

Trabajo Final de Máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: “Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba”

Alumno/a: José Francisco Bustamante Requena.

Tutor/a: Dra. Carmen Vázquez Rojas.

Convocatoria (mes/año): Febrero del 2021.

INTRODUCCIÓN

Muchas veces hemos oído decir en diversos contextos que los sesgos existen, aunque a veces sin tener muy claro bajo qué circunstancias se define algo como tal. Otras veces, en contextos especializados como el científico o, en nuestro caso, el jurídico se expresa un reproche general para aludir a un contexto sesgado bajo la expresión “*no hubo objetividad o imparcialidad*” y de manera específica “*el juez está o estuvo sesgado*”. Una primera aproximación nos ubica ya ante un problema importante, pues según cómo entendamos esas implicancias podremos estar en capacidad de enfrentar y tomar acciones concretas en mejora de las diversas decisiones cotidianas de mayor o menor importancia en este caso para el Derecho.

Ahora bien, hablar de los sesgos en el ámbito del proceso judicial y específicamente en la etapa de valoración probatoria, supone hablar de dos conceptos relevantes. En el caso de los sesgos cognitivos dada su propia transversalidad, es decir, su capacidad de trascender a diversas disciplinas (Derecho, Economía, Medicina, etc.) y de otro lado, el referido a la valoración de la prueba tema neurálgico en la eventual acreditación de cualquier clase de responsabilidad jurídica. En el presente trabajo, efectuaré algunas aproximaciones a ambos temas, intentando mostrar cómo es que tiene lugar esa interacción entre ambos, sin descuidar el hecho de que al margen de las diversas situaciones posibles que se presentan en dicho estadio del proceso (valorar pruebas testificales y periciales y específicamente afrontar la evaluación de problemas técnicos o científicos, etc.), se ha tener presente el desafío que ello supone para el cumplimiento de los diversos objetivos del proceso judicial.

Desde luego, son diversas también las posibilidades de que ante estos fenómenos psicológicos el sistema de justicia haya adoptado ya algunas medidas, se haya adaptado a ellos para su desarrollo diario o incluso reaccionado de forma desmedida o exagerada como creemos que suele suceder regularmente. No obstante, establecer con claridad esas y otras posibilidades encuentra diversos inconvenientes, ya que a pesar de la importancia práctica del tema, este ha despertado poco interés en la doctrina jurídica. Esta parece haberse conformado con señalar su existencia, obviando extraer todas las consecuencias que debe suponer su estudio y ni qué decir de su relación con la valoración de la prueba donde los estudios son casi nulos. Las

aproximaciones suelen ser demasiado genéricas, a pesar que buena parte de las decisiones sobre los hechos de cualquier caso dependen también de estos componentes psicológicos. En tal sentido, con estas líneas podríamos quizás estimular y a la vez advertir para que nuestras elaboraciones y sobre todo prácticas jurídicas tomen en cuenta y examinen más detalladamente estos por así decir enemigos que se producen una y otra vez y que nos hacen “previsiblemente irracionales”¹.

Finalmente, cabe indicar que este abordaje supondrá ineludiblemente tomar como base los distintos descubrimientos que dieron lugar a la denominada Economía del Comportamiento, que a lo largo de los últimos 50 años revolucionó la forma de comprender la toma de decisiones. En gran parte de este trabajo nos valdremos de los estudios de diversos autores (SIMON, TVERSKY & KAHNEMAN, GIGERENZER, etc.), recogiendo con sumo cuidado aquello que pueda resultar útil a las siguientes consideraciones, con las limitaciones, claro está, de que profundizar a detalle sobre cada uno de esos importantes estudios resulta casi imposible por tratarse de un área de mucha amplitud y densidad y este trabajo no de un análisis puramente psicológico sino jurídico.

¹ ARIELY, 2008: 8

CAPÍTULO I: DESARROLLOS TEÓRICOS SOBRE EL CONCEPTO DE SESGO

“Las decisiones importantes, a menudo implican opciones inconmensurables”

J. ELSTER²

I. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS HEURÍSTICAS Y SESGOS

Como se sabe, todos los días tomamos decisiones de diversa naturaleza, buenas y malas, fáciles y difíciles, en condiciones de certeza o de completa incertidumbre. En cuanto a estas dos últimas, puede afirmarse que no hay novedad si se señala que las decisiones bajo condiciones de certeza suponen la existencia de información plena y detallada y por tanto los hechos y sus posibles consecuencias se pueden prever, anticipar y, a veces, controlar. Sin embargo, en diversas oportunidades, porque no decir la mayor parte del tiempo, las decisiones se toman en condiciones de incertidumbre, con altas dosis de racionalidad limitada dada la presencia de condicionantes de naturaleza cognitiva, informativa y cronológica³. Es en este contexto en que la racionalidad experimenta limitaciones donde habrá mayor posibilidad para lo siguiente:

“las personas hagan un inapropiado manejo de probabilidades, tiendan a buscar la información que confirma sus modelos, impongan sus opiniones sobre la de otros, no calibren adecuadamente sus niveles de creencia, permitan al conocimiento previo inmiscuirse constantemente en el razonamiento deductivo, al evaluar covariaciones den mayores ponderaciones a la información sobre eventos poco frecuentes, e incurran en muchos otros errores de procesamiento”⁴

Sin embargo, si dejamos por un momento de lado la referencia al error y equivocación, podremos ver con más claridad un conjunto de opciones y estructuras que el hombre desarrolla para enfrentar ese contexto de incertidumbre el cual regularmente exige decisiones rápidas. Este sería el ámbito tanto de las reglas heurísticas como de los sesgos.

² 2010: 5.

³ Sobre la evolución del concepto de racionalidad limitada véase SIMON (1957: 150; 2011: 5 y ss.); KAHNEMAN, (2013: 181 y 2015: 147).

⁴ STANOVICH (2019: 291).

Ahora bien, podemos afirmar que ambos conceptos guardan relación con el procesamiento de información y además con los distintos mecanismos implicados en el mismo; no obstante, pese a estos aspectos comunes, ambos parecen presentar algunas diferencias. Las *reglas heurísticas*, se afirma, proveen ayuda en la solución de problemas, pero no de manera justificada, de allí que se hable a veces de juicios intuitivos, ya sea porque se basan en un conocimiento incompleto, en la sola experiencia o suposiciones que son a veces correctas y otras erradas, no existiendo seguridad o certeza sobre los mismos⁵. Dicho concepto se popularizó a raíz de los estudios de POLYA quien habló de pautas o reglas para el descubrimiento de soluciones, las cuales debían distinguirse de los métodos analíticos propiamente dichos⁶.

Estas reglas describirían inferencias no demostrativas que permitirían economizar recursos⁷ y hacer frente a problemas de cierta complejidad, sin embargo como todo razonamiento intuitivo, proporcionaría sólo cierto grado de consenso o aceptación en cuanto a sus conclusiones y no reglas fijas, automáticas o categóricas. Como sostiene FONSECA *“las conclusiones de este tipo de razonamiento son siempre de relevancia momentánea, transitoria, efímera y provisional”*⁸.

En general, se trataría de procesos cognitivos, estrategias, deliberadas o no, basadas en una evaluación, estimaciones o predicciones⁹ que empleamos para sustituir un problema complejo por uno sencillo¹⁰, dada la dificultad que significaría procesar toda la información que se nos presenta, de allí que nuestro cerebro tome un desvío o atajo¹¹. Sin embargo, sucede que la mayoría de veces no somos conscientes de ello y en ese proceso descartamos elementos e información útil e importante para la decisión. Al respecto GIGERENZER & GAISSMAIER refieren:

“Una heurística es una estrategia que ignora parte de la información, con el objetivo de decidir más rápido, frugalmente y/o con más precisión que con métodos más complejos¹²”.

⁵ CORTADA & MACBETH (2006: 58), para más NOVO, ARCE & FARIÑA (2003: 39); MORRIS & MAISTO (2005: 236); EVANS (1989: 22); BARON & BYRNE (2005: 89).

⁶ POLYA (1989: 57); GIGERENZER & BRIGHON (2009: 107-108).

⁷ FONSECA (2006: 88).

⁸ FONSECA (2006: 88).

⁹ KAHNEMAN & TVERSKY (1982: 25).

¹⁰ FONSECA (2006: 92).

¹¹ FARIÑA, ARCE & ARCE (2002: 39).

¹² GIGERENZER & GAISSMAIER (2011: 454).

En cuanto al concepto de *sesgo* es posible destacar un primer sentido, según el cual producto de la utilización de reglas heurísticas, aparecen sesgos como consecuencia de error o equivocación¹³. Esto supone que los sesgos serían un producto anómalo de dicho procedimiento. Esta definición, se remonta a los estudios de los psicólogos KAHNEMAN & TVERSKY y los mostraría como una especie de subproducto de limitaciones de procesamiento informativo, siendo una de las explicaciones más difundidas¹⁴. Aunque, cabe indicar que una conclusión de ese tipo no parecería del todo correcta ya que algunos sesgos no contarían equivalencia heurística¹⁵. No obstante, dejemos de lado estos aspectos y precisemos algunos sentidos adicionales¹⁶:

- a) Una tendencia o inclinación general a favorecer una respuesta sobre otra.
- b) Un juicio mental sistemáticamente defectuoso que, en última instancia, es perjudicial para los intereses del sujeto o la sociedad (p. ej. “sesgo racial”).
- c) Una desviación sistemática de las personas de los estándares teóricos, por no comportarse de manera óptima y preocuparse un poco más (esfuerzo mental, capacidad cognitiva, bienestar emocional, multiplicidad de objetivos, etc.).

Ahora bien, estos sentidos deben matizarse con la relación sesgo y error con la que suele asociársele a los primeros. Si leemos a algunos autores se podrá ver que los sesgos no necesariamente producen errores¹⁷, por el contrario harían en ocasiones más eficaz y rápida la decisión, permitirían discriminar información, servirían como respuesta óptima de adaptación¹⁸ y en alguna medida serían provechosos¹⁹. Desde luego, sin agotar aquí todo el debate acerca de la definición correcta que debería caracterizar dicho concepto, diremos que una definición, al parecer, razonable o aceptable deberá dar cuenta de la inclinación o predisposición hacia determinada dirección suponiendo diversos procedimientos mentales, usualmente inconscientes, no de tipo aleatorio sino sistemático, que producen juicios y decisiones que en

¹³ HASELTON, NETTLE & ANDREWS (2015: 727).

¹⁴ KAHNEMAN & TVERSKY (1982: 30 y ss.); GIGERENZER & BRIGHON (2009: 122).

¹⁵ FARIÑA, ARCE & NOVO (2003: 156).

¹⁶ KLAYMAN (1995: 386).

¹⁷ KRUGLANSKI & AZJEN (1983: 19). Asumen este planteamiento NOVO, ARCE & SEJO (2003a: 67-89); ARCE, NOVO & SEJO (2005: 223).

¹⁸ GIGERENZER (2008: 20).

¹⁹ NICKERSON (1998: 204). En ocasiones, por ejemplo, no disponer de una hipótesis alternativa superior a la principal podría significar que el sesgo de confirmación ayude a respaldar la mejor (o única) hipótesis disponible, en GREENWALD, et al (1986: 217).

ocasiones pueden alejarse o apartarse de la verdad²⁰, de una posición acordada²¹ o de determinados estándares o modelos de comportamiento humano²².

Efectuadas estas breves referencias, cabe indicar que si bien abordaremos el estudio de los sesgos cognitivos, su ámbito parece estar disperso, a veces son tratados de forma arbitraria o siguiendo el solo desarrollo histórico de la psicología cognitiva²³. En ese sentido, en las siguientes líneas presentaré una clasificación que podría ayudarnos a comprenderlos mejor, simplificar una parte de la información existente sobre los mismos y a partir de allí efectuar algunas consideraciones al respecto.

II. TAXONOMÍA DE LOS SESGOS

ROSS clasificó los sesgos en motivacionales y cognitivos²⁴, a los primeros se les caracterizó como tendencias a formar y sostener creencias optando por aquellas inferencias agradables, en cuya base se encontrarían necesidades o deseos específicos que, se supone, las personas aportan a la situación²⁵ (p. ej. potenciación o defensa del ego y control efectivo²⁶). Mientras que los segundos, no se tratarían de distorsiones de tipo motivacional, no serían irracionales, no servirían a necesidades o deseos ocultos sino que responderían en estricto a limitaciones en el procesamiento de la información²⁷. Básicamente se trataría de estrategias poco óptimas e inferiores en el modo cómo evaluamos la información, incorporados en los estándares de validez aceptados, como los modelos de inferencia normativa²⁸.

Según KRUGLANSKI & AZJEN ambas categorías pueden subdividirse de la siguiente forma:

²⁰ WEST & KENNY (2011: 357–378).

²¹ HASTIE & RASINSKI (1988: 193).

²² EINHORN, HOGARTH & KLEMPNER (1977: 158-159).

²³ Se habla a veces de que un grupo de sesgos guardaría relación con el razonamiento, la lógica y la probabilidad, acá tendríamos a los *sesgos cognitivos* que concretamente supondrían la violación de ciertos principios del razonamiento, una falta de inferencia lógica, de inferencia probabilística o de consistencia simple y de otro, aquellos que hacen referencia a supuestos de "contaminación mental" influenciados por procesos mentales inconscientes como juicios sobre otras personas y la información sobre categorías sociales a las que pertenecen, aquí tendríamos a los denominados *sesgos sociales* (o atribucionales) véase STAFFORD, HOLROYD & SCAIFE (2018: 3). En similar sentido BARON (2014: 75) habla de "sesgos morales". En WEST & KENNY (2011: 360) los sesgos son aquellos *que se miden con variables y otros direccionales*.

²⁴ ROSS (1977: 175).

²⁵ NOVO, ARCE & SEIJO (2003a: 7)

²⁶ KRUGLANSKI & AZJEN (1983: 5).

²⁷ NOVO, ARCE & SEIJO (2003a: 7)

²⁸ KRUGLANSKI & AZJEN (1983: 11).

1.1.1 Sesgos motivacionales

- a) Autoprotección y autoensalzamiento
- b) Atribución egocéntrica y falso consenso
- c) Relevancia hedónica y control efectivo
- d) Creencia en un mundo justo
- e) Ilusión de control
- f) Evitación de daño físico
- g) Sesgo confirmatorio-conductual
 - g.1) profecía autocumplida

1.1.2 Sesgos cognitivos

- a) Saliencia y disponibilidad
 - a.1) Creencia en un mundo justo
 - a.2) Sesgo de muestreo
 - a.3) Recuerdo selectivo
- b) Preconcepciones sobre personas y eventos
 - b.1) Covariación
 - b.2) Confirmación
 - b.3) Correlación ilusoria
 - b.4) Representatividad
 - b.5) Esquema causal
- c) Anclaje y ajuste
 - c.1) Sesgo de anclaje
 - c.2) Sesgo retrospectivo
 - c.3) Sesgo de resultado

Ahora bien, una de las observaciones a esta clasificación podría ser la división tajante que se hace entre lo motivacional y lo cognitivo. Así se cree que en el caso del sesgo de confirmación, al parecer, lo motivacional influiría sobre lo cognitivo²⁹, como producto de la interacción de objetivos como de precisión, cuando el individuo se esfuerza por formar una creencia o juicio exactos y de dirección, cuando busca una conclusión particular deseada³⁰. Se habla a veces de una "ilusión de objetividad" que impediría reconocer que la mente ha sido contaminada por la preferencia o el deseo³¹. Para otra perspectiva, la motivación, en general, causaría el sesgo, pero serían otros factores como la disponibilidad y otras reglas las que determinarían su magnitud³².

²⁹ NICKERSON (1998: 197). En el caso del sesgo retrospectivo HAWKINS & HASTIE (1990: 311). También POSAVAC et al (1998: 198 y ss.) destacan su presencia en el procedimiento de prueba de hipótesis.

³⁰ KASSIN, DRORB & KUKUCKA (2013: 45).

³¹ KASSIN, DRORB & KUKUCKA (2013: 45).

³² Destaca este aspecto siguiendo a Kunda, NICKERSON (1998: 197).

Al margen de que lo antes dicho resulte correcto o no, de seguro demandaría efectuar mayores aproximaciones tomando en cuenta diversos estudios sobre el particular, creo que es posible emplear esta clasificación porque ha intentado establecer una diferenciación en un ámbito amplio, demostrando que no se puede hablar de sesgos sin más.

Ahora cabe indicar, que esta enumeración no sería *numerus clausus*, dado que en el caso de los sesgos de confirmación, retrospectivo y resultado son sesgos cognitivos y no están consignados de forma expresa en esa lista, pero fácilmente forman parte de alguna de las categorías a), b) y c) mostradas. Así, en el caso del sesgo de confirmación, si bien existe uno de tipo conductual (g) también existe otro referido, esencialmente, al procesamiento y evaluación de información. Dependerá dónde se ponga el énfasis, en este caso lo hemos incluido en la categoría de las preconcepciones (b.2).

Finalmente, en el caso del anclaje, siguiendo el modelo propuesto por POHL³³, es posible considerar al sesgo retrospectivo (c.2) y en alguna medida al sesgo de resultado (c.3) como subclases, pues, si se toma en cuenta la información que otorga el resultado y la reconstrucción del evento, esa información parece hacer las veces de ancla o referencia.

III. ALGUNOS SESGOS COGNITIVOS

1. Sesgo por confirmación

Es la tendencia a buscar, interpretar o recordar información de manera que apoye las creencias, expectativas o hipótesis³⁴, independientemente que estas sean verdaderas o no. Lo que resalta en este sesgo es que la búsqueda, interpretación o recuerdo se hace de modo unilateral, sin atender otras posibles alternativas. KAHNEMAN describe la esencia de este sesgo:

«Contrariamente a las reglas de los filósofos de la ciencia, que aconsejan contrastar hipótesis intentando refutarlas, la gente (y los propios científicos con bastante frecuencia) busca datos que puedan ser compatibles con las creencias que actualmente tienen»³⁵.

³³ (2004: 372).

³⁴ FINDLEY (2010: 5), NICKERSON (1998: 177); SUTHERLAND (2015: 160); OSWALD & GROSJEAN (2004: 79).

³⁵ KAHNEMAN (2015: 112).

Detrás de frases como la anterior, encontraríamos evidencia fuerte de lo robustas que pueden ser nuestras creencias y como a veces a pesar de su refutación o destrucción pueden, incluso, seguir ofreciendo resistencia³⁶. Ahora bien, en cuanto a los tipos de sesgo por confirmación, algunos son más complejos que otros, sin embargo se puede mencionar los siguientes:

a) Búsqueda de pruebas

En este caso el sujeto buscará información que confirme sus creencias o hipótesis de forma unilateral y con ello evitará o dejará de lado aquellas que las refuten³⁷. En otras palabras se producirá una restricción de la atención a una hipótesis, lo que conllevará a excluir la posibilidad de interpretar los datos que apoyan cualquier otra explicación alternativa³⁸. No obstante, cabe señalar que para cierto sector no sería obvio asumir que con sola la búsqueda se produzcan sesgos confirmatorios, por el contrario a lo sumo se producirá una práctica ineficiente de prueba de la hipótesis³⁹.

Esto sería así porque si bien la gente tiende a pensar en hechos o argumentos que apoyan una hipótesis más fácilmente, que en aquellos que la refutan, ese desequilibrio (para ser generador de sesgo), deberá estar acompañado de una interpretación errónea del proceso de acopio y análisis de pruebas, como una especie de creencia de que la memoria proporciona una muestra más representativa de pruebas a favor que en contra⁴⁰.

b) Interpretación de pruebas

El sujeto tiende a interpretar la información de forma selectiva, sobre todo aquella que es ambigua con la intención de favorecer sus creencias. Veamos:

³⁶ ROSS & ANDERSON (1982: 129).

³⁷ FINDLEY (2010: 5).

³⁸ NICKERSON (1998: 177).

³⁹ KLAYMAN (1995: 393) citando a Friedrich sostiene que las metas apropiadas para la vida real, por ejemplo la minimización de los costos de los errores, no necesitan coincidir con las establecidas en las tareas de búsqueda de pruebas de laboratorio, tales como determinar los valores de verdad. Al evaluar las estrategias de prueba de hipótesis, es importante tener en cuenta una multiplicidad de objetivos que las personas intentan alcanzar, incluida la minimización del tiempo, esfuerzo, aburrimiento, mantenimiento de la imagen personal y la posición social.

⁴⁰ KLAYMAN (1995: 393).

b.1) Interpretación de pruebas ambiguas

El que los datos sean vagos o ambiguos eleva la posibilidad de un sesgo de confirmación, porque el sujeto que se enfrenta a dichas pruebas tenderá a darle a la hipótesis el *beneficio de la duda*, de esta forma valorará las pruebas con más cercanía hacia el extremo superior de valores que a su consideración son plausibles⁴¹.

b.2) Evaluaciones sobre la credibilidad de las pruebas

La interpretación pueden estar sesgada hacia la hipótesis si el sujeto tiende a creer que la información es consistente con ella y descarta la información que no la confirma⁴². Este fenómeno suele denominársele *asimilación sesgada* y fue estudiado a detalle por LORD et al⁴³. Algunas conclusiones a las que llegaron fueron:

b.2.1) A veces, no se ignora la información contraria, sino que se le *examina críticamente* y se concluye que es contradictoria o defectuosa. Se juzga la evidencia confirmatoria como relevante y confiable, pero con la evidencia opuesta es todo lo contrario, dada la hipercrítica que se dirige contra ella.

b.2.2) A pesar que la prueba no confirma la hipótesis, el sujeto ensaya cualquier interpretación alternativa, incluso podrá considerar que las ambigüedades y defectos en los datos sugieren de alguna forma la corrección de su hipótesis, manteniendo o incluso reforzando sus ideas preconcebidas.

En algunos otros estudios con científicos profesionales⁴⁴ se ha encontrado un efecto similar. Concretamente, los hallazgos muestran que cuando se evalúa la solidez metodológica de determinados estudios con resultados (declarados) que apoyaban o refutaban la existencia de determinado hecho las personas podían:

⁴¹ KLAYMAN (1995: 394).

⁴² Para más KLAYMAN (1995: 395); EDWARDS & SMITH (1996: 5-24).

⁴³ LORD, ROSS & LEPPER (1979: 2105).

⁴⁴ KOEHLER (1993: 28 y ss).

b.2.3) Pensar mejor con relación a la metodología y procedimiento de los estudios cuyos resultados son consistentes con sus creencias que sobre los estudios cuyos hallazgos las contradicen.

b.2.4) Descartar aquellos datos que no confirman su creencia cuando “creen” que están sujetos a error. Aunque claro, nuevamente hasta hoy no está muy claro cuándo esa relación entre el dato e hipótesis, que es aún más fuerte cuando son inciertos, generará la desconfianza suficiente sobre los resultados de determinado estudio para resultar o no apropiada⁴⁵.

c) Recuerdo selectivo

Un fenómeno sutil pero de clara aparición hará que el sujeto recuerde aquella información que le permite confirmar una hipótesis o creencia⁴⁶, sobre todo sus fortalezas y no las debilidades.

Concluyendo esta parte diremos que la sola búsqueda y a veces interpretación de una prueba positiva de hipótesis, por sí misma, parece no configurar sesgo confirmatorio alguno porque esas pruebas podrían ser claramente informativas o adecuadas⁴⁷. La pregunta sobre qué constituye confirmación de una hipótesis, hasta hoy, es un asunto controvertido⁴⁸ que linda con la selectividad deliberada de la evidencia, moldeo involuntario y hasta el deseo de defender las creencias que se desean mantener⁴⁹. No obstante, parece mejor hablar de una tendencia general a un inapropiado refuerzo de hipótesis o creencias cuya verdad está en cuestión⁵⁰.

2. Sesgo por representatividad

En la representatividad se evalúa la probabilidad de que un hecho, persona u cosa encaje en una categoría determinada⁵¹. Hay diversas situaciones que exigen que se categorice a personas (ver

⁴⁵ KLAYMAN (1995: 385).

⁴⁶ FINDLEY (2010: 5). NICKERSON (1998: 177).

⁴⁷ KLAYMAN & HA (1987: 211).

⁴⁸ Así lo expresa KLAYMAN (1995: 385) respecto de la falta de consenso sobre cuestiones básicas como qué es una “hipótesis favorecida”, que parámetro establece cuando una creencia es “injustificada” y bajo qué circunstancias las personas son susceptibles o no a un sesgo.

⁴⁹ Sobre las distintas teorías que explican su presencia véase NICKERSON (1998: 175-176).

⁵⁰ NICKERSON (1998: 175). En similar sentido KLAYMAN (1995: 385).

⁵¹ KAHNEMAN & TVERSKY (1982: 33); ROSS & ANDERSON (1982: 235); KRUGLANSKI & AZJEN (1983: 9, 20); NEAL & GRISSO (2004: 13); BARON & BYRNE (2005: 90).

a H en el hospital y preguntarse si es médico o enfermero), o que se realice un razonamiento inductivo (K hizo bien sus tareas, ¿aprobará el curso?)⁵². Lo que sucede en la representatividad es que el sujeto en lugar de recurrir a datos estadísticos (su pregunta guía debería ser ¿qué porcentaje de profesionales de la salud en un hospital son médicos y enfermeros?) se apoya, de manera habitual, en aspectos superficiales de similitud, basando sus juicios en el grado en que el estímulo o la situación representan las características esenciales de la categoría⁵³. De esta forma, cuanto más típico es un caso o situación respecto de una categoría, mayor será la probabilidad para el sujeto que el objeto analizado pertenezca a la misma:

Si C llevaba un estetoscopio y algunos lapiceros en la ropa de trabajo, será muy probable que crea que es médico y no enfermero, pese a que hay más enfermeros que médicos en un hospital.

El porqué de este razonamiento, alejado de la estadística o de la tasa base reitero, es que un hombre con un estetoscopio y algunos bolígrafos se “asemeja más” a la categoría de médico que a la de enfermero⁵⁴. La mayoría de veces es razonable hacer juicios por semejanza⁵⁵; no obstante, esos juicios y nuestra falsa intuición terminan provocando errores⁵⁶ por dejar de lado información de relevancia. *Se confunde lo semejante (o parecido) con lo probable.*

3. Sesgo por anclaje

Fue puesto en evidencia por KAHNEMAN & TVERSKY (en 1974) y caracterizado como la tendencia o fijación sobre aspectos parciales de una información inicial en un contexto de incertidumbre, información ya sea de naturaleza numérica (¿La temperatura promedio de Lima será de 12°?) o de otra clase (ciertas anclas informativas), aunque los estudios se basan regularmente en las primeras⁵⁷. A partir de allí se han ensayado distintas explicaciones:

- a) *Ajuste*. Esta vendría a ser una de las explicaciones más usuales del concepto, pero también una de las más criticadas ya que parecería exigir una “actitud consciente” de

⁵² RODRÍGUEZ & BETANCOR (2007: 138).

⁵³ RODRÍGUEZ & BETANCOR (2007: 138).

⁵⁴ RODRÍGUEZ & BETANCOR (2007: 138).

⁵⁵ GERRIG & ZIMBARDO (2005: 276).

⁵⁶ SUTHERLAND (2015: 245).

⁵⁷ FELDMAN, SCHURR & TEICHMAN (2016: 293). Para más FURNHAM, & BOO (2011: 35 y ss.)

parte del sujeto en el momento en que realiza sus predicciones cuando ello parece ser todo lo contrario.

- b) *Priming, facilitación o preparación*. Según esta explicación la exposición a alguna información previa influirá en las respuestas posteriores del sujeto.
- c) *Accesibilidad selectiva*⁵⁸. Una vez que se asume que un ancla es correcta o razonable (se observan patrones comunes por sobre los diferentes) no se evaluará una opción contraria, nos aferramos hasta que exista seguridad de que la misma no lo es⁵⁹. Este aspecto está relacionado con una *búsqueda de confirmación*, según la cual tantear una hipótesis anclada orientará la mente para que esa información sea consistente con su posible pronóstico⁶⁰.
- d) *Coherencia arbitraria*⁶¹. Si la información del ancla, usualmente arbitraria (para moldear la decisión), se asume como patrón o referencia de elección pasará a convertirse para el sujeto en coherente para el resto de su análisis.

Al margen de estas consideraciones el anclaje puede caracterizarse como un proceso donde se necesita emitir una estimación correcta, en un contexto de incertidumbre, pero que suele culminar de forma prematura porque el sujeto no accede a mayor información y otras veces porque no le resulta posible⁶². De esta forma, la estimación suele sesgarse en dirección de la información que apareció en un primer momento (que otorgó el ancla)⁶³ y a partir de allí también el resto de decisiones que se llevan a cabo.

4. Sesgo retrospectivo

Fue FISCHHOFF (en 1975) uno de los primeros en efectuar diversos estudios respecto de la dinámica y naturaleza del sesgo retrospectivo⁶⁴. Este sesgo se manifiesta en la tendencia a ver los hechos o fenómenos pasados como predecibles después de conocer su desenlace (cuando se

⁵⁸ MUSSWEILER & STRACK (1997: 437 y 2001: 236). También ENGLISH, MUSSWEILER & STRACK (2006: 189).

⁵⁹ MUSSWEILER & STRACK (2001: 236).

⁶⁰ MUSSWEILER & STRACK (2001: 236).

⁶¹ ARIELY (2008a: 30).

⁶² KAHNEMAN (2015: 125) apoyándose en Epley & Gilovich sostiene: “el ajuste es un intento deliberado de hallar razones para apartarse del ancla (...) es una operación esforzada”.

⁶³ FELDMAN, SCHURR & TEICHMAN (2016: 6).

⁶⁴ FISCHHOFF (1975: 70-76), también (2003: 304 y ss.)

sabe lo que ha ocurrido), entonces a partir de este se proyecta, automáticamente, un nuevo conocimiento sobre el pasado, no siendo el sujeto consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que ese nuevo conocimiento ha tenido en su juicio sobre lo acontecido⁶⁵. En otras palabras, se estudia o analiza el pasado, pero utilizando conocimiento del presente o actual.

Lo anterior demuestra la incapacidad del sujeto para abstraerse de la información que aporta el desenlace, la cual modifica su recuerdo u opinión sobre el hecho, haciéndolo pensar que siempre lo supo y que, por tanto, era lógico pensar que sucedería así⁶⁶. En pocas palabras, el conocimiento del resultado, que brinda la sensación de que entendemos en qué consistió el pasado, podría evitar que sepamos de mejor forma algo de él⁶⁷. Finalmente, un aspecto importante tiene que ver con el efecto que se produce en proporción con la magnitud del resultado: a más daño o gravedad del resultado, mayor efecto del sesgo en el sujeto que evalúa⁶⁸.

5. Sesgo de resultado

Este sesgo tiene lugar cuando las personas toman en cuenta los resultados de una manera que es irrelevante en la evaluación de la calidad de la decisión, solo en ese caso sería posible hablar de él porque en algunas oportunidades la información del resultado es relevante para la evaluación, ya que informa ampliamente sobre el cómo de la decisión⁶⁹ y otras veces porque ante la ausencia de información, para poder evaluar la decisión, se haría razonable asumir la hipótesis de que *“un mal resultado se desprende de una mala decisión”*⁷⁰. Sin embargo, los peligros están en la generalización en exceso de tal práctica, pues, en algunas oportunidades se facilitaría imponer castigos por malos resultados cuyas decisiones fueron razonables⁷¹.

En cuanto a su configuración no bastaría con mostrar el resultado sino otorgar toda la información sobre las probabilidades del resultado (que conoció el sujeto) + el resultado⁷². Una

⁶⁵ HAWKINS & HASTIE (1990: 311); TEICHMAN (2014: 355 y ss.); MUÑOZ (2011: 8 y 2011a: 6); FINDLEY (2010: 10); POHL (2004: 363); HARLEY, CARLSEN & LOFTUS (2004: 959).

⁶⁶ KAHNEMAN (2015: 265).

⁶⁷ FISCHHOFF (2003: 311).

⁶⁸ KAHNEMAN (2015: 265).

⁶⁹ BARON & HERSHEY (1988: 571).

⁷⁰ BARON & HERSHEY (1988: 571).

⁷¹ BARON & HERSHEY (1988: 572).

⁷² BARON & HERSHEY (1988: 572).

vez claro lo anterior, se ha de resaltar el papel que juega conocer el resultado en la evaluación, el cual no será otro que anteponerse por sobre los argumentos que explicarían si la decisión fuera buena o mala. Es decir, podría significar dejar de lado conocer las verdaderas probabilidades que tuvo el sujeto al momento de decidir, incluso sucede que aún cuando las probabilidades ex ante son (debieran ser) claras para el evaluador, este tiende a juzgar la decisión del sujeto, que condujo al resultado desfavorable, con más dureza y rigurosidad que aquella que condujo a un resultado favorable⁷³.

Finalmente, cabe precisar algunas similitudes y diferencias entre un sesgo retrospectivo y uno de resultado. En ambos casos el sujeto proyecta nuevos conocimientos sobre el hecho pasado sin ser consciente que la información actual ha influido en su percepción sobre él⁷⁴. Sin embargo, la diferencia fundamental está en que en el primero se produce un ajuste ex post sobre la *probabilidad del hecho*, mientras que en el segundo, el desenlace o consecuencia del hecho influye en la forma cómo juzgar la *calidad de una decisión*⁷⁵.

IV. BREVE COMENTARIO

Hasta aquí hemos podido abordar una parte del conjunto de decisiones existentes, que describen regularmente atajos mentales y reglas de simplificación para enfrentar diversas situaciones de complejidad. Ese abordaje ha permitido efectuar una aproximación general a los sesgos cognitivos, pudiendo hacer notar que pese a su diversa naturaleza (y forma de expresión), es posible conservar la idea de que todos ellos describen procesos cognitivos que tienen lugar cuando afrontamos situaciones o problemas diarios. Dicho esto, con esa base teórica es posible abordar, en las páginas siguientes, la cuestión sobre cómo cada una de las particularidades de la valoración probatoria pueden verse influenciadas por la presencia de estos fenómenos.

⁷³ TEICHMAN (2014: 356).

⁷⁴ FINDLEY (2010: 13) también BARON & HERSHEY (1988: 569); RACHLINSKI (1998: 571 y ss.)

⁷⁵ TEICHMAN (2014: 355-356).

CAPÍTULO II: LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA E INFERENCIA PROBATORIA

“El entendimiento humano, una vez que ha adoptado una opinión [...] dibuja todo lo demás para apoyar y mostrar conformidad con ella”

Francis BACON⁷⁶

I. LA DECISIÓN JUDICIAL EN CONTEXTO

Hoy sabemos varias cosas sobre la decisión judicial, ya sea que se trate de jurados o de jueces (unipersonales o colegiados). En el caso de los jueces se sabe que no solo deciden con pruebas que aportaron las partes, sino con todo un conjunto de “información”⁷⁷, que corre a la par de la contenida en el expediente la cual podría afectar su objetividad, imparcialidad y crear disparidad⁷⁸. También parece que en un buen grupo de decisiones los jueces en lugar de justificar y luego decidir, deciden de antemano y luego justifican la decisión⁷⁹. Esto ha sido puesto en evidencia por PERELMAN & OLBRECHTS desde el ámbito de la argumentación⁸⁰:

«Muy a menudo sucede, y no es deplorable necesariamente, que incluso un magistrado que conoce el derecho, formule su sentencia en dos tiempos: las conclusiones se inspiran primero en lo que le parece más adecuado con su sentido de la equidad y por añadidura viene después la motivación técnica».

Esto sugiere que los jueces posiblemente no sean inmunes a la utilización de atajos mentales o heurísticos en su búsqueda por encontrar una respuesta rápida al problema que tienen que solucionar, en vez de analizar, detalladamente, cada una de las posibles opciones y variables para luego decidir⁸¹. De tal forma que al leer una resolución y observar que allí se describe todo el itinerario o camino de la decisión, con cada una de las razones que le sirvieron al juez, quedando clara la justificación racional y lógica, como cara oculta⁸² encontraremos creencias,

⁷⁶ (1939: 36).

⁷⁷ DANZIGER, LEVAV & AVNAIM (2011: 55) hablan de factores extraños; SORIA & SAIZ (2005: 190); VIDMAR (2011: 2).

⁷⁸ La disparidad se entiende como la diferencia (poco aceptable) al comparar decisiones de dos jueces, seleccionados al azar, respecto de un mismo caso, véase DIAMOND & ZEISE (1975: 121).

⁷⁹ GUTHRIE, WISTRICH & RACHLINSKI (2007: 3). También DE LA JARA (2014: 6).

⁸⁰ (1989: 89).

⁸¹ DE LA JARA (2014: 6). También se observa en el estudio de MORGULIS (2009: 18) como los tribunales hacen empleo de heurísticas para reducir diversos problemas durante la evaluación de evidencia compleja y testimonio experto.

⁸² Esto dada la dificultad para advertir esas tendencias, creencias o ideas preconcebidas de la sola lectura de las resoluciones judiciales.

generalizaciones y sesgos a veces difíciles de identificar⁸³. Sin embargo, valdría la pena preguntar ¿cómo y de qué forma es posible evaluar el alcance de esos factores en las decisiones de los jueces?⁸⁴. En aquellos países de corte romano-germánico los estudios son reducidos⁸⁵, a diferencia de los países del *Common Law* donde se ha generado una copiosa bibliografía⁸⁶.

De esta forma, poco se ha hecho para determinar cómo tiene lugar la interacción de esos factores (en este caso psicológicos) con las distintas decisiones judiciales simples o complejas que tienen lugar a lo largo de cualquier proceso judicial⁸⁷. Lo que sí es seguro es que los mismos tienen un grado de influencia (en mayor o menor medida), jugando a veces un papel importante en la distorsión de las diversas inferencias que se llevan a cabo en los procesos judiciales. Una primera conclusión a raíz de estas breves consideraciones es que posiblemente la idea de un “juez hércules” o un juez racional resulte relativa, ello porque los jueces del mundo real no solo cargan consigo destrezas jurídicas para un buen juzgar, sino también condicionantes de la verdad y objetividad con los cuales en ocasiones se abren paso la subjetividad y el error.

No falta razón si se sostiene que situaciones de este tipo dificultan el desarrollo de sistemas certeros o infalibles, pero precisamente son los expertos, en sus respectivos ámbitos, los llamados a evitar un mal desenlace, de allí el desarrollo de procedimientos para compensar o mitigar esas limitaciones del juicio humano⁸⁸. En el caso del Derecho podría haberse hecho lo mismo⁸⁹, aunque claro, posiblemente el propio proceso penal con su conjunto de reglas (por ejemplo el derecho de contradicción) y procedimientos podría ya haber modulado (compensado) la influencia de varios de esos fenómenos psicológicos.

⁸³ DE LA ROSA & SANDOVAL (2016: 148); MUÑOZ (2011: 6).

⁸⁴ FARIÑA, ARCE & NOVO (2002: 39).

⁸⁵ Con excepciones como ALONSO (2011); MUÑOZ (2011); CONTRERAS (2015: 110, 358) y NIEVA (2018: 44).

⁸⁶ Un muestra de lo afirmado es la bibliografía del presente trabajo, cuyo marco casi en su totalidad lo ocupan trabajos provenientes del *Common Law*.

⁸⁷ De muestra tenemos por ejemplo la influencia que ejerce el atractivo facial, así si leemos a YANG, et al (2019: 2 y ss.) podemos ver lo siguiente: “*En el caso del "efecto de indulgencia por atracción" en la decisión judicial una investigación mostró que los criminales atractivos eran menos veces condenados. Siendo probable que sean condenados y reciban castigos menos severos que sus contrapartes poco atractivos. Sin embargo, ese mismo efecto, a veces, es moderado por la naturaleza de los crímenes y hasta podría ser reemplazado por un "efecto de penalidad de belleza"*.” (cursivas mías).

⁸⁸ RACHLINSKI (2000: 61).

⁸⁹ Aunque las dificultades para ello son diversas y van desde la ausencia de incentivos para su corrección, hasta la falta de retroalimentación con relación al futuro de las decisiones que se toman en segunda instancia.

Finalmente, cabe indicar que en la primera parte de este trabajo dijimos que una decisión sesgada usualmente suponía cierto alejamiento de determinados parámetros o criterios (matemáticos, estadísticos, sociales, etc.), sin embargo, sucede que la prioridad y nivel de importancia de estos aspectos no están muy claros (basta ver las controversias en el ámbito de la Economía Conductual) acrecentándose los problemas cuando se trata de efectuar un traspaso de esas construcciones al ámbito jurídico. No obstante, creemos que una definición general de sesgo (*sesgo como desviación* de algún modelo de comportamiento humano, que aparece en el inicio de este trabajo), no ha de descuidar el hecho de que la evaluación de su uso correcto, o no, posiblemente no pueda hacerse de forma completa con una posición meramente descriptiva, sino por el contrario tomando en cuenta alguna perspectiva de tipo normativo (*sesgo como conducta que no se debería hacer*) que dependa de criterios o estándares que estén en relación con los intereses del propio Derecho (valoración probatoria) y que nos digan cuándo y cómo esos factores podrían ser o no tolerables u objetables⁹⁰.

1. Modelos explicativos de la decisión judicial

Bajo este epígrafe se agrupan diversos modelos que intentan explicar cómo se forman los juicios y cómo eventualmente deciden los jueces. Este es de por sí un campo amplísimo⁹¹, sin embargo es posible afirmar que el proceso judicial (aplicable en cierta medida a sus diversas etapas) puede ser visto bajo algunas de estas circunstancias:

- a) Conjunto de tareas guiadas por estrategias confirmatorias (sesgo de confirmación y de desconfirmación)
- b) Conjunto de tareas guiadas por estrategias simplificadoras de:
 - b.1) *Incertidumbre*: determinados hechos y acciones necesitan obtener algún sentido (disponibilidad, representatividad y anclaje y también los sesgos retrospectivos y de resultado).
 - b.2) *Información*: la existencia de gran cantidad de información que debe ser analizada, discriminada y evaluada puede influir en la toma de decisiones (sesgo de anclaje).

⁹⁰ Así propone PERSAD (2013: 102 y ss). En similar sentido, RACHLINSKI (2000: 62-63).

⁹¹ NOVO, ARCE, & JOLLUSKIN (2003b: 94) describen aproximadamente doce modelos. En similar sentido FARIÑA, ARCE & NOVO (2003a: 156).

b.3) *Esfuerzo cognitivo*: De por sí existe la tendencia en el hombre a evitar la dificultad⁹², a escoger vías de acción o tomar decisiones menos extenuantes que no supongan diversidad de razonamientos (sesgo de anclaje, representatividad y confirmación).

c) Conjunto de tareas guiadas por estrategias atributivas de:

c.1) Causas de eventos (esquemas causales).

c.2) Causas de comportamientos propios y ajenos (error fundamental de atribución).

Pues bien, en cierta medida en cualquier proceso judicial es posible que los jueces hagan uso de estas estrategias, individual o conjuntamente. Un punto de partida en este análisis podría significar asumir que el marco general del proceso es un contexto de incertidumbre que desafiará al sinnúmero de predicciones sobre los hechos sometidos a consideración del juez quien no tuvo conocimiento sobre ellos, pero que deberá reconstruirlos⁹³. Esa incertidumbre podrá ser afrontada a través de tres mecanismos interrelacionados⁹⁴:

a) Inferencias automáticas:

Con ellas se reduce y restringe rápidamente las predicciones evitando el gasto de recursos tratando de predecir, proporcionan una primera ayuda relativamente fácil para reducir la incertidumbre, esencialmente se trata de un proceso de formación de impresiones, en el que puede tener lugar: evaluar las características físicas del acusado o de la víctima, las primeras afirmaciones de las partes del proceso y las normas sociales y las reglas morales inherentes al entorno, lo que suele dar lugar a posibles categorizaciones de ocupación y pertenencia. En esta parte las predicciones servirán para tener más claro cómo podría ser una persona (si parece responsable, confiable, competente, amable o amenazante).

b) Inferencias controladas:

Estas perfeccionan y moldean las predicciones mediante la búsqueda esforzada, aquí se hará empleo de modelos internos de pensamiento y sentimiento y la utilización de información que va ingresando por parte del sujeto. Posiblemente, también se intente

⁹² El efecto se denomina “Ley del mínimo esfuerzo cognitivo” véase KOOL, SHENHAV, BOTVINICK (2017: 51).

⁹³ FELDMAN & SHENHAV (2019: 427).

⁹⁴ En los siguientes tres puntos sigo los planteamientos de FELDMAN & SHENHAV (2019: 429).

aplicar algún método de solución más o menos específico y se evoquen episodios potencialmente análogos almacenados con anterioridad⁹⁵.

c) Actualización de la información:

Las dos primeros procesos pueden actualizarse según dos formas de retroalimentación: la observación del comportamiento analizado en diferentes escenarios y la obtención de información basada en experiencias de otros; en este caso las predicciones se actualizan en función de una combinación tanto de la nueva evidencia con las predicciones que se hicieron en un primer momento. Si la nueva información es consistente o inconsistente con aquellos antecedentes y si está de acuerdo o se desvía de otras asociaciones aprendidas, puede servir para reducir o ampliar la distribución de expectativas posteriores lo que origina que disminuya o aumente la incertidumbre.

II. ALGUNAS PRECISIONES DE INTERÉS PARA LA INVESTIGACIÓN

1. Valoración como conjunto de inferencias controladas

Siguiendo lo anterior, debe indicarse que tratándose de la valoración de la prueba posiblemente, las *inferencias automáticas* han de quedar de lado porque estas se circunscriben a reducir predicciones tomando como base la formación de impresiones, las cuales difícilmente tendrán lugar en esta etapa del proceso. Seguramente esas impresiones aparecen en fases previas a la valoración probatoria (cuando se actúa la prueba), ya que no debe olvidarse que estas inferencias forman antecedentes en la evaluación del caso. En ese sentido, parece más apropiado hablar de la valoración individual como una reactivación de esas impresiones iniciales y como un conjunto de inferencias controladas y mecanismos de actualización de la información.

2. ¿Sesgos exclusivamente en la valoración de la prueba?

Es posible que los distintos sesgos que se analizan en esta fase del proceso comiencen a jugar un papel desde estadios previos (p. ej. desde la etapa de actuación probatoria). Lo dicho sirve para poder contextualizar estas líneas ya que podría creerse que urgen recién en esta etapa y ello muchas veces no es así. Veamos:

⁹⁵ LA FUENTE (1992: 18).

- a) Un juez podría asumir mientras se actúan las pruebas, que el caso es parecido a otro que resolvió en una anterior oportunidad, pues para él existe semejanza (o quizás es lo que más fresco tiene en mente), los hechos de un caso son prototípicos del que está juzgando⁹⁶. También podría asumir que el hecho principal del proceso se corresponde con alguna de sus creencias o hipótesis y a partir de allí buscar, interpretar u otorgar mayor peso a aquellas pruebas que sirven para demostrar la consistencia de esa hipótesis o la corrección de sus creencias.

- b) Aunque un poco más difícil, pero también posible, el juez puede asumir algún esquema como los anteriores, recién al aperturarse la etapa de valoración probatoria, porque llegó a la conclusión de que efectivamente hay “razones” para asumir que hay similitud en los hechos, que la relación entre los hechos y sus creencias es clarísima o más que evidente, etc.

- c) Ahora, una cosa es que el juez asuma un marco o referencia inicial, sobre el que las diversas inferencias probatorias posiblemente se adaptarán, pero también es posible que no se asuma marco alguno. Esto podría suponer que no haya activación de sesgo alguno en alguna fase previa a la valoración probatoria (o quizás exista pero podría estar mediado por algunos factores de otra naturaleza), en ese sentido, la posibilidad que se abre es que alguno de los sesgos analizados aparezca específicamente durante la propia evaluación de alguna prueba en particular.

3. ¿Sesgos solo en decisiones erradas?

Un aspecto importante tiene que ver con aquellas decisiones en las que, a primera vista, no es posible advertir error, digamos porque se valoró tanto individual como conjuntamente las pruebas y se dictó un fallo correcto en determinado sentido. Esto podría hacer pensar que no existen sesgos porque al fin y al cabo la decisión fue correcta, sin embargo, tal conclusión sería apresurada. En primer lugar, porque creer que los sesgos solo aparecen, o pueden aparecer, en decisiones erradas soslaya el hecho de que toda decisión, sobre todo las jurídicas, suponen

⁹⁶ Esto tiene sentido si se toma en cuenta que “cuando las personas nos enfrentamos con un problema nuevo, que debemos resolver, en ocasiones evocamos algún otro problema similar anteriormente resuelto, cuyo conocimiento nos facilita la obtención de una solución adecuada” véase LA FUENTE (1992: 18).

diversos razonamientos subyacentes hasta llegar a su concreción. El estudio de los sesgos en esta parte ha puesto énfasis excesivo en las decisiones finales, intentando identificarlos cuando se produce el rechazo de una hipótesis principal que era verdadera o cuando se acepta una hipótesis principal que era falsa⁹⁷, sin embargo ello es una visión reducida de la problemática según lo ya antes explicado.

4. Ámbitos a tratar

La presente problemática se circunscribe a los jueces unipersonales, dejando de lado a los colegiados, por consiguiente no se tomará en cuenta aquellos factores que dada esa naturaleza grupal podrían tener lugar (p. ej. sesgos grupales). De otro lado, como indiqué al inicio de este trabajo, tratándose de una aproximación, aquí bastará con delinear un esquema general de la inferencia probatoria que dé cuenta de los distintos peligros a los que está sometida la valoración individual de la prueba, sin aludir a un tipo especial de prueba (a pesar que el tema de la prueba indiciaria o circunstancial desde la óptica de los sesgos cognitivos supone un desafío de sumo interés, este no será abordado aquí)⁹⁸.

⁹⁷ En similar sentido OSWALD & GROSJEAN (2004: 91).

⁹⁸ Así lo exponen los trabajos de HELLER (2006: 241); ZAMIR, TEICHMAN & RITOV (2014: p. 195); ZAMIR, RITOV & HARLEV (2016: 1 y ss).

III. LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El Código Procesal Penal (en adelante CPP) desarrolla en el artículo 155° los preceptos generales de la actividad probatoria, al margen de una posible definición lo más importante es tener presente y entenderla como un conjunto de decisiones y razonamientos de diversa naturaleza⁹⁹ que tienen lugar en sus distintas fases: a) ofrecimiento probatorio (artículo 349°, numeral 1); b) admisión probatoria (artículo 352° numeral 5); c) actuación probatoria (artículo 375°) y d) valoración de la prueba (artículo 158°), las que pueden quedar mejor agrupadas con la división ofrecida por FERRER en: a) Conformación del conjunto de elementos de juicio; b) Valoración de los elementos de juicio y c) Adopción de una decisión sobre los hechos probados¹⁰⁰.

En el caso de la valoración de la prueba está sería una actividad básicamente de percepción del resultado de la actividad probatoria, que aparece una vez que se cierra la etapa de actuación de aquel conjunto de elementos de juicio aportados por las partes, a efectos de pasar a establecer su aporte en relación con las posibles hipótesis¹⁰¹ o afirmaciones de hecho sobre las mismas. Ubicados en esta etapa queda por responder a qué se hace referencia cuando se habla de libre valoración de la prueba.

En contraposición a la valoración tasada o legal, la llamada libertad probatoria del juez, otorgada por el Legislador, sería el resultado de una ausencia de normas que atribuyan fuerza probatoria a cierta cantidad o calidad de elementos de prueba, pero también de reglas que otorguen mayor valor a las pruebas directas sobre las indirectas¹⁰². Dada esa ausencia se pone énfasis en el criterio de juez; sin embargo, esto no debe significar una discrecionalidad absoluta o mero subjetivismo, ya que esa libertad, se afirma, estará sometida a ciertas reglas de diversa naturaleza (provenientes de la ciencia, de la lógica y la experiencia), todas agrupadas tradicionalmente bajo el rótulo de sana crítica¹⁰³.

⁹⁹ Por ejemplo, desde que se ofrece cierto medio de prueba y el juez decide inadmitirlo, cuando se decide formular acusación o cuando el juez devuelve la misma al Ministerio Público aduciendo oscuridad o inadecuada descripción de las conductas investigadas o cuando decide otorgarle determinado valor a la versión de un testigo o perito, por sobre la de otros, etc.

¹⁰⁰ FERRER (2007: 41 y 2013: 24).

¹⁰¹ FERRER (2007: 91); NIEVA (2010: 34).

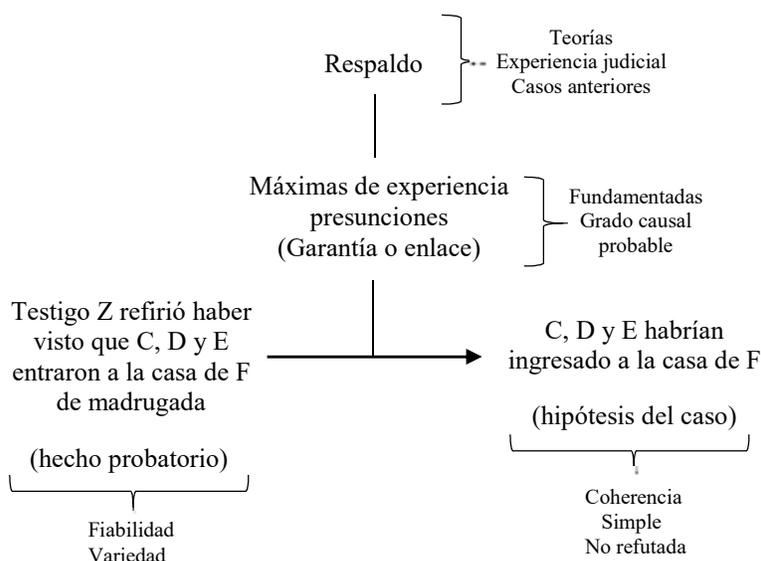
¹⁰² DAMASKA (2015: 34).

¹⁰³ ABEL (2015: 45). TARUFFO (2010: 185) habla de un sometimiento del juez a las “reglas de la racionalidad”, también en (2000: 400).

Con tal definición, más o menos, el mensaje sería que esa sana crítica serviría de guía para producir o construir inferencias a partir de los relatos que ofrecen las pruebas, pero también para validarlas. Sin embargo, a pesar de esa aparente claridad existen críticas que no pueden pasarse por alto, ya que a dicho sistema concretamente se le cuestiona apelar solo al respeto irrestricto de reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos, pero no haber suministrado criterios de valoración, es decir, no haber ofrecido una metodología para dicho fin¹⁰⁴ y, más aún, no haber indicado cuáles serían los fundamentos de tales reglas, dejando prácticamente toda la labor en manos del juez con los peligros que ello podría suponer¹⁰⁵.

1. LA VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA COMO INFERENCIA

La valoración de las pruebas puede ser vista como un conjunto diverso de inferencias donde por un lado aparece un hecho probatorio (las afirmaciones de un testigo o perito), un enlace o garantía (máximas de experiencia común o conocimientos científicos) y una hipótesis principal o secundaria sometida a corroboración¹⁰⁶. En ese sentido, un esquema general que puede servirnos para el presente trabajo es el siguiente:



¹⁰⁴ GASCÓN (2010: 160); CONTRERAS (2015: 145).

¹⁰⁵ En similar sentido DEI VECCHI (2019: 52).

¹⁰⁶ GONZÁLEZ LAGIER (2005: 57).

1.1 CRITERIOS DE SOLIDEZ DE LA INFERENCIA PROBATORIA

1.1.1 SOBRE LOS HECHOS PROBATORIOS

a) El análisis de la fiabilidad

Ronda cierta ambigüedad en el término *fiabilidad*. Uno de sus sentidos estaría referido a procedimientos repetibles y consistentes, básicamente sobre mecanismos y test y que usualmente se le confundiría con el de credibilidad¹⁰⁷. Otro más usual comprendería el análisis de aquellas condiciones necesarias que responden el porqué una prueba puede ser utilizada para acreditar un hecho determinado o muestran las “razones para creer que su contenido es verdadero o, al menos plausible”¹⁰⁸.

En el caso de la fiabilidad del testigo las corrientes y estudios respecto a cuándo asumir que se está ante un testimonio fiable son diversos¹⁰⁹. Si leemos a PRIETO, et al., podremos ver que tanto jueces como jurados suelen recurrir a diversos aspectos: descrédito del testigo, consistencia de su declaración, confianza, indicios no verbales y cantidad de detalles¹¹⁰, aspectos que pueden en determinadas circunstancias aparecer conjuntamente¹¹¹. A nivel jurídico, la fiabilidad se analiza en función de criterios de oportunidad (oportunidad para observar, etc.), sesgo (control de los posibles intereses), consistencia, plausibilidad, consistencia inter-testigos y crédito¹¹². En otras oportunidades el análisis se circunscribe tanto a la exactitud de la memoria del testigo (relación entre lo ocurrido y lo captado) como a la credibilidad del testigo y su testimonio (relación entre lo ocurrido y lo relatado)¹¹³. Pues bien, varios de estos criterios son correctos, otros de ninguna forma, aquí solo cabe dejar expresa mención de aquello, dado que una aproximación a detalle en este lugar me es imposible llevar a cabo.

Respecto de la prueba pericial, primero debemos partir del hecho que existen múltiples pruebas periciales, de allí la dificultad de poder ofrecer un criterio único para el análisis de su fiabilidad con pretensiones de generalidad. Además debe tenerse en cuenta que lo que llamamos “ciencia”

¹⁰⁷ Así lo destacan ANDERSON, TWINING & SCHUM (2016: 447).

¹⁰⁸ LAUDAN (2013: 44).

¹⁰⁹ SOBRAL, DIGES & BERNAL (1990: 75 y ss.); PRIETO, DIGES & BERNAL (1990: 113); PRIETO & SOBRAL (1994: 155); FREIRE, FARIÑA & ARCE (2002: 553); MANZANERO (2008: 34); MAZZONI (2010: 39 y 2019: 54).

¹¹⁰ PRIETO & SOBRAL (1994: 156).

¹¹¹ PRIETO & SOBRAL (1994: 156).

¹¹² FREIRE, FARIÑA & ARCE (2002: 553).

¹¹³ MANZANERO (2008: 34 y ss.); MIRA & DIGES (1984: 1059).

no sería algo unitario, por el contrario aparecen *ciencias de explicación* (física, química) y *ciencias de comprensión* (antropología, psicología, economía), siendo que en relación a estas últimas parece no haber acuerdo sobre los criterios que deberían ser tomados en cuenta para su análisis¹¹⁴. Desde luego, seguramente habría adaptar algunos o varios de esos criterios, si se pretendiera lograr determinado grado de generalidad.

Siguiendo a VÁZQUEZ¹¹⁵ debemos indicar que el análisis de la fiabilidad de la prueba pericial puede partir de las credenciales del experto (*fiabilidad agencial*), pero no para tenerlo como único criterio, ya que de por sí es insuficiente, por el contrario deberá exigirse además que el perito ofrezca sustento epistémico de sus afirmaciones, avalado en normas, estándares y reglas de las comunidades de expertos sean nacionales o extranjeras; explique la técnica y métodos empleados (aportando información sobre cómo interactúan en presencia de otros factores), la existencia de conocimiento comprobado de su vocación para establecer lo que pretenden y finalmente cómo esos métodos se aplican al caso concreto¹¹⁶. La fiabilidad a este nivel parecería exigir en el juez tanto el control de la validez científica y la corrección del método utilizado por el perito, como la verificación de los fundamentos racionales y epistémicos¹¹⁷.

1.1.2 SOBRE LA GARANTÍA Y EL RESPALDO

Una vez que se estableció el significado de las afirmaciones del órgano de prueba, el juez ha de establecer qué tanto esas afirmaciones sirven para corroborar alguna de las hipótesis del caso, para ello ha de emplear inferencias que permitan conectar esas afirmaciones con las hipótesis que se analizan¹¹⁸. Esa conexión se hará mediante *garantías* que pueden ser máximas de experiencia, presunciones y algunos otros enunciados generales¹¹⁹, estos proporcionarán los criterios a través de los cuales el juez podrá establecer un enlace entre un hecho probatorio y la

¹¹⁴ TARUFFO (2010: 242) destaca las considerables dificultades de aplicar los criterios o controles de fiabilidad de las pruebas provenientes de ciencias naturales a las pruebas que se basan en conocimientos provenientes de ciencias sociales,

¹¹⁵ (2015: 198 y ss.)

¹¹⁶ Para más detalle VÁZQUEZ (2015: 201).

¹¹⁷ TARUFFO (2010: 244).

¹¹⁸ TARUFFO (2010: 237) habla de una hipótesis que se trata de confirmar.

¹¹⁹ GONZÁLEZ LAGIER (2005: 57). Para más detalle sobre las máximas de experiencia, TARUFFO, 2009: 439 y ss.

hipótesis a probar¹²⁰. Dichas garantías han de ser amplias y generales y estar debidamente fundamentadas con información necesaria que aporta el respaldo¹²¹.

Ahora bien, en el caso de las máximas de experiencia cabe indicar que estas tienen un papel insustituible en el razonamiento probatorio y servirán para “calibrar” los fundamentos sobre las pruebas¹²². Destaca en esta parte su función *tópica-heurística* dada la oportunidad que brindan para recurrir a una amplia variedad de significativas perspectivas durante la labor de análisis probatorio¹²³.

1.1.3 SOBRE LAS HIPÓTESIS DEL CASO

Una hipótesis puede ser refutada cuando alguna afirmación debidamente probada la contradice, pero si esto no es así, podría ser confirmada débil o fuertemente¹²⁴. En ese sentido, habrá razones válidas para considerar que los enunciados de la hipótesis (tanto singular como principal) podrán considerarse como verdaderos¹²⁵. Una vez que se tiene una hipótesis probada (verdadera), esta puede servir para obtener a partir de ella otras proposiciones, efectuar nuevas inferencias y formular nuevas hipótesis.

De otro lado, muchas veces varias hipótesis compiten por explicar un hecho, una de ellas debe ser tomada como verdadera, siempre que resista mejor los intentos de refutación, o porque presenta mayor solidez¹²⁶. En el caso de la valoración individual de las pruebas hemos de precisar que la relación entre estas y la hipótesis principal también es importante porque la información que aportan esas pruebas se analiza en cierta medida en función de ella, siendo esta un eje en dicho análisis.

¹²⁰ Una relación de estas máximas de experiencia en TARUFFO (2010: 237); ANDERSON, TWINING & SCHUM (2016: 76).

¹²¹ GONZÁLEZ LAGIER (2005: 61).

¹²² UBERTIS (2017: 76).

¹²³ UBERTIS (2017: 78).

¹²⁴ TARUFFO (2010: 253).

¹²⁵ TARUFFO (2010: 253).

¹²⁶ GONZÁLEZ LAGIER (2005: 90).

III. LA VALORACIÓN INDIVIDUAL DE LA PRUEBA COMO INFERENCIA SESGADA

1. EN CUANTO A LOS HECHOS PROBATORIOS

1.1 Sesgo por confirmación

a) Búsqueda de pruebas

Sin descuidar lo controvertido que resulta la admisión de una búsqueda de pruebas como sesgo de confirmación, diremos que a nivel probatorio esta también estará dirigida a confirmar una creencia o expectativa personal o ligada con una situación particular del proceso (p. ej. sobre la información que aporta alguna prueba). Esas pruebas preferidas, como es lógico, se seleccionarán del conjunto de pruebas que fueron válidamente actuadas, siendo la nota más importante no prestar debida atención o dejar de lado aquellas otras que bien podrían controvertir esas creencias o hipótesis asumidas.

Sin embargo, no siempre se tratará de ignorar la información opuesta; es más el propio procedimiento de la valoración individual no permite dejar de lado la evaluación de otras pruebas que fueron válidamente actuadas. En ese sentido, la presencia de este sesgo puede suponer no tanto la completa ignorancia de la prueba contraria u opuesta sino ser menos receptivo con ella¹²⁷, aspecto este último que podría manifestarse como: a) Explicar muy brevemente o de forma circunstancial la información contraria y b) No extraer toda la información que realmente aporta.

1.2 Sesgo retrospectivo

Como se sabe, el juez, en su mayoría de veces, analiza y valora hechos desde una posición final¹²⁸ que no es la que tuvo lugar cuando ellos se produjeron. Esto es claro y no parece haber problema alguno tampoco si se afirma que no es natural incluso ignorar un resultado conocido determinado análisis, sin embargo si se trata de evaluar sucesos o eventos pasados, en este caso

¹²⁷ NICKERSON (1998: 177).

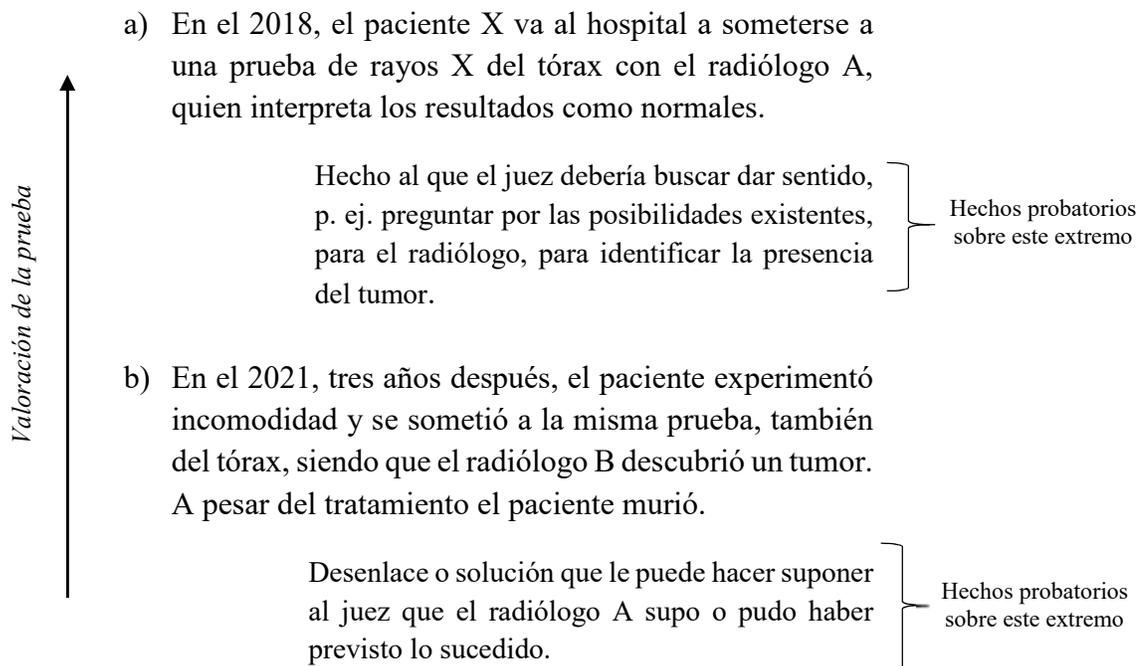
¹²⁸ Algunas excepciones tienen que ver ya no con el momento mismo del resultado (un homicidio) sino con el momento de los hechos (p. ej. decidir si debe declararse fundada o no una medida cautelar).

probatorios, se hace exigible ignorar esos resultados y demás inferencias que dependan de ese conocimiento dado el riesgo de un posible sesgo¹²⁹.

Son diversos los casos donde es posible evaluar la probabilidad de un evento determinado, usualmente encontramos los supuestos de quien pese a haber sido diligente causó un accidente o determinado resultado (muerte de un paciente, quiebra de una empresa, caída de un puente); lo que sucede es que el juez al tener conocimiento del evento, a partir de allí podría inferir que su acción hizo más probable el desenlace (y a su vez verlo como más culpable de lo que realmente era¹³⁰). De ello podría deducir que “debía haber conocido”, “sabía” o le era “previsible” que tendría lugar el suceso. Veamos un ejemplo¹³¹:

“En el 2021 la familia del paciente X presentó una demanda por negligencia contra el radiólogo A, quien examinó a X en el 2018 y no observó tumor alguno, reclamando que a raíz de su falta de cuidado, X falleció”

Según esto tendríamos:



¹²⁹ RACHLINSKI (1998: 571 y ss.)

¹³⁰ RACHLINSKI (1998: 571 y ss.)

¹³¹ Ejemplo de HARLEY, CARLSEN & LOFTUS (2004: 959).

Ahora, cabe analizar qué consecuencias pueden extraerse de la presencia de este sesgo para el análisis de los hechos probatorios:

a) Resultado conocido

La información que brinda el desenlace de un hecho puede suponer que el análisis posterior de diversos hechos probatorios se haga en función de él. De esta forma, en el ejemplo, el juez podría asumir que el radiólogo A pudo prever el desenlace, a partir de allí ver con mejores ojos, confiar en aquellas pruebas que le permitan favorecer dicha hipótesis (p.ej. la prueba testimonial del radiólogo B, quien vio las radiografías originales del 2018 y observó el tumor que no vio el radiólogo A y le sirvió para afirmar que era visible el 2018). En general, las inferencias pueden suponer que ciertas pruebas otorgan mayor ventaja, mejor conocimiento y explicación del caso y otorgan mejores vías para el análisis.

A ello, incluso, habría que agregar un aspecto que más de las veces suele pasar desapercibido, a pesar de su notable importancia en el reforzamiento de los efectos de dicho sesgo¹³²: la experiencia del juez (*expertise*), la que si bien regularmente ofrece mayores beneficios que costos, puede significar, dado que ha experimentado continuamente una tarea o problema a resolver (porque le resultará muy familiar o cotidiano), estar propenso a considerar que determinado hecho es por él “conocido todo el tiempo” dando por hecho el resto del análisis. Esto no es difícil de admitir.

Finalmente, un aspecto que no puede quedar de lado es el referido a las denominadas pruebas retrospectivas. Desarrollaré brevemente dicho aspecto.

b) Pruebas retrospectivas

Un aspecto controvertido, sobre todo en el *common law*, a propósito del sesgo retrospectivo tiene que ver respecto de sí debe o no admitirse pruebas retrospectivas en la evaluación de una eventual responsabilidad, dado los riesgos o peligros que ello podría

¹³² Existe evidencia sobre este extremo en WERTH & STRACK (2003: 411); KNOLL & ARKES (2016: 1-11; ARKES & FREEDMAN (1984: 84 y ss.); MARKS & ARKES (2010: 131).

suponer¹³³. Es muy probable que en nuestras realidades se valoren pruebas de ese tipo¹³⁴:

“Creyendo K que su agresor F llevaba un arma, porque según él vio que hizo un ademán de sacarla de uno de uno de sus bolsillo para atacarlo, lo abatió y mató; sin embargo, posteriormente se demostró que no llevaba arma alguna”.

La cuestión es cómo valorar aquellas pruebas que informan sobre la no posesión del arma de parte de F, pues no debe olvidarse que este aspecto podría hacer que el juez relaje la evaluación del contexto en que K se defendió. Según el ejemplo una prueba retrospectiva podría aportar información sobre la mayor o menor probabilidad del resultado (que F estaba desarmado), en cierta medida podría ser relevante para el caso; sin embargo, las dudas también van por el refuerzo o incluso aumento del efecto del sesgo retrospectivo¹³⁵. Pero ¿podría encontrarse un punto medio? Sin agotar aquí toda esta problemática podemos indicar que en general las pruebas retrospectivas son útiles por varias razones, se habla a veces de que con ella se permitiría acercarnos a la verdad, lograr mayor precisión en el análisis de las circunstancias del hecho, suplir la ausencia de pruebas alternativas para la mejor explicación del evento y finalmente, de manera específica permitirían evaluar de mejor manera otras pruebas, p. ej. en el caso de la prueba testimonial un resultado conocido, regularmente, puede servir para disipar las dudas sobre la información aportada por el testigo y permitiría evaluar sus capacidades de percepción, memoria, sinceridad¹³⁶.

2.1.3 Sesgo por representatividad

También los jueces pueden verse influenciados por la representatividad. Si bien las personas estiman la mayor parte del tiempo de forma correcta, suelen ser insensibles a la proporción existente del evento analizado en una población o universo determinado (tasa base), de esta forma la representatividad puede conducir a ignorar en el caso de las pruebas algunas características que afectarían su valor probatorio, respaldando sin información desde una posible

¹³³ Un marco teórico sobre cuándo un juez debería tomar en una prueba retrospectiva, en WITTLIN (2015: 1323).

¹³⁴ En el ámbito del *civil law* no existen estudios sobre esta problemática.

¹³⁵ WITTLIN (2015: 1343).

¹³⁶ WITTLIN (2015: 1345-1350).

negligencia de parte de un sujeto, hasta la asunción de características particulares o raras del evento para establecer la probabilidad de semejanza¹³⁷. Veamos un ejemplo:

“[...] un demandante es un transeúnte inocente que resulta herido cuando un barril de harina le cae encima. El acusado, un comerciante de harina, tenía empleados que bajaban barriles de harina de sus instalaciones en el momento del accidente, pero no hay otras pruebas de la negligencia del acusado. No es difícil creer que los barriles normalmente no caen sobre los transeúntes cuando las personas tienen un cuidado razonable, o incluso que es mucho menos probable que ocurran tales accidentes cuando el acusado tiene cuidado que cuando es negligente. Sin embargo, estas observaciones no pueden, [...] respaldar la conclusión de que el acusado no actuó con un cuidado razonable. Suponga que la probabilidad de una lesión dada la negligencia es del 10% y la probabilidad de una lesión dada la atención razonable es del 1%. Esto satisfaría fácilmente la prueba tradicional *de res ipsa loquitur* [inferir negligencia de la misma lesión o accidente sin prueba directa] como se describe anteriormente. Además, suponga que la negligencia es poco común y solo ocurre el 1% de las veces. En estas circunstancias, es casi seguro que el acusado no fue negligente”¹³⁸

El problema que subyace en una decisión de este tipo es precisamente la ignorancia de reglas o patrones estadísticos y recurrir al parecido o similitud de los hechos como sugestivos, en el ejemplo, de negligencia. Aunque cabría preguntar qué tan conveniente es intentar aplicar esos datos estadísticos en el análisis y evaluación, en este caso probatorios, pues no debe olvidarse que en muchas oportunidades no es posible replicar esta clase de estudios y el empleo de la lógica y estadística no siempre podrá estar presente.

2. ¿PUEDEN LOS SESGOS BLOQUEAR EL ANÁLISIS DE LA FIABILIDAD?

En el punto anterior hemos venido haciendo referencia a algunos aspectos sobre la incidencia de los sesgos sobre el concepto de fiabilidad, ahora diremos que posiblemente en algunos casos concretamente suceda lo siguiente:

¹³⁷ RACHLINSKI (2000: 86).

¹³⁸ Ejemplo de RACHLINSKI (2000: 87).

2.1) Sesgo por confirmación

a) Interpretación de pruebas

Si el juez tiene la tendencia a favorecer una creencia o hipótesis, esa misma tendencia le podría hacer creer que determinadas pruebas que las apoyan son más o menos fiables que otras (se juzgará la prueba confirmatoria como relevante y confiable, pero la prueba no confirmatoria como irrelevante y poco confiable¹³⁹). Incluso podría dar por cumplida esa condición y esto no es algo alejado de la realidad, pues en condiciones normales el análisis de la fiabilidad parece pasar desapercibido en múltiples ocasiones¹⁴⁰. Ahora bien, si el análisis de la credibilidad o fiabilidad de las pruebas tiene lugar podría suceder que el juez recurra a la heurística de disponibilidad y así considere más fiable una prueba, dada la facilidad con la que viene a la mente un ejemplo parecido¹⁴¹ o también que recurra a estándares diferentes aplicando uno más alto o exigente para aquellas pruebas que contradicen la conclusión asumida, o uno más bajo si la favorece.

Es lógico que si el juez considera que las pruebas son fiables y confirman su creencia, reducirá rápidamente la complejidad del resto de información sin mayores dificultades. No obstante, esto no parece agotar toda la problemática, veamos algunas situaciones:

a.1) Interpretación de pruebas ambiguas

Es posible ver en el proceso judicial algunos supuestos que han permitido hablar de una *asimilación sesgada y polarización de actitudes*¹⁴², cuyos efectos serían aún más extremos a medida que el juez evalúa una a una las pruebas existentes y cuando la información que estas otorgan es ambigua. Lo anterior parece estar en relación con los hechos y cualidades que hacen o no fiable una prueba, ya que estos no son todo o nada, sino de naturaleza variable o gradual, siendo esa la oportunidad para que los juicios sobre la fiabilidad se sesguen interpretativamente por la aparente consistencia de una prueba. Dos posibles situaciones ligadas al tema de la fiabilidad:

¹³⁹ LORD, ROSS & LEPPER (1979: 2101).

¹⁴⁰ Así lo refiere GONZÁLEZ LAGIER (2005: 82).

¹⁴¹ KUNDA (1999: 24).

¹⁴² LORD, ROSS & LEPPER (1979: 2100).

a.1.1) El juez podría no ignorar la información contraria, sino examinarla de forma crítica y concluir que es contradictoria o defectuosa. Juzgará la prueba confirmatoria como relevante y confiable, pero con la opuesta será todo lo contrario.

a.1.2) El juez a pesar que la prueba no confirma su hipótesis, ensayará algunas interpretaciones alternativas e incluso considerará que las ambigüedades y defectos en los datos sugieren de alguna forma la corrección de su hipótesis, manteniendo o incluso reforzando sus ideas preconcebidas.

Finalmente, puede darse el caso de que la propia creencia del juez sea que un órgano de prueba es fiable. Asumamos que llegó a ese estado de convencimiento por diversas razones¹⁴³. Si esto tiene lugar, también será posible hablar de un sesgo por confirmación, en los términos descritos con anterioridad, p. ej. podría buscar todos aquellos datos o información que respalden esa creencia y dejar de lado aquellos que no la apoyan.

2.2) Sesgo retrospectivo

Conocer un resultado hará que el juez se sienta más seguro u optimista, lo que podría suponer analizar con poca exhaustividad, con ligereza o superficialmente alguno de los diversos aspectos de la información que ofrecen las pruebas y posiblemente también considerar que otras han de seleccionarse para estar en relación con ese resultado conocido. Esto podrá suponer también considerar más fiables algunas pruebas retrospectivas producto de ese efecto.

En general, distintos sesgos pueden hacer pasar una prueba como más fiable de lo que realmente es, es decir, hacer que el juez crea que existen buenas razones para creer que el contenido de la prueba es verdadero o plausible, pero también a partir de allí caer en la idea de tomar, incluso, lo fiable como corroborador de una hipótesis determinada, cuando dicho aspecto depende exclusivamente de los hechos y de las distintas inferencias que sobre estos se lleven a cabo.

¹⁴³ Incluso porque operaron otros efectos.

3. EN CUANTO A LA GARANTÍA Y RESPALDO

3.1 ¿Sesgo por representatividad?

Dijimos que el juez tiene que enlazar los hechos probatorios o datos mediante inferencias para dar por probada o no una hipótesis, estas inferencias pueden estar integradas por máximas de experiencia, conocimientos científicos, teorías jurídicas como científicas o presunciones legales o judiciales. Ahora, sucede que la búsqueda y fundamentación de este enlace es muy similar a al juicio por representatividad. En algunos pronunciamientos se ha podido ver lo siguiente:

“[D]e acuerdo a las máximas de la experiencia los hombres engañados por sus parejas que tienen en su entorno a personas que han sido involucrad[as] en hechos delictivos graves (...) matan u ordenan la muerte del supuesto amante (...)”¹⁴⁴.

Recientemente se apeló a una “máxima de experiencia” del siguiente tipo¹⁴⁵:

“[...] sin embargo, suele vestir prendas interiores como la descrita por la bióloga forense [...] en su dictamen de biología forense N° 201907000119, describiéndolo “...trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera, blondas en contorno de pierna..” resultando extraño que la supuesta personalidad que presenta la misma (tímida) no guarde relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, **pues por las máxima de la experiencia** este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, **por lo conlleva a inferir** que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado, de allí que de forma consciente se autodeterminó quedarse en la casa del imputado, pues contaba con la ausencia de su señora madre”

Al margen de estas nociones de experiencia, estas reflejan en alguna medida un razonamiento por representatividad equivocado. Para un razonamiento correcto por representatividad, se ha afirmado que el sujeto debería recurrir a datos estadísticos o de tasa base, aunque es verdad que para muchos aspectos jurídicos y específicamente probatorios ello es imposible¹⁴⁶. En todo caso, lo que sí debería hacer un juez epistémicamente responsable es obtener mayor información y no apoyarse como sucede de manera habitual en aspectos superficiales de similitud¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Si bien se trató de la fundamentación de una medida de prisión preventiva, sirve para ejemplificar a lo que venimos haciendo referencia, véase STC del 19 de Agosto de 2015, fundamento 2.3.8, p. 6.

¹⁴⁵ Sentencia de fecha 08 de octubre del 2020, recaída en el Exp. N° 002822-2019-90-1401-JR-PE-03, Fundamento 35, p. 34. (resaltados nuestros).

¹⁴⁶ Ya hemos explicado anteriormente este aspecto.

¹⁴⁷ Véase el punto IV. Algunos sesgos cognitivos, apartado 2.

4. EN CUANTO A LAS HIPÓTESIS DEL CASO

Diversos sesgos están implicados con las hipótesis del caso, no obstante, las estrategias cómo afronta y evalúa el juez las diversas pruebas existentes para dar por probadas las hipótesis, es un aspecto todavía poco claro. Precisaré brevemente este extremo, debiendo advertir que estas explicaciones no se circunscriben a algún sesgo particular. En ese sentido, diremos que si se recurre a otros saberes (psicología, economía, etc.) encontraremos al menos dos procedimientos: de forma selectiva y comparativa¹⁴⁸. En cuanto a la primera forma, supondrá que la hipótesis aceptada será percibida como la más plausible de las alternativas comparadas, generándose así una hipótesis focal que orientará la selección, interpretación y asimilación de pruebas: si las pruebas para esa hipótesis son suficientes o satisfactorias, se producirá la confirmación y la búsqueda de información cesará¹⁴⁹. De lo contrario, si las pruebas no apoyan la hipótesis se generará un nuevo procedimiento hasta encontrar una respuesta adecuada¹⁵⁰.

En el caso de la forma comparativa se generará una multiplicidad de hipótesis y luego se compararan unas con otras, a veces analizando sus dimensiones (característica por característica), pudiendo tener lugar una evaluación conjunta o individual, seguida de una comparación de las evaluaciones generales¹⁵¹. Ahora bien, cabe precisar que la forma selectiva podría no suponer necesariamente un completo descuido de las hipótesis alternativas, ya que cuando los criterios son aptos y las pruebas son ampliamente disponibles, puede que no haya necesidad de considerar posibles alternativas¹⁵².

Hasta aquí queda delimitada el área de la forma selectiva; sin embargo, su otra cara es la presencia de una tendencia a obviar, a veces negligentemente, las pruebas sobre las alternativas relevantes a diferencia del juicio comparativo, siendo en dicha parte donde se pueden filtrar algunos sesgos ya estudiados. Veamos algunas cuestiones particulares:

¹⁴⁸ Se habla a veces de una *estrategia de prueba positiva*, de acuerdo con ella, dar por probada una hipótesis supondría: examinar casos en los que se espera que una propiedad ocurra o esté presente un evento o examinar casos en los que se sabe que ha ocurrido (para ver si prevalecen las condiciones hipotéticas), véase KLAYMAN & HA (1987: 211). Esta estrategia (heurística) al parecer sería aplicable a diversas situaciones y dominios como: identificación de conceptos, averiguación sobre la personalidad, aprendizaje desde el resultado, retroalimentación y juicio de contingencia o correlación, etc.

¹⁴⁹ POSAVAC et al (1998: 199).

¹⁵⁰ POSAVAC et al (1998: 200).

¹⁵¹ POSAVAC et al (1998: 200).

¹⁵² Y en el caso de la prueba comparativa no necesariamente se trata de considerar todos los aspectos relevantes de las alternativas, en POSAVAC et al (1998: 201).

4.1 Sesgo por confirmación

Un sesgo de esta naturaleza describe casi siempre un intento por maximizar la probabilidad de confirmación de la hipótesis. Particularmente puede suceder:

a) *Expansión de los límites de la hipótesis*: Un sesgo confirmatorio puede conducir equivocadamente a una confirmación cuando se produce la expansión de los límites de la hipótesis, ya sea porque se redefinen sus límites o su alcance para incluir pruebas que se consideran o perciben como consistentes con la hipótesis¹⁵³.

b) *Ajuste de estándares*: En ciertas oportunidades, se confirma una hipótesis poco óptima porque se ajustaron ciertos estándares o instancias para adaptarlos a ella, sin embargo esos criterios, dado ese ajuste, bien pueden ser bajos o pobres.

4.2 Sesgo retrospectivo

Conocer un resultado o solución sirve como una hipótesis que guía el procesamiento y evaluación de las pruebas, ya que hará que el juez asimile de inmediato ese conocimiento con la información que hasta ese momento conocía del hecho analizado. Lo que sucede a raíz de ello parece ser un ajuste entre la probabilidad del hecho analizado con el conocimiento del resultado¹⁵⁴. Ahora, ante esa situación el juez podría utilizar alguna de las heurísticas de probabilidad conocidas, por ejemplo la representatividad, así el resultado o consecuencia de una decisión determinada se percibirá como más probable cuando coincida o represente las características dominantes de la situación que los produjo¹⁵⁵.

En retrospectiva un juez podría considerar que alguna de las hipótesis del caso está suficientemente corroborada, pero ello podría ser equivocado porque se subestimaron los detalles de los hechos pasados, además podría servir para asignar mayor valor a determinadas pruebas (no analizarlas debidamente) e incluso sustentar el valor de una hipótesis sobre en pruebas débiles y creer que con ellas es suficiente¹⁵⁶.

¹⁵³ POSAVAC et al (1998: 202).

¹⁵⁴ FISCHHOFF (2003: 310).

¹⁵⁵ FISCHHOFF (2003: 310).

¹⁵⁶ FISCHHOFF (2003: 311).

CONCLUSIONES

1. Los sesgos sugieren la inclinación de la mente en cierta dirección, suponen múltiples procedimientos usualmente inconscientes, sistemáticos que producen juicios y decisiones que en ocasiones pueden conducir a error.
2. El concepto de sesgo cognitivo que se asume en el presente trabajo alude a limitaciones en el procesamiento de información en contraposición a necesidades, motivaciones o deseos ocultos. Se trataría de estrategias a veces poco óptimas e inferiores a los modos de procesamiento de información, incorporados en algunos estándares aceptados o acordados.
3. La relación sesgo-decisión final errada resulta imprecisa porque también en las decisiones correctas es posible hallarlos, Creer que solo aparecen, o pueden aparecer, en decisiones erradas significaría no entender que toda decisión jurídica supone diversos eslabones de razonamientos subyacentes donde es posible encontrar inferencias sesgadas.
4. Posiblemente haya que adaptar diversas construcciones provenientes de la Economía Conductual al ámbito del Razonamiento Probatorio, especialmente al tema de la valoración de la prueba por parámetros más realistas y acordes a los fines del propio Derecho.
5. Conocer la problemática de los sesgos en relación con la valoración de la prueba (incluso no solo en esta etapa) ha permitido tener presente los posibles peligros que pueden ocasionar, pero a su vez contar con buenas razones para en adelante emprender la búsqueda de alternativas de solución (y porqué no decir reformas legales puntuales) en mejora de las diversas decisiones que se toman en cualquier proceso judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, J., 2015: *La valoración de la prueba en el proceso civil*. La Ley,
- ALONSO, J., 2011: *Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal*, Revista InDRET, (4).
- ANDERSON, T, SCHUM D., & TWINING, W., 2016: *Análisis de la prueba*. Marcial Pons, Madrid.
- ARCE, R. & FARIÑA, F., 1997: *Sesgos en la formación de juicios y decisiones de los jurados*. En *Psicología e investigación judicial*. Fundación Universidad Empresa.
- ARCE, R, NOVO, M., & SEIJO, D., 2005: *Metaenunciados y formación de juicios en las decisiones judiciales*, en *Psicología Jurídica*. (VV. AA).
- ARIELY, D., 2008: *Las trampas del deseo*. 4º edición. Francisco J. Ramos. Ariel.
— 2008a: *Predictably Irrational*. Harper Collins.
- ARKES, H., & FREEDMAN, R., 1984: *A demonstration of the costs and benefits of expertise in recognition memory*. *Memory & Cognition*, 12(2).
- BACON, F., 1620: *Novum organum*, reimpresso en Burt, E., A., (1939): *The English philosophers from Bacon to Mill*, New York: Random House.
- BARON, J., 2014: *Moral judgment*. En Zamir & Teichman (eds.). *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*, Oxford University Press.
- BARON, J., & HERSHEY, J., 1988: *Outcome bias in decision evaluation*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 54.
- BARON, R., & BYRNE, D., 2005: *Psicología social*. 10ª edición. Pearson Educación S.A., Madrid.
- CONTRERAS, C., 2015: *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Marcial Pons. Madrid.
- CORTADA DE KOHAN, N., 2008: *Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones*. *International Journal of Psychological Research*, Vol. 1, N° 1.
- DAMASKA, M., 2015: *El derecho probatorio a la deriva*. Marcial Pons, Madrid.
- DANZIGER, S., LEVAV, J., & AVNAIM-PESSO, L., 2011: *Extraneous factors in judicial decisions*. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108 (17).

- DEI VECCHI, D., 2019: *La no tan sana crítica racional*. En *Letra: Derecho Penal*, año VI, N° 9.
- DE LA FUENTE, J., 1992: *El problema de recordar un problema para resolver un problema*. *Anuario de Psicología*, N° 52, Universidad de Barcelona.
- DE LA JARA, J., 2014: *Condenado por intuición: el cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución*. *Forseti Revista de Derecho*. N° 02, Lima.
- EDWARDS, K., & SMITH E., 1996: *A disconfirmation bias in the evaluation of arguments*. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 71.
- ENGLISH, B., 2006: *Blind or biased? Justitia's susceptibility to anchoring effects in the courtroom based on given numerical representations*. Vol. 28, N° 4, Octubre, *Law & Polcy*.
- ENGLISH B., MUSSWEILER, T., & STRACK, F., 2006: *Playing dice with. criminal sentences: The Influence of irrelevant anchors on experts judicial decision making*. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32.
- EVANS, J., 1989: *Bias in human reasoning. Causes and consequences* Lawrence Erlbaum Associates.
- FARIÑA, F., ARCE, R., & NOVO, M., 2002: *Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales*. *Psicothema*.
- 2003a: *Análisis de contenido de los razonamientos de los jurados*, en *La lingüística cognitiva en España en el cambio de siglo: Gramática y semántica*. Clara Molina Ávila, et al. Universidad Autónoma de Madrid.
- 2003: *Sesgos cognitivos y decisiones judiciales*. En M. Vanderhallen, G. Vervaeke, P.J. Van Koppen y J. Goethals (Eds.), *Much ado about crime* Bruselas.
- FELDMAN, Y., SCHURR, A., & TEICHMAN, D., 2016: *Anchoring legal standards*. *Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. N° 13 (2).
- FELDMAN, O., & SHENHAV, A., 2019: *Resolving uncertainty in a social world*. *Natural Human Behaviour*. 3(5).
- FERRER, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2007.

- *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*, en Carmen Vásquez (coord.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- FINDLEY, K., 2010: *Tunnel vision*. En L. Cuttler (ed.) *Conviction of the innocent: lessons from psychological research*. APA Press, Universidad de Wisconsin.
- FISCHHOFF, B., 1975: *Hindsight: Thinking backwards*. *Psychology Today*, April.
- 2003: *Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty*. *Quality and safety in health care*, 12 (4).
- FONSECA, A., 2016: *El debate sobre las heurísticas. Una disputa sobre los criterios de buen razonamiento entre la tradición de heurística y sesgo y la racionalidad*. *Revista Valenciana, estudios de Filosofía y Letras*, N° 17 (enero-junio).
- FURNHAM, A., & BOO, H., 2011: *A literature review of the anchoring effect*. *Journal Socio-Economics*, N° 40.
- FREIRE, FARIÑA & ARCE. 2002: *Criterios legos de discriminación entre testigos fiables y no fiables*. IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica.
- GASCÓN, M., 2010: *Los hechos en el derecho*. 3° edición. Marcial Pons, Madrid.
- GERRIG, R., & ZIMBARDO, P., 2005: *Psicología y vida*. 17° edición. Traducción de José Dávila y Leticia Pineda. Pearson Educación. México.
- GIGERENZER, G., 2008: *Why Heuristics work*. *Perspective on Psychological Science*, 3(1).
- GIGERENZER, G., & BRIGHON, H., 2009: *Homo heuristicus: why biased minds make better inferences*. *Topics in Cognitive Science*, 1(1).
- GIGERENZER, G., & GAISSMAIER, W., 2011: *Heuristic decision making*. *Annual Review of Psychology*.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005: *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra, Lima.
- GREENWALD, PRATKANIS, BAUMGARDNER & LEPPER. 1986: *Under what conditions does theory obstruct research progress?* *Psychological Review*, 93(2).
- GUTHRIE, C., WISTRICH, A., & RACHLINSKI, J., 2007: *Blinking on the bench: how judges decide cases*. Cornell Law.

- HARLEY, E., CARLSEN, K., & LOFTUS, G., 2004: *The “saw-it-all-along” effect: demonstrations of visual hindsight bias*. Journal of Experimental Psychology. Vol.Nº 30 (5).
- HASELTON, M., NETTLE, D., & ANDREWS, P., 2015: *The evolution of cognitive bias*. En D. M. Buss (Ed.), *The handbook of evolutionary psychology*, John Wiley & Sons. 2015.
- HASTIE, R. & RASINSKI, K., 1988: *The concept of accuracy in social judgment*. En D. Bar-Tal & A. W. Kruglanski (Eds.). *The social psychology of knowledge*. Cambridge University Press.
- HAWKINS, S., & HASTIE, R., 1990: *Hindsight: biased judgments of past events after the outcomes are know*. Psychological Bulletin, 107 (3).
- HELLER, K., 2006. *The cognitive psychology of circumstantial evidence*. Michigan law review, 35(2).
- ELSTER, J., 2010: *La explicación del comportamiento social*. Traducción de Horacio Pons. Serie Cla-de-ma. Barcelona: Gedisa.
- EINHORN, H., HOGARTH, R., & KLEMPNER, E., 1977: *Quality of group judgment*. Psychological Bulletin, 84 (1).
- KAHNEMAN, D., 2003: *Mapas de racionalidad limitada: Psicología económica conductual*. Revista Asturiana de Economía-RAE Nº 28.
— 2015: *Pensar rápido, pensar despacio*. Traducción de Joaquín Chamorro. Debolsillo.
- KAHNEMAN, D., & TVERSKY, A., 1982: *Probabilidad subjetiva. Un juicio de representatividad*. En Kahnemann, Slovic & Tversky. *Juicio bajo incertidumbre: Heurísticas y prejuicios*. Cambridge University Press.
- KASSIN, S., DRORB, I., KUKUCKA, J., 2013: *The forensic confirmation bias: problems, perspectives and proposed solutions*. Journal of Applied Research.
- KLAYMAN, J., & HA, Y., 1987: *Confirmation, disconfirmation, and information in hypothesis testing*. Psychological Review.
- KLAYMAN, J., 1995: *Varieties of confirmation bias*. Psychology of learning and motivation, 32.

- KNOLL, M., & ARKES, H., 2016: *The effects of expertise on the hindsight bias*, Journal of Behavioral Decision Making, J. Behav. Dec. Making.
- KOEHLER, J., 1993: *The influence of prior beliefs on scientific judgment of evidence quality*. Organizational behavior and human decision processes, 56.
- KOOL, SHENHAV, BOTVINICK., 2017: *Cognitive control as cost-benefit decision making*. En T. Egner (ed.). The wiley handbook of cognitive control, Wiley Blackwell.
- KRUGLANSKI & AJZEN, 1983: *Bias and error in the human judgment*. Revista Europea de Psicología Social, 13 (1).
- KUNDA, Z., 1990: *The case for motivated reasoning*. Psychological Bulletin, 108.
- LAUDAN L., 2013: *Verdad, error y proceso penal*. Traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Marcial Pons, Madrid.
- LORD, Ch., ROSS, L., & LEPPER, M., 1979: *Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence*. Journal of Personality and Social Psychology. 37 (11).
- MANZANERO, A., 2008: *Psicología del testimonio*. Pirámide. Madrid.
- MAZZONI G., 2019: *¿Se puede creer a un testigo?* Trotta, Madrid, 2010.
— *Psicología del testimonio*. Trotta, Madrid.
- MIRA, J., & DIGES, M., 1984: *Psicología del testimonio: un problema metodológico*. Revista de Psicología General y Aplicada, (39).
- MORALES, F., (coord.), 2007: *Psicología social*, 3º edición, Mc Graw Hill, Madrid.
- MORGULIS, E., 2009: *Juror reactions to scientific testimony: unique challenges in complex mass torts*. 15 B.U.J. 252, 257.
- MORRIS, Ch., & MAISTO, A., 2005: *Introducción a la psicología*. Traducción de María Elena Ortiz Salinas. 10º edición. Pearson Prentice Hall. México.
- MUÑOZ, A., 2011: *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*. InDret, Barcelona.
— 2011a: *Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica*. InDret. Barcelona.
- MUSSWEILER, T., & STRACK, F., 1997: *Explaining the enigmatic anchoring effect: mechanisms of selective accessibility*. Journal of Personality and Social Psychology.

- 2001: *The semantics of anchoring*, Organizational behavior and human decision processes. Vol. N° 86 (2).
- MUSSWEILER, T., ENGLISH, B., & STRACK, F., 2004: *Anchoring effect*. En Rudiger Pohl (dir.). Cognitive illusions. A handbook on fallacies and bases in thinking, judgement and memory. Psychology press.
- NEAL, T., & GRISSO, T., 2004: *The cognitive underpinnings of bias in forensic mental health evaluations*. Psychology Public Policy and Law. American Psychological Association, Vol. 20, N° 2.
- NIEVA FENOLL, J., 2010: *La valoración de la prueba*. Colección Proceso y Derecho. Marcial Pons. Madrid.
- 2018: *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Proceso y Derecho. Marcial Pons. Madrid.
- NICKERSON, R., 1998: *Confirmation Bias: A ubiquitous phenomenon in many guises*. Review of General Psychology, 2(2).
- NOVO M., ARCE R., & SEIJO D., 2003a: *Delimitación conceptual: sesgo vs. error*. En M. Novo y Arce, R. (Eds.), Jueces: Formación de juicios y sentencias. Grupo Editorial Universitario. Granada.
- NOVO, M., ARCE, R., & JOLLUSKIN, G., 2003b: *Modelos de formación de juicios y toma de decisiones judiciales en expertos*. En M. Novo y Arce, R. (Eds.), Jueces: Formación de juicios y sentencias. Granada.
- NOVO M., ARCE R., & FARIÑA F., 2003: *El heurístico: perspectiva histórica, concepto y tipología*, En M. Novo y Arce, R. (Eds.), Jueces: Formación de juicios y sentencias. Granada.
- MARKS, M., & ARKES, H., 2010: *The effects of mental contamination on the hindsight bias: Source confusion determines success in disregarding knowledge*. Journal of bahavioral decision making, 23(2).
- OSWALD, M., & GROSJEAN S., 2004: *Confirmation bias*. En Rudiger Pohl (dir.). Cognitive illusions. A handbook on fallacies and bases in thinking, judgement and memory. Psychology press.
- PERSAD, G., 2013: *When, and how, should cognitive bias matter to Law?*, Law and inequality: A Journal of Theory and Practice.

- POLYA, G., 1989: *Cómo plantear y resolver problemas*. Decimoquinta impresión. México: Editorial Trillas.
- POSAVAC, S., SANBONMATSU, D., KARDES, F., & MARTEL, S., 1998: *Selective hypothesis testing*. *Psychonomic Bulletin & Review*, 5(2).
- PRIETO, DIGES & BERNAL *El impacto del testigo presencial sobre el jurado*. En J. Sobral y R. Arce (eds.). *La psicología social en la Sala de justicia: El jurado y el testimonio*. Barcelona: Paidós.
- PRIETO & SOBRAL. 1994: *Persuasión y testimonio*. En J. Sobral, R. Arce, y A. Prieto (eds.). *Manual de psicología jurídica*. Barcelona: Paidós.
- POHL, R., 2004: *Hindsight bias*. En Rudiger Pohl (dir.). *Cognitive illusions. A handbook on fallacies and bases in thinking, judgement and memory*. Psychology press.
- POSNER, R., 2011: *Cómo deciden los jueces*. Traducción de Víctor Roca. Marcial Pons. Madrid.
- RACHLINSKI, J., 1998: *A positive psychological theory of judging in hindsight*. Cornell law faculty publications, 801.
— 2000: *Heuristics and biases in the court: ignorance or adaptation?*. Cornell Law Faculty Publications. Paper 801.
- ROSS, L., 1977: *The intuitive psychologist and his shortcomings: distortions in the attribution process*. *Advances in experimental psychology social*, Vol. 10.
- SIMON, H., 1957: *Models of man. Social and rational*. New York: Wiley.
— 2011: *El comportamiento administrativo*. Buenos Aires: Errepar.
- SOBRAL, A. DIGES A. & BERNAL, M. 1990: *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*. En J. Sobral y R. Arce (eds.). *Psicología social en la Sala de Justicia*, Barcelona: Paidós.
- SORIA, M., & SAIZ, D., (coord.). 2005: *Psicología criminal*. Pearson educación S.A, Madrid.
- STAFFORD, T., HOLROYD, J., & SCAIFE, R., *Confronting bias in judging: A framework for addressing psychological biases in decision making*. Recuperado de [10.31234 / osf.io / nzskm](https://doi.org/10.31234/osf.io/nzskm).
- STANOVIC, K., 1999: *Who is rational? Studies of individual differences in reasoning*. Lawrence Erlbaum Associates Publishers.

- TARUFFO, M., 2010: *Simplemente la verdad*. Traducción de Daniela Accatino. Marcial Pons, Madrid.
- 2009: *Páginas sobre justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo. Marcial Pons, Madrid.
- 2002: *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid.
- TEICHMAN, D., 2014: *The hindsight bias and the law in hindsight*. En Zamir & Teichman (eds.). *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*, Oxford University Press.
- UBERTIS, G., 2017: *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Traducción de Andrés Perfecto Ibáñez. Trotta.
- VÁZQUEZ, C., 2015: *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons. Madrid.
- VIDMAR, N., 2011: *The psychology of trial judging*. *Current Directions in Psychological Science*, 20 (1).
- WERTH, L. & STRACK, F., 2003: *An inferencial approach to the knew-it-all-along-phenomenon*. *Memory*, 11 (4-5).
- WEST, T., & KENNY, D., 2011: *The truth and bias model of judgment*. *Psychological Review*, Vol. 118 (2).
- WITTLIN, M., 2016: *Hindsight evidence*. *Columbia Law Review*, 116 (5).
- YANG, et al., 2019: *Effects of male defendants attractiveness and trustworthiness on simulated judicial decisions in two different swindles*. *Frontiers in Psychology*, 10.
- ZAMIR, E., RITOV, I., & HARLEV, E., 2016: *New evidence about circumstantial evidence*. *Law & Psychology review*, núm. 16-35. Disponible en: <https://ssrn.com/Abstract=2834707>.
- ZAMIR, E., TEICHMAN, D., & RITOV, I., 2014: *Seeing is Believing: The Anti-Inference Bias*. *Indiana Law Journal*, Vol. 89 (1).