

La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación

Arturo Muñoz Aranguren

Abogado
Ramón C. Pelayo Abogados

*Abstract**

Existe un amplio consenso en la literatura jurídica norteamericana sobre la existencia e influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, esta cuestión apenas ha sido tratada por la doctrina española. El presente trabajo trata de colmar esa laguna y de ofrecer algunas soluciones para mitigar las consecuencias de estos sesgos.

Most of the American scholars uphold the existence and influence of the cognitive biases in judicial rulings. However, this subject has been rarely treated by the legal Spanish Scholarship. This article tries to fill this gap and offers some solutions for debiasing.

Title: The influence of cognitive biases in the judicial decisions. The Human Factor. An approach

Palabras clave: sesgo, heurística, retrospectiva, anclaje

Keywords: bias, heuristics, hindsight, anchoring

Sumario

- 1. Introducción**
 - 1.1. Procedimiento heurístico de la representatividad (*representativeness*)**
 - 1.2. Procedimiento heurístico de la disponibilidad (*availability*)**
 - 1.3. Procedimiento heurístico de anclaje y ajuste (*anchoring*)**
 - 1.4. Sesgo retrospectivo (*hindsight bias*)**
 - 1.5. Sesgo de confirmación (*confirmation bias*)**
 - 1.6. Sesgo de grupo (*in group bias*)**
- 2. La sombra de una duda (objetiva). Una medida legislativa que reduce el efecto de sesgos cognitivos**
- 3. Un ejemplo de sesgo de grupo: la preeminencia de los informes periciales emitidos por funcionarios**
- 4. Otro ejemplo de sesgo en las decisiones judiciales: el anclaje con respecto a las peticiones del Ministerio Fiscal**
- 5. Un posible caso de sesgo cognitivo de representatividad: anatomía de una sentencia**
- 6. ¿Es posible mitigar o eliminar esos sesgos?**
- 7. Conclusión**
- 8. Tabla de sentencias**
- 9. Bibliografía**

* Arturo Muñoz Aranguren es responsable del área de Litigación Civil, Administrativa y Constitucional de *Ramón C. Pelayo Abogados* y Profesor de derecho procesal en el Máster de Derecho Privado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

1. Introducción

A pesar de su importancia práctica, la cuestión relativa a los errores y sesgos cognitivos en las decisiones judiciales apenas han despertado interés en la doctrina y jurisprudencia española¹.

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 incurre 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 y a sesgos (*biases*).

En relación a esta cuestión, es clásico el estudio pionero publicado en la revista *Science* por los psicólogos israelíes TVERSKY y KAHNEMAN (1974), bajo el nombre de *Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases* (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”. De entre esos errores cognitivos relacionados por TVERSKY y KAHNEMAN interesa ahora recordar los siguientes:

1.1. Procedimiento heurístico de la representatividad (*representativeness*)

Este procedimiento 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”.

En el trabajo antes aludido de TVERSKY y KAHNEMAN, los sujetos objeto del experimento tenían que valorar la siguiente situación. En una ciudad hay dos hospitales: uno grande y uno pequeño. En el grande nacen alrededor de 45 niños al día y en el pequeño alrededor de 15. Aunque, como es conocido, la proporción de niños y niñas que nacen se divide aproximadamente al 50%, es evidente que hay días en que nacen más niños que niñas y al revés. A las personas que participaron en el estudio se les pidió que valoraran en cuál de los dos hospitales se darían más días en los que el número de niños nacidos fuera superior al 60%. La mayoría de los sujetos (52%) consideraron que el número de días con más de un 60% de niños sería semejante en ambos hospitales, y sólo un 21% estimó que se darían más días con más del 60% de niños en un hospital pequeño. La respuesta correcta en términos estadísticos es, naturalmente, esta última, ya que una muestra más grande tiene siempre menos probabilidades de desviarse de la media (en este caso, de la

¹ Con dos notables excepciones: ALONSO GALLO (2006, pp. 31-48) y CONTHE GUTIÉRREZ (2007).

media del 50%). Este es el clásico ejemplo de cómo las valoraciones intuitivas (efectuadas con arreglo a la regla heurística de la representatividad) incurren en errores por no tomar en consideración el tamaño de la muestra.

En este tipo de errores de representatividad se incurre, a veces, en la valoración, por parte del Tribunal o los miembros del Jurado, de la veracidad del testimonio de los litigantes y testigos. Pondremos un ejemplo muy elemental: los estudios empíricos efectuados sugieren que, cuando los sujetos hacen *juicios categóricos*, - por ejemplo, ponderar la probabilidad de que un acusado sea culpable -, *concluyen que la evidencia concreta analizada* (por ejemplo, el comportamiento durante el juicio del acusado) *es representativa de la categoría* (culpabilidad o inocencia del acusado). Cuando la muestra o evidencia le parece al Tribunal representativa o similar a la categoría (por ejemplo, el acusado se muestra nervioso durante la vista), tiende a juzgar la probabilidad de la categoría en la misma medida - prueba de culpabilidad -.

Cuando la evidencia que está siendo analizada no se parece a la categoría (volviendo al mismo ejemplo, cuando el acusado aparenta, por ejemplo, estar tranquilo ante el Tribunal), el fenómeno se produce en sentido inverso.

En la medida en que el *principio de inmediación* es de gran importancia en los procedimientos judiciales -y esencial en alguno de ellos, como los penales-, es fácil advertir la importancia que este tipo de representaciones erróneas por parte del Tribunal o los miembros del jurado puede tener en el resultado del procedimiento (GUTHRIE *et al.*, 2001).

La función propia de juzgar consiste precisamente en valorar las diversas declaraciones que se prestan en el acto del juicio y otorgar mayor credibilidad a una o varias de ellas, función de valoración en la que juega un papel decisivo la inmediación, y en este sentido la STS, 1ª, de 24.5.1996 (RJ 1996\4544; MP: José Augusto de Vega Ruiz) ha establecido, en consonancia con la STC 217/1989, de 21.12.1989 (RTC 1989\217; MP: Vicente Gimeno Sendra), que la oralidad, la publicidad, la contradicción y sobre todo, la inmediación, representan las ventajas del proceso celebrado en presencia de los jueces que ven y oyen lo que ya después otros ojos y oídos no percibirán. Se trata de valorar en la vista, los gestos, las actitudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a aquellos fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones. El Tribunal Constitucional ha venido a reforzar, recientemente, la importancia del principio de inmediación en el proceso penal, en la medida en que entiende vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías en el supuesto de condena, en la segunda instancia penal, basada en la valoración de una prueba personal no practicada ante el Tribunal que resuelve el recurso. Es más, en el FD 3º de la STC 2/2010, de 11.1.2010 (RTC 2010\2; MP: Ramón Rodríguez Arribas) entiende que la garantía procesal de inmediación no queda cubierta por el hecho de que el Tribunal de Apelación visiona la grabación audiovisual del juicio celebrado en primera instancia: "En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE). Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedente de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acto de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladada a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en el que fueron: permite

acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida en que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho”.

1.2. Procedimiento heurístico de la disponibilidad (availability)

Con arreglo a este procedimiento mental, el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares.

TVERSKY y KAHNEMAN (1974) sostienen que los sujetos que utilizan la disponibilidad juzgan la frecuencia según la fuerza de ciertas asociaciones. En una de sus investigaciones, solicitaron a un grupo de sujetos clasificar la frecuencia relativa de palabras en el idioma inglés que tuvieran la letra “r” en la primera posición o en la tercera posición, y se les preguntó cuál de las dos posiciones de la “r” era más probable de encontrar. La mayoría de los sujetos respondieron que la “r” tiene más posibilidades de aparecer en la primera posición. Sin embargo, en el idioma inglés la letra “r” es mucho más frecuente en la tercera posición que en la primera. TVERSKY y KAHNEMAN indican que la respuesta de los sujetos está sesgada por la facilidad para evocar las palabras que comienzan por la letra “r”, es decir, generalmente se evocan con más facilidad ejemplos de clases grandes que ejemplos de categorías menos frecuentes. Se estima que las palabras que comienzan con “r”, en inglés, son más fáciles de generar que aquellas cuya tercera letra es “r”, por lo que se piensa que las primeras son más frecuentes.

La disponibilidad es producto de la percepción de la frecuencia relativa, lo que puede influir en las decisiones que se tomen en ciertas circunstancias. Por ejemplo, un médico al diagnosticar una enfermedad recurre a su experiencia. Esto lo lleva a evocar más fácilmente ejemplos de enfermedades asociadas a los síntomas que presenta el paciente, que contraejemplos donde los síntomas se presenten sin tener la enfermedad, lo que puede llevar a errores o demoras en la obtención del diagnóstico correcto.

1.3. Procedimiento heurístico de anclaje y ajuste (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, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado.

Debe indicarse que este sesgo de anclaje puede agravarse cuando la decisión se toma en grupo. Como apunta SALVADOR CODERCH (2003), de manera contraria a nuestras acendradas intuiciones republicanas, la deliberación en el seno de un jurado *parece empeorar las cosas*. Así, con arreglo a un estudio efectuado sobre este extremo, en un inesperado deslizamiento hacia la severidad (*severity shift*), los jurados simulados que acuerdan, tras haber deliberado, dictar un veredicto condenatorio a pagar daños punitivos, resuelven conceder mayores sumas que las que individualmente cada uno de sus miembros estaba dispuesto a hacer pagar al demandado antes de reunirse para deliberar con el resto del jurado. Al parecer, y siguiendo el atractivo de una inexplicable *ventaja retórica, quien mayor condena propugna, acaba arrastrando a los demás*.

Como señala ALONSO GALLO (2006), junto a esos errores cognitivos expuestos en los años 70 por TVERSKY y KAHNEMAN, existe una amplia literatura interdisciplinar, fundamentalmente en el mundo anglosajón, que ha completado este elenco de errores cognitivos, interesando, a los efectos del presente trabajo, relacionar los siguientes:

1.4. Sesgo retrospectivo (*hindsight bias*)

Con arreglo a este mecanismo mental, 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 acontecido².

De alguna forma, este error cognitivo está relacionado con la técnica heurística de la disponibilidad antes descrita, en la medida en que los resultados acontecidos son más accesibles para el sujeto que juzga, que los que nunca se produjeron.

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, de manera que, como veremos, la mayoría de las medidas que se han propuesto para contrarrestar su efecto únicamente consiguen, en el mejor de los casos, mitigarlo parcialmente, pero nunca eliminarlo por completo (SUNSTEIN *et al.*, 2000).

En relación al sesgo de retrospectiva es clásico el estudio efectuado por FISCHHOFF (1975), habiendo confirmado numerosos estudios posteriores la existencia de este tipo de limitación cognitiva. De hecho, prácticamente todos los estudios empíricos que han investigado este sesgo han confirmado su existencia³.

Una cuestión controvertida consiste en determinar si los jueces se encuentran menos expuestos a este tipo de sesgo (y al resto) que, por ejemplo, los miembros de un jurado.

² SÁNCHEZ FERLOSIO (2002): "(Con permiso de OCKAM) Como lo que ha pasado no puede dejar de haber pasado, la impresión que suscita: la de lo irreparable, tiende a arrimarse a la idea de *lo necesario*, de modo que el sentimiento de que el ayer es irreparable se expone a contaminarse con el de que es necesario; en ese instante ya están puestos los dos términos para el fatídico salto de proyectar *es necesario* en un *era necesario*: entonces se abre de golpe la escotilla de los dos grandes demonios: el del destino y el de la providencia".

³ Un extenso trabajo, que recoge un resumen de todos los estudios efectuados sobre el sesgo retrospectivo en los diferentes ámbitos, concluyó que 122 de 128 estudios analizados afirmaron la existencia de un significativo sesgo de retrospectiva (CHRISTENNSSEN-SZALANSKI y WILLHAN, 1991). Véase también al respecto RACHLINSKI (1998, pp. 571-626).

Tanto los estudios realizados en España (FARIÑA *et al.*, 2002), como los realizados en el extranjero concluyen, de forma mayoritaria –pero no unánime–, que no existe una diferencia relevante en cuanto al grado de afectación (MANDEL, 2006).

En un estudio realizado con 167 magistrados de Cortes Federales de Estados Unidos (GUTHRIE *et al.*, 2001) se concluyó que los jueces estaban afectados en la misma medida que el resto de los ciudadanos por el sesgo de anclaje y por el de retrospectiva. Es cierto que existe algún estudio aislado que ha llegado a la conclusión de que los jueces son, de alguna manera, menos susceptibles al sesgo de retrospectiva que el resto de personas (HASTIE *et al.*, 1999), si bien estos resultados han sido objeto de amplias críticas por entender que se encontraban, a su vez, sesgados por el hecho de que la muestra empleada se hizo en un contexto – una conferencia sobre el *análisis económico del Derecho* – que pudo provocar que los jueces actuaran, no de una manera espontánea, sino deliberadamente dirigida a ocultar el influjo del sesgo retrospectivo. Otro estudio empírico (VISCUSI y HASTIE, capítulos 11 y 12, respectivamente, en SUNSTEIN *et al.*, 2002) también concluyó que los mismos fenómenos que sesgan los veredictos de un jurado vician la sentencia de un juez, pero en muchísima menor medida. Según el mismo, si bien los jurados aciertan a la hora de incorporar a su veredicto las valoraciones morales y sociales que permiten calificar a un comportamiento dañino como doloso o gravemente desconsiderado y que, por tanto, llevan a imponer una condena por *punitive damages* para castigar al demandado y prevenir conductas similares en el futuro, la traducción del juicio de reproche en términos monetarios es, según sus autores, desastrosa, y todo tipo de errores y prejuicios convierten los veredictos condenatorios en una *lotería imprevisible* (SALVADOR CODERCH, 2003). En cambio, para los autores del citado estudio, los jueces profesionales yerran en mucha menor medida. Nuevamente debemos hacer constar que este trabajo, que se efectuó con 97 jueces que aceptaron participar en el experimento, se efectuó en el seno de una conferencia sobre *análisis económico del Derecho*, por lo que la sombra de la duda sobre la *espontaneidad* de los participantes sigue estando presente⁴.

Los riesgos de este sesgo han tenido incluso algún reflejo jurisprudencial, y así la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su Sentencia *Graham v. John Deere Co.*, de 1966, aplicando el derecho sobre patentes, proclamó que “los Tribunales deben estar en guardia para no caer en el uso de la visión retrospectiva”.

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. El Tribunal Supremo norteamericano, en la citada sentencia, reconoció el problema de la visión retrospectiva, que tiende a hacernos percibir como obvio algo que parece simple a la luz de este sesgo, pero que quizá no lo fue realmente en el momento de su invención. Para combatir el influjo de este defecto cognitivo, la Corte Suprema, en *Graham v. John Deere Co.*, añadió las denominadas *consideraciones secundarias al test de no-obviedad*. Además del indagar sobre los

⁴ El escepticismo que subyace en estas críticas se debe, a mi juicio, al posible influjo de otro fenómeno cognitivo en la realización del experimento: la conocida como profecía autocumplida (*self-fulfilling prophecy*), que es una predicción que, una vez hecha, es en sí misma la causa de que se haga realidad. La expresión fue acuñada por el sociólogo MERTON (1968), quien ofrece la siguiente descripción: “la profecía que se autorrealiza es, al principio, una definición *falsa* de la situación que despierta un nuevo comportamiento que hace que la falsa concepción original de la situación se vuelva *verdadera*”. POPPER, calificó este fenómeno como el *Efecto Edipo*: “Una de las ideas discutidas en *La miseria del Historicismo* era la influencia de una predicción sobre el evento predicho. Yo había llamado a esto el *efecto Edipo*, porque el oráculo desempeñaba el papel más importante en la secuencia de eventos que llevaban al cumplimiento de la profecía [...] Durante un tiempo pensé que la existencia del efecto Edipo marcaba la distinción entre las ciencias sociales y las naturales”.

aspectos técnicos del invento, el Tribunal exigió a los órganos jurisdiccionales inferiores que analizaran “consideraciones secundarias como el éxito comercial, la existencia de un sentimiento de una larga necesidad no atendida, fracaso de otros, etc., que quizá puedan ser utilizadas para arrojar luz sobre las circunstancias que rodearon el origen del objeto que quería ser patentado”.

También los tribunales españoles han tenido la ocasión de pronunciarse sobre este sesgo aplicado al derecho de patentes, como en la SAP Barcelona, Secc. 25ª, de 30.10.2009 (AC 2010\159; MP: Luis Garrido Esplá): “La tesis de R... constituye un claro ejemplo del análisis ex post facto vedado a la hora de examinar la patentabilidad 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”.

Otro célebre ejemplo de la evidencia del influjo de este sesgo en las decisiones judiciales lo constituye una sentencia dictada por un Tribunal de New Jersey en 1931, haciendo responsable al administrador de un *trust* por no haber vendido acciones propiedad de la compañía, justo antes del crack bursátil de 1929⁵. El Tribunal sostuvo que: “Era de general conocimiento, no sólo entre los banqueros y compañías inversoras, sino también entre el público en general, que la situación del mercado de valores en el momento del fallecimiento del testador era insano, que los títulos estaban muy sobrevalorados, y que un crack era casi seguro que ocurriera⁶”.

1.5. 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, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis. Es un tipo de sesgo cognitivo, es decir, un error sistemático del razonamiento inductivo. Estos sesgos en el procesamiento de la información son diferentes a los efectos de confirmación de comportamiento (lo que se conoce como *profecía autocumplida*), en los que las expectativas de una persona influyen en su propia conducta (MERTON, 1968).

Los sesgos pueden ocurrir en la reunión, interpretación o recuperación de información. Algunos psicólogos utilizan la denominación *sesgo de confirmación* para las desviaciones sistemáticas en cualquiera de estos tres procesos, mientras que otros la restringen a los pasos para la recolección selectiva de la evidencia, utilizando el término *sesgo de asimilación* para las interpretaciones

⁵ Véase *In re Chamberlain*, 156 A. 42, 43 (N.J. Prerog. Ct. 1931).

⁶ “[i]t was common knowledge, not only amongst bankers and trust companies, but the general public as well, that the stockmarket condition at the time of [the] testator’s death was an unhealthy one, that values were very much inflated, and that a crash was almost sure to occur”.

sesgadas. En muchas situaciones de razonamiento, las personas rechazan el sesgo de confirmación y las pruebas de hipótesis para la obtención de una información real. Los sesgos aparecen, en especial, en los aspectos que son emocionalmente importantes (tales como la salud personal o las relaciones sociales) y para establecer las creencias que dan forma a las expectativas de la persona (NICKERSON, 1998). Los sesgos en la búsqueda, interpretación y / o de almacenamiento de información han sido utilizados para explicar la perseverancia de creencias (las creencias en determinadas personas permanecen intactas aun cuando la evidencia de estas creencias haya sido probada como falsa) y la polarización de la actitud (un desacuerdo es más polarizado, aun cuando las diferentes partes estén expuestas a las mismas pruebas).

1.6. Sesgo de grupo (*in group bias*)

Esta técnica 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 grupos⁷.

El modelo económico tradicional asume que la gente únicamente se preocupa de su propio interés. Sin embargo, las personas pueden mostrar también una actitud favorable a los grupos a los que pertenecen. En la ciencia psicológica este fenómeno se conoce como *identificación social*. Una de las manifestaciones más estudiadas de esta *identificación social* es el sesgo de grupo: el tratamiento preferente a los miembros del grupo al que el sujeto pertenece.

⁷ Una ejemplar SAP Sevilla, de 6.3.2006 (ARP 2006\592; Ponente: Francisco Gutiérrez López) reflexiona sobre las peligrosas consecuencias prácticas de este sesgo en la jurisdicción penal: "Las peculiaridades del sistema de enjuiciamiento en EE. UU., por otra parte, pueden explicar veredictos basados en pruebas insuficientes, pero son completamente ajenas al hecho de que se produjeran los errores en los reconocimientos, cuya regulación y práctica no difiere sustancialmente de la española (aunque es justo reconocer que en Estados Unidos se plantea con mucha mayor agudeza que en España la problemática que suscita la identificación interracial). Por lo demás, también en España, aunque de forma menos sistemática, están igualmente documentados este tipo de casos, el más conocido y dramático de los cuales es el que afectó a dos ciudadanos marroquíes y afecta todavía a uno de ellos, pues el otro murió en prisión, condenados como autores de varias violaciones en base exclusivamente al reconocimiento de las víctimas, y que en uno de los casos obtuvieron la revisión de la condena gracias a los análisis de ADN, que no es posible realizar por falta de muestras biológicas en los restantes, de suerte que el superviviente pende de un indulto solicitado por el Ministerio Fiscal hace ya seis años. [...] Un problema adicional para la fiabilidad del reconocimiento efectuado por la víctima lo constituye la circunstancia de que los tres acusados y únicos sospechosos de la agresión sean de nacionalidad colombiana y en especial dos de ellos justamente José Manuel y Carlos Miguel presenten, según pudo observar el Tribunal en el acto del juicio, rasgos faciales acusadamente coincidentes con el estereotipo racial que en EE. UU. se denomina, incluso oficialmente, «hispano» y que en España llamaríamos con igual imprecisión «sudamericano». Se plantea así un supuesto de lo que en la Psicología del testimonio se conoce como efecto interracial (*other race* o *cross-race effect*), al que se han dedicado específicamente en los últimos veinticinco años no menos de otros tantos artículos y monografías en la bibliografía especializada. Todos ellos, no sin matices e implicaciones de mayor complejidad que no es preciso abordar aquí, confirman, sobre sólidas bases empíricas y epistemológicas, el elemental lugar común de experiencia ordinaria de que los testigos identifican con mayor facilidad y precisión las caras de los sujetos de su propia raza que las de miembros de razas diferentes.

Ciertamente, no han sido pocas las sentencias en que este mismo Tribunal, en relación con ciudadanos magrebíes incluidos como sospechosos o distractores en las ruedas de reconocimiento, ha avanzado la hipótesis de la menor importancia que, por razones históricas y de genética de poblaciones, tendría en España el denominado efecto interracial en la fiabilidad de la identificación en este tipo de supuestos, frente a los que son analizados en la psicología del testimonio estadounidense, en contemplación de estereotipos raciales más rígidos y divergentes y con menor contacto social y cultural entre los distintos grupos demográficos(...)".

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 Israel (SHAYO y ZUSSMAN, 2010) que ha confirmado, esta vez sobre la base de decisiones judiciales 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 pertenece a la misma etnia que el demandante.

Avanzando aún más, este estudio sostiene que el influjo del sesgo de grupo se incrementó de manera sustancial, en proporción al número de atentados terroristas perpetrados en la zona en el año anterior al dictado de la resolución judicial. Es más, los datos extraídos permiten indicar que el terrorismo afectó a los jueces tanto de etnia judía como árabe, provocando un incremento del dictado de decisiones favorables por parte de los jueces árabes a favor de los demandantes de esa misma etnia, y ocurriendo exactamente lo mismo con los judíos en relación a los litigantes de su etnia. Otro estudio, efectuado por MCCONNELL (2010), analizó las decisiones judiciales en las cortes federales norteamericanas tras los trágicamente célebres atentados terroristas del 11.9.2001, para concluir que no existió ningún cambio relevante en el resultado de los procedimientos judiciales para ningún grupo étnico.

Hemos hecho la anterior exposición introductoria de la forma más sucinta posible, en detrimento de una explicación detallada de esos sesgos, 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 errores y sesgos (evidentemente, las partes y sus abogados también lo están, pero esto es algo que se admite pacíficamente).

La anterior relación no es exhaustiva. Se han dejado al margen defectos cognitivos como el denominado sesgo egocéntrico (*egocentric biases* o *self-serving biases*), en virtud del cual las personas tienden a sobrestimar sus propias habilidades y su contribución en las actividades realizadas en grupo (ROSS y SICOLY, 1979), en la medida en que pensamos que su influencia en las decisiones jurisdiccionales es menor y, en todo caso, ha sido menos contrastada empíricamente. Otro tanto cabe decir del conocido como *error fundamental de atribución* (*fundamental attribution error*) o *correspondence bias* (ROSS, 1977). El error fundamental de atribución (conocido también como sesgo de correspondencia o efecto de sobre-atribución) es la teoría que describe cognitivamente la tendencia o disposición de la gente a sobredimensionar disposiciones, motivos personales o explicaciones internas a la hora de explicar un comportamiento observado en otras personas, dando poco peso, por el contrario, a motivos externos como el rol o la situación, para este mismo comportamiento. Un ejemplo de este sesgo sería atribuir el comportamiento de autoridades o personas de carne y hueso -presidentes de Gobierno, ministros, autoridades financieras, etc.- a sus limitaciones y defectos personales, y no a las complejas circunstancias a las que se enfrentan.

En la medida en que la decisión judicial 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 estos sesgos cognitivos que, inevitablemente, afectarán a la correcta asimilación

de la *quaestio facti* por parte del tribunal⁸. 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-, aun 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*.

A este respecto, nos remitimos al trabajo de ARRUÑADA y ANDONOVA (2008), que han detectado la influencia de los sesgos cognitivos en la aplicación del Derecho, y no sólo en la apreciación y valoración de los hechos, por parte de los jueces, como por ejemplo en relación a la regulación normativa de la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual o relación a las condiciones generales de contratación. Naturalmente que, en principio, es en el terreno fáctico donde los sesgos influirán en mayor medida en el dictado de las resoluciones judiciales, apartando al juez del discurso racional. Ahora bien, no es descartable que determinados sesgos, en atención a su naturaleza, puedan también afectar, aunque sea en menor medida, a la elección del órgano judicial sobre las normas a aplicar, en los supuestos en los que exista un eventual conflicto de normas o varias soluciones jurídicas posibles⁹. En cualquier caso, la influencia de estos sesgos en la aplicación de las normas no ha sido prácticamente objeto de estudios empíricos, por lo que conviene ser prudente al respecto, y además excedería de los límites del presente trabajo, que se centrará fundamentalmente en la afectación cognitiva en relación a las *cuestiones de hecho*¹⁰.

Sería arduo explicar por qué razón en la cultura jurídica anglosajona y, especialmente, en la norteamericana, esta cuestión ha suscitado tanto interés, mientras que, en países como el nuestro, cuestiones tan trascendentes han pasado prácticamente inadvertidos para casi toda la comunidad jurídica.

En este sentido, parece que nos encontramos, una vez más, como apunta ECO¹¹, ante la tradicional oposición histórica entre el pensamiento platónico-escolástico - partidario de las esencias y de los conceptos universales - y el empirismo de raíz anglosajona, más sensible a la complejidad de la realidad y al carácter convencional e imperfecto de nuestros conceptos. Ya el jurista español Adolfo POSADA, a finales

⁸ Refiriéndose a los hechos, ANDRÉS IBÁÑEZ (1992, pp. 115-159) dice que "Se ha escrito por un magistrado italiano que, del mismo modo que el burgués gentilhomme se sorprendió al conocer que hablaba en prosa, los jueces podrían también experimentar sorpresa si fueran conscientes de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos en el más elemental de los razonamientos de que habitualmente hacen uso".

⁹ Más adelante comprobaremos como, por ejemplo, el sesgo de anclaje puede afectar no solo al relato fáctico, sino también a la calificación jurídica del hecho. De igual forma, el sesgo de grupo puede llevar a que el juez opte, en caso de varias soluciones jurídicas alternativas posibles, por la postulada por el miembro del grupo en cuyo favor se halle sesgado. ¿Por qué esta predisposición psicológica que, de forma epistemológica, se ha acreditado existente en la apreciación de los hechos enjuiciados, no habría de afectar a la elección, por parte del juez, de la solución jurídica menos racionalmente satisfactoria, entre las posibles? ¿Podemos afirmar con certeza que los Tribunales son completamente inmunes a caer en el influjo, por ejemplo, del sesgo de grupo o de anclaje en relación a la argumentación jurídica del Ministerio Fiscal? No lo creo.

¹⁰ Como señala IGARTUA (1999), el ejercicio de la jurisdicción tiende a definirse como una actividad cognoscitiva que, al menos en lo que a los hechos respecta, se expresa en asertos cuya verdad remite a una verificación empírica sujeta a prueba y contrapueba, abierta a la negación o la confirmación a través del juicio contradictorio.

¹¹ ECO (1999). Tomo la cita prestada de Manuel CONTHE.

del siglo XIX, advirtió en su opúsculo “La enseñanza del Derecho en las universidades” de que las limitaciones pedagógicas de los países latinos en relación a los que se rigen por el *Common Law* provenían, antes que nada, de la falta de conciencia de la envergadura del problema. Es descorazonador comprobar que la mayoría de las deficiencias denunciadas por POSADA en 1884 (primacía del conocimiento puramente memorabilístico, falta de espíritu crítico y de adaptación a la realidad social, desconexión con el resto de conocimientos científicos, etc.) siguen vigentes en nuestras universidades, como si no hubiera transcurrido más de un siglo, mientras que en el derecho anglosajón cada vez es más frecuente el dialogo permanente con otras disciplinas, como la economía (*escuela del análisis económico del Derecho*) o la psicología (psicología del testimonio, sesgos cognitivos), etc.

2. La sombra de una duda (objetiva). Una medida legislativa que reduce el efecto de sesgos cognitivos

Para darnos cuenta de la importancia práctica que pueden tener estos sesgos, merece la pena prestar atención a la figura de la recusación/abstención, cuando concurren razones que hacen dudar de la imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional. En efecto, detrás de la preocupación genérica del legislador de evitar la parcialidad del juzgador puede verse la alargada sombra de los sesgos de anclaje y confirmación. De no existir esta previsión legal específica, la influencia de estos sesgos en las decisiones jurisdiccionales podría ser muy acusada, siendo inimaginable para nuestra actual concepción del derecho procesal, por ejemplo, la posibilidad de que una misma persona instruya y decida una causa penal, sin riesgo de quedar gravemente condicionada su imparcialidad.

En concreto, nos referiremos en este apartado a la causa de abstención y recusación recogida en el art. 219, apartado 11º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2.7.1985; en adelante, LOPJ), que señala que es causa de abstención y, en su caso, de recusación, “haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en la anterior instancia”.

De igual forma, aunque nos centraremos en esta causa de abstención y/o recusación, 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 precepto¹².

En 1882 quiso adoptarse un modelo que superara el sistema inquisitivo e implicara el establecimiento de un sistema de enjuiciamiento que evitara los excesos y arbitrariedades a que aquel conducía. La solución

¹² De igual forma, desde hace ya algunas décadas, se ha venido reclamando por parte de algún sector de la doctrina que el Ministerio Fiscal asumiera con plenitud la investigación penal. El juez instructor pasaría a desempeñar una función imparcial (evitando así la influencia de sesgos contra el imputado en su toma de decisiones), en el seno de la instrucción penal, como *juez garante* o *juez de garantías de los derechos fundamentales del imputado*.

adoptada consistió en la instauración de un sistema mixto, en el cual se mantenían parámetros inquisitivos en la instrucción y, al tiempo, se introducía con gran amplitud – aunque no totalmente – el sistema acusatorio para la fase del juicio oral (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004). Este planteamiento es el fijado desde sus orígenes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (BOE núm. 260, de 17/9/1882; en adelante LECr) y el que desde entonces, y sin perjuicio de la introducción de algunas modificaciones, ha permanecido vigente hasta la actualidad. Cuando en España se consideró que era necesario adoptar alguna medida para solventar la lentitud de la justicia, se modificó (Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal [BOE núm. 86, de 11.4.1967]) el anterior esquema, otorgando al Juez de Instrucción competencia, no solo para la instrucción de las causas, sino también para llevar a cabo un enjuiciamiento en los supuestos de delitos de menor gravedad. Incluso, años después se llevó a cabo una nueva modificación, por medio de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (BOE núm. 280, de 21.11.1980), manteniendo el mismo sistema de enjuiciamiento. Esta última norma fue declarada parcialmente inconstitucional por la STC 145/1988, de 12.7.1988 (RTC 1988\145; MP: Ángel Latorre Segura), que declaró incompatible la atribución de funciones instructoras y enjuiciadoras en la persona del mismo juez, bajo el siguiente –acertado– razonamiento: “Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, pueden provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar la imparcialidad que le es exigible (...). En un sistema procesal en el que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existen (...). Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el tribunal sentenciador toma las decisiones que le corresponda y el hecho de hacer estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que pueda hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones o prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora”.

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, de 10.3.1997; RTC 1997\42; MP: Julio Diego González Campos).

El motivo núm. 11 del art. 219 LOPJ, redactado por el apartado 43º del artículo único de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ (BOE núm. 309, de 26.12.2003), establece que es causa de abstención y, en su caso, de recusación, “haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”. La redacción del motivo núm. 11 del art. 219 LOPJ, apartado 10º del mismo precepto, antes de la reforma operada por la LO 19/2003 procede de la modificación operada, a su vez, por la LO 7/1988, de 28 de diciembre (BOE núm. 313, de 30.12.1988)¹³.

¹³ El texto anterior de LOPJ describía esta causa de abstención y recusación de la siguiente forma: “haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro tribunal o haber fallado el pleito o causa en anterior instancia”.

Esta modificación fue fruto de la doctrina fijada por la STC 145/1988, de 12.7.1988, anteriormente mencionada, que viene a consagrar definitivamente el principio de que quien instruye, no puede fallar. 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 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; obligada consecuencia de dicha armonización fue la modificación de determinados artículos de la LECr y de la LOPJ, sustituyendo el núm. 11 del art. 219 LOPJ al núm. 12 del artículo 54 de la LECr, al que tácitamente derogó (GIMENO SENDRA, 2010).

En cuanto a los antecedentes y evolución del reconocimiento del *principio de imparcialidad objetiva*, el punto de arranque se encuentra en el *Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales*, de 4.11.1950 (ratificado por España el 26.9.1979; BOE núm. 243, de 10.10.1979), que en su artículo 6.1 dispone:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigido contra ella”.

En términos similares se pronunció el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 19.12.1966 (ratificado por España el 13.4.1977), en su artículo 14.1, en relación esta vez, exclusivamente, al proceso penal¹⁴.

Estos principios están consagrados constitucionalmente tanto en el art. 117 CE, que dispone que la Justicia será administrada por jueces independientes, como en el art. 24, que protege el derecho a un proceso con todas las garantías. Existe, en definitiva, un reconocimiento constitucional de la imparcialidad del Juez como garantía del justiciable, que es el fundamento último de las figuras de la abstención y/recusación.

Parece difícilmente discutible que esta causa de abstención y recusación prevista por el legislador –aunque no fuera ésta su finalidad cuando se promulgó la norma–, evita que por parte del Tribunal que enjuicia un determinado caso se incurra en los errores derivados de los sesgos de anclaje y confirmación.

¹⁴ Como es sabido, estos pactos internacionales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, y pueden y deben ser aplicados por los tribunales españoles. En la jerarquía normativa su valor es superior al de las leyes (art. 96.1 CE); por ello, incluso, las derogan tácitamente; sólo están sometidos a la Constitución *ex artículo 95.1 CE y 78 LOTC*.

En relación a esta cuestión, es justamente criticada (por todos, SANTOS VIJANDE, 2004) la doctrina fijada por la STC 157/1993, de 6.5.1993 (RTC 1993\157; MP: Luis López Guerra), 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 u repercusión de las nuevas actuaciones sobre la resolución de la causa. 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(...)”.

Dejando al margen la cuestión relativa al recelo o temor racional de parcialidad que se genera, no sólo para el acusado, sino para la comunidad en general, por el hecho de que el mismo Tribunal vuelva a juzgar los hechos, es evidente que el planteamiento del Tribunal Constitucional parece muy poco realista, por mucha confianza que se tenga en la honradez del Juzgador y en que éste actuará en conciencia y considerará lo nuevamente actuado para decidir como si su mente fuera una *tabla rasa*, por usar la expresión orteguiana; desde un punto de vista psicológico es un *desideratum* pretender que la convicción originaria del Juzgador pueda verse radicalmente modificada por la práctica de una nueva prueba que *el propio Tribunal ya consideró anteriormente como irrelevante a los efectos de poder condicionar su decisión*.

Afortunadamente, esta 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 con magistrados que no hayan intervenido en el juicio anulado (por ejemplo, entre otras muchas, en las SSTs de 20.9.2007 [RJ 2007\6837; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca] o de 25.6.2007 [RJ 2007\3957; MP: Francisco Monterde Ferrer]). Se sigue así la doctrina ya expresada en la STS de 24.6.1991 (RJ 1991\4795; MP: Enrique Ruiz Vadillo):

“Cuando un tribunal en la instancia ha procedido con infracción de alguna norma de las que ordenan el desarrollo del proceso, no debe conocer de nuevo de las actuaciones, porque al hacerlo podría verse comprometida su imparcialidad objetiva [...] Y cuando toma una decisión en función de la prueba ante él practicada, si después ha de presenciar una nueva prueba, por él mismo considerada improcedente y volver a decidir, es probable que de manera a caso inconsciente, bajo la inquietud de resolver lo que es justo, se prescinda de hecho, tal vez inqueridamente –sic-, de la nueva prueba y se mantenga el mismo resultado¹⁵”.

Esta acertada posición de la Sala Segunda del Tribunal Supremo puede llevarnos a cuestionar por qué razón este derecho a ser juzgado por un Tribunal no contaminado por una decisión anterior

¹⁵ En idéntico sentido, puede citarse la STS, 2ª, de 24 1993 (RJ 1993\3072; MP: José Antonio Martín Pallín).

no es extensible a otras jurisdicciones distintas de la penal (lo que evitaría, además, el influjo de los sesgos de anclaje y confirmación). Se nos dirá que en el ámbito penal, a diferencia de otras jurisdicciones, están en juego intereses de mayor importancia y, señaladamente, la salvaguarda del *principio de presunción de inocencia*. Al margen de lo cuestionable de este argumento (el *derecho fundamental a un juicio justo* no se ha reconocido como exclusivo de las partes en los procedimientos penales, refiriéndose el art. 6.1 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* antes transcrito, de manera expresa, a los litigios civiles, sin que tampoco la Constitución Española contenga limitación alguna a este respecto), cabría en todo caso hacer una reconsideración en relación a la aplicación de la citada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el ámbito derecho administrativo sancionador, en el que, como es sabido, ese mismo principio de derecho penal también es aplicado, aunque con las debidas matizaciones.

En definitiva, los sesgos cognitivos no son algo ajeno al mundo del Derecho. Si se ha contrastado de manera profusa a través de múltiples estudios en otras disciplinas sometidas plenamente al método científico y, consecuentemente, al *criterio de falsabilidad* - utilizando la conocida distinción de POPPER-, habrá también de aceptarse su influencia en las decisiones jurisdiccionales que, como es sabido, no son susceptibles de validación empírica y en las que, como señala ALEXY (1989), la simple argumentación juega un papel relevante¹⁶. Si bien es cierto que las declaraciones de hechos probados en las resoluciones judiciales sí son susceptibles de validación empírica, también lo es que las decisiones judiciales, en su totalidad, no lo son. Ya antes sosteníamos nuestra opinión de que la influencia de los sesgos cognitivos no parece reducirse exclusivamente a la apreciación de los hechos (*premisa fáctica del silogismo judicial*), sino que también alcanza - aunque sea en mucha menor medida- a la aplicación del Derecho por los jueces (*premisa normativa del silogismo judicial*), si bien se trata de un campo aún no investigado en profundidad por los estudios empíricos existentes a día de hoy.

No está justificado, en consecuencia, el tradicional desdén de nuestros juristas en relación a estas cuestiones: ni son fruto de una *cosmovisión psicologista*, ni producto exclusivo de una cultura o mentalidad ajena a la nuestra¹⁷.

¹⁶ Como POPPER (1959) señaló, la empresa de la ciencia empieza con un método deductivo para derivar hipótesis luego contrastadas mediante observación o experimentación. Para que una teoría pueda calificarse como *científica*, debe establecerse qué hipótesis son susceptibles de ser falsadas mediante la observación o la experimentación y los datos obtenidos con la contrastación deben poder ser reproducidos. "Una hipótesis puede ser falsada o rechazada, pero no puede, en última instancia, ser verificada, pues el conocimiento siempre es incompleto. [...]La reproducibilidad [...] exige que otros científicos puedan comprobar la corrección de las observaciones o predicciones de una hipótesis. Los experimentos científicos siempre deben ser, por supuesto, reproducibles".

A este respecto, POSNER (2006) sostiene que, cuando es difícil "verificar (o falsar) afirmaciones empíricas con datos objetivos, los jueces, como la generalmente todas las personas, ineludiblemente recurren a sus emociones o intuiciones. Practican (...) la "cognición cultural".

¹⁷ A nuestro juicio, no es satisfactorio el argumento de que los sesgos son evitados por los jueces en la práctica mediante el empleo de las reglas jurisprudenciales sobre valoración de la prueba (en relación a la declaración de co-imputados, declaración exclusiva de la víctima, etc.). Más adelante examinaremos un caso real, y podremos comprobar cómo los miembros de un mismo Tribunal llevan a conclusiones fácticas divergentes aplicando, en teoría, las mismas reglas jurisprudenciales. De hecho, aun cuando la aplicación de estas reglas fuera de una

Diversos estudios confirman, por si hiciera falta, que este tipo de errores y sesgos se dan sistemáticamente en todos los países y culturas, de manera que sería una presunción extraordinariamente atrevida pretender que los jueces y jurados españoles se hallan indemnes a la influencia de estas técnicas heurísticas (POHL *et al.*, 2002).

3. Un ejemplo de sesgo de grupo: la preeminencia de los informes periciales emitidos por funcionarios

Existe un sesgo cognitivo fácilmente identificable, en el que incurren habitualmente Jueces y Tribunales, que consiste en atribuir mayor valor *per se* a un dictamen pericial elaborado por un funcionario público, que al que pueda realizar cualquier otro especialista en la materia, por mucho que este esté mejor fundamentado y sea técnicamente superior en rigor y exhaustividad. Estamos, en definitiva, ante el anteriormente definido como sesgo de grupo, en base al cual se confiere un plus de credibilidad y excelencia al trabajo, en este caso, de determinados funcionarios públicos, por el solo hecho de serlo, otorgándoles un valor preeminente en relación al resto de dictámenes periciales que puedan emitir otros especialistas en la materia en el procedimiento, por mucho que estos últimos sean superiores en calidad.

Es indudable que la presunta mayor independencia de estos peritos puede –y debe– ser tomada en consideración a la hora de determinar la credibilidad de su informe, pero se trata de un factor más, que no debe impedir que el órgano judicial entienda prevalentes las conclusiones de un informe pericial distinto, si el juez concluye que es técnicamente superior y aporta *mayores razones de ciencia*. De igual forma, el prestigio y experiencia del autor del dictamen, aunque no sea funcionario, también es una variable a tener en cuenta por el juez o tribunal, pero no debe llevar a asignarle de forma automática un valor probatorio preeminente. De lo que se trata es de evitar que el sesgo de grupo aparte al juez del discurso racional exigible, que agriete su razonamiento lógico-abstracto, de manera que no otorgue de manera mecánica mayor valor al dictamen emitido por un funcionario, sin pararse a analizar el resto de consideraciones y, muy especialmente, el fundamento y racionalidad de las conclusiones de los diversos informes¹⁸.

De esta errónea línea de razonamiento es ejemplo la STS, 3ª, Sec. 5ª, de 25.7.2003 (RJ 2004\5515; MP: Juan Manuel Sanz Bayón) cuando afirma:

pureza matemática –que evidentemente no lo es–, las inferencias derivadas de lo declarado probado no serían por completo ajenas al influjo de los sesgos.

¹⁸ Creo que este comportamiento no es fruto de un conocimiento asimétrico por parte del juez (que conocería el nivel de calidad de los informes emitidos por funcionarios, pero no de los elaborados por expertos externos, optando *ciegamente* por aquellos por tal razón), ni de una decisión explicable desde la conocida como *teoría de la elección racional*. Para empezar, la premisa de la que parte esa tesis en este caso no es cierta: abundan los dictámenes emitidos por funcionarios que no alcanzan el mínimo nivel de calidad exigible y construir un silogismo cuando la premisa mayor falla, no tiene sentido. De hecho, en muchos campos los mayores especialistas en la materia no son funcionarios, por lo que la asignación abstracta y generalizada de mayor valor a los informes emitidos por funcionarios *no puede, a mi juicio, considerarse una elección objetivamente racional*.

“Ha sido postura constante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en la apreciación de la prueba pericial o de informes técnicos han de gozar de preferentes garantías, en la estimación de los mismos, los emitidos por los técnicos municipales [...] dada las condiciones de objetividad y imparcialidad de que gozan tales informes y dictámenes¹⁹(...)”.

Creo que no es necesario hacer demasiados esfuerzos argumentales para demostrar lo equivocado de este razonamiento: es evidente que *el órgano judicial encargado de resolver el caso debe otorgar prevalencia a los postulados del dictamen pericial que entienda mejor razonado y más sólido, con independencia del origen, funcional o no, de su autor*. No cabe duda de que la relación del perito con los litigantes puede ser un elemento más, junto a otros, a tomar en cuenta a la hora de valorar la consistencia de sus conclusiones (se trata de una postura racional, hasta el punto de que el legislador ha previsto la figura de tacha o recusación de los peritos, en caso de concurrir relaciones con los litigantes –o con el objeto de la pericia- que pongan en duda su imparcialidad), pero ello no debe mover el órgano judicial a otorgar una prevalencia automática a los informes de los peritos insaculados por el juzgado o dependientes de la administración de justicia (pues es evidente que ni esos peritos, ni sus informes, *per se*, aportan mayor *ciencia*, en todos los casos, sobre los hechos controvertidos²⁰). Es más, en muchos procedimientos en los que es parte la Administración, el argumento supuestamente racional de la imparcialidad del perito-funcionario se quiebra por completo (era el caso, por ejemplo, de la anteriormente citada STS, 3ª, de 25.7.2003). La STS, 1ª, de 12.12.2005 (RJ 2005\10175; MP: Alfonso Villagómez Rodil) define acertadamente qué informe pericial debe prevalecer:

“La prueba pericial más apropiada es aquella que se presente mejor fundamentada y aporta mayores razones de ciencia y objetividad, y que, a su vez, tiene en cuenta todas aquellas circunstancias que pudieran servir para emitir un dictamen neutral”.

En estos casos, el efecto del sesgo de grupo puede ser devastador, en la medida en que el resto de pruebas que puedan aportar las partes, por muy elaborados y justificados que sean esos dictámenes periciales, simplemente van a ser mentalmente descartados –o, cuando menos, infravalorados- por el Juzgador, que ya parte de una idea preconcebida sobre qué opinión debe acoger, con independencia de que sean más o menos razonables el desarrollo y conclusiones del informe emitido por el funcionario (insistimos en que la neutralidad aparente del perito -como lo podría ser su experiencia o cualificación profesional en caso de no ser funcionario) es solo un elemento más a tomar en consideración, pero no un dogma de fe infalible y excluyente-.

La negativa influencia de este sesgo es especialmente acuciante en la actualidad, debido a la progresiva expansión del derecho penal, que ha llevado a que la incapacidad jurisdiccional de

¹⁹ Doctrina jurisprudencial que, afortunadamente, no es compartida por otras Secciones de esa misma Sala. Así, la STS, 3ª, Secc. 6ª, de 5.7.2006 (RJ 2006\4489; MP: Margarita Robles Fernández) acierta cuando afirma que “el recurrente parece pretender que tenga un valor vinculante para que el órgano sentenciador, el informe del médico forense, olvidando que hay otros distintos informes médicos realizados con mayor proximidad temporal, razón por la cual debe concluirse que la valoración de la prueba pericial practicada ni es irracional, ni arbitraria, ni ilógica, consideración por la cual, además de por las razones expuestas, el motivo debe ser desestimado”.

²⁰De alguna manera, podría contrargumentarse que los jueces, al desdénar las conclusiones de los dictámenes periciales encargados por las partes, presumen que éstos, debida a su presunta parcialidad, están sesgados (sesgo de confirmación) a favor de la postura inicial de la parte que les encargó el trabajo.

conocimiento o valoración de ciertos datos exija, inexorablemente, la intervención de los peritos o expertos en el proceso. Como señala RODRÍGUEZ RAMOS (1997), los peritos, pertenezcan o no a cuerpos de la función pública, inclusive los adscritos a la administración de justicia (médicos forenses, por ejemplo), no son parte del poder judicial, pues ni juzgan, ni hacen ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), sino que colaboran con los Jueces y Magistrados para reconstruir los hechos y, en su caso, valorarlos desde puntos de vista diversos a los jurídicos. El perito, en definitiva, es un experto en ciencia o arte ajena al Derecho, que interviene en el proceso ante la oscuridad de ciertos datos o valoraciones de los ya constatados.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina penalista, es frecuente que se confunda el objeto de la pericia en los procedimientos, pronunciándose el correspondiente informe emitido por funcionarios no sólo sobre el aspecto fáctico a subsumir en la norma primaria no penal (por ejemplo, niveles de contaminación, renta anual de una persona física determinada con criterios puramente económicos, etc.), sino también, incorrectamente, sobre si tal subsunción se produce o no; juicio jurídico que no puede atribuirse en un procedimiento judicial a un perito, ya que corresponde, en exclusiva, al órgano judicial. *En ningún caso puede un perito, por muy experto que sea en una materia, decidir si se infringió o no una determinada norma extrapenal.*

Como sostiene RODRÍGUEZ RAMOS, cuando en un procedimiento penal aparezca un pretendido informe pericial que haya sido emitido por el funcionario denunciante, máxime si además contiene interpretaciones de normas extrapenales (tributarias, en los supuestos de delito fiscal; urbanística, en los de estos nuevos delitos, etc.), el instructor, primero, y el Tribunal enjuiciante, después, no pueden considerar como informe pericial dicho escrito, sino como mera denuncia, atestado o alegación de parte²¹.

4. Otro ejemplo de sesgo en las decisiones judiciales: el anclaje con respecto a las peticiones del Ministerio Fiscal

Este sesgo fue puesto de manifiesto, inicialmente, en la realización de estimaciones numéricas, si bien posteriormente pudo constatarse que esta estrategia equivocada de formación de juicios también se daba en valoraciones no numéricas. Como han señalado FARIÑA *et al.* (2002), dentro del campo de las decisiones judiciales el anclaje ha evidenciado ser el heurístico por excelencia en la actuación de Jueces y Magistrados. 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 afectando, según algunos estudios, a aproximadamente el 60% de las resoluciones (FARIÑA *et al.*, 2002).

²¹ En sentido contrario se manifiestan PEDRAZ PENALVA y MARCHENA GÓMEZ, al considerar que los funcionarios públicos deben tener más credibilidad que los peritos que no lo son, hasta el punto de no requerirse, a su juicio, el cumplimiento de los principios de inmediación y contradicción en el acto del juicio oral, dando validez a informes no ratificados por sus autores, ni discutidos en el plenario (PEDRAZ PENALVA, 1993). No podemos estar más en desacuerdo con esta tesis de *divinización* del funcionario público, claro fruto del sesgo de grupo.

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*²².

En este sentido, interesa recordar que, cuando una hipótesis inicial sirve como anclaje, proporcionando un punto de partida sobre el que realizar las estimaciones finales, aunque puedan desembocar en inferencias razonables, generalmente se producen sesgos y errores sistemáticos en la elaboración de los juicios. De forma resumida, puede señalarse que, la ausencia de errores y sesgos cognitivos, en lo que a las resoluciones judiciales se refiere, implica sentencias más orientadas a los hechos (más información contextual y mayor descripción de interacciones y reproducción de conversaciones); más motivadas legalmente; y más causalmente guiadas (razonamientos específicos sobre relaciones causales físicas y temporales).

En efecto, las sentencias sin anclaje parecen guiadas por un proceso de integración de la información que, en el ámbito del derecho penal, se manifiestan en más proposiciones pro-acusado, más proposiciones neutras e igual número de proposiciones contra el acusado que aquellas sentencias basadas en el anclaje. En otras palabras, las sentencias sin anclaje dan cabida también a la perspectiva favorable al acusado, fuertemente ligada al anclaje establecido por la Fiscalía o el Juez de la escala inferior, si se trata de una apelación (FARIÑA *et al.*, 2002). Concluyen los citados autores afirmando que, mientras que las decisiones basadas en el anclaje el Juez o Magistrado descansan en los procesos, pruebas, catalogación y reconstrucciones de los Fiscales, o Jueces y Tribunales de primera instancia, en su ausencia se produce un proceso doble: descartar el anclaje y construir o tomar de la defensa una nueva perspectiva.

En definitiva, y en consonancia con los resultados provenientes de otros estudios cognitivos desarrollados en campos ajenos al Derecho, los Jueces, cuando no están sujetos al efecto del anclaje, desarrollan un procesamiento de la información y de las pruebas practicadas más profundo, que se manifiesta en una *mayor actividad cognitiva específica* en relación al supuesto debatido en el procedimiento.

No puede oponerse a lo anterior que la toma en consideración, de forma prevalente, por parte de los jueces, de las peticiones del Ministerio Fiscal, sea la expresión de una *decisión estrictamente racional*, basada en el hecho de que el Ministerio Público, en principio, tiene mejor conocimiento del caso que el propio tribunal (por haber dedicado más tiempo a su estudio -lo que, por cierto, sería posiblemente predicable en mayor medida del abogado de la defensa-) o de que se trata de un profesional habituado a tratar con hechos que revisten una naturaleza delictiva y calificar

²² También se midió, llegando a resultados parecidos, el efecto de anclaje que, sobre los Tribunales de apelación, ejercían las sentencias dictadas en primera instancia.

jurídicamente los mismos²³. En efecto, lo racional –y legal- es que el Tribunal asigne, cuando menos apriorísticamente, idéntica autoridad a la calificación de los hechos, y al relato fáctico que la sustenta, que efectúen cada una de las partes en el proceso, sin perjuicio de optar después por el relato fáctico más verosímil –o mejor probado- y por la calificación jurídica técnicamente más adecuada, coincidan o no con la postura del Fiscal²⁴.

Todo lo anterior sirve para reafirmar la importancia que tiene la motivación genuina de las resoluciones judiciales desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, no sólo desde una perspectiva puramente formal, sino material, en el sentido más propio del término. Nos estamos refiriendo, naturalmente, a una motivación real y específica *ad hoc*, y no a la exteriorización de frases estereotipadas en relación a la valoración de la prueba, por mucho que puedan ser revestidas con datos secundarios con el fin de dar la impresión de que esos razonamientos han sido empleados, por primera vez, en el caso debatido en los autos.

La motivación exigible, y la que permite al Juez desligarse del sesgo de anclaje, es la genuinamente orientada a examinar detenidamente los hechos, a describir y reproducir el resultado de los medios probatorios concretos y a examinar las relaciones causales, no con arreglo a principios abstractos, sino atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Si todo lo anterior es importante en cualquier tipo de procedimiento, todavía lo será mayor en el proceso penal, en la medida en que esta forma de actuar por parte de Jueces y Tribunales les permitirá desligarse del sesgo de anclaje en relación a las pretensiones de la Fiscalía; fijación en la que también cabe apreciar, indudablemente, el sesgo de grupo antes aludido, que lleva a los Jueces y Tribunales a valorar de forma más positiva las calificaciones jurídicas del Ministerio Fiscal (en cuanto que los fiscales, son, como los jueces, empleados públicos especialmente cualificados), en comparación con las del resto de las acusaciones o la propia defensa.

²³ En ese punto, es preciso explicar que no creo que este anclaje pueda explicarse por medio de la denominada *teoría de la elección racional (rational choice theory)*, que caracteriza la elección racional, simplemente, como una inteligente maximización del propio interés. Al margen de mi desacuerdo de base con esa teoría –véase, al respecto, la aguda crítica que formula SEN (2010)-, incluso desde esa perspectiva no veo por qué debe reputarse necesariamente más racional por el Tribunal seguir siempre, como método de trabajo, la tesis del Ministerio Público, pues cada caso enjuiciado presenta unas características peculiares que no permite asumir este tipo de generalizaciones (en muchos casos, las acusaciones y las defensas han estudiado con mayor detenimiento el caso y cabe presumir que sus asertos son más fundados –aunque estén sesgados-, por estar más interesados en el resultado del proceso, por lo que sería más *racional* su preferente toma en consideración). Para el Fiscal no deja de ser, en principio, un caso más y, en algunos supuestos no infrecuentes, su postura también puede estar sometida a sesgos –ideológicos, a los anteriormente relacionados, de *cognición cultural*” –usando las palabras de POSNER-, etc.) Además, este posicionamiento apriorístico del Tribunal contravendría –de ser cierto-, en muchos casos (siempre que el Ministerio Público formulara acusación), el principio de presunción de inocencia que, no conviene nunca olvidarlo, constituye un derecho fundamental del acusado.

²⁴ El hecho de que el representante del Ministerio Fiscal pertenezca a un cuerpo cualificado de juristas, especializados en materia penal, no supone que, desde un punto de vista estrictamente racional, el juez deba adoptar la postura del Ministerio Fiscal como una *aproximación a la decisión judicial más correcta*. Tendrá el juez que ponderar, en igualdad de condiciones, las posturas del resto de acusaciones y las de las defensas, entrando en escena en ese momento tanto el sesgo de anclaje como el de grupo, que pueden influir indebidamente en la decisión final del juez y apartarle, precisamente, de la decisión más racionalmente correcta.

5. Un posible caso de sesgo cognitivo de representatividad: anatomía de una sentencia

Como ya se indicó anteriormente, la técnica de representatividad conduce a errores estadísticos y matemáticos en el cálculo de la probabilidad, derivados de la insensibilidad a la probabilidad previa de los resultados, la insensibilidad al tamaño de la muestra, así como de errores sobre la aleatoriedad y sobre la 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 un mencionado trabajo *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, TVERSKY y KAHNEMAN (1974) 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”).

Plausiblemente, cabe advertir un error de esta naturaleza en la STS, 2ª, de 29.7.1998 (Caso “Marey”, RJ 1998\5855; MP: Joaquín Delgado García)²⁵.

Como expuso Manuel CONTHE en los varios artículos que dedicó a esta resolución en su día²⁶, el Pleno de la Sala 2ª, 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.

La condena de dos de los acusados por los siete magistrados que suscribían el fallo se basaba en su respuesta afirmativa a estas cuatro preguntas independientes:

1ª ¿Fue válida la instrucción efectuada en la causa?²⁷

²⁵ Vaya por delante que este breve análisis no tiene por objeto reconstruir los hechos enjuiciados en tal caso, ni indagar sobre el grado de intervención en los mismos de los dos acusados que negaron su participación en el secuestro. No nos pronunciamos –ni podríamos, ante la falta de datos sobre lo acontecido en el plenario y el tiempo transcurrido- sobre la justicia intrínseca de las posturas en discordia, sino que *nos limitaremos a examinar la justificación racional de las mismas*.

²⁶ “Tolstoi y nuestros Tribunales”, “De Rashomon a Voltaire” y “Telescopio al revés”, publicados, respectivamente, con fechas 14.9.1998 y 21.9.1998 en el diario Expansión.

²⁷ Este tema resultó extraordinariamente controvertido. No sólo dos de los magistrados del Tribunal Supremo entendieron que se había vulnerado el derecho de los acusados a un juicio justo como consecuencia de la (primera) instrucción; también lo entendió (aunque matizando que la segunda instrucción, realizada posteriormente por un magistrado del Tribunal Supremo, había subsanado esa supuesta irregularidad primigenia) uno de los magistrados del Tribunal Constitucional, que formuló un voto particular a la STC 69/2001, de 17.3.2001, (RTC 2001\69; MP: Guillermo Jiménez Sánchez), que rechazó el recurso de amparo interpuesto contra la STS de 29.7.1998. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6.1.2010 (TEDH 2010\3; MP: Alejandro Saiz Arnaiz) declaró que “habida cuenta de los hechos de la causa, el Tribunal estima que la imparcialidad del titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 está en entredicho. Los temores del demandante sobre este punto pueden considerarse, por tanto, objetivamente justificados [...]”, no obstante lo cual entendió que la segunda instrucción de la causa realizada por el magistrado del Tribunal Supremo sanó la anterior violación del derecho a la imparcialidad del órgano judicial. Cuatro magistrados del

2ª ¿Quedó probado en el juicio que esos dos acusados autorizaran la detención ilegal y la financiaron con fondos reservados?

3ª La llamada anónima que impuso condiciones al gobierno francés para la liberación de la víctima ¿era imputable a todos los procesados, transformando así en "secuestro" la hasta entonces "detención ilegal"?

4ª La querrela popular presentada en 1988 ¿interrumpió la prescripción del delito también respecto a procesados distintos de los expresamente mencionados, aunque la querrela no los identificara individualmente?

Argumentaba CONTHE que, aunque se considerara como alta la probabilidad de que la sentencia acertara en cada una de las 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. En efecto, si la probabilidad de acierto del Tribunal en relación a cada uno de las cuatro cuestiones hubiera sido del 80% (lo que ya presuponia, de por sí, partir de una premisa muy favorable para los magistrados de la Sala Segunda), la probabilidad de acierto conjunto en las cuatro cuestiones se reducía tan solo a un 41% - es decir, 0,8 elevado a la cuarta potencia²⁸-.

A la vista de lo anterior, y si se sigue esa línea de razonamiento hasta el final, cabe preguntarse si una sentencia con una *probabilidad estadística* de acierto inferior al 50% es compatible con el principio de presunción de inocencia -que dicho sea de paso, no es una presunción *psicológica*, sino *jurídica*- y, sobre todo, con el aforismo *in dubio pro reo*²⁹.

El principio penalista *in dubio pro reo* se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma o criterio de interpretación personal para establecer que en aquellos

TEDH discreparon de la tesis de la mayoría, y por medio de tres opiniones disidentes sostuvieron que el derecho a un juez imparcial había sido violado en todo caso, en la medida en que el segundo magistrado instructor se encontraba *contaminado* por el resultado de las diligencias previamente practicadas a instancias del primero.

²⁸ La alusión a la *probabilidad*, en este contexto, es absolutamente pertinente. El razonamiento probatorio de un Tribunal constituye una inferencia que permite pasar, a través de las denominadas *máximas de la experiencia*, de unos elementos probatorios, a unos hechos probados. Y la ilación entre los elementos probatorios (del presente) y los hechos probados (del pasado) se presenta como una inferencia inductiva, en la que (al igual que en todas las inferencias inductivas) *la conclusión sólo tiene el valor de una hipótesis probabilística*. Y es que, en definitiva, cuando diversas *máximas de la experiencia* puestas en liza fundamentan explicaciones contradictorias sobre lo que se trata de probar, el órgano judicial debe escoger la *explicación más probable* (IGARTUA, 1999).

²⁹ La "*ley del número*" nos ofrece otro dato para la reflexión. El resultado de la votación en el seno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo fue de 7-4 a favor de la condena de los dos acusados en cuestión, lo que con arreglo al art. 153 de la LECr, permitió el dictado de sentencia condenatoria -el citado precepto exige la mayoría absoluta para dictar sentencia-. Sin embargo, si el caso hubiera sido enjuiciado por un jurado, un porcentaje de votos favorables como ese (57,4%), hubiera conducido a un veredicto absolutorio (previa repetición del juicio, en su caso), en la medida en que el art. 60.2 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 122, de 23.5.1995) exige, para un veredicto condenatorio, un mínimo de 7 (de un total de 9) votos favorables (77,77%). Como curiosidad paradójica, merece la pena hacer constar que con arreglo a la doctrina jurisprudencial de la tradición talmúdica, un veredicto condenatorio alcanzado por unanimidad no podía producir una sentencia que condenase al reo, sino su absolución. Diametralmente en contra del sentimiento y la convicción actualmente en boga, era la unanimidad, precisamente, la que atraía sobre sí la máxima sospecha de parcialidad, hasta el punto de ser tomada automáticamente por criterio de la total invalidez del veredicto.

casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejaren duda en el ánimo del Juzgador, se incline entonces a favor de la tesis que beneficien al procesado (STS, de 16.1.1997 [RJ 1997\53; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez]). Se configura, en definitiva, como un mecanismo auxiliar del juez o tribunal sentenciador que sirve a la idea de que, si la prueba practicada no llega a ser bastante para formar su personal e íntima convicción en orden a la condena del acusado, el *dubium* o duda razonable ha de decantarse en favor del reo. La STS, 2ª, de 2.12.2010 (RJ 2011\271; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), parece tener en mente el adagio *más allá de toda duda razonable*, característico del *Common Law*, cuando proclama, incluso, que para absolver el acusado ni siquiera es preciso que la eventual falsedad de la imputación sea *más probable* que la hipótesis contraria: “El vacío habrá sido colmado cuando, más allá del convencimiento subjetivo que el Juez, al valorar los medios de prueba, adquiera sobre la veracidad de la acusación, pueda estimarse, en trance de revisión, que no sustitución, de la valoración del Juez, que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación o, si se quiere, a excluir la mendacidad de la acusación. La segunda la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables. Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.”

La mencionada sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo presenta, además, una serie de particularidades que la hacen especialmente apta para ser analizada desde el punto de vista de la eventual influencia de otros sesgos cognitivos. Para empezar, se trata de una resolución en la que el Tribunal Supremo actuaba como órgano de instancia, que enjuiciaba unos hechos acontecidos casi 15 años antes (lo que en modo alguno es habitual), y en la que, frente al relato fáctico de la mayoría conformada por siete magistrados, se formularon tres votos particulares, suscritos por los cuatro magistrados discrepantes, en los que se ofrecía una narración de los hechos alternativa, completamente dispar con la declarada probada en el cuerpo de la sentencia, y tan verosímil como ésta.

Si comparamos los hechos declarados probados por la mayoría de los magistrados, con el relato de los discrepantes, podremos alcanzar las siguientes conclusiones:

1.- Los votos particulares estaban claramente más orientados hacia los hechos que la sentencia de la mayoría. En este sentido, ofrecían mayor información contextual y una descripción más detallada del resultado de la práctica de los diferentes medios de prueba en el plenario³⁰. Se echa

³⁰ En efecto, constan referencias más detalladas al contenido y autenticidad de las pruebas documentales (tanto las originadas en el Cesid, como en el Banco de España o en entidades bancarias), a las relativas a la financiación

en falta en la sentencia de la mayoría, por el contrario, la ponderación motivada del resultado de los careos y su ilación con la línea argumental que fundamenta el fallo condenatorio.

2.- En los votos particulares se realizaba un examen más *analítico* de las relaciones causales³¹. Frente a la concepción *holística* de la mayoría (que parte de hipótesis globales sobre los hechos), los magistrados en minoría (en especial, el magistrado Bacigalupo) analizan por separado los diversos elementos de prueba (*atomización de los hechos*), sus respectivos valores probatorios y las inferencias específicas que se fundan en cada uno de aquellos³².

3.- De igual forma, los magistrados que conformaban la minoría en el Tribunal –justo es decirlo– incluyeron en sus votos más proposiciones pro-acusado, más proposiciones neutras y un número claramente inferior de proposiciones contra los dos acusados que no admitieron su participación en los hechos, que la sentencia de la mayoría. Ésta (y alguno de los votos particulares), en el apartado de valoración de la prueba, no motiva las razones que la llevan a descartar las hipótesis que mantienen los discrepantes, *sino que se centra exclusivamente en apuntalar su postura, de manera que opta por un discurso monológico, y no contradictorio (hipótesis-contrahipótesis-conclusión)*.

Una lectura desapasionada de la sentencia y de sus votos particulares concita la impresión de que la mayoría del Tribunal estaba plenamente convencido de la culpabilidad de los dos coacusados en cuestión, *si bien esa convicción parecía haber sido alcanzada de forma intuitiva* –en especial, a través de los careos que se practicaron entre los acusados en el acto del juicio³³–, *encontrando después la*

del secuestro (maletín incluido), reuniones de los acusados, contradicciones entre las declaraciones de los acusados, posibles móviles de la inculpación, investigación (o no) en España del secuestro, etc.

³¹ En especial, el nexo causal entre determinadas consecuencias y los hechos declarados probados que les sirven de soporte (conocimiento de la operación por los superiores jerárquicos).

³² Como afirma IGUARTUA (1999), no se trata de contraponer valoración individualizada/valoración conjunta, pues conduce el falso dilema de elegir entre operaciones alternativas cuando, en realidad, son complementarias: “De ningún modo son excluyentes recíprocamente las dos dimensiones del razonamiento: la analítica y la sintética”.

³³ Las filtraciones a la prensa del contenido de las deliberaciones del Tribunal fueron constantes, hasta el punto de que el propio Presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo pidió que se investigaran. Una de esas informaciones periodísticas, publicada por el diario *El País*, 24.7.1998, días antes que la sentencia fuera hecha pública, afirmaba literalmente lo que sigue: “Los careos a que fue sometido por sorpresa J con S y G D se apreciaron de forma muy distinta desde los estrados que desde el sector donde se encontraban el público y los periodistas que asistieron a la sesión. La proximidad a los careados y preferente ubicación de los magistrados les permitió apreciar con nitidez la actitud de debilidad de B frente a sus contradictores, al margen de las muestras de nerviosismo que ofreció el ex ministro cuando calificó de *delator* a G D. Los detalles sobre la mayor o menor firmeza entre los careados no se percibieron desde los bancos del público, pero algunos magistrados quedaron impresionados. Lo suficiente para convertir esa diligencia de prueba en uno de los motivos de la condena, como previsiblemente explicarán en los fundamentos jurídicos de la sentencia”. Es interesante hacer notar (en aras de resaltar la subjetividad del resultado probatorio del careo) que una impresión divergente se desprende de lo manifestado por otro testigo presencial de ese careo, el escritor ANTONIO MUÑOZ MOLINA, en su artículo “La carpetilla del espía” (diario *El País*, 10.6.1998), que cubría las sesiones del juicio para el mismo diario: “Hasta hace unos instantes la sala ha sido el escenario de una doble confrontación dramática, el careo de J primero con JS y luego con RGD. Hay algo muy triste, muy enconado, una tensión de teatro torpe, de actores aficionados que parecen rígidos, uno frente a otro, desplegando unos pocos gestos consabidos, cruzar los brazos, mover las dos manos con ademán de ira, señalar con el dedo índice en una acusación melodramática”.

*mayoría dificultades para racionalizar (y exteriorizar, a través de la correspondiente motivación) su íntimo convencimiento*³⁴.

A este respecto, debe reseñarse que la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 123/2005, de 12.6.2005; MP: Pablo Pérez Tremps) y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo han supuesto un regreso a la concepción originaria de la *convicción en conciencia* del juzgador como resultado de la valoración libre de la prueba³⁵. Según el Tribunal Constitucional, el juzgador no puede prescindir de la prueba practicada regularmente en el proceso y sólo sobre los resultados de ésta puede apoyar el juicio fáctico de la sentencia, *con independencia de que los resultados de la valoración de la prueba coincidan o no con su convicción personal acerca de la certeza de los hechos*. En un hipotético conflicto entre la *convicción en conciencia* del juzgador de que el acusado es culpable y una valoración de la prueba que no pueda conducir a la fijación de la culpabilidad del mismo, *ha de prevalecer esta última, no siendo posible la condena*³⁶. Y bien pudo estar aquí, precisamente, el *quid* de la cuestión en la STS, 2ª, de 29.7.1998 (RJ 1998 5855; MP: Joaquín Delgado García).

Como señala la STS, 2ª, de 15.7.2010 (RJ 2010\7351; MP: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), “la íntima convicción, la conciencia del Juez en la fijación de los hechos no puede conformarse al margen de las reglas de la experiencia y de la necesidad de exteriorización. El porqué se crea a un testigo o porque se descarta un testimonio no puede convertirse en un ejercicio de decisionismo judicial no controlable (...)”.

³⁴ De lo anterior pareció darse cuenta uno de los magistrados discrepantes, cuando apunta certeramente en su voto particular que “la convicción en conciencia sólo es correcta si es racional y si la hipótesis de hecho es aceptada por el Tribunal excluye toda otra más favorable al acusado [...] es preciso además aclarar que estas exigencias de racionalidad rigen inclusive para determinar si una declaración es o no convincente. El juicio sobre este aspecto tiene que ofrecer también un soporte racional que excluye las meras intuiciones indemostrables respecto de la verdad de lo declarado por una persona que, por regla, no son sino conjeturas no explícitas”.

³⁵ El llamado principio de *convicción íntima en conciencia* es el que rige en materia de apreciación de la prueba en los ordenamientos procesales penales europeos inspirados en el modelo napoleónico (Código de Instrucción Criminal de 1808). Como es sabido, dicho principio nació como consecuencia de la sustitución del sistema de valoración legal de la prueba propio de los procesos inquisitivos del antiguo régimen, por el de valoración libre y, en este contexto, la convicción íntima o en conciencia no significaba otra cosa que el resultado de la valoración de la prueba previamente realizada por el Juzgador. Esta forma de entender el alcance del *principio de convicción en conciencia* es propia del modelo procesal penal de corte liberal que trae causa de la Revolución Francesa. Establecido el proceso como límite a la actuación punitiva del Estado, orientado de manera primordial a impedir que un ciudadano inocente pueda ser castigado, la certeza de la culpabilidad sobre la que se basa la condena solo puede obtenerse según el proceso y según la razón, es decir, en función de las pruebas practicadas en el proceso con estricta observancia de las formalidades legales y valoradas éstas libre, *pero racionalmente*.

³⁶ STS, 2ª, de 19.2.1988 (RJ 1988\1193; MP: Francisco Soto Nieto), es muy explícito al señalar la prevalencia del efectivo resultado probatorio del juicio –objetivamente considerado– sobre las conjeturas (y sesgos) íntimos del Juzgador sobre la culpabilidad del acusado: “En el seno del proceso penal, la traducción de tan prestante y apreciada regla estriba en considerar ab initio inocente al inculpado, traspasando a las partes acusadoras la carga aportadora de aquellos elementos de prueba capaces de trocar ese planteamiento inicial en un fundado y razonable veredicto culpabilístico; y ello de tal modo que, ante un vacío de aportaciones, ante cualquier fracaso en el suministro de datos reveladores de la efectiva participación del encausado en el hecho criminal investigado, se impone su absolución con independencia de la convicción íntima subyacente en el ánimo del juzgador”.

En ese sentido, parece confirmarse que la motivación de las resoluciones judiciales, al exigir una extereorización 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. El Estado, cuando ejercita el *ius puniendi* a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido el delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria. Esta demostración sólo es posible cuando la valoración de las pruebas, si bien efectuada libremente –lo que implica que el Juez debe alcanzar la convicción sobre la credibilidad e incredulidad de las pruebas personalmente – *ha estado sometida a las reglas del criterio racional*. El sometimiento a reglas de la valoración probatoria – incluso con el sistema de la íntima convicción – permite que esta actividad judicial, inicialmente efectuada en el marco de la subjetividad, trascienda a un plano objetivo, en el que sea susceptible de control y crítica en cuanto a su racionalidad y coherencia (lo que permitirá, en su caso, apreciar y corregir las decisiones sesgadas). Ahora bien, *el paso de lo subjetivo a lo objetivo sólo es posible cuando la valoración probatoria se exterioriza en la sentencia a través de la motivación*³⁷.

De hecho, incluso desde un punto de vista formal se aprecia en la STS, 2ª, de 29.7.1998 (RJ 1998\5855; MP: Joaquín Delgado García) una estructura –que ya antes calificamos de *holística*– en la que los magistrados de la mayoría parecen partir de una conclusión o premisa – la culpabilidad de los citados dos coacusados– y, a partir de ahí, desarrollan toda una serie de argumentaciones sobre la prueba practicada en el plenario para respaldar esa íntima convicción. Argumentaciones que, paulatinamente, y a medida que se avanza en la lectura de la resolución, dejan de ser tan rotundas, para adentrarse en el terreno de la *probabilidad*, e incluso, de la *mera posibilidad*. Conviene precisar en este punto que el sintagma *duda razonable*, como límite que hay que franquear para enervar la presunción de inocencia, debe ser interpretado en el sentido de que el adjetivo *razonable* se predica de la duda (no de las personas que dudan) y que lo razonable no se presume, sino que debe ser justificado y exteriorizado por medio de la motivación.

Así, en el caso analizado, se comienza afirmando por la Sentencia que “esta Sala no tiene duda alguna de que la verdad de lo ocurrido se corresponde con los hechos declarados probados”, para después, paulatinamente, utilizar expresiones que denotan, a la hora de explicitar las inferencias lógicas derivadas de la valoración de la prueba que deberían llevar ineludiblemente a tal conclusión, la falta de plena certeza en dicha primigenia convicción. En efecto, se habla en las apartados siguientes de “robustecer la convicción”; de que “no parece creíble” determinada hipótesis, clave en la línea de defensa de los dos acusados en cuestión; se utilizan datos, confesadamente “de menor importancia”, para la ratificación de la tesis de la sentencia; se afirma que a los magistrados de las mayoría “no les parece lógica” determinada forma de organizar el secuestro, dato también imprescindible para alcanzar un fallo condenatorio, etc.

³⁷ La motivación es la que transforma un momento subjetivo – como es la valoración de las pruebas – en un razonamiento objetivado, y es la que determina que una ponderación íntima se transforme en una demostración hecha pública, susceptible por tanto de ser impugnada a través de los recursos oportunos (IGARTUA, 1999).

IGARTUA (1999), en una exhaustiva monografía dedicada íntegramente a esta sentencia, concluye lamentando sus carencias, pues sacrifica “indebidamente el carácter dialéctico del contradictorio y nos ofrece un discurso monológico, en el que nada se rebate por la sencilla razón de que ni siquiera es mencionado” (p. 156). El panorama, calificado como “desolador” por el citado autor, se ve agravado, a su entender, por la lectura de los votos particulares, pues “visto lo que en ellos hay, desconocemos si obstinadamente retoman tal cual (o mejorados/empeorados) los argumentos de las defensas; o bien, por el contrario, si su razonamiento alternativo al de la sentencia es la culminación del examen comparado de lo aportado por acusación y defensa” (p. 156)³⁸.

6. ¿Es posible mitigar o eliminar estos sesgos?

Una vez constatada la realidad de estas deficiencias cognitivas y su influencia a la hora de juzgar, es preciso relacionar los mecanismos que pueden paliar sus indeseables consecuencias.

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 resultado ocurrido produzca la impresión de que era inevitable, un primer intento de *debiasing* ha sido forzar a esos sujetos a poner en cuestión la inevitabilidad del resultado conocido; es decir, intentar que el Juzgador se convenza de que el resultado podría haber sido distinto (FISCHHOFF, 1980). 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. Como señalan SANN y SCHWART (2002), esta estrategia se torna menos efectiva cuando el sujeto intenta con mayor fuerza convencerse a sí mismo de que quizá los hechos podrían haber ocurrido de otra manera, al percibir durante ese proceso que las razones de ese resultado alternativo son más difíciles de imaginar.

Al margen de lo anterior, en esos estudios se ha acreditado que aquellos participantes que sólo generaron unas pocas alternativas y encontraron ese proceso fácil no sucumbieron al sesgo retrospectivo. Incitar a jueces o jurados a que tengan en consideración otras alternativas que hubieran sido también correctas, por ejemplo, en el terreno de la diligencia profesional, se ha mostrado efectivo según algunos estudios (ARKES *et al.*, 1988).

³⁸ Nos es descartable, finalmente, que, en este caso, como señala CONTHE, interactuara otro sesgo cognitivo en los miembros del Tribunal (el de retrospectiva), de manera que la conocida aversión a lo inexplicable provocara la aparición del denominado *determinismo inconsciente* (*creeping determinism*), que hace que se integre en una narración causal única el resultado y las circunstancias que lo precedieron, atribuyendo alguna de ellas la condición de causa principal. Como tampoco lo es la eventual existencia en la sentencia de un sesgo de anclaje en relación al relato fáctico del Ministerio Fiscal y/o al manifestado con anterioridad por el Juez Instructor (o, para ser más exactos, por los dos magistrados que, de manera sucesiva, instruyeron la causa).

Otros intentos de reducir la influencia del sesgo retrospectivo, como por ejemplo, proporcionar más información, en general, sobre la cuestión sometida a juicio, no reducen la influencia de este sesgo (MANDEL, 2006).

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, 2006).

En este punto, cabe plantearse si, al margen de las alegaciones del abogado del acusado, dentro de las instrucciones que el Magistrado-Presidente debe facilitar a los jurados conforme al art. 54 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 122, de 23.5.1995), cabría incluir la información sobre el riesgo de la existencia de sesgos y defectos cognitivos en su percepción de la información proporcionada por la prueba practicada en el plenario. Según el art. 54.2 de la norma antes referida, el Magistrado-Presidente “también les expondrá detenidamente, en forma que puedan entender, la naturaleza de los hechos sobre los que haya versado la discusión, determinando las circunstancias constitutivas del delito imputado a los acusados y las que se refieran a supuestos de exención o modificación de la responsabilidad. Todo ello con referencia a los hechos recogidos en el escrito que se les entrega”.

A continuación, en el apartado tercero, el citado precepto señala que “cuidará el Magistrado-Presidente de no hacer alusión alguna a su opinión sobre el resultado probatorio, pero si sobre la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él. Así mismo informará que, si tras la deliberación no les hubiese sido posible resolver las dudas que tuvieran sobre la prueba, deberán decidir en el sentido más favorable al acusado”.

Dada la prohibición imperativa de que el Magistrado-Presidente haga alusión alguna al resultado probatorio, es dudoso que en este trámite pueda el Magistrado-Presidente instruir a los miembros del jurado sobre las cuestiones más elementales relativas a los sesgos cognitivos y, más específicamente, sobre la necesidad de tener en cuenta la influencia del sesgo retrospectivo.

Como mucho, podría admitirse que, siempre sin hacer referencias al resultado probatorio en concreto, y sin poner como ejemplos resultados alternativos, el Magistrado-Presidente proporcionara a los jurados algunas nociones elementales sobre dichos sesgos, *pero el hecho de que pueda entenderse que esa actitud sea susceptible de contaminar el veredicto, al presumirse que ha influido a favor del acusado, hace muy dudoso que esta fórmula fuera admisible a día de hoy, sin una previa habilitación legal expresa.*

Como se señaló con anterioridad, las resoluciones judiciales más sujetas al efecto de anclaje, sobre todo en relación a la petición del Ministerio Fiscal, resultaron haber sido menos motivadas que las no ancladas, y contenían menos referencias concretas a los hechos concretos dilucidados en el litigio y a los medios de prueba que se practicaron en el plenario.

De lo anterior se infiere que un instrumento útil para combatir, en la medida de lo posible, este indeseado efecto de anclaje, *lo constituye la realización por parte del órgano judicial de una genuina reflexión motivada sobre los hechos enjuiciados*. Lo anterior, que pudiera parecer una obviedad, en realidad no lo es tanto.

Sabido es que existen numerosas resoluciones judiciales que, a pesar de estar formalmente motivadas de manera muy extensa -lo que ha venido a ser facilitado, además, con el avance de las nuevas tecnologías-, en realidad, *no evidencian una toma en consideración real por parte del Juez o Tribunal de todos los elementos de prueba practicados y una realización verdadera de un enjuiciamiento mental orientado a los hechos del caso*, lo que supone en el proceso penal descartar el efecto de anclaje en relación a la petición del Ministerio Fiscal y en construir una nueva perspectiva más objetiva.

Es por tanto relevante hacer notar que el anclaje se desliga de los hechos (información contextual, descripción de interacciones y reproducción de conversiones, etc., FARIÑA *et al.*, 2002). En otras palabras, se rige por un proceso de *exclusión de la evidencia*, de manera que *una motivación estereotipada no sólo sería contraria al art. 120.3 CE, sino que evidenciaría la imposibilidad por parte del Juzgado de desviarse del sesgo de anclaje*.

También en relación a este 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 (FARIÑA *et al.*, 2002)³⁹, 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 (PLOUS, 1993).

En relación a esta cuestión, se ha propuesto incluso que tales anclajes podrían venir de la mano de "*Guidelines*" decisionales con eventos narrativos de evidencias que los soporten (NOVO *et al.*, 2000).

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, parte de la base de la equivalencia de las condiciones, pero no en un plano meramente físico o material, sino en uno jurídico, de manera que no todos los antecedentes causales de un resultado dañoso obtienen la misma relevancia. Esta teoría se construyó sobre la base de los juicios de probabilidad formulada por los autores anteriormente mencionados. Así, frente a situaciones en las que un hecho es resultado necesario de otro, existen otras en las que el resultado es probable, y otras en las que es

³⁹ En una sesión celebrada el 27.10.2010 en la "Fundación para la investigación sobre el Derecho y la empresa" (FIDE), bajo el título, precisamente, de "Sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales", tuve conocimiento de que, en la actualidad, los nuevos jueces reciben en la Escuela Judicial formación específica sobre estos sesgos y sus consecuencias.

improbable (también aquellas en las que un resultado nunca podría ser consecuencia de un determinado antecedente). La teoría de la adecuación toma en consideración el segundo tipo de consideraciones (*consecuencia probable del hecho enjuiciado*), teniendo también en cuenta las circunstancias que concurren en el caso concreto (REGLERO CAMPOS, 2008)⁴⁰.

Esta teoría de imputación objetiva, 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 bondad y diligencia del agente, de manera que, al menos en la teoría, *no se tiene en cuenta el resultado efectivamente acaecido a la hora de atribuirle o no la imputación de ese resultado a un determinado agente*. La sola 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 (FARIÑA *et al.*, 2002) concluyan que el efecto de anclaje trae consigo sistemáticamente “una evitación de la justificación causal”⁴¹.

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 (JOLLS y SUNSTEIN, 2004). El supuesto típico es la regla, recogida en el derecho procesal federal⁴², 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 a la hora de probar 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 tácita admisión de una previa actividad negligente (en definitiva, de que no se hizo, con anterioridad, lo suficiente para evitar el daño), lo que en muchos casos dista de ser cierto, puesto que un accidente puede enseñar a quien causó el

⁴⁰ Atendiendo a este criterio, en el conjunto de hechos antecedentes habrían de considerarse como causa en sentido jurídico - con potencialidad suficiente para la imputación del daño - solo aquellos hechos de los cuales quepa esperar *a priori* y según criterios razonable seguridad o verosimilitud estadística (*juicio de probabilidad*) la producción de un resultado (dimensión positiva de la causa adecuada). O, formulado a la inversa, a la hora de imputar el daño debe suprimirse del curso causal, aquellos antecedentes que de forma estadísticamente muy improbable hubieran dado lugar, por sí mismos al resultado final (dimensión negativa).

⁴¹ La sensación que a veces se tiene, de que primero se busca al responsable de forma irracional, y después se le adjudica la causa y se construye artificialmente la argumentación que conduce a esa conclusión, ha sido gráficamente expresada por SÁNCHEZ FERLOSIO (2002) en uno de sus pecios: “(Determinismo) Ya la jauría de las causas ha entrado en el jaral, ya se esparce veloz, escudriñando, olfateando, cada rincón del monte: ¡Huye! ¡Tú eres el ciervo!”.

⁴² Subsequent Remedial Measures Rule of the Federal Rules of Evidence; Rule 407: “When, after an injury or harm allegedly caused by an event, measures are taken that, if taken previously, would have made the injury or harm less likely to occur, evidence of the subsequent measures is not admissible to prove negligence, culpable conduct, a defect in a product, a defect in a product's design, or a need for a warning or instruction. This rule does not require the exclusion of evidence of subsequent measures when offered for another purpose, such as proving ownership, control, or feasibility of precautionary measures, if controverted, or impeachment”.

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 negligente⁴³.

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.

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, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, de 30.11.2007), 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”.

Sin embargo, para esa misma doctrina (SUNSTEIN *et al.*, 2000) la respuesta de los Tribunales parece indicar que éstos son conscientes, de alguna forma, de la existencia de sus sesgos y de la necesidad de su remedio. Consecuentemente, antes de adoptar medidas de tipo legislativo que podrían incluso empeorar las consecuencias de los defectos cognitivos indeseados, es preciso explorar la eficacia del resto de medidas apuntadas⁴⁴.

Un ejemplo de lo anterior es la jurisprudencia de los Tribunales norteamericanos sobre 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*, que de alguna manera limita el ámbito de control jurisdiccional sobre las decisiones de los administradores, tiene un claro fundamento económico, en la medida en que, de aplicarse un estándar de diligencia muy elevado, los

⁴³ En relación a lo anterior, debe señalarse que SUNSTEIN *et al.* (2002) han constatado, en un experimento, como los jurados simulados son extraordinariamente estrictos si la empresa demandada incluyó en la organización de su actividad estudios sobre los costes y beneficios derivados de adoptar tal o cual medida de precaución, pero resolvió no adoptarla si el beneficio era muy superior al coste; además, los veredictos era abrumadoramente condenatorios si había un riesgo de causar daños personales. Como señala irónicamente -o no tanto- SALVADOR CODERCH (2003), lo peor que puede hacer una compañía mercantil es gestionar racionalmente los riesgos propios de su actividad, sometiéndolos a un análisis riguroso.

⁴⁴ Nos encontraríamos, básicamente, ante un escenario de los denominados *second-best*; concepto que, muy esquemáticamente resumido, podría definirse como que, en un mundo *esencialmente imperfecto*, suprimir algunas de esas imperfecciones de forma parcial puede ser contraproducente. El citado teorema fue formulado en 1956 por un economista canadiense, LIPSEY, en colaboración con otro australiano, LANCASTER, cuando ambos investigaban sobre la teoría del comercio internacional en la *London School of Economics*. El teorema afirma que cuando una economía está sujeta a varias restricciones o imperfecciones que la alejan del ideal de una economía de mercado perfecta e impiden que alcance una situación de máxima eficiencia (esto es, un *óptimo de Pareto* o *first best*, en lenguaje económico), suprimir sólo una de tales imperfecciones -pero no todas- puede resultar contraproducente.

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.

Finalmente, por lo que se refiere a la adopción de medidas legislativas para mitigar el efecto de los sesgos cognitivos, es interesante hacer notar que algunos autores, como ARRUÑADA y ANDONOVA (2008), sostienen que el proceso codificador en el seno del derecho privado llevado a cabo en algunos países de la Europa continental durante el siglo XIX, fue un mecanismo utilizado por el legislador para evitar los sesgos negativos que, en aquel momento, tenían los jueces contra la libertad de mercado (debida a una mentalidad todavía anclada en el Antiguo Régimen, que desconfiaba de esa libertad contractual e incluso en algunos casos censuraba hasta el cobro de intereses en las operaciones comerciales)⁴⁵. Un ejemplo sería la consagración normativa del principio de autonomía de la voluntad de las partes o la tendencia a eliminar las normas imperativas en la contratación privada, de manera que se limitó drásticamente el ámbito de actuación de los jueces en este campo. En contraposición a lo anterior, el proceso codificador no habría sido necesario en los países regidos por el *Common Law*, como consecuencia precisamente de la diferente mentalidad de sus jueces, mucho más proclives a aceptar la máxima libertad en las transacciones, debido a su mayor conocimiento personal del funcionamiento del sistema económico liberal y, en definitiva, del mercado⁴⁶.

Al margen de lo discutible de esta tesis, es apreciable en las últimas décadas un imparable proceso descodificador, al menos en nuestro país, de manera que la creciente proliferación legislativa (tanto a nivel estatal, como autonómico) desdibuja progresivamente las diferencias de nuestro ordenamiento jurídico con el de aquellos estados en los que ese proceso codificador nunca se produjo. Se ha llegado a hablar, en este sentido, incluso, de la necesidad de una *segunda codificación* (PAU PEDRÓN, 1999) que pusiera orden en la actual dispersión normativa.

Como señala MENÉNDEZ (1999), el siglo XX ha sido definido como el siglo del *legislador motorizado* en todos los sectores del Ordenamiento jurídico, provocando una saturación de normas. En todo caso, y por lo que aquí importa, creemos que las diferencias legislativas entre las países del *Civil Law* y los del *Common Law* no son tan significativas como para presumir que los jueces de los estados que desarrollaron un proceso codificador en el siglo XIX estén, en la actualidad, menos

⁴⁵ Como antes dejamos señalado, no creemos que el legislador, ni en el siglo XIX no en el XX, haya sido verdaderamente consciente del riesgo de la influencia negativa de los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales; otra cosa es que determinadas previsiones legales hayan llevado aparejado, como efecto colateral, la mitigación de sus efectos.

⁴⁶ En contestación a uno de los evaluadores anónimos de este trabajo, cuyas observaciones agradezco, debo aclarar que he dejado al margen del presente estudio la posible influencia que la ideología de los jueces puede tener en la toma de sus decisiones. A priori, cabe pensar que, en los sistemas jurídico-políticos que WEBER tipificara como *legal-rationales*, este presunto sesgo ideológico afectaría más, en el seno del proceso, a la aplicación de las normas que a la apreciación de los hechos, que es el objeto primordial de este trabajo. Tan solo quisiera apuntar que, siguiendo a TOHARIA (1991), existen dos formas de garantizar un comportamiento judicial no sesgado ideológicamente. Cada una es representativa de dos grandes familias jurídicas: la *Common Law* y la tradición romano-canónica. Mientras la primera resalta el papel fundamental del juez y trata de controlar sus sesgos dándolos a conocer, en la segunda la ideología de los jueces ha constituido un tema tabú, resaltando la importancia de la norma frente a la idiosincrasia del juez.

expuestos al influjo de los sesgos cognitivos que los que pertenecen a estados que no se dotaron de dichos Códigos.

7. Conclusión

En atención a lo expuesto, son numerosos y relevantes los sesgos cognitivos que pueden darse en el ejercicio de la función jurisdiccional, ya se trate de decisiones emitidas por jueces o por jurados.

De hecho, el propio ordenamiento jurídico recoge algunos mecanismos, aunque sea de forma indirecta (o expresa, en casos muy puntuales), para reducir su influjo.

Este fenómeno apenas ha sido estudiado en la literatura jurídica española, mientras que el estudio de su influencia, efectos y posibles medidas de remedio viene siendo analizado profusamente, desde hace décadas, en el derecho anglosajón.

Por lo que se refiere a las posibles técnicas de mitigación de los efectos de los errores y sesgos cognitivos, hemos constatado que determinadas medidas se han mostrados parcialmente eficaces para reducir su influencia, sin que se haya conseguido su completa elusión. En particular, uno de los más comunes, como es el sesgo de retrospectiva, se muestra especialmente refractario a su eliminación, y ello a pesar de ser una técnica heurística fácilmente explicable y entendible.

No obstante lo anterior, y dada la influencia efectiva que estos errores cognitivos tienen en el resultado final de los procedimientos judiciales, es preciso para cualquier profesional del Derecho conocerlas para prevenir sus efectos y prever, en la medida de lo posible, sus consecuencias.

8. Tabla de sentencias

Sentencias Tribunal Europeo Derechos Humanos

<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
6.1.2010	TEDH 2010\3	Alejandro Saiz Arnaiz

Sentencias del Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
2ª, 19.2.1988	RJ 1988\1193	Francisco Soto Nieto
2ª, 24.6.1991	RJ 1991\4795	Enrique Ruiz Vadillo
2ª, 2.4.1993	RJ 1993\3072	José Antonio Martín Pallín

2ª, 24.5.1996	RJ 1996\ 4544	José Augusto de Vega Ruiz
2ª, 16.1.1997	RJ 1997\53	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
2ª, 29.7.1998	RJ 1998\5855	Joaquín Delgado García
3ª, 17.7.2000	RJ 2000\7014	Juan Manuel Sanz Bayón
3ª, 25.7. 2003	RJ 2004\5515	Juan Manuel Sanz Bayón
3ª, 5.7.2006	RJ 2006\4489	Margarita Robles Fernández
2ª, 28.4.2006	RJ 2006\3147	Andrés Martínez Arrieta
2ª, 25.6.2007	RJ 2007\3957	Francisco Monterde Ferrer
2ª, 15.7.2010	RJ 2010\7351	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
2ª, 2.12.2010	RJ 2011\271	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Sentencias del Tribunal Constitucional

<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
5.5.1982	RTC 1982\20	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
12.7.1988	RTC 1988\145	Ángel Latorre Segura
21.12.1989	RTC 1989\217	Vicente Gimeno Sendra
6.5.1993	RTC 1993\157	Luis López Guerra
10.3.1997	RTC 1997\42	Julio Diego González Campos
17.3.2001	RTC 2001\69	Guillermo Jiménez Sánchez
12.6.2005	STC 123/2005	Pablo Pérez Trepms
20.11.2006	RTC 2006\331	Vicente conde Martín de Hijas
11.1.2010	RTC 2010\2	Ramón Rodríguez Arribas

Sentencias de Audiencias Provinciales

<i>Audiencia, Sección y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
AP Murcia, Secc. 5ª, 11.7.2001	---	Fernando J. Fernández Espinar López
AP Murcia, Secc. 1ª, 12.12.2006	JUR 2006\250196	Andrés Pacheco Guevara
AP Barcelona, Secc. 25ª, 30.10.2009	AC 2010\159	Luis Garrido Esplá

AP Sevilla, Sec. 4ª

ARP 2006\592

Francisco Gutiérrez López

Sentencias de Tribunales norteamericanos

<i>Caso</i>	<i>Fecha, ref. y tribunal</i>
<i>Graham v. John Hessin Clarke</i>	383 , de 1966, Corte Suprema EE.UU
<i>In re Chamberlain</i>	156 A.42, 43 (N.J. Prerog, 1931)

9. Bibliografía

Robert ALEX Y (1989), *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Jaime ALONSO GALLO (2006), "Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal" en *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Bosch, Madrid.

Perfecto ANDRÉS IBANEZ (1992), "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, pp. 115- 159.

H.R. ARKES *et al.* (1988), "Eliminating the hindsight bias", *Journal of Applied Psychology*, Vol. 73, núm. 2, pp. 305-307.

Benito ARRUÑADA y Veneta ANDONOVA (2008), "Judges' cognition and market order", *Review of Law & Economics*, Vol. 4, núm. 2, pp. 665-692.

Jay CHRISTENNSSEN-SZALANSKI y Dean WILLIAM (1991), "The hindsight bias: a meta-analysis", *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 48, núm. 1, pp. 147-168.

Manuel CONTHE GUTIÉRREZ (2007), *La paradoja del bronce*, Crítica, Madrid.

Francisca FARIÑA, Ramón ARCE y Mercedes NOVO (2002), "Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales", *Psicothema*, Vol. 14, núm. 1, pp. 39-46.

B. FISCHHOFF (1975), "Hindsight#foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty", *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, Vol. 1, núm. 3, pp. 288-299.

-- (1980), "For those condemned to study the past: Reflections on historical judgment", en R. A. SHWEDER and D. W. FISKE (Eds.), *New Directions for Methodology of Social and Behavioral Science*, Vol. 4, pp. 79-93.

-- (1982), "Debiasing", en D. KAHNEMAN, P. SLOVIC, y A. TVERSKY (Eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 422-444.

Vicente GIMENO SENDRA (2010), *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid.

Chris GUTHRIE, J. RACHLINSKI y A.J. WISTRICH (2001), "Inside the judicial mind", *Cornell Law Review*, Vol. 86, núm. 4, pp. 777-830.

Reid HASTIE, David A. SCHKADE and John W. PAYNE (1999), "Juror Judgments in Civil Cases: Hindsight Effects on Judgments of Liability for Punitive Damages", *Law and Human Behavior*, Vol. 23, núm. 5, pp. 597-614.

Juan IGARTUA SALVATIERRA (1999), *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid.

Christine JOLLS y Cass R. SUSTEIN (2004), "Debiasing through law", *Journal of legal Studies*, Vol. 35, pp. 199-241.

Kim A. KAMIN y Jeffery J. RACHLINSKI (1995), "Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight", *Law and Human Behavior*, Vol. 19, núm.1, pp. 89-104.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2004), *Tratado derecho procesal penal*, Aranzadi, Madrid.

Gregory N. MANDEL (2006), "Patently Non-Obvious: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational", *Ohio State Law Journal*, Vol. 67, pp. 1391 y ss.

M. MARCHENA GÓMEZ (1995), "De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos", *Poder judicial*, núm. 39, pp. 233-251.

Brendon MCCONNELL (2010), "Ethnicity, Sentencing and 9/11", Working paper disponible en: http://www.iza.org/conference_files/SUMS2010/mcconnell_b6110.pdf.

Aurelio MENÉNDEZ (1999), "La comisión general de codificación y la elaboración de las leyes", en VV. AA, *Seguridad jurídica y codificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 15-30.

Antonio MUÑOZ MOLINA (1998), "La carpetilla del espía", *El País*, 10 de junio.

Robert K. MERTON (1968), *Social Theory and Social Structure*, Free Press, New York.

R. S. NICKERSON (1998), "Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises", *Review of General Psychology*, Vol. 2, núm. 2, pp. 175-220.

M. NOVO, R. ARCE y P.A. GÓMEZ-ULLA (2000), "Bases para la concreción de sentencias consistentes: Guidelines", en A. OVEJERO, M^a de la V. MORAL, y P. VIVAS (Coord.), *Aplicaciones en psicología social*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 85-96.

Antonio PAU PEDRÓN (1999), "La segunda codificación", en VV. AA, *Seguridad jurídica y codificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 73-88.

E. PEDRAZ PENALVA (1993), "Valoración de informes periciales. Reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del TS y TC", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núms. 125 y 126.

S. PLOUS (1993), *The psychology of judgment and decision making*, McGraw-Hill, New York.

Riidiger F. POHL *et al.* (2002), "Hindsight bias around the World", *Experimental Psychology*, Vol. 49, núm. 4, pp. 270- 282.

Karl R. POPPER (1959), *The Logic of Scientific Discovery*, Routledge, London.

-- (1993), *Búsqueda sin término: una autobiografía intelectual*, Tecnos, Madrid.

Richard POSNER (2006), "The role of the Judge in the Twenty-First Century", *Boston University Law Review*, Vol. 86, núm. 5, pp. 1049 y ss.

J. RACHLINSKI (1998), "A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight", *University of Chicago Law Review*, Vol. 65, núm. 2, pp. 571- 626.

Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.) (2008), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Madrid.

Luis RODRÍGUEZ RAMOS (1997), "¿Atestado, pericia o cuestión prejudicial? (Sobre ciertas corruptelas en la tramitación de causas por injustos administrativos criminales)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 310.

L. ROSS (1977), "The intuitive psychologist and his shortcomings: Distortions in the attribution process", en L. BERKOWITZ (Ed.), *Advances in experimental social psychology*, Vol. 10, Academic Press, New York, pp. 173- 240.

M. ROSS y F. SICOLY (1979), "Egocentric biases in availability and attribution", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 37, núm. 3, pp. 322-336.

Pablo SALVADOR CODERCH (2003), "Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (punitive damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras", *InDret*, núm. 2, (www.indret.com)

Rafael SÁNCHEZ FERLOSIO (2002), *La hija de la guerra y la madre de la patria*, Destino, Madrid.

Lawrence J. SANA y Norbert SCHWART (2002), "Debiasing the hindsight bias: the role of accessibility experiences and (mis) attributions", en *Journal of experimental social psychology*, núm. 39, pp. 287-295.

Jesús María SANTOS VIJANDE (2004), "Anulación con reposición e imparcialidad objetiva del Tribunal a quo", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2004.

Amartya SEN (2010), *The idea of Justice*, Penguin Books, United Kingdom.

Moses SHAYO y Asaf ZUSSMAN (2010), "Judicial Ingroup Bias in the Shadow of Terrorism", en *Quarterly Journal of Economics*, Working paper disponible en <http://ssrn.com/abstract=1639855>.

Cass R. SUNSTEIN *et al.* (2000), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge.

Cass R. SUNSTEIN, Daniel KANEHMAN, Reid HAISTIE, David A. SCHKADE, John W. PAYNE Y W. KIP VISCUSI (2002), *Punitive Damages. How Juries Decide*, The University of Chicago Press, Chicago.

J.J. TOHARIA (1991), "Ideología política de los jueces", en *Psicología Política*, núm. 2, pp. 7-20.

Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN (1974), "Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases", en *Science*, Vol. 185, núm. 4157, pp. 1124 y ss.

Jeffrey W. KIP VISCUSI (1999), "How Do Judges Think About Risk?", en *American Law and Economics Review*, Vol. 1, núm. 1, pp. 26-62.

Max WEBER (1944), *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México.