sea a través de fotografías o en vivo. Hay muchos estudios que muestran la falibilidad de estos procedimientos de identificación. Cuando el autor del delito está en la alineación junto con otras personas inocentes, en una tercera parte de los casos el testigo no identifica a nadie; y cuando lo hace, una tercera parte de las veces identifica a una persona inocente. Peor aún, cuando el autor del delito *no* está en la alineación, la mitad de las veces el testigo escoge a alguno de los integrantes inocentes de la alineación en lugar de decir que no identifica a ninguno. En Estados Unidos, de las primeras 250 condenas erróneas que fueron reversadas utilizando pruebas de ADN, 190 de ellas se debieron a la identificación errónea del condenado por parte de un testigo (Benforado, 2015, pp. 112-113).

En una guía de práctica judicial sobre el reconocimiento visual este diagnóstico del problema debe ir acompañada de una explicación teórica que dé cuenta de él. La causa reside, por supuesto, en la fragilidad y los sesgos de nuestra memoria. No viene al caso

presentar aquí la evidencia psicológica que explica estos errores cognitivos, y cómo estos son exacerbados por elementos contextuales¹⁴, pero debería ser tarea del Ministerio Público procesar este enorme caudal de información para poder extraer protocolos para reducir el riesgo de error. Por ejemplo, muchas veces los oficiales de policía intencional o desprevenidamente le dan señales al testigo para identificar al sospechoso. La solución es que el policía que administra la alineación no sepa quién es el sospechoso. En ocasiones las personas inocentes que son incluidas en la alineación no tienen ninguna semejanza con el sospechoso. La solución obvia es asegurarse de que dicha similitud exista. Además, los testigos tienden a sentirse presionados para identificar a alguien y pueden terminar identificando al individuo más parecido al que recuerdan, así no estén completamente seguros. La solución es advertir al testigo que el sospechoso puede no estar en la alineación que va a presenciar y que la investigación continuará, independientemente del resultado de esa diligencia. Finalmente, está comprobado que después de siete días hay una caída dramática en la fidelidad de nuestros recuerdos. La solución es lograr que el proceso de reconocimiento se lleve a cabo durante la primera semana.

Algunas jurisdicciones han tomado medidas que incorporan estas soluciones. El estado de Nueva Jersey introdujo en 2001 un estricto protocolo para el reconocimiento visual (State of New Jersey, 2001). En Chile se creó el Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados, publicado por el Ministerio Público (2013), el cual incluye muchas de las recomendaciones mencionadas en el párrafo anterior¹⁵. El uso de este tipo de protocolos tiene el potencial de reducir el riesgo de error, siempre y cuando el diagnóstico del problema y el análisis teórico y experimental sea correcto. Todos estos son los elementos que deben constituir una guía de procedimiento judicial.

¹⁴ Epstein (2014) reporta que en los últimos 30 años se han publicado más de 2000 artículos sobre el tema.

¹⁵ Duce (2017) hace un análisis en profundidad del problema en el caso chileno.

Ahora bien, el ejemplo anterior es relativamente simple y los usuarios de la guía serían oficiales de policía. La pregunta es si es posible generar guías de procedimiento judicial y protocolos para el actuar de los jueces en el contexto del juicio. Consideremos un ejemplo más complejo que involucra a los jueces, el caso de las pruebas periciales. Existe una amplia literatura en el derecho estadounidense en torno al caso *Daubert v. Merrell Dow* (1993) y la función de cancerberos del conocimiento científico que éste les asigna a los jueces. Durante los 25 años en que ha servido de base para la admisibilidad del conocimiento científico a nivel federal se han documentado innumerables casos en que los jueces se apartan de los principios estipulados en la sentencia, ya sea para rechazar conocimiento científico perfectamente válido o para admitir pruebas de dudoso origen. Beecher-Monas (2000) sostiene que el uso de un protocolo puede asegurar que el juez lleve a cabo un análisis juicioso de las pruebas periciales:

Primero, el juez debe identificar y entender la teoría y la hipótesis subyacente. Segundo, para poder determinar si la teoría es defendible, el juez debe examinar toda la información disponible (...) Tercero, en donde haya vacíos de información (que son inevitables), los jueces deben llenarlo con supuestos por defecto que sean científicamente justificables. Cuarto, el juez debe investigar la metodología (...) y determinar si se ajusta a las prácticas generalmente aceptadas en su campo. Finalmente, el juez debe unir toda esta información de tal forma que pueda hacer una evaluación probabilística de la fortaleza de los vínculos entre teoría, supuestos, metodología y la conclusión defendida por el perito (p. 1590).

Ahora bien, muchas de las recomendaciones que se desprenderán de las guías de procedimiento judicial irán encaminadas a impedir que el juez tenga acceso a cierta información sesgadora. Esto se podría lograr, como lo sugiere Schauer (2006, p. 201),

separando la función de admitir las pruebas de la función de decidir acerca de la culpabilidad del imputado con base en las pruebas admitidas, tal y como ocurre en los sistemas con jurados, en los que el juez decide la admisibilidad y el jurado decide la culpabilidad. Naturalmente esto requeriría de un cambio profundo en el diseño institucional, pero tendría la ventaja de preservar en alguna medida la libertad decisoria de los jueces, asegurando al mismo tiempo que las pruebas que utiliza para su decisión han sido filtradas por personas sin poder de decisión y que han seguido protocolos estrictos tendientes a disminuir el efecto negativo de los sesgos cognitivos.

Finalmente, es perfectamente posible que algunos de los protocolos que se deriven de la elaboración de guías de procedimiento judicial sean iguales o muy similares a las reglas de procedimiento utilizadas en la actualidad¹⁶. Al fin y al cabo, el derecho ha tenido un conocimiento intuitivo de la existencia de algunos de estos sesgos desde hace mucho tiempo. Pero, aunque en algunos casos al final del análisis lleguemos al mismo punto de partida, esto no debe ser visto como una pérdida de tiempo y esfuerzo. El ejercicio de encontrar la base empírica que justifica la adopción de una regla procesal le otorga la legitimidad racional que no le puede dar la tradición. Y si esto es cierto de las reglas procesales existentes, con mayor razón lo será de las nuevas reglas y protocolos que se desprendan directamente del estado del arte en psicología, compendiado en las guías de procedimiento judicial.

5. Conclusiones

El derecho ha podido desestimar la importancia de los sesgos cognitivos debido a la falta de mecanismos de autoevaluación y de revisión de la calidad epistémica de sus decisiones.

¹⁶ Hay que tener en cuenta, además, que no todas las reglas procesales tienen como objetivo alcanzar la verdad. En ellas se mezclan objetivos encaminados a la preservación de los derechos de las partes y en algunos casos no es factible separar las dos dimensiones.

Un diálogo fructífero entre el derecho y la psicología puede llevar a mejorar la calidad de los sistemas judiciales a través del mejoramiento de las decisiones que se toman en cada etapa de los procesos. La simple exigencia de que los jueces expongan las razones de sus decisiones no será suficiente para lograr ese cometido, ni tampoco el uso de heurísticas simples que pueden tener el efecto contrario y aumentar el número de errores. La sugerencia de este ensayo es que la única forma de contrarrestar los efectos negativos de los sesgos cognitivos en los jueces es a través de la creación de guías de práctica judicial que puedan servir de base para la creación de protocolos procesales que limiten en la medida de lo razonable sus efectos negativos. Esta es una tarea que requiere de un conocimiento profundo del derecho procesal y de la psicología cognitiva. Es una combinación difícil de encontrar, pero que se debe estimular en aras de mejorar la racionalidad de las decisiones judiciales¹⁷.

El tipo de aproximación presentado en este ensayo ha sido catalogado como “paternalista” por algunos autores (Gigerenzer & Engel, 2006, p. 9). Trout afirma justamente lo contrario: “Eliminar los sesgos [a través del derecho] promueve, no socava, la autonomía. Después de todo, los sesgos amenazan nuestra habilidad de alcanzar nuestras metas sopesadas de largo plazo. Al reconocer la amenaza podemos aumentar la probabilidad de alcanzar nuestras metas de largo plazo” (2005, p. 414). Por otra parte, una propuesta que sugiere la introducción de protocolos y reglas procesales que restringen la autonomía del juez encontrará resistencia en la práctica por parte de juristas de espíritu benthamiano. Al fin y al cabo, son medidas que atacan en cierta medida la “libre valoración” de las pruebas de acuerdo con las reglas de la “sana crítica”. Pero si la valoración no es tan “libre” y la crítica no es tan “sana” debido a la presencia recurrente de sesgos cognitivos, sería

¹⁷ Para una defensa de esta aproximación naturalista al derecho probatorio, véase Leiter & Allen (2001).

irracional interponer obstáculos doctrinales si se quiere alcanzar un mayor grado de legitimidad racional para las decisiones judiciales.

Referencias

- Aarnio, A., Alexy, R., & Peczenik, A. (1981). The foundation of legal reasoning. *Rechtstheorie*, 21, 133-158, 257-279, 423-448.
- Alexy, R. (1989). *A theory of legal argumentation: The theory of rational discourse as theory of legal argumentation*. Oxford: Clarendon Press.
- Amaya, A. (2013). Coherence, evidence, and legal proof. *Legal Theory*, 19, 1-43.
- Amaya, A. (2015). Coherencia, virtud y prueba en el derecho. En A. Páez (Ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (pp. 37-63). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ask, K., & Pina, A. (2011). On being angry and punitive: How anger alters perception of criminal intent. *Social Psychological and Personality Science*, 2(5), 494-499.
- Babcock, L., Loewenstein, G., & Issacharoff, S. (1997). Creating convergence: Debiasing biased litigants. *Law and Social Inquiry*, 22, 913-25.
- Beecher-Monas, E. (2000). The heuristics of intellectual due process: A primer for triers of science. *NYU Law Review*, 75, 1563-1657.
- Benforado, A. (2015). *Unfair. The new science of criminal injustice*. New York: Crown Publishers.
- Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham by M. Dumont. London: J. W. Paget.

- Bernal, C. (2012). Legal argumentation and the normativity of legal norms. En C. Dahlman & E. Feteris (Eds.), *Legal argumentation theory: Cross-disciplinary perspectives* (pp. 103-112). Dordrecht: Springer.
- Bishop, M., & Trout, J. D. (2005). *Epistemology and the psychology of human judgment*. New York: Oxford University Press.
- Conlisk, J. (1996). Why bounded rationality? *Journal of Economic Literature*, 34, 669-700.
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).
- De la Rosa Rodríguez, P., & Sandoval, V. D. (2016). Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 38, 141-164.
- Di Lello, E. V. (1993). Fighting fire with firefighters: A proposal for expert judges at the trial level. *Columbia Law Review*, 93, 473-507.
- Dressel, J., & Farid, H. (2018). The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism. *Science Advances*, 4, eaao5580.
- Duce, M. (2017). Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Política Criminal*, 12, 291-379.
- Epstein, J. (2014). Eyewitness and erroneous convictions: An American conundrum. En S. L. Cooper (Ed.), *Controversies in innocence cases in America*. Burlington: Ashgate.
- Farina, F., Arce, R., & Novo, M. (2002). Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. *Psicothema*, 14, 39-46.
- Fischhoff, B., Slovic, P., & Lichtenstein, S. (1978). Fault trees: Sensitivity of estimated failure probabilities to problem representation. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 4, 330-344.
- Frank, J. (1949). *Law and the modern mind*. London: Stevens & Sons.

- Gilbert, J. P., McPeck, B., & Mosteller, F. (1977). Statistics and ethics in surgery and anesthesia. *Science*, 198, 684-689.
- Gigerenzer, G. (1996). The psychology of good judgment: Frequency formats and simple algorithms. *Medical Decision Making*, 16, 273–280.
- Gigerenzer, G., & Goldstein, D. G. (1999). Betting on one good reason: The Take The Best heuristic. En G. Gigerenzer, P. M. Todd, & The ABC Research Group, *Simple heuristics that make us smart* (pp. 75-95). New York: Oxford University Press.
- Gigerenzer, G., & Selten, R. (Eds.) (2001). *Bounded rationality. The adaptive toolbox*. Cambridge: MIT Press.
- Gigerenzer, G., & Engel, C. (2006). *Heuristics and the law*. Cambridge: MIT Press.
- Gigerenzer, G., Todd, P. M., & The ABC Research Group (1999). *Simple heuristics that make us smart*. New York: Oxford University Press.
- Goldman, A. I. (2003). Simple heuristics and legal evidence. *Law, Probability, and Risk*, 2, 215-226.
- Graham v. John Deere Co.* 383 U.S. 1 (1966).
- Guthrie, C., Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J. (2001). Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, 86, 777-830.
- Hastie, R., Schkade, D. A., & Payne, J. W. (1999). Juror judgments in civil cases: Hindsight effects on judgments of liability for punitive damages. *Law and Human Behavior*, 22, 597-614.
- In re Chamberlain's Estate*, 156A. 42, 43 (N.J. Prerogative Ct. 1931).
- Jois, G. U. (2009). Stare decisis is cognitive error. *Brooklyn Law Review*, 75, 63-141.
- Jolls, C., & Sunstein, C. (2006a). Debiasing through law. *The Journal of Legal Studies*, 35, 199-241.
- Jolls, C., & Sunstein, C. (2006b). The law of implicit bias. *California Law Review*, 94, 969-996.

- Kahneman, D., & Tversky, A. (1973). On the psychology of prediction. *Psychological Review*, 80, 237-251.
- Kahneman, D., Slovic, P., & Tversky, A (Eds.) (1982). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press.
- Korobkin, R. B., & Ulen, T. S. (2000). Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, 88, 1051-1144.
- LaBine S. J., & LaBine, G. (1996). Determinations of negligence and the hindsight bias. *Law and Human Behavior*, 20, 501-516.
- Laudan, L. (2006). *Truth, error and criminal law*. New York: Cambridge University Press.
- Leiter, B., & Allen, R. J. (2001). Naturalized epistemology and the law of evidence. *Virginia Law Review*, 87, 1491-1550.
- Lempert, R. O. (1977). Modelling relevance. *Michigan Law Review*, 75, 1021-1057.
- Lerner, C. S. (2006). Reasonable suspicion and mere hunches. *Vanderbilt Law Review*, 59, 407-473.
- Loftus, E. F., & Doyle, J. (1997). *Eyewitness testimony: Civil and criminal*. Dordrecht: Kluwer.
- Lyon, T. D., & Koehler, J. J. (1996). Relevance ratio: Evaluating the probative value of expert testimony in child sexual abuse cases. *Cornell Law Review*, 82, 43-78.
- Ministerio Público de Chile (2013). *Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados*. Santiago, Chile.
- Monahan, J., & Walker, L. (1988). Social science research in law: A new paradigm. *American Psychologist*, 43, 465-472.
- Moore, A. J. (1989). Trial by schema. Cognitive filters in the courtroom. *UCLA Law Review*, 37, 273-341.
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2.

- Myers, D. G., & Lamm, H. (1976). The group polarization phenomenon. *Psychological Bulletin*, 83, 602–27.
- National Collaborating Centre for Women’s and Children’s Health (2010). *Neonatal jaundice. Clinical Guideline*. London: Royal College of Obstetricians and Gynecologists.
- Oldfather, C. M. (2012). Judging, expertise, and the rule of law. *Washington University Law Review*, 89, 847-900.
- Páez, A. (2016). The prediction of future behavior: The empty promises of expert clinical and actuarial testimony. *Teoria Jurídica Contemporânea*, 1, 75-101.
- Peer, E., & Gamliel, E. (2013). Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, 49, 114-118.
- Persad, G. (2014). When, and how, should cognitive bias matter to law. *Law & Inequality*, 32, 31-67.
- Posner, R. A. (1999). An economic approach to the law of evidence. *Stanford Law Review*, 51, 1477-1546.
- Pronin, E., Lin, D. Y., & Ross, L. (2002). The bias blind spot: Perceptions of bias in self versus others. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 28, 369–381.
- Rachlinski, J. J. (1998). A positive psychological theory of judging in hindsight. *The University of Chicago Law Review*, 65, 571-625.
- Rachlinski, J. J. (2000a). Heuristics and biases in the court: Ignorance or adaptation? *Oregon Law Review*, 61-102.
- Rachlinski, J. J. (2000b). New law and psychology: A reply to critics, skeptics, and cautious supporters. *Cornell Law Review*, 85, 739-766.
- Saks, M. J., & Baron, C. H. (Eds.) (1980). *The use/nonuse/misuse of applied social research in the courts*. Cambridge: Abt Books.
- Saks, M. J., & Kidd, R. F. (1980). Human information processing and adjudication: Trial by heuristics. *Law and Society Review*, 15, 123-160.

- Sargent, T. J. (1993). *Bounded rationality in macroeconomics*. Oxford: Oxford University Press.
- Schauer, F. (2006). On the supposed jury-dependence of evidence law. *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 165-202.
- Simmons, J. P., LeBoeuf, R. A., & Nelson, L. D. (2010). The effect of accuracy motivation on anchoring and adjustment: Do people adjust from provided anchors? *Journal of Personality and Social Psychology*, 99, 917–932.
- Simon, H. A. (1956). Rational choice and the structure of environments. *Psychological Review*, 63, 129-138.
- Small, M. A. (1993). Legal psychology and therapeutic jurisprudence. *St. Louis University Law Review*, 37, 675-713.
- Soria Verde, M. A., & Saíz Roca, D. (2006). *Psicología criminal*. Madrid: Pearson.
- State of New Jersey, Office of the Attorney General (2001). *Attorney General Guidelines for preparing and conducting photo and live lineup identification procedures*. April 18, 2001. Trenton, N.J.
- Sunstein, C. R. (Ed.) (2000). *Behavioral law and economics*. New York: Cambridge University Press.
- Sunstein, C. R. (2007). Group polarization and *12 Angry Men*. *Negotiation Journal*, 23, 443-447.
- Sunstein, C. R., Jolls, C., Thaler, R. H. (1998). A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, 50, 1471-1550.
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New York: Penguin.
- Trout, J. D. (2005). Paternalism and cognitive bias. *Law and Philosophy*, 24, 393-434.

- Tversky, A., & Kahneman, D. (1982). Judgments of and by representativeness. En D. Kahneman, P. Slovic, & A. Tversky (Eds.), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press.
- Wason, P. (1960). On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 12, 129–140.
- Weinstein, I. (2003). Don't believe everything you think: Cognitive bias in legal decision making. *Clinical Law Review*, 9, 783-834.
- Wilson, T. D., Houston, C. E., Etling, K. M., & Brekke, N. (1996). A new look at anchoring effects: Basic anchoring and its antecedents. *Journal of Experimental Psychology: General*, 125, 387–402.