

## ***A toro pasado, ...cuidado con los sesgos cognitivos***

“A toro pasado, todos somos Manolete”. Este refrán español, quizá olvidado o desconocido para la mayoría, da cuenta de lo fácil que es efectuar pronósticos... *a posteriori*. La imagen del toro evoca el riesgo, la incertidumbre, la perspectiva *ex ante*. El “toro pasado” alude al momento posterior al lance, cuando ya se sabe por dónde y cómo le ha entrado al torero. Esto es, al conocimiento que se adquiere una vez que se tiene la perspectiva *ex post*. En fin, la referencia al mítico torero Manuel Laureano Rodríguez Sánchez “Manolete” (1917-1947) pretende aludir a un espectador (casi) omnisciente. No en vano, el pobre “Manolete” murió de la cogida del morlaco “Islero” en la malhadada plaza de toros de Linares, en Jaén. Luego incluso él erró al decidir *ex ante*.

El refrán es, como todos, correcto, pero solo cuenta una parte de la realidad. Pone de relieve que, con el conocimiento adquirido *ex post*, la realización de un juicio *ex ante* menos incierto – con la correspondiente adopción de una decisión más correcta – estaría al alcance de la mayoría. En un lenguaje más actual se diría que, al final del partido de fútbol, todos somos el mejor entrenador. Sin embargo, no expresa con la misma claridad una derivación muy relevante de esa idea. A saber, que los aficionados al fútbol, o a los toros, situados en la perspectiva *ex post*, suelen ser bastante severos con el entrenador o el torero, que toman la decisión necesariamente *ex ante*.

De conformidad con los postulados tradicionales de la teoría del delito, el juicio sobre la relevancia cuantitativa de un riesgo para un bien jurídico debe realizarlo un hombre medio, esto es, un espectador objetivo que adopte una perspectiva *ex ante*. Sin embargo, es evidente que, en la realidad del proceso judicial penal, es el juez el que debe asumir esa posición. Para designar ese juicio se ha utilizado, desde hace casi un siglo y medio, la expresión “prognosis posterior objetiva”.<sup>1</sup> Esta expresión es paradójica. En efecto, parece contener una *contradictio in adiecto*, pues un juicio de pronóstico necesariamente ha de ser *a priori* y no *a posteriori*. Sin embargo, lo cierto es que el referido juicio *ex ante* el juez lo realiza *ex post*. Así, cuando lo formula, ya conoce cuál ha sido el resultado de la conducta del agente. Es decir, ya sabe si el resultado se ha producido o no.

---

<sup>1</sup> VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1884, p. 191, n. 20.

Naturalmente, para formular bien el juicio *ex ante*, el juez tiene que intentar hacer abstracción de los conocimientos que ha adquirido *a posteriori*. Pero ello no siempre se consigue de modo pleno, dando lugar al denominado sesgo retrospectivo (*hindsight bias*), es decir, al que podríamos denominar aquí “síndrome de Manolete”.<sup>2</sup> Sin embargo, no es solo una cuestión de sesgo retrospectivo. Adicionalmente, sucede que el conocimiento adquirido por el juez se refiere a la producción de un resultado lesivo. Este dato, por su parte, introduce otro sesgo en el análisis: el llamado sesgo del resultado (*outcome bias*). Tal concepto pone de relieve que quien pretende efectuar un juicio de peligro *ex ante* desde una posición *ex post* puede verse condicionado – en medida por determinar – por lo que finalmente haya sucedido. Si no se produce el resultado, es posible que el juez se incline por una infravaloración del peligro *ex ante*. En cambio, en el caso de haberse producido el resultado, puede tender a una sobrevaloración de dicho peligro *ex ante*. A esto alude el denominado efecto Knobe o efecto del “efecto colateral” (*side-effect effect*).<sup>3</sup> En el Derecho penal económico, uno de los ejemplos más relevantes de la incidencia del sesgo retrospectivo y el del resultado fue la determinación del riesgo *ex ante* en relación con las conductas realizadas por los gestores bancarios en el contexto previo al desencadenamiento de la crisis financiera internacional en 2007 y 2008. En particular, a propósito de su calificación como delitos de administración desleal.

Los sesgos mencionados se enmarcan en la tendencia a imputar a los demás con mayor intensidad los resultados negativos de su conducta que los positivos. Esto tiene que ver con la dificultad que tenemos en asumir las desgracias como lo que son: “accidentes” en sentido etimológico (*id quod accidit* = lo que sucede). De ahí nuestra permanente pretensión de convertirlas en hechos injustos.<sup>4</sup> Esa “expansión de la imputación” se halla, por lo demás, en una curiosa relación inversa con el fenómeno en cuya virtud tendemos a atribuirnos a nosotros mismos los efectos positivos de nuestra conducta, mientras que los negativos tratamos de achacárselos a factores externos (la mala suerte o la culpa de terceros).

En definitiva, tenemos dos varas de medir. Esta es una cuestión cognitiva que, sin embargo, tiene una clara base moral. La perspectiva de la primera persona – la del interviniente – es claramente divergente de la de la tercera persona – la del observador –. Somos autores condescendientes con nosotros mismos y víctimas severas con los demás. Una razón más para intentar ganar distancia con respecto a la praxis social punitiva.

Jesús-María Silva Sánchez

---

<sup>2</sup> LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, 1991, p. 21; KUHLEN, «Zur Problematik der nachträglichen *ex ante*-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 356, 358, 360; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 107; ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law*, 1997, p. 153.

<sup>3</sup> Llamado así por su descubridor: Joshua Knobe. KNOBE, «Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language», *Analysis*, (63), 2003, pp. 190 ss., 193.

<sup>4</sup> H. LÜBBE, «Moralismus oder fingierte Handlungssubjektivität in komplexen historischen Prozessen» (1992), en EL MISMO, *Modernisierung und Folgekosten. Trends kultureller und politischer Evolution*, 1997, pp. 177 ss.; W. LÜBBE, «Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion», en EL MISMO (Hrsg.), *Kausalität und Zurechnung*, 1994, pp. 223 ss.