

La incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica

Carmen Mencía Bastanchury*

Principia No. 11–2024 pp. 43-75

Resumen: El presente estudio analiza la relevancia de la prueba pericial económica como medio esencial para la formación de convicción y la búsqueda de decisiones objetivas en los litigios que involucran cuestiones técnicas o financieras. Se examina cómo la eficacia de esta prueba depende tanto de su rigor metodológico como de la capacidad del juez para valorarla con criterios racionales y libres de influencias externas. Desde un enfoque interdisciplinario que integra aportes del derecho procesal y de la psicología cognitiva, se identifican los principales sesgos que pueden afectar la valoración judicial —como el sesgo de anclaje, el de confirmación o la fatiga cognitiva— y se proponen estrategias destinadas a mitigar su impacto. El estudio concluye que el conocimiento y control de estos sesgos fortalecen la imparcialidad judicial y optimizan la función probatoria de la pericia económica como instrumento para la resolución justa y fundamentada de los conflictos.

Abstract: The present study analyzes the relevance of economic expert evidence as an essential means for the formation of judicial conviction and the pursuit of objective decisions in disputes involving technical or financial issues. It examines how the effectiveness of such evidence depends both on its methodological rigor and on the judge's ability to assess it using rational criteria, free from external influences. From an interdisciplinary perspective that integrates insights from procedural law and cognitive psychology, the study identifies the main biases that may affect judicial evaluation—such as anchoring bias, confirmation bias, and cognitive fatigue—and proposes strategies to mitigate their impact. It concludes that awareness and control of these biases strengthen judicial impartiality and enhance the evidentiary function of economic expertise as a tool for the fair and reasoned resolution of disputes.

Palabras Claves: Prueba pericial económica | Valoración de la prueba | Sesgos cognitivos | Arbitraje.

Keywords: Economic expert evidence | Evaluation of evidence | Cognitive biases | Arbitration.

* Abogada (Universidad Rey Juan Carlos), Economista y Licenciada en Administración y Dirección de Empresas (Universidad Pontificia de Comillas). Directora General del Departamento de Investigaciones y Resolución de Controversias de Kroll en España. Correo electrónico: carmen.mencia@kroll.com

Sumario: I. Introducción, II. Las normas de valoración de la prueba pericial: la sana crítica, III. Los sesgos cognitivos que afectan a los juzgadores, A. Sesgo de representatividad, B. Sesgo de disponibilidad, C. Sesgo de anclaje o ajuste, D. Sesgo retrospectivo, E. Sesgo de confirmación, F. Otros sesgos, 1. Sesgo de grupo, 2. La fatiga cognitiva (ego depletion) y el sesgo de “statu quo”, G. Conclusiones preliminares, IV. Incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica, A. Sesgo de representatividad, B. Sesgo de disponibilidad, C. Sesgo de retrospectiva, D. Sesgo de anclaje, E. Sesgo de grupo, F. La fatiga cognitiva, V. Conclusiones

I. Introducción

Transcurridos 18 años desde la entrada en vigor de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), que introdujo la figura del perito de parte como un elemento con entidad propia, sin duda, la comunidad jurídica no sólo ha percibido la relevancia de los informes periciales como instrumento fundamental en el acervo probatorio disponible para la acreditación de los hechos en los que se basan las pretensiones de las partes en conflicto, sino que en algunos contextos los consideran imprescindibles para que prosperen sus aspiraciones indemnizatorias.

Concretamente, el artículo 335.1 de la LEC establece que “cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en la ley, que se emita dictamen por un perito designado por el Tribunal”.

Así pues, la variedad de pruebas periciales posibles abarca tantas áreas como especialidades técnicas, científicas, artísticas o prácticas puedan verse implicadas en desarrollo de una litis.

En este infinito universo de posibilidades periciales, este modesto trabajo de investigación pretende centrar su atención en la relevancia que la valoración de la prueba pericial económica y los factores que inciden en la misma pueden tener en la resolución de aquellos procedimientos litigiosos que implican elementos económicos, bien como factores de hecho que deben ser probados o como consecuencias directas de la apreciación de determinados argumentos jurídicos que devienen en obligaciones pecuniarias para las partes.

Según la Norma Técnica número 4 del Consejo General de Economistas, Refor (2013, p.23) existirían dos tipos de pruebas periciales de índole económica: la prueba pericial contable que poseería la virtualidad de basarse, exclusivamente, en cuestiones de índole contable (i.e contabilidades, cuentas y estados financieros), y la prueba pericial económica mucho más compleja “ya que se

aparta de lo meramente contable y alcanza a cuestiones de derecho económico y/o de microeconomía tales como contratación, mercados, situación empresarial, valoraciones de empresas, etc., o incluso, en determinados casos, de macroeconomía, las cuales no entran dentro de los condicionamientos de la prueba pericial contable, aun cuando con carácter generalizador, la prueba pericial económica suele hacerse extensiva, considerándose subsumida en la prueba pericial contable [...]"

La creciente intensidad de los litigios en los que la materia económica, no sólo es un elemento relevante, sino que es el centro neurálgico de la controversia, hace necesaria, la intervención del perito económico que establezca elementos fácticos, no carentes, en la mayoría de los casos, de dificultad técnica. En este sentido, el propio Poder Judicial la considera, en un estudio elaborado por la Universidad Rey Juan Carlos (en adelante URJC) (2008, p.1) "uno de los medios de prueba de mayor complejidad técnica y de mayor incidencia en el campo de la litigiosidad económica".

De un análisis somero, podría concluirse que, abordando la labor pericial en materia económica desde una perspectiva global, esta no debería diferir en los diferentes ámbitos, en los que la misma puede verse implicada. Sin embargo, la experiencia concreta¹ nos devuelve una realidad muy distinta. Como parece ob-

vio, cada jurisdicción o sistema alternativo de resolución de controversias tiene no sólo sus peculiaridades procesales, que condicionan el desarrollo del procedimiento de resolución del conflicto de hecho, sino que los propios órganos jurisdiccionales o entes decisores y su visión y conocimiento en materia económica, condicionan la apreciación de la prueba pericial económica y su utilidad efectiva.

El perito, en general, y el económico en particular ha de realizar su labor sin perder de vista que la misma debe ser un verdadero auxilio del juzgador en los aspectos que exceden del conocimiento de este, coadyuvando a una apreciación objetiva de los elementos fácticos del objeto de la controversia. Por lo tanto, en esta misión, el experto implicado ha de considerar las especiales características del ámbito en el que actúa y del destinatario del producto último de su trabajo, que no es otro que el informe pericial y su ulterior ratificación.

Pero, ¿Qué elementos han de tenerse en cuenta si queremos cumplir con este propósito último de la pericia económica?

Aunque, las especificidades procesales del procedimiento de resolución de conflictos aplicable a cada caso sean relevantes, quizá la clave de bóveda para alcanzar el objetivo perseguido, ilustrar al decisor último, dependerá en gran medida

¹ La autora de este trabajo ejerce como perito financiero contable desde hace más de 18 años en jurisdicción ordinaria y arbitral.

de la perspectiva subjetiva de éste, que se verá condicionada, como veremos, por los ineludibles sesgos cognitivos que afectan a todo ser humano y que incidirán de forma no despreciable en la formación de su convicción.

De este modo, nos adentraremos en la determinación de los factores que inciden en la valoración de una prueba pericial económica en los diferentes contextos en los que la misma puede resultar de utilidad, y especialmente, abordaremos la incidencia de mecanismos automáticos cognitivos que pueden incidir en la valoración de ésta por parte del órgano decisor.

Con este objeto, abordaremos los siguientes bloques temáticos:

- i. Las normas de valoración de la prueba pericial: La sana crítica.
- ii. Los sesgos cognitivos que afectan a los juzgadores.
- iii. La incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica.

II. Las normas de valoración de la prueba pericial: la sana crítica

Antes de abordar la idiosincrasia y la tipología, así como la caracterización de los sesgos cognitivos que pueden tener incidencia en la valoración de una prueba pericial económica, consideramos necesario colocarnos en un escalón previo: La valoración de la prueba.

En este sentido, una prueba pericial económica no es sino una más del elenco disponible en el acervo probatorio, y, necesariamente, se encuentra sometida a las normas de valoración impuestas por la LEC.

En palabras de Abel (2014, p. 1): “Dentro de la apreciación de la prueba la doctrina más autorizada distingue las operaciones de “interpretar” y “valorar”. Se dice que “interpretar” una prueba supone fijar el resultado, mientras que “valorar” una prueba significa otorgar la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración -tasado o libre- establecido por el legislador.”

Según este mismo autor, la primera tarea que realiza el juzgador es la de “interpretar” los medios de prueba, lo que implicaría fijar lo que han manifestado los testigos, qué elementos experienciales sustentan las afirmaciones del perito o cual es el contenido de los documentos presentados, para, posteriormente, proceder a la valoración libre o tasada del elemento probatorio en cuestión dependiendo de la prescripción normativa aplicable.

Concretamente, hemos de recordar que en el ordenamiento jurídico español se determinan dos métodos distintos de valoración de pruebas, libre o tasado, aplicables en función de las características del elemento probatorio a valorar.

Así pues, la LEC establece normas de valoración tasadas para el interrogatorio de las partes, cuando no siendo contradictorio

por otros medios de prueba, la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales en los que intervino personalmente (artículo 316.1 de la LEC), para los documentos públicos (artículo 319 de la LEC y 1218 del Código Civil), y para los documentos privados (artículo 326 de la LEC y artículo 1225 del Código Civil).

Por su parte, se determina que se valorará de acuerdo con la regla de libre valoración o sana crítica el interrogatorio de la parte cuando no verse sobre hechos en los que se haya producido su intervención personal, y cuando dicha declaración no resulte enteramente perjudicial o sea contradicha por otros medios de prueba (artículo 316.2 de la LEC), la prueba pericial (artículo 348 de la LEC), el interrogatorio de testigos (artículo 376 de la LEC) y los instrumentos de grabación, filmación y semejantes (artículo 382.2 de la LEC).

En el caso de la prueba pericial, el artículo 348 de la LEC establece que “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica. El Tribunal, a la hora de dictar sentencia, no está vinculado por el dictamen pericial, sino que deberá valorarlo de acuerdo con “las reglas de la sana crítica”, es decir, el Juez gozará de libertad de valoración, pero teniendo en cuenta el resto de las pruebas practicadas en el procedimiento y haciendo una valoración conjunta de todas ellas.”

De este modo, la valoración de la prueba pericial económica se verá sometida a la regla de la sana crítica.

Pues bien, habremos de deslindar qué es la regla de la sana crítica para, posteriormente, determinar los factores que inciden en la formación de la convicción del juzgador de acuerdo con su aplicación.

La expresión “los principios de la sana crítica” fue introducida por primera vez en el artículo 317 de la LEC de 1885 y ha sido exportada a otros Códigos Procesales Civiles. Así mismo, y con antecedentes en los artículos 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real ha sido recogida tanto en la LEC de 1881, artículos 632 y 659, como en la vigente LEC.

Pero qué significa exactamente este principio procesal. La Enciclopedia Jurídica define la sana crítica como una “Fórmula leal para entregar al ponderado arbitrio judicial la apreciación de las pruebas, ante los peligros de la prueba tasada y por imposibilidad de resolver en los textos legales la complejidad de las situaciones infinitas de las probanzas.”²

Por su parte, señala Couture (1979, p. 195) que las reglas de la sana crítica son “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”.

² <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/sana-critica/sana-critica.htm>

De este modo, parece que este autor coloca la regla de la sana crítica en una categoría intermedia entre la prueba de libre convicción y la prueba legal, de tal suerte que no adolecería de la incertidumbre de aquella y de la rigidez de esta. Así pues, para Couture (1979, p. 195) las reglas de la sana crítica son “las reglas del correcto entendimiento humano”. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecional y arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.

Según la definición clásica de Stein (1990, p.22), “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos”.

Por lo tanto, las reglas de la sana crítica tienen su fundamento en la confianza en el funcionamiento del correcto entendimiento humano y en su aplicación se ven comprometidas las reglas de la lógica, la experiencia del juzgador y su conocimiento empírico previo.

Sin embargo, esta conceptualización no implica que la aplicación de la sana crítica justifique una actuación discrecional o arbitraria del órgano jurisdiccional, ya que esto convertiría la sana crítica en libre convicción.

En este sentido, la doctrina general se decanta por establecer que la sumisión a las reglas de la sana crítica no equivale a una valoración exenta de límites, o arbitraria.

Según determinados autores (Seoane, 2006), valorar una prueba significa otorgarle la credibilidad que se merece, atendiendo al sistema de valoración establecido por el legislador. Mediante el medio de prueba el juez adquiere una serie de conocimientos sobre los hechos objeto de debate. Estos conocimientos permiten, correctamente interpretados, llegar a una conclusión acerca de la existencia de los hechos alegados por las partes.

En esta misma línea, Flores Prada (2005, p.343) ya señala que “el juicio del Tribunal no debe ser un juicio técnico-científico sino un juicio de credibilidad, que ha de medir tanto la cualificación y objetividad del experto, como la verosimilitud -coherencia interna, corrección, lógica, racionalidad y razonabi-

lidad, argumentación- de los datos opiniones y conclusiones expuestas en el dictamen”.

Si bien es cierto que los autores más arriba citados mencionan criterios objetivos y mensurables, no lo es menos, que poner de relieve otros que no lo son tanto, como la credibilidad, que es una mera percepción subjetiva del juzgador.

Abundando en la conceptualización de la sana crítica, y, a pesar de que la propia LEC no defina los contornos a los que debe circunscribirse la valoración de la prueba pericial al no tratarse de una prueba tasada, la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en sentido contrario a que el juez o magistrado pueda desconocer o apartarse, por ejemplo, del contenido de un dictamen pericial, sin expresar las razones de tal separación o rechazo, o basándose en razones absurdas, o que violenten o infrinjan el buen sentido o la lógica de lo razonable, puesto que en tal caso su proceder puede ser impugnado a través de los recursos contemplados en las leyes.

En este sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (en adelante TS), de 9 de octubre de 2003, afirma que “la doctrina de esta Sala es muy reiterada sobre la valoración y apreciación de la prueba pericial, como resume la sentencia de 28 de febrero de este mismo año, en estos términos: “el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que el Tribunal de instancia apreciará la prueba pericial según las reglas de la sana crítica y la jurispru-

dencia lo interpreta en el sentido de que debe respetarse la valoración probatoria a no ser que sea contraria a derecho, ilógica o absurda”.

De todo lo anterior, la valoración de la prueba incluida la pericial, de acuerdo con las normas de la sana crítica tendría el siguiente alcance (Abel, 2014):

- i. Permite adaptarse a las circunstancias propias de cada caso concreto.
- ii. Es un sistema de libre valoración, pero motivado.
- iii. Supone un enfoque de la valoración de la prueba desde la perspectiva de los medios y no del fin.
- iv. Sirve, al hombre medio, para emitir juicios de valor acerca de una cierta realidad, desde una perspectiva prudente y objetiva.

Pues bien, tras la aproximación realizada al concepto de la sana crítica como regla que rige la valoración, entre otras, de la prueba pericial, y, por tanto, de la pericia económica, podemos concluir que si bien la misma se caracteriza por la aplicación de criterios objetivos que hacen que sus conclusiones no puedan ser arbitrarias ni inmotivadas, no es menos cierto que en la definición de sus límites se implican otros factores, difícilmente mensurables, tales como la credibilidad que suscite el perito y la experiencia o los conocimientos previos del juzgador, que

tienen significación a la hora de conformar su convicción en relación con los elementos de hecho presentes en el procedimiento.

Son estos elementos, que rozan la frontera de lo subjetivo y su incidencia en la conformación de la convicción del juez y en la decisión final que adopte el mismo, los que interesan a este estudio. Dicho de otro modo, ¿Qué elementos entran en juego para determinar la credibilidad del perito?; ¿Qué factores y mecanismos cognitivos se ven comprometidos en la conformación de la convicción del juzgador con relación a la ocurrencia de un hecho y sus resultados?; ¿Qué son las reglas del correcto entendimiento humano a las que se refiere Couture y por qué circunstancias pueden verse influidas e incluso distorsionadas?

Dado que la certeza absoluta raramente es alcanzable y que los encargados de la toma de decisiones judiciales han de examinar la evidencia disponible de acuerdo con evaluaciones de probabilidad, parece relevante estudiar, detenidamente, el proceso por el que se conforman esas decisiones (Egaste, 2005).

Y todo ello, porque, al fin y al cabo, una sentencia no es ni más ni menos, que una decisión tomada por un ser humano que desencadena repercusiones directas, y no despreciables, sobre bienes jurídicos relevantes dignos de protección.

Para dar respuesta a estas preguntas, la psicología, en su vertiente de aplicación jurídica, comenzó a tomar interés en los

procesos de toma de decisiones de los juzgadores desde la década de los sesenta del pasado siglo, alcanzando conclusiones, que, si se nos permite, resultan, cuando menos, reveladoras.

Fruto de estos estudios, se determinó la existencia de mecanismos cognitivos que condicionaban la toma de decisiones de los seres humanos y que resultaban tendentes a “atajar” el proceso decisorio.

A estos hallazgos y sus repercusiones dedicaremos la sección siguiente de este estudio.

III. Los sesgos cognitivos que afectan a los juzgadores

Consecuencia de las conclusiones de diferentes estudios empíricos, desarrollados a partir de 1960, se comprobó que existían errores y sesgos en el proceso de toma de decisiones de los seres humanos provocados por un defectuoso procesamiento de la cuantiosa información exterior que se recibe y que sirve para conformarlas (Muñoz, 2011). De este modo, el individuo emplea estrategias mentales reduccionistas, en la mayoría de los casos inconscientes, que inciden directamente en la eficiencia del proceso de decisión.

Este hecho es relevante si, además, consideramos, que de acuerdo con Arias (2016, p.9), que “La toma de decisiones es una actividad psicológica esencial, lo que significa que es un proceso psicológico básico que no puede descomponerse en actividades psicológicas más

simples (Loy, y otros 2009). Siguiendo a Smith y Kosslyn, una decisión es una elección entre probabilidades (Smith y Kosslyn 2008) y en esta elección se presenta la activación de factores tanto emocionales como racionales que se relacionan y complementan entre sí (Gordillo, y otros 2011).” De este modo, concluimos que el estudio del proceso de toma de decisiones y de las estrategias cognitivas que influyen en el mismo resulta crucial cuando la decisión, como es el caso de las judiciales, afecta de forma tan relevante a las partes inmersas en la controversia.

En este análisis del proceso de formación de decisiones podríamos pensar, que la lógica es la primera herramienta que un operador jurídico debe utilizar. Sin embargo, los estudios empíricos concluyen que, en la práctica, las estrategias heurísticas son la elección de preferencia para la resolución de problemas (Lionetti, 2004).

Se denomina heurística, a los procedimientos mentales de simplificación que empleamos los seres humanos para tomar decisiones, que, si bien pueden ser muy útiles para la vida cotidiana, pueden dar lugar a errores o sesgos (Muñoz, 2011). Así pues, la heurística no sería más que un atajo mental que empleamos para economizar el proceso decisorio en términos temporales y de esfuerzo.

En este sentido Nisbett y Ross señalan que los seres humanos, al enfrentarnos a un volumen de información relevante, hemos conformado formas de procesa-

miento de la misma, constitutivas de simplificaciones gnoseológicas que se activan cuando hemos de tomar decisiones (Nisbett y Ross, 1980). Estas estrategias nos conducirán, posiblemente, a la aparición de sesgos cognitivos.

Sin embargo, conviene no confundir sesgo cognitivo con prejuicio. La diferencia entre ambos conceptos radica en que un prejuicio se atribuye a un pensamiento subjetivo y consciente a favor o en contra de algo, sin que existan argumentos suficientes para sustentar esta posición, en tanto que un sesgo cognitivo es un fenómeno psicológico involuntario del procesamiento de la información, es decir, sería más bien una tendencia inconsciente que condiciona el análisis de la realidad (Rodríguez, 2012).

Los primeros estudios que aludieron a la existencia de sesgos cognitivos en el proceso decisorio humano nos remiten a los trabajos de Tversky y Kahneman en los que se concluía que la heurística y la aplicación de sesgos cognitivos es una estrategia común al pensamiento humano, cuyo objeto es incrementar el procesamiento de la información voluminosa y compleja que se recibe del exterior, en la que se fundamenta el proceso decisorio, y que involucra al razonamiento lógico-abstracto provocando, con frecuencia, errores relevantes y sistemáticos (Tversky y Kahneman, 1974).

Así mismo, afirma Arias (2016, p.14) que “Por otro lado, Simón en línea con Hayek, determinan que los individuos

deciden con poca información seleccionada, aunque cuenten con mucha disponible; esto, debido a su limitada capacidad para el manejo de la información. Es por eso que se establece que gran parte de las decisiones humanas, y que en particular las de personas con mucha experiencia en las ciencias y el arte, —son producto de la intuición y no de prolongados y sofisticados procesos de elección racionall (Santiago y Cante 2009) (p.3) al tomar la decisión por la que se le está juzgando (Gallo 2011).”

La psicología ha definido multitud de sesgos, entre los cuales podemos enumerar los siguientes: sesgo de memoria, falacia de planificación, ilusión de control, sesgo de apoyo a la elección, efecto de percepción ambiental, sesgo de disponibilidad, el efecto Dunning-Kruger, efecto halo, sesgo del poder corrupto, sesgo de proyección, efecto del lago Wobegon o efecto mejor que la media, sesgo de impacto, heurístico de representatividad, defensa de status, sesgo retrospectivo, error fundamental de atribución, sesgo de disconformidad, efecto Forer o efecto de validación subjetiva, heurístico de anclaje o efecto de enfoque, ilusión de frecuencia, ilusión de la confianza, sesgo de confirmación, sesgo de grupo, punto de referencia o statu quo, efecto Bandwagon o efecto de arrastre y efecto Keinsorm.

De este amplio abanico de sesgos cognitivos, abundaremos en aquellos que afectan de forma más común a las decisiones judiciales.

Pues bien, los sesgos cognitivos que afectan, con más frecuencia, a las decisiones jurisdiccionales son los siguientes (Muñoz, 2012):

i. **Heurístico de la representatividad (*representativeness*):**

Este sesgo cognitivo se caracteriza por una asignación errónea de cálculo de probabilidad.

ii. **Heurístico de disponibilidad (*availability*):**

es aquel sesgo que provoca que un individuo use experiencias anteriores de recuerdo inmediato para resolver situaciones ulteriores que requieren la toma de una decisión. Esta heurística opera bajo la suposición de que algo que se recuerda fácilmente es importante, o, al menos, más importante que las alternativas que no son tan fáciles de recordar. En otros términos, se trata de un “atajo” mental para tomar decisiones o llegar a conclusiones, basado en nuestra experiencia o recuerdo de eventos similares.

iii. **Heurístico de anclaje (*anchoring*):**

El heurístico de anclaje o *anchoring bias* supone que el sujeto se ancla en un valor inicial que ejerce una influencia indebida y desproporcionada, a partir del cual hace una estimación basada en la información disponible.

- iv. **Sesgo retrospectivo (*hindsight bias*)**: Consiste en valorar determinados hechos pasados, pero sin poder abstraerse de las consecuencias reales que estos tuvieron. Es decir, el sujeto tiende a considerar más probable la consecuencia real ocurrida, abstrayéndose de un análisis de probabilidades “ex ante”. Esto significa que una vez que se tiene conocimiento del resultado se genera un cambio de perspectiva de manera que el resultado parece inevitable.
- v. **Sesgo de confirmación (*confirmation bias*)**: Mediante este sesgo el ser humano tiende inconscientemente a sobrevalorar aquellos argumentos que confirman su propia posición inicial, de tal modo que tiende a ignorar o a infravalorar aquellos que contradicen sus tesis. Así mismo, se tiende a formar una convicción inicial a partir de las primeras evidencias apegándose a ellas, confiriéndoles preeminencia y concediendo un peso menor a las que se presentan con posterioridad.

A continuación, abordaremos con mayor profundidad cada uno de estos sesgos y las consecuencias de su aplicación en el proceso judicial de valoración de la prueba pericial.

A. *Sesgo de representatividad*

Señala Alonso (2011, p.10) que: “En el cálculo de probabilidades en las decisiones de incertidumbre resulta esencial la muestra de la que partimos. Para saber si un hecho es más o menos probable tenemos que comparar ese hecho con una muestra previa”

Así pues, y como ya indicamos más arriba, el sesgo que abordamos en este apartado se caracteriza por la comisión de errores estadísticos en el cálculo de la probabilidad de ocurrencia de un hecho que se deberían a la insensibilidad, a la probabilidad previa de resultados, al tamaño de la muestra, a errores relativos a la aleatoriedad y a la denominada “regresión a la media” (Muñoz, 2011).

Así, cita Muñoz (2011, p.3) la evidencia empírica obtenida por Tversky y Kahneman, “En una ciudad hay dos hospitales: uno grande y otro pequeño. En el grande nacen alrededor de 45 niños al día y en el pequeño alrededor de 15. Aunque, como es conocido, la proporción de niños y niñas que nacen se divide aproximadamente al 50%, es evidente que hay días en que nacen más niños que niñas y al revés. A las personas que participaron en el estudio se les pidió que valoraran en cuál de los dos hospitales se darían más días en los que el número de niños nacidos sería superior al 60%. La mayoría de los sujetos (52%) consideraron que el número de días con más de un 60% de niños sería semejante en ambos hospitales, y sólo un 21% estimó que se darían más días con más del 60% de niños en un

hospital pequeño. La respuesta correcta en términos estadísticos es, naturalmente, esta última, ya que una muestra más grande tiene siempre menos probabilidades de desviarse de la media (en este caso, de la media del 50%). Este es el clásico ejemplo de cómo las valoraciones intuitivas (efectuadas con arreglo a la regla heurística de la representatividad) incurren en errores por no tomar en consideración el tamaño de la muestra.”

Estos mismos autores, señalan, con relación a la heurística de representatividad, que este sesgo se vincula en ocasiones con la tarea de asignar probabilidades a que un objeto pertenezca a una determinada clase o a la relación causal entre dos hechos.

Este tipo de inferencias erróneas en las apreciaciones judiciales pueden tener un efecto relevante en el desenlace del procedimiento, por mor de la incidencia de la inmediación (Guthrie, 2001).

En este estado de cosas, parece evidente que los sesgos de representatividad ya sean con relación a las declaraciones de las partes, de testigos o de peritos, pueden afectar a los juzgadores en la valoración de los testimonios que se producen en el seno del procedimiento. En la evaluación de los testimonios, los jueces corren el riesgo de realizar juicios categóricos sobre la probabilidad de que un testigo mienta asociándola a una evidencia tal como su actitud en el juicio, considerando esta evidencia extensible a toda la categoría. Es decir, si un juez se viera afectado por un sesgo de representati-

dad en la evaluación de una ratificación pericial podría emplear el atajo cognitivo que, partiendo de la aseveración de que los peritos que se muestran nerviosos en el acto del juicio no están seguros de la posición que defienden, le condujese a inferir que tal actitud significa que su posición está poco sustentada. Este tipo de mecanismos también funcionarían en sentido contrario y parece indiscutible que pueden afectar a la valoración de la prueba en cuestión.

Sirva como ejemplo de la incidencia del sesgo de representatividad el citado por Muñoz (2012, p.63) con relación a una sentencia de nuestro Tribunal Supremo en la que “Es posible que la Sala Segunda del Tribunal Supremo incurriera en un error de esta naturaleza en la Sentencia de fecha 29 de julio de 1998. Como expuso Conthe en varios de los artículos que dedicó a esta resolución en su día, el Pleno de la Sala Segunda, para llegar a una conclusión condenatoria con relación a los dos únicos acusados que no reconocieron su participación en los hechos enjuiciados, necesitaba responder afirmativamente a cuatro cuestiones que, a tenor de los propios votos particulares de la sentencia, no eran en modo alguno claras.

Y es que, en efecto, aunque se considerara como alta la probabilidad de que la sentencia acertara en cada una de las cuatro cuestiones nucleares que necesariamente deberían concurrir como presupuesto para que fuera posible la condena a los acusados, la probabilidad de que los

magistrados acertaran en todas ellas era bastante menor.

Dicho de otra forma, si la probabilidad de acierto del Tribunal Supremo en relación a cada una de las cuatro cuestiones hubiera sido del 80% (lo que ya presupone, de por sí, partir de una premisa muy favorable para los magistrados de la Sala Segunda), la probabilidad de acierto conjunto en las cuatro cuestiones se reducía tan solo a un 41% - es decir, 0,8 elevado a la cuarta potencia-. A la vista de lo anterior, y si se sigue esa línea de razonamiento hasta el final, cabe preguntarse si una sentencia con una probabilidad estadística de acierto inferior al 50% es compatible con el principio de presunción de inocencia y, sobre todo, con el aforismo *in dubio pro reo*”.

B. Sesgo de disponibilidad

Ya hemos señalado con anterioridad que el sesgo de disponibilidad es aquel que provoca que un sujeto emplee experiencias anteriores de recuerdo inmediato para resolver situaciones ulteriores que requieren la toma de una decisión. Esta heurística actúa desde la premisa de que aquello que se recuerda fácilmente es importante, o, al menos, más importante que otras evocaciones menos inmediatas.

Acudiendo de nuevo a la opinión de Alonso (2011, p.14), la heurística de la disponibilidad se encuentra íntimamente ligada con el sesgo de representatividad y “[...] consiste en valorar la frecuencia de una clase o una probabilidad

de un evento a partir de la facilidad con la que el sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de ocurrencias semejantes. Este procedimiento heurístico da lugar a errores derivados de la accesibilidad e imaginabilidad de los ejemplos y de la efectividad de la búsqueda.”

De este modo, este heurístico, reduce la muestra de base que un individuo computa como universo de eventos posibles a la hora de tomar una decisión.

Este hecho se ve agravado por la mayor facilidad de recordar eventos negativos frente a aquellos que resultan positivos o neutros. Esta idea se confirma de acuerdo con las investigaciones realizadas (Malinow, 2014) que han identificado que la noradrenalina, una hormona conocida como la hormona de “lucha o huida”, que se libera cuando un individuo está sometido a una fuerte tensión emocional, y que actúa sobre un receptor, el GluR1, aumentando la sensibilidad química de las neuronas y la fortaleza de sus conexiones, lo que facilita el recuerdo preeminente de los acontecimientos negativos.

Así pues, al valorar la probabilidad de ocurrencia de un hecho futuro o “ex ante” nos basamos en el grado de semejanza que este evento tenga con la muestra de la que partimos, que por término general comprenderá un mayor número de situaciones de cariz negativo que nos resulten fáciles de recordar, no considerando, en este análisis, ni la probabilidad de base de ocurrencia del evento, ni el tamaño de la muestra escogida.

Por lo tanto, un juzgador que se vea afectado por este sesgo podría no considerar alternativas que, siendo posibles, no hubiera recordado de forma inmediata, aunque formen parte de su experiencia.

C. Sesgo de anclaje o ajuste

En una entrevista realizada el 13 de diciembre de 2015 a Ramón Arce³, Profesor titular de Psicología Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela, éste señaló que “[...] en diferentes estudios que hemos llevado a cabo sobre datos de archivo, esto es, sentencias judiciales, hemos encontrado que las decisiones judiciales están guiadas por sesgos cognitivos y motivacionales. Mención especial merece el anclaje, que presupone que la hipótesis inicial, una vez formada, se asume que sirve como conjunto cognitivo que guía la interpretación de la nueva información. Evidentemente, este modo de razonamiento no es normativo y, por ende, no debería aparecer en las decisiones judiciales. Sin embargo, los datos de archivo ponen de manifiesto que las decisiones judiciales están basadas en fuentes de razonamiento informal que conllevan la asunción de mayores riesgos, sesgos sistemáticos y, en ocasiones, errores.”

Así mismo, este autor señala que las decisiones ancladas pueden implicar la asunción de la culpabilidad de un acusado como consecuencia de un ahorro cognitivo de quien decide, pudiendo re-

sultar una decisión basada en un apriorismo y no en las pruebas, configurando así una sentencia guiada por la “exclusión de evidencia”, por la “evitación de justificación causal” y alejada de motivación legal.

Parece evidente que nos encontramos antes un sesgo cognitivo de flagrante incidencia en las decisiones judiciales no sólo por su frecuencia, sino por la relevancia de sus consecuencias.

Muñoz (2011, p.5) define este sesgo como el proceso mental que “[...] se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional. Los múltiples estudios realizados acreditan cómo este procedimiento mental da lugar a resultados diferentes, simplemente por el hecho de que se haya empezado por un valor distinto.” Esto implicaría, necesariamente, en opinión de este autor que, con frecuencia, la valoración inicial ocasionaría una influencia desproporcionada e indebida en el análisis posterior que el individuo efectuase, y produciría errores en el juicio, inconscientes para el propio individuo responsable de la decisión.

En este mismo sentido, un estudio realizado analizando las sentencias de 167 magistrados de las Cortes Federales de los Estados Unidos, evidenció que los jueces se encontraban afectados, en la

³ “Las Decisiones Judiciales Están Guiadas Por Sesgos Cognitivos Y Motivacionales” - Ramón Arce Infocop | 13/12/2005 12:50:00 www.infocop.es/view_article.asp?id=470

misma medida que el resto de los ciudadanos, por el sesgo de anclaje y el de retrospectiva (Muñoz, 2011).

Analizando este mismo sesgo, existen estudios realizados con datos referidos a sentencias españolas que determinan después de realizar un experimento acerca de la influencia del sesgo de anclaje en decisiones jurisdiccionales, que el 63,6% de las sentencias revisadas se encontraban guiadas por un anclaje decisional, y que este tenía, además, un efecto directo en la formación del juicio, el procesamiento de la información, el establecimiento de nexos causales y la motivación legal (Fariña, Arce y Novo, 2002).

Estos estudios indican también que los heurísticos se manifiestan más cuando las personas tratan con información probabilística, razón por la cual los puntos de partida de la decisión aparecen alejados de los principios normativos del razonamiento estadístico y que, en el campo de las decisiones judiciales, se ha evidenciado que el anclaje es el heurístico por excelencia de jueces y magistrados.

En estos mismos términos este anclaje se debe a la tendencia humana a establecer puntos de referencia y a realizar comparaciones a partir de las cuales poder estimar un valor. La misión de este heurístico, según el citado autor es “aligerar” el esfuerzo cognitivo para reducir el número de opciones evaluadas (Jara, 2014).

Así mismo, la heurística de anclaje está directamente vinculada a la confianza extrema en el valor inicial, lo que lleva a una respuesta final sesgada (Epley y Gilovich, 2001).

Por otro lado, este anclaje no sólo se produce cuando es el sujeto el que fija el valor de referencia, sino cuando este está contenido en la pregunta o cuestión que se le formula (Strack y Mussweiler, 1997).

Finalmente, estudios realizados en la década de los 70 concluyen que el punto de referencia puede ser sugerido por la propia formulación del problema o ser un resultado de una computación parcial, lo que implicaría que un interrogador es capaz de anclar las estimaciones de su interlocutor en un valor numérico, simplemente introduciéndolo en el planteamiento del problema (Tversky y Kahneman, 1974).

Esta última evidencia convierte al sesgo de anclaje junto con el sesgo retrospectivo, como abordaremos en la sección tres de este estudio, en el de mayor relevancia en el proceso cognitivo de formación de convicción del juzgador, al valorar las pruebas periciales económicas de estimación de daño.

D. Sesgo retrospectivo

Ya establecimos que el sesgo retrospectivo es un mecanismo heurístico que impide a un individuo abstraerse, cuando valora hechos pasados, de las consecuencias de los mismos. Es decir, el sujeto tendería, una vez conocidas las conse-

cuencias concretas de la acción, a entender que estas eran las más previsibles “ex ante”.

De acuerdo con Muñoz (2011, p.6) “una vez el individuo tiene conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva del sujeto de manera que el resultado le parece inevitable. El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre el acontecimiento.”

Esta conclusión nos lleva a relacionar, necesariamente, este mecanismo cognitivo con el heurístico de disponibilidad que, como indicamos, ocasiona que aquellos eventos que se recuerdan de manera inmediata, como es el caso de la consecuencia del hecho efectivamente acontecida, se consideren más relevantes o más probables que los que no se recuerdan de forma inmediata. Por tanto, no parece extraño recordar con más facilidad y asignarle un mayor grado de probabilidad a lo que efectivamente sucedió que a lo no acontecido, aunque este razonamiento no sea necesariamente lógico, ni esté fundamentado en un cálculo de probabilidad correcto.

Este fenómeno cognitivo ocasiona según Jara (2014, p.156) un problema no poco relevante que “[...] yace en que la confianza en dicho punto de referencia suele ser exagerada.”

El sesgo de retrospectiva es especialmente relevante en la atribución de res-

ponsabilidad extracontractual, ya que según determinados estudios realizados influye en la determinación del factor de atribución ya que en la determinación “ex post” del nivel razonable de precaución “ex ante”, el juzgador puede realizar un juicio drástico cuando conoce los resultados del hecho en cuestión (Kamin y Rachlinski, 1995).

No menos relevantes que lo anterior, son las conclusiones que apuntan a que cuanto mayor es el daño producido, mayor es la influencia del sesgo de retrospectiva (La Bine y La Bine 1996).

Finalmente, hemos de señalar que de acuerdo con Jara (2014, p.159) “La previsibilidad de un accidente está ligada a la precaución ejercida frente a aquel. En base a ello, la apreciación sesgada de que un evento era previsible también contamina la valoración de la conducta ejercida por el agente para evitar el desenlace. Esta relación inversamente proporcional implica, por ejemplo, que la conducta de una compañía minera será más reprochada si la geo-membrana que causó el daño ambiental tuviera diez y no solo una filtración.”

Otro ejemplo de la aplicación de dicho sesgo nos lo ofrece Cavanillas (2016): “En cualquier caso, me gustaría centrarme en una manifestación de sesgo retrospectivo que es endémico en las resoluciones sobre responsabilidad civil de los tribunales españoles. Imaginemos que se produce un accidente en unas instalaciones y que se discute si la falta de cierta medida de seguridad, no obligato-

ría, que habría evitado el suceso, es negligente. Si, sensibilizado por el accidente, el propietario de las instalaciones tiene la encomiable idea de añadir la medida en cuestión, se ha “crucificado”, porque los tribunales emplearán su conducta como indicio de que la previa ausencia de la medida era imprudente. La jurisprudencia americana, con toda razón, es contraria a aceptar como indicio de negligencia la adopción *ex post* de medidas dirigidas a evitar la repetición de accidentes; primero, porque hacerlo tendría efectos disuasorios de conductas que benefician a la seguridad pública y, segundo, porque el foco ha de ponerse en valorar si *ex ante* estas medidas podrían considerarse exigibles.”

Las conclusiones alcanzadas por Jara y Cavanillas resultan de una importancia crítica en dos vertientes intrínsecamente vinculadas: En la atribución de responsabilidad por conductas imprudentes y en la determinación del daño ocasionado por las mismas.

Esto se debe, principalmente, a que el sesgo de retrospectiva, en ocasiones, impide al juzgador apreciar escenarios alternativos de conclusión del hecho dañoso que le conduzcan al establecimiento de grados de responsabilidad distinta o a una cuantificación alterna del daño.

E. Sesgo de confirmación

El sesgo de confirmación también es conocido como la recolección selectiva de evidencia. Es considerado un efecto del

procesamiento de información, en virtud del cual un individuo tiende a favorecer la información que confirma sus ideas preconcebidas o hipótesis, independientemente de la veracidad o falsedad de las mismas.

La existencia de este sesgo se vio confirmada por los estudios de Wason en la década de los 60 (Wason, 1968). Concretamente, los estudios realizados por este psicólogo británico consistieron en solicitar a un grupo de sujetos que identificaran una regla que se aplicaba a una serie de tres números sin explicitarles cuál era. Wason comunicó al grupo de individuos implicados en el experimento que los tres números “2-4-6” cumplían esta regla y les pidió que construyesen otros conjuntos de tres números que considerasen que también la cumplían. Por cada tres números que le sugerían los individuos objeto del estudio se les indicaba si los mismos cumplían o no la regla.

La mayoría de los participantes en el experimento de Wason infirió inicialmente que la secuencia “2-4-6”, era una secuencia de números pares. Posteriormente propusieron secuencias de números pares: “4-8-10”, “6-8-12”, “20-22-24”. Las evaluaciones de todas estas secuencias fueron positivas. Los sujetos concluyeron que la regla consistía en la generación de secuencias de números pares, sin embargo, la regla sólo hacía referencia a secuencias crecientes. La conclusión de Wason, por tanto, fue, que casi todos los sujetos conformaron una hipótesis inicial y realizaron continuos

esfuerzos por confirmarla con secuencias de números que probaban la misma y muy pocos trataron de conformar una secuencia de números que pudiera refutar sus tesis de partida. Así mismo, los sujetos no hicieron preguntas para refutar su presupuesto inicial.

Lo que se denominó el Test de Wason demuestra que la mayoría de los individuos tratamos de reforzar nuestra posición inicial sin realizar un ejercicio crítico de las misma y que, por el contrario, tendemos a buscar elementos que la confirmen. En el mismo sentido concluyeron Klayman y Ha en 1987.

Señalan García y Chicaíza (2013, p.23) respecto a este sesgo, que “se ha —observado que las personas se forman ideas sobre una situación a partir de la primera evidencia y dan menos peso a la evidencia posterior, luego se apegan a ellas y dan primacía a la evidencia que la respalda. Esto ocurre incluso ante sólida evidencia contraria a la hipótesis.”

De este modo, el heurístico de confirmación se define como aquel que condiciona, inconscientemente, al sujeto para filtrar la información en la búsqueda de aquellos argumentos o pruebas que confirmen su posición inicial, sobrevalorando las tesis que refuerzan dicha posición y descartando o, incluso, no percibiendo aquellos que la refutan.

Este sesgo ocasionaría un encastillamiento en posiciones iniciales que, a causa de la operatividad de otros heurísticos como el de disponibilidad, represen-

tatividad o anclaje, coadyuvarían a configurar decisiones incorrectas.

F. Otros sesgos

1. Sesgo de grupo

El sesgo de grupo se caracteriza por ser el heurístico que ocasiona errores en valorar de forma caprichosamente homogénea las opiniones y actitudes de individuos que pertenecen al mismo grupo, en virtud de su sola pertenencia a ese grupo. Del mismo modo, pueden excluirse conductas como consecuencia de la no pertenencia de un sujeto a un grupo determinado (Muñoz, 2011).

Este sesgo también podría ocasionar que el juzgador tuviera una opinión favorable hacia los grupos a los que él mismo pertenece de acuerdo con las conclusiones de estudios que confirmaron la tendencia de los jueces israelíes a admitir, en mayor medida, demandas presentadas por individuos de su propia etnia (Shayo y Zussman, 2010).

2. La fatiga cognitiva (ego depletion) y el sesgo de “statu quo”

Dado que nuestra capacidad de esfuerzo cognitivo es limitada, y que, por tanto, al enfrentamos a una actividad intelectual exigente, como es la toma de decisiones, sufriremos lo que denomina fatiga cognitiva que mermará nuestra capacidad de autocontrol y nos hará más propensos a incurrir en sesgos cognitivos. Así mismo, se ha comprobado la existencia de una inclinación del ser humano a

mantener el statu quo debido a su aversión natural al riesgo que suponen los cambios (Cavanillas, 2012).

La combinación de la fatiga cognitiva y el sesgo del “statu quo” podría explicar las conclusiones de un estudio realizado en Israel, cuyos resultados mostraron, después de revisar mil solicitudes cursadas a lo largo de un año a jueces de vigilancia penitenciaria, que resolvían una media de 22 solicitudes diarias de cambio de grado penitenciario de los reclusos, que existía un patrón que dependía de las pausas que los jueces hacían para desayunar y comer. Al comienzo de la jornada y después de cada pausa, las decisiones favorables a los presos eran del 65%, pero decaían hasta llegar casi a cero justo antes de las pausas.

Esto se explicaría por la incidencia de la fatiga cognitiva más acusada antes de cada pausa que les conducía a aplicar el sesgo de “statu quo” en la toma de decisiones que implicaban no introducir cambios a la situación penitenciaria inicial (Danziger, Levav y Avnaim-Pesso, 2011).

G. Conclusiones preliminares

El ejercicio de la jurisdicción tiende a definirse como una actividad cognoscitiva que, al menos en lo que a los hechos afecta, se expresa en asertos cuya verdad remite a una verificación empírica sujeta a prueba y contraprueba, abierta a la negación o la confirmación a través del juicio contradictorio (Igartua, 1999).

Sin embargo, Arias (2016, p.87) sostiene que, de acuerdo con sus investigaciones, “las decisiones jurídicas pueden verse mediadas por la presencia de sesgos cognitivos que parcializan la toma de decisiones, es decir, que el Derecho en la práctica puede estar cargado de resoluciones subjetivas, mediadas por sesgos determinados por las construcciones culturales y psicológicas de las personas que lo aplican. Asimismo, este estudio apunta que el modo en que se desarrolla el sistema de la sana crítica, el cual propone que el juez tiene libertad a la hora de valorar las pruebas sin que medie la arbitrariedad, no es el que prima en las decisiones judiciales, ya que, hay casos, en los que la interferencia de estos elementos inconscientes le restan objetividad al criterio del decisor.” Además, “Estas deficiencias en la valoración, pueden tener su razón de ser en la falta de formación de los tomadores de decisiones en este ámbito, ya que no es suficiente remitirle al juzgador al uso de la sana crítica, si realmente no se le suministran los elementos necesarios para llevarla a cabo (J. Nieva-Fenoll 2010); ya que como se puede observar en este estudio, aunque las personas muestren una justificación de las razones por las que se decantan por una u otra decisión, realmente la disposición sí se muestra claramente influida por factores no racionales, por lo que el ejercicio de la toma de decisión que se efectúa es más acorde con un sistema de íntima convicción disfrazada, que con el propuesto por la sana

crítica racional (Carrasco, Padilla y Noya 2014).”

De todo lo expuesto en el presente capítulo, parece innegable que, en la toma de decisiones judiciales, se produce una incidencia de sesgos cognitivos inconscientes que representan elementos extrajurídicos que quizá pasen desapercibidos en el control superficial de las sentencias, cuando este se limita a analizar la justificación que el juzgador concreto plasma en la misma.

Pero, ¿Podemos hacer algo para paliar la incidencia de estos mecanismos cognitivos inconscientes?

En primer lugar, la neutralización de los sesgos cognitivos depende, fundamentalmente, del conocimiento de su existencia y de su incorporación al lenguaje jurídico, ya que cabe esperar que un juez profesional, si los conoce, estará en una posición mejor para evitarlos o mitigarlos (Alonso, 2011).

En cuanto al sesgo retrospectivo, puede evitarse por medio de la introducción de reglas procesales que impidan valorar la conducta del causante del daño a partir de las medidas de mejora que haya tomado con posterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso.

Con relación a este mismo sesgo, una de las posibles soluciones a la incidencia del mismo es la aplicación de la propuesta de Anderson que sostenía que este sesgo se eliminaba cuando se solicitaba a los juzgadores que consideraran y asignaran probabilidad a los resultados negativos

de los escenarios alternativos al efectivamente acaecido (Jara, 2014).

En el caso de los mecanismos legislativos, para evitar estos sesgos, podemos aludir, por ejemplo, a algunos esfuerzos normativos “anti retrospectivos” como por ejemplo los de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios que explicita que no se puede emplear como criterio que el mismo producto que genera la reclamación del consumidor se comercialice después en una versión perfeccionada.

Así mismo, determinadas prescripciones de la jurisprudencia norteamericana que recomiendan examinar los casos de negligencia empleando la Formula de Hand que es un mecanismo de examen “ex ante” (Cavanillas, 2016). Esta misma corriente jurisprudencial impide declarar la negligencia en función de las medidas adoptadas, por el presunto culpable, con posterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso.

En este mismo sentido, Cavanillas (2016) califica como “una lección de análisis “anti retrospectivo” la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña que absolvió al director general de la Marina Mercante, en el caso Prestige, pese a los dramáticos resultados de su decisión de alejar el petrolero a la sensibilización de la opinión pública y al hecho de que solamente su condena suponía que el Estado tendría que haber pagado todos los daños causados, lo que de algún modo garantizaba el abono de las indemnizaciones. Esta sentencia señala que:

“un profesional cualificado, asesorado por profesionales cualificados que informan que lo correcto es el alejamiento, salvo algunas excepciones poco explicadas, y que ha de tomar esa decisión de forma extremadamente urgente y rápida dado el peligro creado con la situación inicial del Prestige, cuando resuelve hacer caso a la mayor parte de sus asesores y a su propio criterio profesional, decidiendo de acuerdo con criterios que en rigor eran indiscutibles en aquel momento, está obrando de acuerdo con la prudencia y diligencia profesionales exigibles”. El Tribunal Supremo, al confirmar la absolución del director general, emplea el mismo tipo de argumentación: “al final el acusado optó por mantener la decisión de alejamiento, lo que debe ser valorado no con la distancia que ofrece el tiempo y el conocimiento certero de la capacidad de aguante del Prestige que se mantuvo a flote durante seis días más, sino con la incertidumbre del momento en que se adoptó la decisión”.

En cuanto al anclaje, una posible solución a su influencia es la introducción de referencias alternativas, en el momento inicial del procedimiento, que puedan ser más fácilmente recordadas por el juzgador (Jara, 2014).

Así pues, y tras lo establecido a lo largo del presente capítulo, no cabe duda de que los heurísticos o sesgos cognitivos tienen incidencia en las decisiones judiciales, que esta incidencia resulta inconsciente, que debieran ser objeto de análisis en el proceso de control de las

sentencias emitidas que, aun cuando en algunos casos se produce, no siempre se materializa con la frecuencia deseable.

Pues bien, como parte del procedimiento que conduce al juez a tomar su decisión final, resulta incontrovertible que la valoración de la prueba pericial, y más concretamente la económica, se verá influida por la influencia de los sesgos cognitivos. Es por ello, que dedicaremos el siguiente capítulo de este estudio al análisis del peso de estos mecanismos cognitivos en la valoración que el juzgador hace de este medio de prueba.

IV. Incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica

Desde nuestro punto de vista, debería evitarse que la valoración de las pruebas se basase en concepciones psicológicas intuitivas y no contrastadas, fundadas en máximas experienciales que las dotan de validez argumentativa, aunque resultan carentes de constatación empírica.

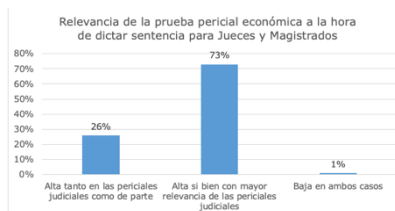
Dicho lo anterior, comenzaremos este capítulo remitiéndonos a los datos que, sobre la relevancia que otorgan los jueces y magistrados a la prueba pericial económica, ofrece un estudio realizado en 2008 por la URJC, que ya fue mencionado en la sección introductoria de este trabajo de investigación y que nos ofrece determinada información que consideramos relevante.

Con relación a la necesidad de intervención de un perito económico-financiero, los jueces consultados en este estudio

señalan que su intervención resultaba en 2008 frecuente, pero no mayoritaria, aunque se pronunciaban, casi unánimemente (91% de los entrevistados) cuando reconocían que la necesidad de la intervención del perito económico-financiero en el ámbito procesal español sería cada vez mayor.



Así mismo, este estudio determina que los jueces y magistrados señalaban que la incidencia de la prueba pericial económica, a la hora de dictar sentencia, era mayor cuando la misma había sido emitida por un perito judicial:



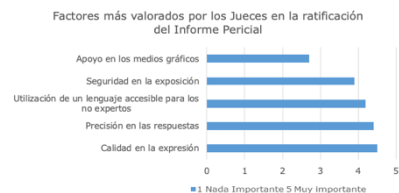
Teniendo en cuenta la opinión de los jueces y magistrados, con los datos arriba mencionados, podemos concluir que la prueba pericial económica tiene un papel preeminente en los procedimientos que se siguen en la jurisdicción española y que muestran una relevancia crítica en las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales. Como más adelante veremos, estos primeros datos ya nos podrían indicar un posible sesgo de grupo.

Pero, ¿Qué consideran los jueces relevante a la hora de valorar una prueba pericial económica?

En el estudio de la URJC, se nos ofrecen algunos datos de interés, concernientes a los elementos de juicio consciente, que los jueces tienen en cuenta a la hora de enfrentarse a la valoración de la prueba pericial económica:



Del mismo modo, a continuación, ofrecemos los elementos que perciben los jueces, y que entienden que conforman una buena ratificación:



Del análisis de los resultados obtenidos por el estudio de la URJC, parece inferirse que los elementos de valoración del informe pericial tienen un componente objetivo y mensurable, sin embargo, la apreciación de la ratificación, sujeta al principio de inmediación, se ve afectada por factores menos objetivables. Hemos de plantearnos si el hecho de que un perito parezca inseguro, condiciona la bondad de su informe y la corrección de sus apreciaciones. Esta misma cuestión podemos tenerla en cuenta también en re-

lación con el resto de los factores señalados. Pues bien, del análisis de esos factores, podríamos concluir que los mismos indican que el juzgador realiza un juicio de credibilidad del contenido del informe pericial, de acuerdo con sus percepciones, en el momento de la realización de la ratificación del mismo.

De este modo, parece que la ratificación, en la consideración que el juzgador realiza de la prueba pericial, cobra mayor relevancia que el propio informe.

En este sentido, queremos mencionar que la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 13 de julio de 2010, considera que la ratificación de la prueba es sólo una posibilidad en manos de las partes que no resulta de obligado cumplimiento, de tal forma que el dictamen presentado y no ratificado, no debe ser excluido del debate ni de la valoración probatoria.

Los informes periciales, aunque no hayan sido ratificados ni aclarados por el perito de parte, y que, en una providencia, se tienen por aportados a los autos, quedan unidos a las actuaciones, siendo así apreciable que tal actuación se ajusta a lo dispuesto en el artículo 337 de la LEC, máxime si la parte demandada no manifiesta, en ningún momento, la necesidad de comparecencia del perito para ratificarse en su dictamen, sin que por ello se infrinja el principio de contradicción en relación con el informe pericial.

De este modo, nos encontramos en uno de los supuestos previstos en los artículos 336 y 337 de la LEC, relativos a la

aportación con la demanda o con la contestación a la misma, de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes. Pues bien, para estos supuestos, el artículo 337.2 de la LEC dispone lo siguiente: “Aportados los dictámenes conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, las partes habrán de manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan en el juicio [...] expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito”.

Como vemos, la LEC considera que la ratificación solo es una posibilidad en manos de las partes que no resulta obligatoria.

Parece, pues, evidente que la valoración de una prueba pericial podría resultar diferente y aparentemente sometida a factores distintos, de realizarse cuando se produce la ratificación del informe correspondiente.

Así pues, de los datos ofrecidos por el estudio de la URJC, parece concluirse que es en la ratificación del informe pericial, cuando cobra relevancia la incidencia de los sesgos cognitivos. Quizá cabría plantearse, si la valoración de la prueba pericial se vería menos afectada por los heurísticos cognitivos si no se produjese la ratificación.

Esta reflexión nos reafirma en lo ya esbozado en la sección introductoria de este estudio. El objetivo de la prueba pericial económica es la formación de la convicción del juzgador que, ineludiblemente, realiza un juicio de credibilidad del perito que la suscribe y que, aparentemente, se produce en el momento de la ratificación.

Este juicio de credibilidad se realiza en el acto del juicio, que, como sabemos, tiene una extensión temporal determinada y en ocasiones escasa, por lo tanto, y como cualquier otro proceso cognitivo sujeto a la premura temporal y a recursos limitados, es susceptible de ser objeto de aplicación de heurísticos o sesgos cognitivos que economicen dicho proceso y que a continuación veremos cómo inciden en la valoración de la prueba pericial económica.

A. Sesgo de representatividad

El heurístico de representatividad consiste en asignar probabilidades a que un objeto pertenezca a una determinada clase o a la relación causal entre dos hechos.

Como ya indicamos, este sesgo puede afectar a los juzgadores en la valoración de los testimonios que se producen en el seno del procedimiento, entre ellos a las ratificaciones periciales y conduce a que, en la evaluación de la defensa de las conclusiones de una pericial económica en el acto del juicio, los jueces puedan cometer el error de realizar juicios categóricos sobre la credibilidad de las aprecia-

ciones del perito, asociándola a una evidencia tal como su actitud durante la vista, considerando esta evidencia extensible a todos los peritos. Por ejemplo, un juez, que se viera afectado por un sesgo de representatividad en la evaluación de una ratificación pericial podría asumir que las conclusiones de un perito no merecen suficiente credibilidad, partiendo de la asunción de que los peritos que se muestran nerviosos o que realizan una exposición poco vehemente de su argumentario no están seguros de la posición que defienden o de la cuantificación realizada. “Sensu contrario”, una exposición aparentemente contundente les conduciría a inferir que la determinación del daño calculada resulta menos discutible.

La aplicación de este sesgo podría ocasionar que el juzgador no abundara en el análisis del sustento técnico y metodológico de una pericial económica, por el mero hecho de encontrarse ante un perito que no resultase suficientemente rotundo en su exposición.

Sin menoscabo de compartir con el estamento judicial la relevancia incontestable del empleo de un lenguaje comprensible y adecuado, así como de una exposición didáctica de las conclusiones del informe pericial económico y de una actitud adecuada en su ratificación, consideramos que el empleo de la potestad del juzgador que le habilita para realizar su propio interrogatorio al perito y requerirle todas aquellas aclaraciones que en relación a la pericia estime convenientes

puede convertirse en una ayuda inestimable para disipar la incidencia de este sesgo cognitivo.

B. Sesgo de disponibilidad

Como ya definimos, el sesgo de disponibilidad es aquel que provoca que un individuo emplee experiencias anteriores de recuerdo inmediato para resolver situaciones ulteriores que requieren la toma de una decisión. Esta heurística actúa desde la premisa de que aquello que se recuerda fácilmente es importante, o, al menos, más importante que otras evocaciones menos inmediatas.

Así mismo, señala Jara (2014, p.171) que hay que tomar en consideración que, de acuerdo con este heurístico, el principio de una historia tiene mayor peso en la memoria que el resto del relato intermedio. “[...] Esto es conocido en psicología social como el efecto priming, lo que significa, en términos informales, que —quien pega primero, pega dos veces”.

De este modo, parece evidente, que tienen más posibilidades de ser recordados aquellos argumentos periciales que se posicionen en primer lugar, tanto en el informe pericial como en la ratificación del mismo.

Si partimos de esta premisa, resulta recomendable que los informes periciales comiencen su redacción con un resumen ejecutivo que extracte las conclusiones críticas del dictamen, colocando en primer lugar aquella que se consideren pri-

mordiales en la resolución del procedimiento.

Del mismo modo, resulta igualmente recomendable la que, si se nos permite, podría bautizarse como la “técnica sándwich”, que consistiría en incluir las conclusiones fundamentales del informe pericial económico al inicio y al final del mismo, estableciendo un orden de prelación en su exposición que ofrezca las más relevantes en primer lugar.

Más importante, si cabe, resulta, contemplar el orden arriba indicado en la ratificación del informe pericial, ya que, así, las conclusiones fundamentales del mismo serán más fácilmente recordadas y serán consideradas más relevantes por el juzgador.

Otra vertiente del sesgo de disponibilidad es la familiaridad que el juzgador tenga con las materias económicas que se deslinden en el procedimiento y la experiencia previa que de las mismas atesore. Esta circunstancia es determinante, porque de ella dependerá la muestra de “recuerdos” disponibles a los que acudirá el juzgador como referencia inicial. Es decir, si el juzgador ha conocido en otros procedimientos, de las especificidades económicas de aplicación en el caso que le ocupa, tenderá a circunscribir la muestra, entendida como ámbito de conclusiones posibles a la que aplicar el heurístico de representatividad, al conjunto de alternativas de cuantificación que resultaron probables según su experiencia previa. Esto podría ocasionar que el juzgador descartase, por con-

siderarlos improbables, métodos de cuantificación alternativos a los ya aceptados en su experiencia, por fundamentados y procedentes que pudieran resultar al caso en cuestión. En estas circunstancias, el perito económico, debe ofrecer información suficiente en su informe que avale la inclusión de sus tesis entre los escenarios posibles de cuantificación del perjuicio, incidiendo en la relación de causalidad entre el evento dañoso, los resultados de la cuantificación realizada y la metodología aplicada.

C. Sesgo de retrospectiva

Ya establecimos que el sesgo retrospectivo es un mecanismo heurístico que impide a un individuo abstraerse, cuando valora hechos pasados, de las consecuencias de los mismos. Es decir, el sujeto tendería, una vez conocidas las consecuencias concretas de la acción, a entender que estas eran las más previsibles “ex ante”.

Creemos que no erramos cuando afirmamos que quizá este sesgo junto con el de anclaje, sean los dos heurísticos cognitivos que más inciden en la función del juzgador y en la valoración de cualquier prueba pericial y de la económica en concreto.

Pero, ¿Cuál es la afectación concreta de este sesgo en la valoración de la prueba pericial económica? Abordaremos la respuesta a esta cuestión desde el análisis de un ejemplo concreto.

¿Qué sucedería si el objeto de controversia fuera el valor de las acciones de una

sociedad promotora en el momento inmediatamente anterior a la ocurrencia de un desplome inesperado del sector inmobiliario, cuando la controversia se resuelve acaecido el indicado desplome? Con toda certeza, en el momento de la resolución del procedimiento sabremos que el precio que habríamos pagado por los títulos en cuestión, consumado el desmoronamiento del sector inmobiliario, hubiera sido menor. Del mismo modo, el valor de las acciones de la sociedad, el día después del hundimiento de las previsiones del sector promocional habría sido menor al de fechas anteriores, pero si el objeto de la pericia económica no es otro que la valoración de este activo en un día concreto anterior al evento descrito, esta valoración no puede verse contaminada por resultados que fuesen improbables o que no fueran previsibles en ese momento concreto. Es decir, el perito económico debería colocarse en la fecha de valoración haciendo abstracción de los resultados futuros acaecidos que no fueran pronosticables en el momento al que se le requiere que estime el valor solicitado. Si se nos permite, tanto el valorador, como el juzgador en su apreciación de la prueba, deben sustraerse de lo que se conoció “ex post” y circunscribirse a lo que era previsible en el momento concreto de cuantificación del hecho económico. Al fin y al cabo, el juicio debe remitirse exclusivamente, entonces, a la determinación de la probabilidad razonable de representarse “ex ante” el hecho “ex post”. Acudiendo a ejemplos sobradamente co-

nocidos por todos, ¿Era razonablemente previsible la intervención de Bankia un año antes de que ocurriera, o en 2016 la resolución del Banco Popular acaecida en 2017?

Así pues, el quid de la cuestión es si en el cálculo de una cuantificación se han contemplado los escenarios alternativos probables y no el evento que finalmente se materializó, porque quizá a la fecha de cálculo del perjuicio éste ni siquiera resultaba imaginable.

Desde este prisma, el perito económico debiera facilitar al juzgador su tarea haciendo un análisis de probabilidad de las diferentes hipótesis empleadas para sus cálculos, decantándose por aquellas que resultasen lógicamente concebibles y altamente presumibles en el momento concreto.

D. Sesgo de anclaje

El sesgo de anclaje hunde sus raíces en el mecanismo cognitivo que ocasiona que los individuos realicemos estimaciones a partir de un valor inicial que se va ajustando de acuerdo con la información adicional de la que se dispone.

Por lo tanto, el sujeto obtiene resultados diferentes en función del valor inicialmente fijado.

En cuanto a este sesgo hemos de reiterar que tiene dos características básicas que hacen que su eliminación resulte compleja: Se puede producir por el mero hecho de que un valor se incluya en el planteamiento de la cuestión inicial, y el su-

jeto no suele plantearse la razonabilidad del valor de partida fijado.

Acudiendo al caso concreto, el sesgo de anclaje provocaría el conocido efecto que ocasiona que, entre dos cuantías reclamadas divergentes, el juzgador tendiese a colocarse en un punto intermedio entre ambas, ya que, de algún modo, se ha anclado al intervalo ofrecido por las partes.

Si a este efecto unimos la interacción del sesgo de disponibilidad que provocaría en el juzgador recordar con mayor facilidad aquellos valores que primero se le han ofrecido, éste evitaría considerar cuantías alternativas que pudieran resultar razonables.

Así mismo, y de acuerdo con Jara (2014, p.169) “Si bien hay estudios que indican que existiría un efecto boomerang cuando la cuantía del petitorio es absurdamente alta. La mayoría de las investigaciones apuntan a que rige el principio de “pide más y recibirás más””.

Con independencia de la virtualidad de esta última afirmación, el perito económico, no debe prestarse a posturas maximalistas que arrojen cuantificaciones exorbitadas o no ajustadas al caso concreto, realizando sus estimaciones desde bases fundamentadas y empleando en las mismas una perspectiva prudente que le permitirán mostrar una cuantificación del daño razonable.

E. Sesgo de grupo

Muñoz (2011, p.17) señala con acierto que “Existe un sesgo cognitivo fácilmente identificable, en el que incurren habitualmente Jueces y Tribunales, que consiste en atribuir mayor valor per se a un dictamen pericial elaborado por un funcionario público, que al que pueda realizar cualquier otro especialista en la materia, por mucho que este esté mejor fundamentado y sea técnicamente superior en rigor y exhaustividad.”

Sin duda alguna este nos parece uno de los ejemplos más representativos del sesgo de grupo, que se otorga mayor credibilidad y presupone determinado nivel de excelencia a los informes confeccionados por funcionarios públicos, por el solo hecho de serlo, confiriéndoles un valor preeminente con relación al resto de dictámenes periciales, aunque estos últimos sean superiores en calidad.

No parece discutible que la independencia de un perito es una de las cualidades más relevantes a la hora de otorgar credibilidad a un dictamen. Por ello, los visos de falta de independencia que, a veces se perciben en algunos dictámenes de parte pueden ensombrecer la credibilidad que se les otorgue por parte del juzgador, pero, si no existen dudas acerca de este extremo, el juzgador deberá hacer prevalecer en su sentencia aquel informe pericial que se encuentre mejor fundamentado y cuyas cualidades técnicas y metodológicas resulten de indiscutida aplicación al caso con independencia de que se

haya aportado por las partes o se haya emitido por un funcionario público.

De nuevo Muñoz (2011, p.19) vuelve a poner el dedo en la llaga cuando afirma que “De alguna manera, podría contrargumentarse que los jueces, al desdeñar las conclusiones de los dictámenes periciales encargados por las partes, presumen que éstos, debida a su presunta parcialidad, están sesgados (sesgo de confirmación) a favor de la postura inicial de la parte que les encargó el trabajo.”

Por esta razón resulta de especial importancia para las periciales aportadas por las partes evitar cualquier atisbo de parcialidad. Esto se consigue, en el caso de la prueba pericial económica, empleando escenarios y premisas prudentes, fundamentadas en hipótesis contrastables con información independiente y huyendo de posturas inmovilistas que solo recojan un prisma de la cuantificación del perjuicio.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2005 que define qué informe pericial ha de prevalecer:

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

Por lo tanto, nuestro más Alto Tribunal parece exigirle al juzgador de instancia

un riguroso y objetivo juicio de neutralidad y fundamentación técnica del informe pericial antes de decantarse por las conclusiones de una u otra pericia, con independencia de que esta haya sido propuesta por la parte o confeccionada por un funcionario público, y, así mismo, le compele a no otorgar mayor preeminencia a los dictámenes de funcionarios públicos.

Recordemos, además, que los funcionarios públicos, aunque estén adscritos al poder judicial, como es el caso de los médicos forenses, no son poder judicial, sino que colaboran con este para esclarecer los hechos concretos que son objeto del procedimiento.

En este punto, consideramos oportuno señalar que esta doctrina encuentra su mayor justificación en sede contencioso-administrativa ya que podría entenderse que los funcionarios públicos que prestan sus servicios en el seno del ente licitador de una concesión objeto de un litigio pudieran considerarse parte interesada en la resolución del pleito a favor de la administración pública, y que, por lo tanto, sus dictámenes pudiesen verse condicionados por el mencionado interés.

Así pues, el juzgador debería, al enfrentarse a la valoración de la prueba pericial, realizar un juicio previo de neutralidad del perito, así como determinar su cualificación y experiencia para pronunciarse sobre los aspectos que se le encargaron, analizando la robustez técnica de los argumentos empleados, y todo ello antes

de abordar, con sujeción al principio de inmediación, la actuación del experto en la ratificación.

F. La fatiga cognitiva

Quizá la fatiga cognitiva sea el sesgo que más intuitivamente podamos atisbar que afecta a la valoración de la prueba pericial, sobre todo, si consideramos el artículo 300 de la LEC que establece lo siguiente con respecto al orden de práctica de los medios de prueba:

“1. Salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto, las pruebas se practicarán en el juicio o vista por el orden siguiente:

1.º Interrogatorio de las partes.

2.º Interrogatorio de testigos.

3.º Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento.

4.º Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal.

5.º Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

2. Cuando alguna de las pruebas admitidas no pueda practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda.”

Del análisis del contenido del precepto reproducido, se concluye que de acuerdo con el orden convencional los peritos intervendrán en último lugar y antes del reconocimiento judicial y de la

reproducción de métodos de prueba audiovisuales, estos últimos, en nuestra experiencia, poco frecuentes en ordenes distintos al penal. Esto implica, en la práctica, que el normal discurrir en procedimientos de índole no penal es que los peritos sean llamados en último lugar y faltando sólo el trámite de conclusiones para concluir el acto del juicio. Esto supone, en la mayoría de los casos, que la ratificación pericial se produzca consumido un lapso temporal relevante en la exploración de testigos con la más que probable aparición de la fatiga cognitiva del juzgador.

Este hecho resulta de extrema trascendencia, más aún si el objeto del pleito implica un componente científico técnico significativo. Con esto queremos decir, que cuando la pericial económica es un elemento crítico en la resolución del pleito, el que el juzgador, que al fin y al cabo es un individuo, presencie la ratificación de la misma transcurridas varias horas desde el inicio de la vista, coadyuva a una menor concentración de la atención y a una mayor dificultad en la precisa apreciación de aspectos que, por regla general, resultan complejos y ajenos a su área de experiencia y conocimiento.

Pues bien, consideramos que, como hemos dicho, este sesgo que es fácilmente apreciable, también que resulta sencillamente resoluble, ya que la propia LEC otorga al juzgador, a instancia de parte o de oficio, la facultad de alterar el orden propuesto en el artículo 300, permitiéndole adelantar las declaraciones de peri-

tos económicos, que, si fueran colocadas al inicio de la vista o juicio, en nuestra opinión, correrían menos riesgo de verse afectadas por la fatiga cognitiva.

V. Conclusiones

1. La prueba pericial económica se encuentra dentro del abanico de medios probatorios que según el artículo 348 de la LEC han de valorarse de acuerdo con “la regla de la sana crítica”.

El concepto de la sana crítica como regla que rige la valoración de la prueba pericial económica se caracteriza por la aplicación de criterios objetivos que hacen que sus conclusiones no puedan ser arbitrarias ni inmotivadas, pero sus límites implican otros factores, difícilmente mensurables, tales como la credibilidad que suscite el perito y la experiencia o los conocimientos previos del juzgador, que tienen significación a la hora de conformar su convicción en relación con los elementos de hecho presentes en el procedimiento.

2. Si consideramos que una sentencia no es, ni más ni menos, que una decisión tomada por un ser humano y que los encargados de la toma de decisiones judiciales han de examinar la evidencia disponible, de acuerdo con evaluaciones de probabilidad, parece relevante estudiar el proceso por el que se conforman esas decisiones.

Los estudios realizados han confirmado la existencia de mecanismos cognitivos que condicionan la toma de decisiones de los seres humanos y que tienden a

“atajar” el proceso decisorio. Estos mecanismos cognitivos son denominados sesgos o heurísticos.

3. Existen múltiples sesgos cognitivos que afectan a los seres humanos, sin embargo, aquellos que más incidirían en la labor del juzgador serían el sesgo de representatividad, el de disponibilidad, el sesgo de confirmación, la heurística de retrospectiva, el sesgo de grupo y la fatiga cognitiva.

4. La neutralización de los sesgos cognitivos depende, fundamentalmente, del conocimiento de su existencia y de su incorporación al lenguaje jurídico, ya que, si un juez los conoce, estará en una posición mejor para evitarlos.

5. Concretamente, el sesgo retrospectivo puede evitarse introduciendo reglas procesales que impidan valorar la conducta del causante del daño a partir de las medidas de mejora que haya tomado con posterioridad a la ocurrencia del mismo. Así mismo, podría eliminarse si se solicitase a los juzgadores que consideren y asignen probabilidad a los resultados negativos de los escenarios diferentes al efectivamente acaecido.

El sesgo de anclaje puede disiparse introduciendo referencias alternativas en el momento inicial del procedimiento, que puedan ser, más fácilmente, recordadas por el juzgador.

6. El perito económico ha de realizar su labor considerando que la misma debe ser un verdadero auxilio del juzgador en los aspectos que exceden del conoci-

miento de este, coadyuvando en la apreciación objetiva de los elementos fácticos del objeto de la controversia. En esta misión, el perito debe considerar todos los factores que inciden en la conformación de la convicción del juzgador.

La citada formación de la convicción dependerá, en gran medida, de la perspectiva subjetiva del juez, que se verá condicionada por los ineludibles sesgos cognitivos que afectan a todo ser humano y que incidirán de forma no despreciable en su decisión final.

7. Los sesgos que más inciden en la valoración de la prueba pericial económica son: el sesgo de anclaje, el sesgo de retrospectiva, el sesgo de grupo y la fatiga cognitiva y suelen producirse en el acto de la ratificación, ya que por mor del principio de inmediación es en el acto de la vista cuando el juzgador realiza un juicio de credibilidad del contenido del informe pericial, de acuerdo con sus percepciones.

8. Con el objeto de paliar la incidencia de los sesgos cognitivos, el perito económico puede adoptar varias estrategias:

- i. Emplear un lenguaje comprensible y adecuado en la exposición didáctica de las conclusiones del informe pericial económico y de una actitud adecuada en su ratificación.
- ii. Incluir las conclusiones fundamentales del informe pericial económico al inicio y al final del mismo, estableciendo un orden

de prelación en su exposición, que ofrezca las más relevantes en primer lugar y contemplar este mismo orden en su ratificación, ya que, así, las conclusiones fundamentales del mismo serán más fácilmente recordadas y serán consideradas más relevantes por el juzgador.

- iii. Emplear escenarios y premisas prudentes, fundamentadas en hipótesis contrastables con información independiente huyendo de posturas inmovilistas que solo recojan un prisma de la cuantificación del perjuicio.
- iv. Ofrecer, en su pericia, información suficiente que avale la inclusión de sus tesis entre los escenarios posibles de cuantificación del perjuicio, incidiendo en la relación de causalidad entre el evento dañoso, los resultados de la cuantificación realizada y la metodología aplicada.
- v. Facilitar al juzgador su tarea haciendo un análisis de probabilidad de las diferentes hipótesis empleadas para sus cálculos, decantándose por aquellas que resultasen, lógicamente concebibles y altamente presumibles en el momento concreto.
- vi. No prestarse a posturas maximalistas que arrojen cuantificaciones exorbitadas o no ajustadas al caso concreto, realizando

sus estimaciones desde bases fundamentadas y empleando en las mismas una perspectiva prudente que le permitirán mostrar una evaluación razonable del daño.

9. El juzgador, además de tomar conciencia de la existencia de los sesgos cognitivos y de sus repercusiones, podría acudir a las siguientes herramientas otorgadas por su poder jurisdiccional:

- i. Realizar su propio interrogatorio al perito y requerirle todas aquellas aclaraciones que, en relación a la pericia, estime convenientes para disipar la incidencia del sesgo de representatividad.
- ii. Enfrentarse a la valoración de la prueba pericial, realizando un juicio previo de neutralidad del perito, que determine su cualificación y experiencia para pronunciarse sobre los aspectos que se le encargaron, analizando la robustez técnica de los argumentos empleados, y todo ello antes de abordar, con sujeción al principio de inmediatez, la actuación del experto en la ratificación.
- iii. Finalmente, proponemos que el Juez se plantee, al inicio del juicio, si resulta conveniente adelantar las declaraciones de peritos económicos, que, si fueran colocadas al inicio de la

vista o juicio, correrían menos riesgo de verse afectadas por la fatiga cognitiva.