

Hand vs. Brain*

El sesgo de retrospectiva en la implementación de la Fórmula de Hand

José María de la Jara Plaza
Asociado en Bullard Falla Ezcurra +
Director Ejecutivo de PsychoLAWgy
Profesor de Análisis Psicológico del Derecho en la Universidad del Pacífico
jmdelajara@bullardabogados.pe
Teléfono: 511-621-1515
Av. Las Palmeras N° 310, San Isidro, Lima 27, Perú

Gino Rivas Caso
Asociado en Casahierro Abogados
Analista de PsychoLAWgy
grivas@casahierroabogados.com.pe
Teléfono 222 5599
Av. Jorge Basadre N° 999, San Isidro, Lima 27, Perú

Andrea Juscamaita Ramos
Especialista en Social Science Lab en Proyecta Lab
Analista de PsychoLAWgy
andreajuscamaita@proyectalab.com
Av. Arenales 1912 dpto 1303, Lince

Keywords: Análisis Conductual del Derecho; Toma de decisiones; Proceso Judicial; Arbitraje; Persuasión; Sesgos Cognitivos; Responsabilidad Civil.

JEL Codes: A12, D83, J52, K13, K41

1. De héroe a villano

El 15 de enero de 2009, el vuelo 1549 de US Airways, con 155 tripulantes a bordo, salió desde el aeropuerto La Guardia, en Nueva York. Poco después de despegar, una bandada de aves impactó en ambos motores.

Los motores no prendían, el avión estaba en caída libre y sin posibilidad de remontar vuelo. Ante esta situación, el piloto del vuelo, Chesley “Sully” Sullenberger, tuvo que decidir en pocos segundos dónde aterrizar el avión. ¿Podría volver a La Guardia? Revisó los sensores, calculó la altura, velocidad y aceleración, y concluyó que ese camino lo llevaría a estrellarse contra los edificios de Nueva York. ¿Podía, entonces, llegar al aeropuerto de Teterboro en Nueva Jersey? Tampoco. Sully

* Título original: Árbitros, dólares y primeras impresiones: Evidencia de sesgos cognitivos en la Responsabilidad Civil.

concluyó que no alcanzaría ninguna de las dos pistas. La imposibilidad de seguir tales opciones lo llevó a intentar una maniobra nunca antes realizada: un amerizaje en el río Hudson.

Increíblemente, Sully amerizó con éxito. No hubo pérdidas humanas, y su acción fue considerada una “hazaña única y heroica en la aviación”.¹ El “milagro del Hudson” iba a pasar a la historia como un logro incomparable.

Esta hazaña fue llevada al cine en el 2016 por Clint Eastwood, con la actuación de Tom Hanks como Sully. La película gira en torno al amerizaje y al cuestionamiento posterior que hizo la autoridad de transporte de Estados Unidos – la NTSB.² Según la NTSB, las simulaciones de vuelo demostraban que, en vez de realizar esa peligrosa maniobra en el río Hudson, era *teóricamente* viable realizar un aterrizaje ordinario en cualquiera de las pistas terrestres de los aeropuertos cercanos. Para ellos, Sully no era un héroe; era un piloto negligente.

¿Era correcto calificar a Sully de negligente en función a simulaciones *ex post*? Al evaluar la situación, la NTSB conocía el resultado final e inclusive otros teóricamente posibles *outcomes*. En cambio, Sully tuvo que decidir en un escenario de **incertidumbre**. Así, mientras en las simulaciones los pilotos emprendían el retorno a La Guardia o iban a Teterboro *inmediatamente* después de la pérdida de los motores, en la vida real Sully tuvo que primero evaluar la situación y definir, en pleno vuelo, cuál era la mejor decisión.

En términos simples, las simulaciones no consideraban tiempo de reacción. En palabras de Sully (en la película):

“Ya vimos las simulaciones por computadora, y ahora estamos viendo simulaciones reales pero no puedo creer que ustedes no hayan tomado en cuenta el factor humano.

Estos pilotos [los de las simulaciones] **no se comportan como seres humanos**, como personas que han pasado por esto por primera vez.

Inmediatamente después del impacto de las aves, regresan al aeropuerto [...]. Sabían exactamente donde girar y por dónde volar, no realizaron un chequeo, no llamaron a UAE.

Nadie nos avisó [que iba a producirse el accidente]. Nadie dijo: ‘van a perder los dos motores a una altura menor que cualquier otro jet en la historia. Pero tranquilos, giren a la izquierda y regresen a La Guardia como si fuesen a comprar la leche’.

¹ *Guild of Air Pilots and Air Navigators*. Nota de prensa, 22 de enero de 2009.

² National Transportation Safety Board.

Fue una pérdida de motor doble a 2800 pies, seguida de un amerizaje inmediato en el agua con 155 almas a bordo. Nadie ha entrenado para un incidente como este. Nadie.

[...]

Ustedes buscan el error humano. Entonces, háganlo humano.”

Y en efecto, la NTSB analizaba la situación en un escenario *ex post*, por lo que su análisis sobre la situación no era el mismo que hizo Sully en una situación *ex ante*. El siguiente gráfico ayuda a entender esta situación:



Sucede que saber el resultado final altera nuestro juicio sobre si el actuar fue diligente o negligente. En vez de juzgar la situación desde los zapatos del sujeto que generó el daño (escenario *ex ante*), lo hacemos desde una cómoda situación *ex post*, conociendo el resultado; lo que nos lleva a ser más exigentes y severos al momento de evaluar la diligencia³.

Las personas —incluyendo a jueces, árbitros y jurados— no tenemos en el cerebro ordenadores lógico-matemáticos que lleguen a decisiones exclusiva- y perfectamente objetivas. El juzgador es víctima de sesgos cognitivos; distorsiones en el procedimiento de toma de decisiones que nos alejan de la racionalidad normativa.⁴

Estas distorsiones en el razonamiento del juzgador alcanzan a todo tipo de decisiones. Así, distintas investigaciones de psicología cognitiva y economía conductual muestran que los juicios de responsabilidad civil no escapan a los sesgos cognitivos del juzgador.⁵

En específico, los sesgos cognitivos alcanzan a la evaluación de la negligencia. Vimos que la NTSB calificaba a Sully como un piloto negligente debido a que contaba con

³ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. y Andrew WISTRICH, “Inside the judicial mind”. *Cornell Law Review*, No 5, Vol. 86, p. 800.

⁴ DE LA JARA, José María. “Condenado por intuición: El cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución”, *Forseti*, N° 2, 2014, pp. 152-153.

⁵ Por ejemplo, ver GUTHRIE, Chris; Jeffrey RACHLINSKI y Andrew WISTRICH. Inside the Judicial Mind. En: *Cornell Law Review*, Vol. 87, 2001.

toda la información respecto del resultado. Pues bien, lo mismo pasa cuando, en una controversia de indemnización, el juzgador evalúa si el infractor actuó de manera diligente o negligente.

Esto podría resultar algo sorprendente, porque en teoría contamos con un marco objetivo y preciso para determinar la diligencia. Hablamos, naturalmente, de la fórmula de Learned Hand, quien en *United States v. Carroll Towing Co*⁶ concluyó que hay negligencia cuando el costo de la medida de cuidado (C) era menor a la probabilidad del evento (p) multiplicada por el daño que dicho evento iba a generar (D). Si $C < pD$, se habrá incurrido en negligencia.

La fórmula es, en abstracto, sencilla e impecable. Si —y este es un gran *si*— tenemos los valores correctos para los factores, los resultados serán incuestionables.

El problema surge al momento de determinar los mencionados valores. En el modelo estándar, se presume que el juzgador realiza un análisis preciso de los daños (D) y de la posibilidad del evento (p), por lo que se determina correctamente el estándar de diligencia⁷. En realidad, los sesgos se entrometen en dicha tarea y pueden arrojar valores incorrectos, derivando en un resultado incorrecto. *Hand vs. Brain*, porque una fórmula objetivamente correcta no es inmune a los errores en que incurrimos al usarla.

Esta investigación, entonces, se centra en **la influencia del sesgo de retrospectiva al aplicar la fórmula de Hand** y determinar la negligencia en casos de responsabilidad civil. Para ello tomaremos en cuenta aportes del análisis económico del derecho, ciencias conductuales y psicología evolucionista, así como nuestra propia investigación empírica.

Y esto se debe a que estudiar la toma de decisiones desde el cerebro del juzgador *humaniza* los fríos y rectos cálculos de la economía. La microeconomía nos da esquemas lógicos de comportamiento, y ello es un excelente punto de partida; pero tal esquema debe ser complementado con los factores subjetivos involucrados por el propio hecho de ser humanos. Los modelos económicos asumen que actuamos racionalmente, por lo que si no somos racionales las conclusiones de dichos modelos deberán cambiar.⁸

Es por ello que, para este trabajo, hemos llevado a cabo encuestas a más de 150 personas, para así determinar la influencia que tuvo el sesgo de retrospectiva en sus

⁶ 159 F2d 169 (2nd Circ. 1947).

⁷ HALBERSBERG, Yoed y Ehud GUTTEL. "Behavioral economics and tort law". En ZAMIR, Eyal y Doron TEICHMAN (editores). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 409.

⁸ SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, pp. 74-82; COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law and Economics*. Boston: Addison-Wesley, 2012.

decisiones. El estudio de la toma de decisión no puede limitarse a presuponer, en abstracto, que somos racionales; es necesario contar con información de campo, la que pueda exponer cómo (y por qué) el factor humano se aparta de la senda racional.

Al final, Hand deberá aceptar que nuestros cerebros traen a colación factores no lógicos, los que deben ser considerados al momento de elaborar un modelo correcto de diligencia. Y eso es lo que buscamos exponer y demostrar aquí.

2. Sistema de responsabilidad civil y fórmula de Hand

Un sistema de responsabilidad civil, sin embargo, no tiene como exclusiva razón de ser la función “justiciera” de trasladar los daños y proteger a la “víctima”. Así, *“todo sistema de responsabilidad debe tener una razón de ser, debe desarrollar una determinada función, cualquiera que sea. (...) Si el sistema de responsabilidad carece de toda función, entonces no existe razón válida para incurrir en los costos de trasladar los daños. Bajo tal supuesto, estaríamos mejor si siempre el daño quedase en la víctima”*⁹.

Y es aquí donde interviene la Economía, buscando definir qué fines debe perseguir un sistema de responsabilidad civil. Al respecto, Calabresi señala que *“la principal función del derecho de accidentes es reducir la suma del costo de los accidentes y los costos de evitarlos”*.¹⁰

Bajo esta perspectiva, no importa exclusivamente compensar a la víctima como tradicionalmente puede haberse considerado; sino más bien procurar los siguientes fines:

- a) **Reducción del número y de la gravedad de los accidentes.** Se trata de una reducción “*primaria*” de los costos de los accidentes que puede lograrse a través de la prohibición de actos específicos o actividades que en nuestra opinión son la causa de los accidentes, o encarecer el ejercicio de estas actividades convirtiéndolas menos atractivas cuanto mayores sean los costos de los accidentes que provocan.
- b) **Reducción** de costos que no afecta ni al número de los accidentes ni a su gravedad, sino a **los costos sociales** derivados de los mismos. Unos de los fines principales de la responsabilidad civil es la indemnización de las víctimas, siendo considerada como la “*segunda*” finalidad de reducción de costos.

⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores. 2009. p. 705.

¹⁰ CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press. 1970. p. 26. Traducción libre de: *“the principal function of accident law is to reduce the sum of the costs of accidents and the costs of avoiding accidents”*.

c) **Reducción de los costos de administrar el tratamiento de los accidentes.**

Es considerado como “*terciario*” porque su objetivo es disminuir los costos, de lograr la reducción del coste primario y secundario. Esta finalidad sirve como medio de calibrar la función reductora de los costos de la responsabilidad civil.¹¹

Es en este esquema en que entra a discusión determinar si se adopta un esquema de responsabilidad objetiva (*strict liability*) o de responsabilidad subjetiva (*negligence rule*).

- En la **responsabilidad objetiva**, se “*hace a D responsable por el daño (...) causado a P incluso cuando D actuó sin ninguna intención ilícita y con todo el posible cuidado para evitar cualquier daño a otros*”.¹²
- En la **responsabilidad subjetiva**, “[e]xiste un juicio de valor sobre lo que podría llamarse la conducta adecuada ante una situación de riesgo o peligro y la comparación entre esa conducta que se toma como modelo y la conducta concreta de la que esta última no sale favorecida”.¹³

Discutir si debe evaluarse o no la presencia de culpa es importante para evaluar la eficiencia del sistema de responsabilidad civil. Así, se ha visto al elemento de la culpa como elemento de responsabilidad en términos de inducir a los posibles responsables civiles a tomar las medidas de prevención necesarias de acuerdo a un estándar de cuidado debido, en tanto “*un injuriante es responsable por los daños de su víctima solo si el accidente resulta de su falta de tomar las medidas de cuidado necesarias*”¹⁴.

Pero no es únicamente el infractor el que se ve incentivado a tomar un estándar de cuidado adecuado. En cambio, bajo responsabilidad subjetiva, la posible víctima sabe que si el injuriante no es hallado responsable al tomar un estándar de cuidado adecuado, esta tendrá que asumir los costos del accidente en su totalidad. En consecuencia, esta tomará un estándar de diligencia que le permita evitar ser víctima de accidentes de este tipo. Por ello Cooter y Ulen concluyen: “*una regla de negligencia que induzca al victimario a evitar la responsabilidad satisfaciendo la*

¹¹ CALABRESI, Guido. *Ob. cit.*, pp. 42-50

¹² EPSTEIN, Richard A. *Torts*. Nueva York: Aspen Publishers, 1999, pp. 69-70. Traducción libre de: “*A theory of strict liability holds D responsible for the harm (...) caused to P even though D acted without any wrongful intention and with all possible care to avoid any harm to others*”.

¹³ Díez-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones. 1999, p. 351.

¹⁴ LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 63. Traducción libre de: “*an injurer is liable for his victim’s damages only if the accident resulted from the injurer’s failure to take due care*”.

norma legal provee incentivos para la precaución eficiente por parte de la víctima”¹⁵. A mayor detalle, Monateri explica:

*“la razón de la existencia de un nivel de diligencia que exige el dañador es inducir a las víctimas a ser diligentes’. Eso sucede, evidentemente, porque existe una responsabilidad complementaria por el daño, que se traslada del dañador hacia la víctima cuando el primero ha sido diligente. Mediante la adopción de prevenciones, la víctima potencial racional hará frente a dicha transferencia de costos previstos, con el fin de minimizar una responsabilidad complementaria semejante.”*¹⁶

Ahora bien, dentro de un sistema de responsabilidad subjetiva, Hand, como dijimos, es el rey. Hand materializó la fórmula matemática, compuesta de tres variables, que permite determinar el estándar de cuidado para cada caso concreto

$$p \times D > C$$

- a) La probabilidad de que ocurra el daño (p)
- b) La gravedad del daño (D)
- c) Los costos necesarios para la precaución del daño (C)

Como veremos a continuación, la fórmula de Hand, sólida a nivel teórico, sufre al momento en que los juzgadores la aplican.

3. Hand + Brain: el aporte de las ciencias conductuales

Si salió temprano del trabajo para hacer las compras navideñas, pasó tres horas en el tráfico tratando de llegar a su centro comercial favorito o si, en general, se *atreve* a comprar un regalo a otro ser humano en navidad, usted es un verdadero imbécil. O al menos eso es lo que piensa Joel Waldfogel, autor de *Scroogenomics*.

Para los economistas, la época navideña está plagada de irracionalidad. Y no les falta razón. Solo recuerde la chompa que le regaló la tía Lola el último 25 diciembre. Le costó US\$ 50, pero usted solo la ha utilizado de *pijama*, cuando no tiene nada más que ponerse. ¿Qué valor le concede realmente? Probablemente no más de US\$ 10; he ahí una ineficiencia de US\$ 40. Ahora piense en todas las tías Lola que van por ahí realizando transacciones ineficientes.

¹⁵ COOTER, Robert D. y Thomas ULEN. *Derecho y economía*. Traducido por Eduardo L. Suárez. Tercera edición. México D.F.: FCE. 2016. p. 285.

¹⁶ MONATERI, Pier Giuseppe. “Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo”. Traducido por Leysser L. León. En: LEÓN, Leysser L. (editor). *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. Lima: ARA Editores. 2001. p. 119.

Esta visión *grinch* de la navidad no es —ni pretende ser— completa. Para construir modelos de comportamiento, la microeconomía ha dejado de lado variables difíciles de medir. La empatía es uno de esos factores.¹⁷

Lo mismo sucede en la Fórmula de Hand.

La mencionada regla es brillante. Pese a ser realmente simple aporta muchísimo para estimar el nivel de diligencia del infractor. No obstante, su poder esconde un peligro: no es humana.

En concreto, la formulación matemática de la Regla puede llevar a una confianza excesiva en los resultados que arroja. Así, el problema reside en que el cálculo frío se ve contaminado por los errores humanos del posible infractor y del juez en cuanto a la estimación de los valores C, p y D. Dicha conversión está plagada de errores sistemáticos.¹⁸

De hecho, ya en 1972 Calabresi y Hirschhoff habían reconocido que los modelos microeconómicos solo funcionarían si los agentes no presentan impedimentos psicológicos que les impida actuar en base a la información disponible.¹⁹ En el mismo sentido, Cooter y Ulen han sostenido que la asunción de racionalidad normativa debería relajarse, notando que los infractores y las víctimas podrían estar sesgados en su estimación de riesgos.²⁰

¹⁷ En ese sentido, Karen Pine sugiere que quienes regalan tienen una percepción del valor distinta a quienes reciben los regalos. Así, mientras los primeros ponen énfasis en el costo del obsequio, los receptores se concentran más bien en qué tanta empatía se ve reflejada en la selección del regalo. Bajo esta perspectiva, los regalos suelen ser más valorados por lo que representan que por su precio en el mercado.

DE LA JARA, José María. *De vuelta a la caverna: empatía, racionalidad evolutiva y cerebro reptil*. Enfoque Derecho. En: <http://enfoquederecho.com/procesal/de-vuelta-a-la-caverna-empatia-racionalidad-evolutiva-y-cerebro-reptil/>

¹⁸ "To determine liability in negligence cases, for example, courts use, either implicitly or explicitly, the Learned Hand formula that requires them to make probability estimates—in a way unparalleled by other areas of the law (...). Consequently, **deciding even the simplest tort case exposes the courts—and not just the parties—to a rich array of cognitive biases and heuristics**".

HALBERSBERG, Yoed y Ehud **GUTTEL**. "Behavioral economics and tort law". *Ob. cit.*, p. 406.

¹⁹ "These assumptions relate, inter alia, to the cost of information to each party, the absence of psychological or other impediments to acting on the basis of available information, the administrative costs of shifting losses and the extent to which parties actually bear the costs which the particular tests impose upon them. These are, in economists' terms, principally assumptions relating to transaction costs and externalization.

CALABRESI, Guido and **HIRSCHOFF**, Jon T., "Toward a Test for Strict Liability in Torts" (1972). Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1982

²⁰ "Mantendremos tentativamente el supuesto de la racionalidad, pero estaremos preparados para enmendar nuestras conclusiones acerca de las reglas eficientes de los ilícitos culposos cuando haya pruebas sólidas de que los que toman decisiones correspondientes no se están comportando de manera racional"

COOTER, Robert y Thomas **ULEN**. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica: México D.F., 1998, p. 422

En atención a ello, los valores de la Fórmula de Hand pueden ser afectados por atajos cognitivos. Así, se ha destacado que el sesgo de optimismo²¹, la insensibilidad probabilística²² y la forma en que la información está enmarcada, entre otros, podrían afectar la estimación de riesgos del potencial infractor (“esto nunca me va a pasar a mí”)²³; y, adicionalmente, que distintos atajos como la compensación tabú (p.e. balancear vidas vs. dólares) dificultarían realizar la evaluación en conjunto de riesgos y beneficios que la Regla de Hand demanda.²⁴

A continuación, resumiremos las investigaciones sobre tres atajos mentales y su impacto en la Fórmula de Hand, para luego profundizar sobre la relación que este cálculo tiene con el sesgo de retrospectiva.

3.1. Sesgo de anclaje-ajuste

¿Cuánto vale su brazo? ¿Y su pierna? ¿Cree que tendrá el mismo valor para el juez?

En un exhaustivo trabajo en los años 90, Alejandro Falla revisó más de 125 sentencias sobre responsabilidad civil por accidentes de tránsito. Lo que encontró refleja la incertidumbre que impera en la determinación de reparaciones económicas. Por ejemplo, la vida de una persona valió US\$ 20,000.00 para un juez, mientras que solo significó una reparación de US\$ 278.00 para otro.²⁵

Según la Regla de Hand, **(a)** los agentes deberían estimar el valor de los daños antes de ejercer una actividad; y **(b)** el juez tendría que definir el daño al momento de juzgar el accidente con la información brindada por cada una de las partes.

Al respecto, distintas investigaciones desde psicología cognitiva y economía del comportamiento sostienen que la determinación de los daños, en uno y otro caso, se ve profundamente influenciada por el **sesgo Anclaje-Ajuste**; esto es, la tendencia humana a confiar de manera excesiva en un punto de referencia y realizar comparaciones a partir de este para poder estimar un valor.²⁶

²¹ POSNER, Eric. *Probability Errors: Some Positive and Normative Implications for Tort and Contract Law*. Disponible en:

http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1383&context=law_and_economics

²² Insensibilidad a diferencias probabilísticas pequeñas.

²³ Por ejemplo, “uno de cada diez” es percibido como menos riesgoso que 10%, supuestamente equivalente. SLOVIC, Paul, John MONAHAN y Donald MACGREGOR. “Violence risk assessment and risk communication: the effects of using actual cases, providing instruction and employing probability versus frequency formats”. *Law & Human Behavior*, vol. 271, 2000.

²⁴ ROBBENOLT, Jennifer y Valerie EVANS. *The psychology of tort law*. New York University Press: New York, 2016. P. 47.

²⁵ FALLA, Alejandro. *La Responsabilidad Extracontractual en el Perú: Análisis de un fracaso*. pp. 113-116, 123-124 y 220.

²⁶ “Este fenómeno es llamado anclaje porque valores irrelevantes proporcionan un punto de partida (o ancla) para juzgar; pueden hacerse luego ajustes para escapar del ancla pero usualmente estos son

En ese sentido, por ejemplo, el límite de velocidad publicitado en un cartel provee a los choferes información clara sobre el estándar de diligencia en esa zona. Sin embargo, es *evidente* que ese mismo límite de velocidad tendría que ser totalmente descartado si está lloviendo o hay una tormenta. Como explica Croley, ello no es así. En los hechos, el límite de velocidad *ancla* las decisiones de las personas, incluso cuando saben que no deben tomarlo en cuenta (como, por ejemplo, cuando está lloviendo).²⁷

Más interesante aún, el anclaje puede distorsionar la determinación de la reparación en procesos responsabilidad civil. Así, por ejemplo, la estimación de daños podría verse arrastrada por la cuantía del petitorio.²⁸

Al respecto, Guthrie, Rachlinski y Wistrich reunieron a 167 jueces federales de las cortes de diversidad de los Estados Unidos y les plantearon un caso estándar de responsabilidad civil por atropello.²⁹

Luego, los autores separaron aleatoriamente a los jueces en dos grupos (control y anclado), y el segundo obtuvo un dato adicional (y absurdo): que la compañía interpuso una excepción de incompetencia porque no se cumplía con el mínimo jurisdiccional de US\$ 75,000.00.³⁰ Finalmente, preguntaron a cuánto ascendería la compensación que los jueces otorgarían al demandante.

insuficientes" **ROBBENNOLT**, Jennifer. y Jean **STERNLIGHT**. *Psychology for lawyers: Understanding the human factors in negotiation, litigation, and decision making*. Chicago: American Bar Association, 2012, p. 72; "In what year was George Washington elected President? What is the freezing point of vodka? (...) To answer questions like these, in other words, people may spontaneously anchor on information that readily comes to mind and adjust their responses in a direction that seems appropriate (...). Although this heuristic is often helpful, adjustments tend to be insufficient, leaving people's final estimates biased toward the initial anchor value" **EPLEY**, Nicholas y Thomas **GILOVICH**. "Putting adjustment back in the anchoring and adjustment heuristic", *Psychological Science*, Vol. 12(5), 2001, pp. 391-396.

²⁷ **CROLEY**, Steven. *Vicarious Liability in Tort: on the sources and limits of employee reasonableness*. En: **ROBBENNOLT**, Jennifer y Valerie **EVANS**. *The psychology of tort law*. New York University Press: New York, 2016. P. 44.

²⁸ Malouff y Schutte evaluaron la respuesta de los participantes a distintos petitorios en un caso de responsabilidad civil por daños. Irene Márquez, una señora de 76 años, había sufrido lesiones graves al caerse. La empresa demandada aceptó la responsabilidad. Los resultados mostraron la influencia del pedido de daños. Así, cuando el pedido fue de US\$ 100,000.00, el jurado otorgó solo US\$ 90,000.00; en cambio, cuando la demandante solicitó US\$ 500,000.00, la sentencia promedio fue de US\$ 300,000.00. **MALOUFF**, John y Nicola **SCHUTTE**, "Shaping juror attitudes: effects of requesting different damage amounts in personal injury trials". Disponible en:

<http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED282152.pdf>, consultado el 8 de septiembre de 2014.

²⁹ Un camión de una compañía importante de entrega de paquetes se pasó la luz roja y atropelló a un peatón. Las investigaciones llevaron a la conclusión que los frenos del camión fallaron por falta de mantenimiento. El peatón quedó inválido a causa del accidente, ya no puede trabajar (era electricista) y ha perdido su base leal clientes. Por ello, ha solicitado daño por lucro cesante, daño emergente y daño moral, sin especificar el monto.

³⁰ El caso se refiere al mínimo jurisdiccional para un caso de diversidad (diversity case). Los jueces a cargo de la jurisdicción de diversidad se encargan de casos civiles entre sujetos de ciudadanía distinta. Como habrá notado, la excepción de incompetencia presentada por la compañía demandada

A primera vista, uno habría esperado que los jueces ignoren la excepción de incompetencia. Los hechos del caso dejaban claro que ésta era absurda. Pero eso sería una visión idealista de cómo funciona el cerebro humano. Y eso no fue lo que sucedió.³¹ En realidad, el pedido de desestimación de la compañía funcionó como un *ancla*. Los jueces sí se vieron influenciados por el monto de US\$ 75,000.00. Ello explica por qué el Grupo Anclado estimó daños 30% más bajos.³²

En resumen:

- (1) El sesgo del anclaje-ajuste simplifica la toma de decisiones, llevando a confianza excesiva en el valor inicial, incluso cuando este es asignado arbitrariamente. Ello sugiere que las personas no realizan comparaciones desde puntos de vista neutrales.
- (2) En un escenario *ex ante*, las partes deben estimar los daños que sus actividades podrían ocasionar. Sin embargo, dicha estimación puede verse contaminada por el sesgo de anclaje-ajuste, llevándolos a incurrir en conductas negligentes (como conducir a 100 km/h bajo la lluvia).
- (3) El anclaje puede influir en las decisiones judiciales. Específicamente, en los procesos de responsabilidad civil la cuantía del pedido de daños (patrimoniales o extrapatrimoniales) tiene la capacidad de influir en la sentencia.

3.2. Sesgo de disponibilidad

resultaba absurda. El accidente había dejado parálitica a la víctima, sin posibilidad de seguir trabajando y la responsabilidad había sido claramente atribuida a la compañía (el camionero se pasó la luz roja y la compañía no realizó el mantenimiento de los frenos). No es necesario ser juez federal ni abogado para saber que las piernas y el sufrimiento de una persona valen más de US\$ 75'000.00 en Estados Unidos.

³¹ "One of the most remarkable finding on judgmental anchoring is that even extremely implausible anchor values that clearly do not constitute a possible value for the target produce a strong en reliable assimilation effect". **MUSSWEILER**, Thomas y Fritz **STRACK**. "Considering the impossible: explaining the effects of implausible anchors". *Social Cognition*, Vol. 19, No. 2, 2001, pp. 146.

Para probar este punto, Amos Tversky y Daniel Kahneman giraron una ruleta (con valores del 0 al 100) en presencia de los participantes y luego les pidieron, primero, que determinaran si la proporción de países africanos era más alta o más baja que el valor asignado en la ruleta y, luego, que respondieron con el porcentaje que ellos estimaban era el correcto. El valor asignado arbitrariamente al girar la ruleta, por más absurdo que fuera, influyó de manera determinante en las estimaciones de los participantes. **TVERSKY**, Amos y Daniel **KAHNEMAN**. "Judgment under uncertainty: heuristics and biases", *Science*, New Series, Vol. 185, pp. 1128.

Estos hallazgos también han sido replicados en jueces. English, Mussweiler y Strack descubrieron que 42 magistrados alemanes se vieron influenciados ya no por la pena solicitada por el fiscal, sino por la condena sugerida... por un par de dados. **ENGLISH**, Birte, Thomas **MUSSWEILER** Y Fritz **STRACK**. "Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making". *Personality Social Psychology Bulletin*, 2006, Vol. 32, pp.188-200.

³² La excepción por no cumplir con la cuantía mínima para la jurisdicción no es el único referente externo capaz de influir en las decisiones del juez civil. Del otro lado, la limitación de los daños punitivos en Estados Unidos también ha sufrido el mismo destino. **ROBBENOLT**, Jennifer y **STUDEBAKER**, Cristina, "Anchoring in the courtroom: the effects of caps on punitive damages". *Law Human Behavior*, Vol. 3, 1999, pp. 353-373.

Según la Regla de Hand, las partes (*ex ante*) y el juez (*ex post*) deben evaluar las probabilidades que el daño se concrete. Sin embargo, como indica SLOVIC, dicha evaluación no será necesariamente consistente con la probabilidad objetiva. En cambio, aquella puede verse contaminada por atajos mentales que lleven a los agentes a una sobre- o infravalorar las probabilidades del accidente.³³

Por ejemplo, el **sesgo de disponibilidad** es la sobreestimación de los riesgos de sucesos que están más frescos en la memoria y la subestimación de aquellos que parecen más lejanos. Veamos un ejemplo.

En los meses siguientes al ataque terrorista del 11 de setiembre, los ciudadanos estadounidenses exhibieron mayor resistencia a viajar en avión y, más bien, optaron por manejar sus automóviles por largas horas.³⁴

De acuerdo a GIGERENZER, la tragedia no terminó ese día; y es que, el número de accidentes automovilísticos se incrementó dramáticamente por la mayor demanda de las carreteras. En los siguientes tres meses al ataque terrorista se produjeron 350 muertes por encima del promedio. Notablemente, dicho número es mayor al número de pasajeros y tripulación de los aviones que murieron el 09/11.

En definitiva, movidos por el sesgo de disponibilidad, los ciudadanos americanos sobrevaloraron las probabilidades de futuros accidente aéreos y terminaron optando por un método de transporte que en realidad fue más peligroso. ³⁵ Esto refleja que el atajo de disponibilidad tiene el potencial de contaminar la evaluación de las partes sobre las probabilidades que el daño se concrete.³⁶

Asimismo, el atajo de disponibilidad tiene el potencial de afectar la estimación de las probabilidades de los jueces. Para comprobarlo, Platania y Crawford evaluaron solicitaron a 174 potenciales jurados que revisaran una noticia periodística sobre un caso de productos defectuosos. Un grupo de los encuestados revisó esa noticia 3 días antes, mientras que otro lo hizo 3 semanas antes de decidir el caso “verdadero”

³³ SLOVIC, Paul et al. “Facts versus fears: understanding perceived risk”. En: **KAHNEMAN**, Daniel et. Al. *Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge: CP, 1982.

³⁴ GIGERENZER, Gerd. “Dread Risk, September 11, and Fatal Traffic Accidents”. *Psychological Science*, 15 (4), 2004, pp. 286–287.

³⁵ Este sesgo cobra importancia, por ejemplo, en la contratación de seguros. Un estudio ha mostrado que las personas que han tenido experiencia reciente con daños de inundación son mucho más propensas a contratar seguros contra inundación que el resto. Tener una experiencia previa reciente con inundaciones no incrementa el riesgo de que ello suceda nuevamente pero las personas sobreestiman dicho riesgo luego de haberlo experimentado, **BROWNE**, Mark y Robert **HOYT**. “The Demand for Flood Insurance: Empirical Evidence”. *Journal of Risk and Uncertainty*, 20:3, pp. 291-306.

³⁶ “El sesgo de disponibilidad puede incrementar la atención respecto a ciertas categorías de accidentes pero respecto a otras – esto puede afectar la eficiencia de las precauciones que reducen el riesgo de un tipo de accidente y aumentar el riesgo de otros eventos menos presentes en la memoria”. **HALBERSBERG**, Yoed y Ehud **GUTTEL**. “Behavioral economics and tort law”. *Ob. cit.*, p. 414.

Así, cuando los jurados tuvieron que acercarse nuevamente para resolver el caso sobre productos defectuosos, el grupo que había revisado la noticia hace solo 3 días tenía dicho recuerdo más fresco en la memoria.

Los resultados de Platania y Crawford reflejan la incidencia del sesgo de disponibilidad. Cuando los jurados leyeron la nota periodística en la que se comentaba una condena por US\$ 14.5 millones en un caso similar 3 semanas antes de decidir la controversia sobre productos defectuosos, otorgaron en promedio US\$ 200,000 aproximadamente. En cambio, cuando los encuestados leyeron la misma noticia solo 3 días antes, la compensación se disparó hasta US\$1'286,000; esto es, hubo una diferencia de más de un millón de dólares.³⁷

En resumen:

- (1) El sesgo de disponibilidad implica que los recuerdos que se encuentran más salientes en la memoria son computados como más probables.
- (2) En un escenario *ex ante*, las partes deben estimar los daños que sus actividades podrían ocasionar. Sin embargo, dicha estimación puede verse contaminada por el sesgo de disponibilidad, llevándolas a sobre- o infravalorar las probabilidades del daño al relacionarlas con el accidente más disponible en su memoria (como un accidente aéreo luego del ataque terrorista del 11 de setiembre).
- (3) El sesgo de disponibilidad también puede influir en estimación de las probabilidades que realice el juez. Por ejemplo, la publicidad en la prensa podría llevar al juzgador a creer que un accidente es más probable de lo que realmente es.

3.3 Sesgo de confirmación

Un mismo hecho puede ser interpretado de distintas maneras dependiendo de las creencias originales del evaluador. Por ejemplo, la validez de una nota periodística que apoye la legalización de la venta de marihuana en el Perú o la instauración de la pena de muerte será percibida como más convincente por quienes coincidan con dicha posición que por quienes se opongan a aquella.³⁸⁻³⁹

Este atajo cognitivo es conocido como **sesgo de confirmación**. Éste es la tendencia humana a evaluar argumentos y hechos objetivos en función a la nuestras creencias.

³⁷ PLATANIA, Judith y Jessica CRAWFORD. "Media Exposure, Juror Decision-Making, and the Availability Heuristic". Disponible en: <http://www.thejuryexpert.com/2012/11/media-exposure-juror-decision-making-and-the-availability-heuristic/>

³⁸ DRAGO, Mario y José María DE LA JARA. *La justicia intuitiva: Factores para entender al juez, ser más persuasivos y revertir medidas cautelares*. Alacde Working Paper, 2014.

³⁹ LORD, Charles, ROSS, Lee y Mark. R. LEPPER. "Biassed Assimilation and Attitute Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence". *Journal of Personality and Social Psychology*. 1979, Vol. 37, No. 11, 2098-2109.

Así, este sesgo nos lleva a otorgar especial importancia a los datos que coinciden nuestra postura original, mientras que los hechos que la contradicen son subvalorados o inclusive ignorados.⁴⁰

Como indican Robbennolt y Evans, el sesgo de confirmación nos lleva a cuestionar cuidadosamente información antagónica mientras que aceptamos pasivamente lo que congenia con nuestra postura. Esto, a su vez, nos permite ajustar nuestra evaluación de los riesgos, la utilidad de las precauciones y el valor de una actividad de una forma consistente con nuestros motivos inconscientes.⁴¹

De esta manera, el sesgo de confirmación lleva a las personas a buscar, codificar e interpretación de forma consistente con sus asunciones, guiándolas hacia juicios y decisiones sesgadas.⁴² Por ello, este atajo cognitivo distorsiona el frío cálculo de la Regla de Hand, especialmente en lo referido a las precauciones que debe tomar el infractor y a las probabilidades que el riesgo se manifieste.

Bajo el efecto de este sesgo, un doctor que realiza un diagnóstico rápido durante la discusión breve con un paciente luego podría descartar otros síntomas que no coinciden con su evaluación preliminar; un reportero cubriendo una noticia importante sobre un asunto puede ser propenso a entrevistar únicamente a quienes refuercen su visión personal; un empleador que de golpe considera que un postulante es sumamente inteligente tendrá una tendencia a descartar debilidades que para un tercero serían evidentes; un científico puede enmarcar su experimento de tal manera que sus hipótesis sean confirmadas y evite lidiar con evidencia contraria; una persona que se identifica con un diagnóstico médico leído en internet luego buscará esos síntomas en su propio cuerpo, incrementando las posibilidades de detectarlos, entre otros.⁴³

Las decisiones de los actores legales también pueden ser teñidas por el sesgo de confirmación. Por ejemplo, los litigantes durante la etapa de producción de documentos tendrán una tendencia a dar mayor importancia a la evidencia que confirme su teoría del caso o interpretar información ambigua como coincidente con su posición; un juez que revise una oposición a su propia decisión se verá atraído a confirmar su posición original; los árbitros que en la etapa preliminar hayan

⁴⁰ OSWALD, Margit y Stefan GROSJEAN, "Confirmation Bias" En RÜDIGER, Pohl (Ed.), *Cognitive Illusions. A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgment and Memory*, Psychology Press, 2014, pp. 79-96.

⁴¹ ROBBENNOLT, Jennifer y Valerie EVANS. *The psychology of tort law*. New York University Press: New York, 2016. P. 45.

⁴² PEER, Eyal y Eyal GAMLIEL. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, Vol. 49. Pp. 114-115.

⁴³ KANASKY, Bill. *Juror confirmation bias: powerful, perilous, preventable*. Disponible en: www.CourtroomSciences.com

generado convicción sobre el incumplimiento del demandado tendrán luego una predisposición a otorgar menos valor a la evidencia que contradiga dicha postura.⁴⁴

Al respecto, Rassin condujo un estudio a dos grupos de potenciales jurados, en el que fueron informados de la muerte de una mujer psiquiatra. La principal sospechosa era la esposa de uno de los pacientes de la víctima que habría cometido el crimen por celos (dato original). Luego, el Grupo Sesgado recibió información sobre la existencia de un sospechoso adicional (un paciente que había acosado por mucho tiempo a la víctima). Finalmente, los encuestados debían evaluar veinte medios probatorios.

En teoría, el Grupo Sesgado, que recibió al final información sobre un sospechoso adicional tendría que haber dudado en mayor medida de la principal víctima. Ese no fue el caso. En cambio, los participantes de ambos grupos calificaron los medios probatorios de manera similar y *todos* declararon que la esposa celosa del paciente principal era la culpable. Como concluyeron los autores, los resultados sugieren que jueces, abogados y oficiales de la policía fallan en evaluar escenarios alternativos; la evidencia solo es considerada si ayuda a confirmar las creencias originales sobre la culpabilidad del acusado, y fue descartada si apuntaba hacia un sospechoso distinto.⁴⁵

En resumen:

- (1) El sesgo de confirmación implica una tendencia a evaluar con mayor pasividad la evidencia que confirma nuestras creencias, y aplicar un estándar más drástico contra la información antagónica.
- (2) La evaluación de las partes *ex ante* sobre los riesgos de su actividad y las precauciones que deberían tomar puede verse contaminada por el sesgo de confirmación, llevándolas a sobre o infravalorar los valores reales por dar preferencia a sus creencias originales.
- (3) El sesgo de confirmación también puede influir en estimación que realice el juzgador sobre las probabilidades y precauciones. Por ejemplo, una vez que el juez concluye que el médico no cumplió con ciertos protocolos sanitarios, el sesgo podría hacer que descarte evidencia que avala el apartamiento justificado de los protocolos en situaciones peculiares.

4. Probabilidades (p), sesgo de retrospectiva y la elevación del estándar de

⁴⁴ **ROBBENOLT**, Jennifer. y Jean **STERNLIGHT**. *Psychology for lawyers: Understanding the human factors in negotiation, litigation, and decision making*. Chicago: American Bar Association, 2012, p. 350; **RABIN**, M., y Joel **SCHRAG**. "First Impressions Matter: A Model of Confirmatory Bias". *The Quarterly Journal of Economics*, 1999. Vol. 114(1), p. 71; **RACHLINSKI**, Jeffrey y Andrew **WISTRICH**. *How Lawyers' Intuitions Prolong Litigation*. SSRN Electronic Journal, 124-133.

⁴⁵ **RASSIN**, Eric, Anieta **EERLAND** e Ilse **KUIJIPERS**. *Let's Find the Evidence: An Analogue Study of Confirmation Bias in Criminal Investigations*. Investigative Psychology & Offender Profiling, 2010.

diligencia

4.1. Definición del sesgo de retrospectiva

La frase “lo sabía” es bastante común y tiene un significado claro: comunica que una persona ya había previsto que un hecho o evento iba a producirse. “¿El jefe llegó tarde?, lo sabía, porque los lunes va primero al gimnasio”; “¿Llovió pero mi hermano no llevó paraguas?”, lo sabía, porque es un despistado”.

Es bastante fácil —y algo pretencioso— decir “lo sabía”. A fin de cuentas, uno ya cuenta con información objetiva sobre el evento (el jefe llegó efectivamente tarde; el hermano no llevó paraguas y sí llovió; etc.), por lo que solo se está comunicando la habilidad de proyectar correctamente eventos a futuro. Si nos ponemos a recordar nuestras predicciones, parecerá que la gran mayoría de ellas fue acertada y correcta. No obstante, la realidad es muy distinta.

Sucede que evaluar una situación en retrospectiva (*ex post*) difiere de una evaluación prospectiva (*ex ante*). Conocer el resultado altera la evaluación sobre las acciones que se tomaron o se debieron tomar⁴⁶. Y esto es resultado de un procedimiento mental automático, inconsciente e inevitable; propio de nuestra manera de asimilar, procesar y almacenar la información⁴⁷.

Llegamos así al **sesgo de retrospectiva**.⁴⁸ Este sesgo nos hace exagerar la predictibilidad de un suceso sobre el que ya conocemos el resultado. Al saber el resultado, “acomodamos” el juicio que teníamos antes del mismo —para que encaje con el resultado efectivo— y de esta forma sobrevaluamos nuestra capacidad predictiva⁴⁹.

Entonces, el cerebro tiene la capacidad de transportarnos el pasado, pero la ejecución de esa tarea no implica que olvidaremos lo que ya conocemos en el

⁴⁶ Al respecto, Fischhoff señala que “hindsight and foresight differ formally in the information available to the observer. The hindsightful judge possesses outcome knowledge, that is, he knows how things turned out. The foresightful judge does not. Although foresight usually implies looking at the future, in the absence of outcome knowledge, past and future events can be equally unscrutable”. FISCHHOFF, Baruch, *Hindsight (does not equal) Foresight: The effect of outcome knowledge on Judgement under Certainty* Judgement and Decision Making pp. 33

⁴⁷ HELL, Wolfgang; et. al. “Hindsight Bias: An Interaction of Automatic and Motivational Factors?” *En Memory & Cognition*, 16(6), 1988, pp. 533-538.

⁴⁸ Esta tendencia cognitiva es descrita por Fischhoff en los siguientes términos: “*In hindsight, people consistently exaggerate what could have been anticipated in foresight. They not only tend to view what has happened as having been inevitable but also to view it as having appeared ‘relatively inevitable’ before it happened. People believe that others should have been able to anticipate events much better than was actually the case. They even misremember their own predictions so as to exaggerate in hindsight what they knew in foresight*” FISCHHOFF, Baruch *For those condemned to study the past, Judgment and Decision Making*, pp. 335-341.

⁴⁹ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. y Andrew WISTRICH, “Inside the judicial mind”, *ob. cit.*, p. 799.

presente. Y es que así funcionan las máquinas de tiempo. “Back to the Future” da cuenta de ello: la trama gira alrededor del intento de Marty McFly por alinear el pasado con su conocimiento de cómo era el presente (por ejemplo, que sus padres se habían conocido, enamorado y casado). En definitiva, el conocimiento del presente es un equipaje obligatorio en cualquier viaje al pasado.

Claro, ahora que sabemos que el 19 de octubre de 1987 el mercado de valores se desplomó, tomar una decisión de compra o venta de acciones el día anterior parece muy fácil.⁵⁰ Pero la decisión no es tan simple si nos ponemos en el lugar de los brókers de la época.

Para probar en la realidad el peso de analizar el pasado conociendo el resultado, Kim Kamin y Jeffrey Rachlinski condujeron un experimento con 76 estudiantes de pregrado de la Universidad de Stanford⁵¹. Basándose en el caso el caso *Petition of Kinsman Transit Co.* (1964)⁵², los autores presentaron los siguientes hechos al Grupo de Control:

- La ciudad ha construido un puente
- Es necesario determinar si el riesgo de inundación justifica contratar a un operador del puente como precaución. Este monitorearía las condiciones climáticas y levantaría el puente ante una amenaza.

Adicionalmente, el Grupo Variable recibió la siguiente información:

- La ciudad decidió no contratar al operador.
- En el siguiente invierno, el aumento del nivel del río causó que el puente se desprendiera. Esto no habría sucedido si el operador hubiera sido contratado.
- La inundación dañó el negocio de un panadero, quien ha demandado a la ciudad.

En el caso anterior, el desborde del río no tendría por qué formar parte del análisis de responsabilidad de los participantes. La conducta de los funcionarios de la ciudad debía ser medida al momento en que la decisión fue tomada; es decir, cuando el riesgo climático aún era incierto. El experimento muestra que el conocimiento del desenlace del evento (juicio *ex post*) contaminó el análisis *ex ante* de los participantes.

⁵⁰ En dicha fecha, conocida como *Black Monday*, el índice bursátil de Dow Jones bajó 508 puntos.

⁵¹ KAMIN, Kim y Jeffrey RACHLINSKI. “Ex post ≠ Ex Ante: determining liability in hindsight”. *Law and Human Behavior*, Vol. 19, No. 1, 1995, pp. 98-104.

⁵² *Petition of Kinsman Transit Co.* case summary 338 F.2d 708 (2d Cir. 1964)

En efecto, ambos grupos revisaron la misma información sobre la posibilidad de un accidente. Y pese a ello, solo el 24% del Grupo de Control concluyó que la probabilidad de una inundación justificaba tomar precauciones, mientras que el 57% de los participantes en retrospectiva determinó que el accidente era previsible. Es más, los participantes retrospectivos declararon que la inundación era *tan* previsible que el municipio fue negligente al no contratar al operador.⁵³

La diferencia entre las respuestas de los participantes prospectivos y retrospectivos sugiere que **el resultado del evento influyó en la percepción de la previsibilidad del accidente**. Y no solo eso. Dicha impresión sesgada también contaminó la apreciación de la diligencia ejercida por los funcionarios de la ciudad. De esta manera, los resultados del estudio apuntan a que el sesgo de retrospectiva influye en la determinación del factor de atribución. Como indican los autores, *“un esfuerzo de buena fe para determinar el nivel razonable de precaución en prospectiva, puede recibir un juicio drástico cuando es visto en retrospectiva”*.⁵⁴

Y este sesgo no es exclusivo del ciudadano de a pie, puesto que también alcanza a personas dentro de su especialidad o pericia⁵⁵. Por tanto, incluso los jueces pueden ser “víctimas” del sesgo de retrospectiva durante su trabajo.

La verificación de este sesgo psicológico tiene consecuencias considerables en la labor de decisión de un juez o árbitro. De entrada, por regla general el juzgador se avoca a determinar hechos y aplicar derecho respecto de un caso ya finalizado. Es decir, lo usual es que el juez resuelva en una posición final, distinta a la situación en la que se encontraron los involucrados al momento de actuar. Así, la visión retrospectiva puede considerarse una nota característica al momento de juzgar una controversia.

Es cierto que en algunos casos contados, el juez es puesto en el lugar y momento de los hechos y tiene que decidir qué hacer, sea por ejemplo definiendo si se deben instalar o no tapones de seguridad a las instalaciones subterráneas de una mina ante

⁵³KAMIN, Kim y Jeffrey RACHLINSKI. “Ex post ≠ Ex Ante: determining liability in hindsight”, *ob. cit.*, p. 98.

⁵⁴KAMIN, Kim y Jeffrey RACHLINSKI. “Ex post ≠ Ex Ante: determining liability in hindsight”, *ob. cit.*, p. 99.

⁵⁵ Nótese además que el sesgo de retrospectiva afecta tanto al ciudadano de a pie como a los más especializados en el tema. Por ejemplo, en un experimento realizado a 135 médicos pertenecientes a la Asociación de Psiquiatras Americanos, se acreditó que los psiquiatras, a pesar de tener entre 11 y 20 de experiencia, se dejaron influenciar por el sesgo de retrospectiva pues, al saber de antemano los resultados, consideraron que el médico pudo tener más cuidado; es decir, vieron el evento como más predecible de lo que realmente era.

LE BOURGEOIS, HW. et. al. “Hindsight Bias Among Psychiatrists”. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. Vol. 35, No. 1, 2007 pp. 70-72

un peligro de derrumbe inminente⁵⁶; o determinando si se debe proceder a transfundir sangre a una niña en peligro de muerte cuyos padres alegan que su religión prohíbe hacer ello⁵⁷.

Si en todos los casos el juez participase en el lugar y tiempo de los hechos, no existiría discusión sobre el sesgo de retrospectiva. No obstante, la regla general va, como dijimos, en sentido contrario. Y como veremos más adelante a detalle, el análisis de la responsabilidad civil no escapa al sesgo de retrospectiva, porque la evaluación de si una conducta fue o no diligente se ve afectada por el conocimiento del resultado.

4.2. Sesgo de retrospectiva: nuestra evidencia

Si bien existen diversos estudios empíricos sobre el sesgo de retrospectiva, a la fecha ninguno se ha realizado en el Perú. Por ello, y para darle sustento real a nuestra investigación, preparamos una encuesta y sometimos la misma a alumnos universitarios.

Este trabajo buscaba demostrar que el análisis de lo que es diligencia en un caso concreto varía según si se conoce o no el resultado final del caso. En específico, investigamos si las medidas a tomar (“lo que se debió hacer”) variarían al saber que efectivamente se produjo un resultado dañoso.

El experimento lo realizamos sobre 153 alumnos de las carreras de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad del Pacífico y la Universidad de Piura. En este, dividimos a los alumnos en 2 grupos —uno prospectivo y otro retrospectivo— y a todos ellos se les planteó el siguiente problema:

Un propietario está llevando a cabo el levantamiento de una línea de transmisión eléctrica en una zona de la sierra peruana y para ello necesita que los contratistas transiten y construyan en distintas zonas que los pobladores anteriormente utilizaban para sus actividades cotidianas.

En atención a lo anterior, el propietario del proyecto ha contratado a la empresa “Bob El Constructor”, quien se

⁵⁶ Caso de la minera Huarón v. Chungar. Expediente N° 276-1997, llevado ante el Juzgado Mixto de Cerro de Pasco. *Vid.* MARTEL CHANG, Rolando. “Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil”. Disponible en:

http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Tesis/Human/Martel_Ch_R/titulo_7.htm.

⁵⁷ Expediente N° 670-2015, llevado ante el Primer Juzgado de Familia de Arequipa. En este caso, mediante Resolución N° 1 el juez determinó que la transfusión era necesaria y ordenó hacerla. Fuente: <http://diariocorreo.pe/edicion/arequipa/arequipa-juez-ordena-transfusion-de-sangre-a-nina-evangelica-581801/>

encargará de ejecutar todas y cada una de las actividades necesarias para diseñar, construir y poner en operación la línea de transmisión eléctrica.

Luego, el gerente general de la empresa “Bob El Constructor” debía decidir si sub-contrata a un operador para que sea el nexo con los pobladores de la zona, y convertirse en el principal responsable de negociar con las comunidades cercanas para evitar una huelga que interrumpa el desarrollo del proyecto.

Al grupo prospectivo se le hizo las siguientes preguntas:

- En su opinión, ¿el gerente general de la empresa constructora debería sub-contratar a un operador para que negocie con las comunidades cercanas? Responder entre el rango del 0 a 100%
- En su opinión, ¿cuáles eran las probabilidades de que las comunidades cercanas realicen una huelga?

Por contraste, al grupo retrospectivo se le dio la siguiente información adicional en adición a sus preguntas:

Tras la última sesión de directorio, el gerente general de la empresa constructora decide finalmente no sub-contratar al operador encargado de negociar con las comunidades.

Luego de tres semanas del inicio del proyecto, los pobladores de las comunidades cercanas realizaron una huelga.

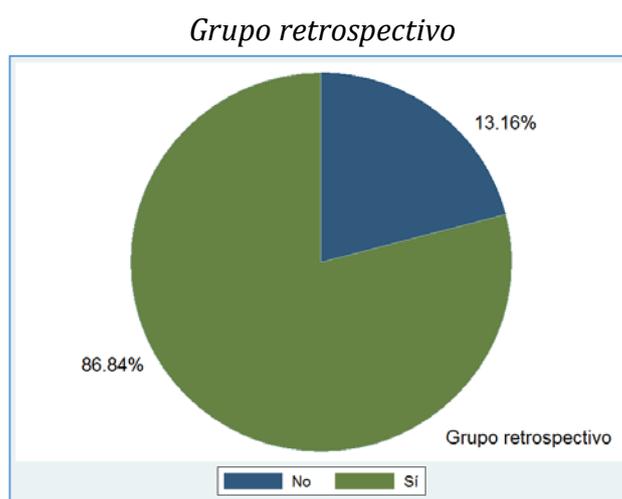
Preguntas:

- En su opinión, ¿el gerente general de la empresa constructora debió haber sub-contratado a un operador para que negocie con las comunidades cercanas?
- En su opinión, ¿cuáles eran las probabilidades de que las comunidades cercanas realicen una huelga? Responder entre el rango del 0 a 100%
- Del 1 al 7, donde 1 es “muy negligente” y 7 es “conducta por encima del estándar de diligencia”, ¿cómo calificaría la conducta del gerente general de la empresa constructora?

Buscábamos determinar si conocer el resultado derivaba en que el estándar de diligencia, consistente en contratar a un operador, se eleve; y si saber el resultado derivaba en que se considerase más probable que el evento (huelga) se produjese.

En cuanto a la primera pregunta, relativa a si se debió contratar o no a un operador dedicado a lidiar con las comunidades, tenemos los siguientes resultados:

¿Debió haberse contratado a un operador encargado de negociar con las comunidades campesinas?



Fuente: elaboración propia

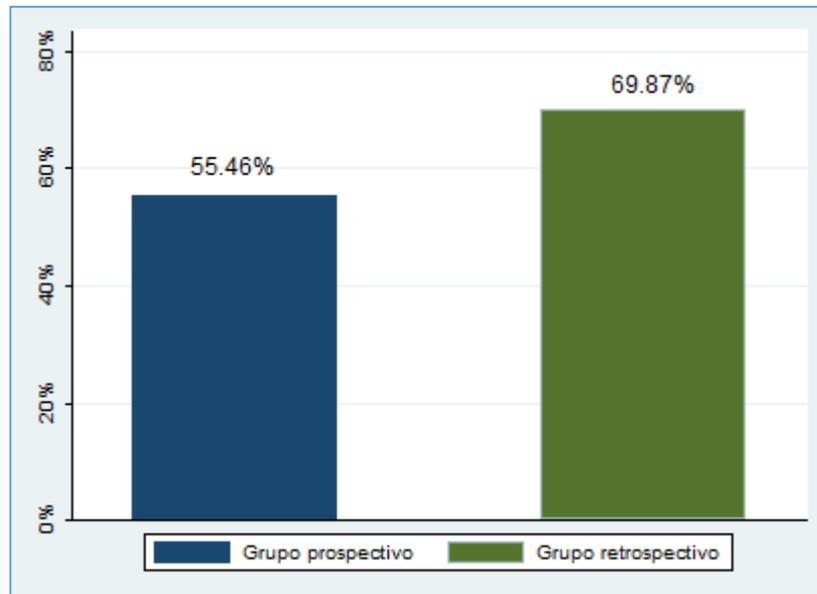


Fuente: elaboración propia

Aun cuando el caso es exactamente el mismo, la respuesta varía. Así, en el grupo en prospectiva, que no sabía que iba a darse huelga, solo el 72% concluyó que sí debía contratarse al operador; por contraste, en el grupo que sabía el resultado el 86% llegó al mismo resultado. Es decir, un palpable aumento de 14%.

Por otra parte, respecto a las posibilidades de que se produjese la huelga, obtuvimos los siguientes resultados:

¿Cuáles eran las probabilidades de que las comunidades realicen una huelga?

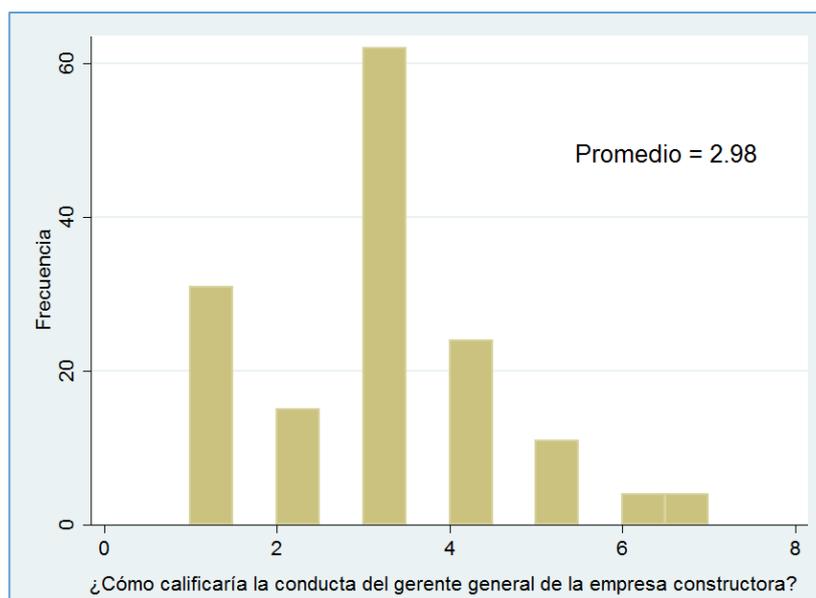


Fuente: elaboración propia

Como podemos observar, el grupo de prospectiva consideró, en promedio, que era 55% probable de que las comunidades realicen una huelga. Esta cifra salta hasta casi el 70% en el grupo de retrospectiva. La única razón que explica la subida es el hecho de que el grupo en retrospectiva sabía que al final del caso se produjo una huelga; y ello derivó en que este grupo considerase que había más probabilidad de que se diera tal evento.

Finalmente, en cuanto a la calificación de la conducta del gerente general de la empresa, el grupo en retrospectiva arrojó un promedio casi llegando a 3 de 7, lo que equivale a calificar la conducta como negligente.

¿Cómo calificaría la conducta del gerente general de la empresa constructora?



Fuente: elaboración propia

Nuestro estudio, entonces, confirma una vez más la presencia del sesgo de retrospectiva. Bajo este sesgo, las personas consideran que era más previsible un evento cuando ya saben que se produjo; y elevan asimismo el estándar de diligencia al saber que justamente el hecho lesivo se dio.

4.3. El sesgo de retrospectiva en la determinación de la diligencia/negligencia

“Después de la guerra todos somos generales”. Este refrán nos servirá para ilustrar cómo el sesgo de retrospectiva incide en la calificación de una conducta como diligente o negligente. Y es que claro, luego de un determinado suceso, es fácil opinar y decir qué debió y/o no debió hacerse para evitar lo indeseado. Otra sería la historia si hubiésemos tenido que evaluar la situación sin conocer de antemano el resultado.

¿Actuó el demandado de manera diligente? ¿Debió prever el evento que generó el daño? El juez o árbitro, que ya sabe lo que pasó, puede tender a pensar que el evento “se veía venir” o que “pudo haberse evitado haciendo A o B”. Sin embargo, el imputado por los daños no tuvo el privilegio de conocer el futuro resultado; este evaluó la situación en incertidumbre.

En teoría, la labor del juez es analizar el factor de atribución poniéndose en el lugar del agente antes que el accidente ocurriera.⁵⁸ Así, se espera que el juzgador “ignore el hecho de que ocurrió un accidente al momento de determinar si el demandado tomó

⁵⁸ KARLOVAC, Marylie y John DARLEY. “Attribution of responsibility for accidents: a negligence law analogy”. *Social Cognition*, Vol. 6, No. 1, 1988. P. 289

un cuidado debido".⁵⁹ No obstante, esto no es posible porque el juez sí conoce el resultado, lo que genera una distorsión en su análisis (sesgo de retrospectiva).

El sesgo de retrospectiva impacta en la evaluación objetiva de los hechos y del proceder del agente generador del daño. Este sesgo "*inserta la realidad presente (lo que ya sabemos ahora) en la realidad del incidente*"⁶⁰. Luego, si se considera al evento más "previsible" de lo que en realidad era, ello tenderá a elevar el estándar de la diligencia según el caso concreto. Después de la "guerra" (el suceso que generó el daño) todos podemos ser generales y decir qué medidas diligentes debieron tomarse dado que, supuestamente, "era obvio" que iba a producirse el incidente.

La presencia de este sesgo en la evaluación de negligencia bajo la fórmula de Hand es incuestionable. Así, "*la fórmula de Hand para la negligencia requiere que el juzgador haga exactamente lo que el sesgo de retrospectiva afecta: realizar valoraciones ex post de la posibilidad ex ante de que un accidente ocurra*".⁶¹

En específico dentro de la fórmula de Hand, el sesgo de retrospectiva altera nuestro juicio sobre cuán probable (p) era que se genere la situación lesiva. El juzgador, conocedor ya del resultado, considerará el evento como más probable de lo que en verdad era; elevando así a (p). Esta elevación incidirá naturalmente en el resultado de pD y por tanto en el estándar de diligencia requerido.

5. Reflexión crítica sobre la Fórmula de Hand

5.1. ¿Debemos dejar a Hand? La eliminación de sesgos a través de un sistema de *strict liability*

En puntos anteriores, demostramos que la fórmula de Hand sufre, en su aplicación, de errores generados por sesgos cognitivos. Estos errores, mal que bien, nos llevan a reflexionar sobre la eficiencia del sistema de responsabilidad civil escogido. Así:

[W]hen there is indeed a systematic error by individuals as far as both the estimation of probabilities and expected damage is concerned, the questions arises as to the consequence of these misperceptions for the economic model of tort law and more particularly for the choice of an efficient liability rule.⁶²

⁵⁹ TEICHMAN, Doron. "The hindsight bias and the law in hindsight". En ZAMIR, Eyal y Doron TEICHMAN (editores). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 356.

⁶⁰ HUGH, Thomas. "Hindsight bias in the preparation of expert reports", Ponencia presentada en la *Science, Experts and The Courts Conference* el 4 de noviembre de 2006, en Sidney, Australia.

⁶¹ TEICHMAN, Doron. "The hindsight bias and the law in hindsight". *Ob. cit.*, p. 356.

⁶² FAURE, Michael G. "Calabresi and behavioural tort law and economics". En *Erasmus Law Review*. Rotterdam, 2008, vol. 1(4), p. 77.

En efecto, la fórmula de Hand existe y se aplica en la medida de que la negligencia sea un factor necesario para determinar responsabilidad civil. Sin embargo, no solo existen sistemas basados en negligencia (*negligence rule*), sino que un ordenamiento puede adoptar un sistema en el que se responda por los daños generados sin importar si se obró de manera cuidadosa o imprudente (*strict liability*).

En un sistema de responsabilidad objetiva, no se requiere analizar la probabilidad o previsibilidad del evento dañoso. El sujeto que genera el daño responde por el mismo sin importar si era 0,01% o 99,9% probable de que el evento se produzca, y sin importar si fue diligente o descuidado en su actuar. Por tanto, el sesgo de retrospectiva no tendría espacio en un sistema de responsabilidad objetiva, haciendo en teoría a este preferible por sobre uno basado en la negligencia⁶³.

¿Es entonces un sistema de responsabilidad objetiva la solución contra el sesgo de retrospectiva? En nuestra opinión, no. El cambio de un sistema de responsabilidad subjetiva a uno de responsabilidad objetiva no elimina el sesgo de retrospectiva. El sesgo se mantiene en la mente del juzgador; y peor aún, el sesgo seguiría repercutiendo también en las decisiones de los juzgadores en un sistema de responsabilidad objetiva.

Luego, bajo un esquema de responsabilidad objetiva ya hay experimentos que demuestran que el sesgo de retrospectiva, al hacer que se valore a un evento como más probable, deriva en que los juzgadores sean más severos al asignar daños⁶⁴. Sobre ello, si tenemos en cuenta que un sistema de responsabilidad objetiva es más susceptible a errores en la valoración de los daños⁶⁵, puede concluirse que no queda claro que un sistema de responsabilidad objetiva termine siendo una mejor opción que uno subjetivo⁶⁶.

En adición a ello, estudios de Kornhauser y Schotter demuestran que, en líneas generales, un sistema de responsabilidad subjetiva facilita por sobre uno de responsabilidad objetiva determinar el estándar eficiente de cuidado⁶⁷.

Sea como fuere, un sistema de responsabilidad objetiva no eliminaría completamente el sesgo de retrospectiva. Y tampoco existe evidencia que confirme

⁶³ KOROBKIN, Russell. B. y Thomas ULEN. "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics". En *California Law Review*. California, vol. 88(4), pp. 1051-1144.

⁶⁴ HASTIE, Reid; SCHKADE, David y Jhon W. PAYNE. "Juror Judgments in Civil Cases: Hindsight Effects on Judgments of Liability for Punitive Damages". En *Law and Human Behavior*. N° 23, pp. 597-614.

⁶⁵ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2007 (Sétima edición), p. 181.

⁶⁶ HALBERSBERG, Yoed y Ehud GUTTEL. "Behavioral economics and tort law". *Ob. cit.*, p. 412.

⁶⁷ KORNHAUSER, Lewis y Andrew SCHOTTER. "An Experimental Study of Two-Actor Accidents". *Journal of legal studies*, vol. 19, pp. 203-233.

que un sistema de responsabilidad objetiva es menos sensible a este sesgo que uno de responsabilidad subjetiva.

Esto significa que dejar a Hand y abrazar un sistema de responsabilidad objetiva no es la respuesta. Sea cual sea el sistema, la solución implica evaluar si el sesgo de retrospectiva genera más perjuicios que daños (o eficiencia), y a partir de ello determinar si éste debe ser mitigado. A continuación nos ocuparemos de ello.

5.2. ¿Es malo analizar en retrospectiva? Las consecuencias de la elevación del estándar de diligencia a la luz del *social welfare* y de la psicología de la evolución

El sesgo de retrospectiva distorsiona la aplicación correcta de la fórmula de Hand, al elevar el valor del factor de probabilidad (p), lo que conlleva a que el estándar de diligencia aumente sin justificación. Pero, ¿es esto necesariamente malo al momento de fijar el estándar de diligencia? ¿No es posible que quizá esta elevación repercuta a favor del bienestar social?

Al respecto, se ha señalado que la elevación del estándar de diligencia fruto del sesgo de retrospectiva en los jueces generaría que los ciudadanos deban tomar mayores medidas de cuidado⁶⁸. Esto, en realidad, sería bueno porque **contrarrestaría los efectos del sesgo de optimismo**, el que hace que las personas tiendan a subestimar las posibilidades de un resultado no deseado. Así, al saber que los jueces elevan sin razón el estándar de diligencia, **los ciudadanos elevarían sus de por sí insuficientes medidas de cuidado debido al sesgo de optimismo**⁶⁹.

Finalmente, otro argumento a tomar en cuenta está en que el sesgo de retrospectiva es beneficioso en la medida en que sirve como incentivo para la investigación de las consecuencias de actuar⁷⁰. En efecto, dado que el juzgador resuelve conociendo el resultado, los particulares se ven incentivados a estudiar y proyectar consecuencias hipotéticas, logrando reducir así el riesgo de un resultado no deseado.

Ambos argumentos, por cierto, parten de la presunción consistente en que los ciudadanos analizan las decisiones judiciales y adaptan su comportamiento según lo que establecen estas⁷¹.

Estos razonamientos tienen, en apariencia, sentido. No obstante, existen tres razones que les quitan validez. Veamos:

⁶⁸ TEICHMAN, Doron. "The hindsight bias and the law in hindsight". *Ob. cit.*, pp. 361-362.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Tenemos entendido que este argumento ha sido planteado por Calabresi durante clases.

⁷¹ POSNER, Richard y William M. LANDES. "The Positive Economic Theory of Tort Law". En *Georgia Law Review*. Athens, vol. 15, 1980, pp. 851-924.

- Primero, y solo respecto al sesgo de optimismo, un estudio de Jolls, Sunstein y Thaler denota que este sesgo es de reducida importancia en las personas jurídicas; y de magnitud variada para el caso de personas naturales. Por lo tanto, los autores concluyen que el sesgo de optimismo no afecta al sesgo de retrospectiva⁷².
- En segundo lugar, estos razonamientos presuponen que los ciudadanos tienen conocimiento del sesgo de retrospectiva que tienen los jueces y que incorporan ello en el análisis de las medidas de cuidado a tomar.

Wishful thinking, porque la presunción está muy alejada de la realidad. No está probado que las personas sepan del sesgo de retrospectiva y tomen en cuenta el mismo al momento de actuar

- Tercero, los razonamientos incurren en errores metodológicos. Así, en vez de estudiar los efectos de dos fenómenos cognitivos aislados, lo correcto sería llevar a cabo un análisis empírico que permita evaluar todo un conjunto de sesgos, logrando así que el resultado final sea representativo de la realidad (en la que actuamos y juzgamos bajo la influencia de diferentes sesgos)⁷³.

En efecto, análisis aislados sobre cómo el sesgo “A” compensa el efecto del sesgo “B” o del sesgo “C” resultan criticables por no ser completos. La supuesta compensación podría no tener sentido en un análisis macro que tenga en cuenta los efectos de los sesgos “D”, “E”, “F” y siguientes.

Por tanto, solo bajo un análisis que tome en cuenta todo un rango de sesgos se podría discutir válidamente si, como resultado final, el sesgo de retrospectiva resulta beneficioso.

En realidad, seguimos a ciegas. No podemos definir si el sesgo de retrospectiva resulta beneficioso.

Desde una **visión evolucionista**, se sostiene que el sesgo de retrospectiva tendría beneficios adaptativos. En el mundo de las cavernas, donde existía poca información, la data más importante era aquella que se había concretado; es decir, los resultados.

En ese sentido, si un miembro de mi tribu era atacado por un tigre dientes de sable en una zona determinada y por la noche, entonces tomaré esa información como la

⁷² JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. y Richard THALER. “A behavioural approach to law and economics”. En *Stanford Law Review*. California, vol. 50, 1988, pp. 1471-1550.

⁷³ HALBERSBERG, Yoed y Ehud GUTTEL. “Behavioral economics and tort law”. *Ob. cit.*, p. 14.

más certera. No importa realmente si ese ataque se pueda repetir en ese mismo lugar y a esa misma hora. Ante la incertidumbre y la imposibilidad de realizar cálculos decentes del riesgo que implicaría acudir a esa zona, resulta más seguro tomar como cierta la información del resultado (el ataque al miembro de la tribu).

Sin embargo, ya no estamos en la época de las cavernas. La raza humana no solo ha logrado una evolución biológica sino que, más importante aún, una evolución institucional. En esa línea, mecanismos cognitivos que solucionaron eficientemente problemas en el pasado no necesariamente derivarán en un comportamiento eficiente en el presente⁷⁴.

Esta evolución institucional se ha desarrollado de forma más rápida. La cultura, el lenguaje, la agricultura, la revolución industrial, la propiedad, los contratos y el sistema de justicia son prueba de ello.

En este boom institucional, la información ya no es escasa. Todo lo contrario. Por ello, queda la pregunta si el sesgo de retrospectiva sigue teniendo beneficios adaptativos o si, más bien, se ha convertido en un rezago evolutivo.

Más bien, la abundancia de información nos lleva a pensar que en ciertos mercados específicos resultaría conveniente la elaboración de guías oficiales de los colegios profesionales que permitan estimar los riesgos de la actividad. Así, por ejemplo, el colegio de médicos podría elaborar una guía que contengan los porcentajes de detección tardía de distintos tipos de males (por ejemplo, cáncer), lo cual podría ayudar a un eventual juez a examinar la diligencia del médico.

En cualquier caso, esta respuesta es sumamente acotada. Por ello, a continuación desarrollamos lo que a nuestro entender es la solución más segura: mitigar el impacto del sesgo de retrospectiva.

5.3. Hand debe quedarse (pero adaptarse) – Pautas para el desesgamiento

En los puntos anteriores concluimos que, mal que bien, el problema no radica en el sistema subjetivo de responsabilidad civil, puesto que los sesgos están presentes sea cual sea el sistema que escojamos. Asimismo, la evidencia no muestra que el sesgo de retrospectiva y el consiguiente elevamiento del estándar de diligencia que genera sean beneficiosos para la sociedad.

La conclusión es, pues, que el sesgo de retrospectiva constituye un elemento subjetivo ajeno al razonamiento objetivo que debe aplicarse al momento de evaluar

⁷⁴ COSMIDES, Leda y John TOOBY. "Evolutionary Psychology: A primer". Disponible en: <http://files.meetup.com/414834/evolutionary%20psychology%20primer.pdf>

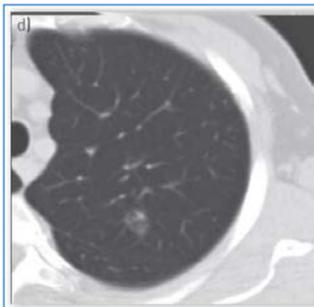
la responsabilidad civil bajo un esquema subjetivo (*negligence rule*). Por tanto la tarea está en eliminar este sesgo.

Estamos, en realidad, frente a una tarea difícil. De entrada, informar al juzgador sobre el sesgo de retrospectiva no parece contribuir realmente al desesgamiento⁷⁵. Es decir, la propia toma de conciencia, por parte del juez o árbitro, sobre este sesgo y sus efectos no genera que el mismo sea suprimido. Por lo tanto, es necesario evaluar otros mecanismos, los que presentamos a continuación.

Consider the opposite

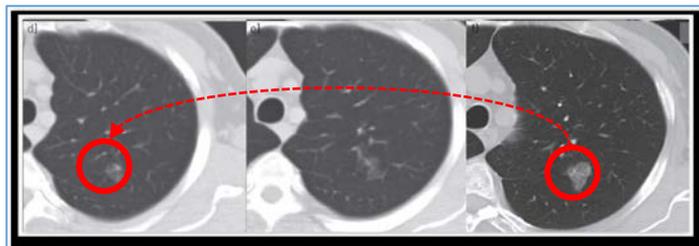
Imagine que debe juzgar una controversia de responsabilidad médica, por supuesta detección tardía de un cáncer pulmonar. El caso de la víctima se basa en que el Radiólogo 1 no detectó el tumor en su momento (*ex ante*). Para ello, el demandante se apoya en la opinión de experto del Radiólogo 2, que concluye hoy (*ex post*) que las imágenes “claramente” mostraban un tumor. ¿Quién tiene la razón?

Ahora imagine que usted es un radiólogo. ¿En cuál de estas imágenes nota algo extraño?



Si usted no es médico difícilmente pueda dar una respuesta. Es más, incluso tendrá problemas si ha seguido la carrera; solo 23% de los casos de cáncer pulmonar son detectados en una etapa temprana.⁷⁶

¿Qué pasa si, en cambio, tuviera acceso a la siguiente información?



⁷⁵ FISCHHOFF, B. “Perceived informativeness of facts”. En *Journal of Experimental Psychology, Human Perception and Performance*. N° 3, pp. 349-358.

⁷⁶ <https://www.theguardian.com/society/2014/sep/22/cancer-late-diagnosis-half-patients>

Es en esta situación en la que se encuentra el Radiólogo 2. Él ya sabe que el paciente tiene cáncer. Éste realiza el diagnóstico a partir de la última radiografía, donde se muestra un nódulo. Es en base a dicha información que opina que en la primera imagen (izquierda) existía una mancha extraña.

En definitiva, la información disponible para el radiólogo que interpreta en retrospectiva no es la misma información que fue interpretada por el lector anterior. Conocer que el paciente efectivamente tiene cáncer impulsa la habilidad del observador para percibir anomalías sutiles en las imágenes anteriores; y es que, la percepción funciona mejor si ya sabes dónde y qué buscar.⁷⁷

En este caso, ¿cómo podría lograr desesgar al Radiólogo 2 y a los jueces que deben decidir la disputa?

Una primera opción para mitigar la influencia del sesgo de retrospectiva consiste en **aumentar la recordación de los escenarios posibles**. De acuerdo a esta estrategia, bautizada por Roese y Vohns como “*consider-the opposite*”⁷⁸, la historia del litigante no debe limitarse a los resultados que sí ocurrieron, sino también debe comprender las otras posibilidades y los desenlaces que habrían tenido.

Las historias son difíciles de olvidar y fáciles de repetir. Una historia que también se refiera a los otros posibles desenlaces sirve como una herramienta para el litigante que se enfrenta al sesgo de retrospectiva, permitiéndole neutralizar sus efectos.

En ese sentido, una defensa inicial en el caso de responsabilidad médica consistiría en lograr que el tribunal analice las probabilidades de los escenarios alternativos en el escenario *ex ante*.⁷⁹ Para ello será necesario brindar el mayor detalle posible sobre el análisis realizado por el Radiólogo 1 en dicho momento y sobre las distintas posibilidades que tuvo a su disposición. Parte de ese examen implica explicar los antecedentes del paciente, las probabilidades de surgimiento del tumor y la dificultad técnica inherente a la detección de nódulos.

Por lo tanto, el litigante tendría que trabajar en reflejar todas las medidas de precauciones y diligencia que el equipo médico tomó en su momento (chequeos con una frecuencia por encima del estándar, tomografías, hemogramas, entre otros),

⁷⁷ BERBAUM, Kevin. “Difficulty of judging retrospectively whether a diagnosis has been “missed””. *Radiology* 1995;194:582–583.Y

⁷⁸ ROESE, Neil y VOHS, Kathleen, “Hindsight bias”, *Perspectives on Psychological Science*, Vol.7 (5), 2012, pp. 411-426

⁷⁹ Lowe y Reckers encontraron que pedir a los jurados que estimaran la probabilidad de los escenarios alternativos y que generaran sus propios resultados redujo con éxito el sesgo de retrospectiva en la evaluación de la diligencia profesional de un auditor. LOWE, Jordan y Philip RECKERS. “The effects of hindsight bias on juror’s evaluations of auditors decisions”. Citado por: HARLEY, Erin. “Hindsight bias in legal decision making”. *Social Cognition*: Vol. 25, Special Issue: The Hindsight Bias, pp. 48-63.

para luego contrastarlas con un escenario alternativo de menor proactividad (por ejemplo, frecuencia de chequeos por debajo del estándar).

Un estudio liderado por ANDERSON acredita que esta técnica serviría para disminuir el sesgo en los jueces. El estudio contó con la participación de 157 jueces, quienes debieron analizar la diligencia de un auditor. Los resultados de la investigación mostraron que el sesgo de retrospectiva fue eliminado al preguntarles a los magistrados que consideraran y detallaran el impacto negativo de las decisiones alternativas que el auditor habría podido tomar.⁸⁰

La involucración de expertos

Adicionalmente, es recomendable **disminuir la influencia del desenlace del evento utilizando testimonios de expertos.**⁸¹⁻⁸²

En el caso de responsabilidad médica, los demandados podrían ofrecer el testimonio experto de un psicólogo que explique las implicancias del sesgo de retrospectiva. Además, resultaría de especial relevancia destacar que dicha tendencia cognitiva puede producirse por estímulos visuales.⁸³ Esto implica que el Radiólogo 2 que revisó las imágenes en el Momento 2, con el beneficio de saber que el paciente tenía un tumor, podría estar sufriendo de un sesgo de retrospectiva. Justamente fue capaz de detectar el tumor porque ya sabía que este existía.⁸⁴

⁸⁰ ANDERSON, John, et. al. "The mitigation of hindsight bias in judges' evaluation of auditor decisions", *A Journal of Practice and Theory*, No. 16. pp. 20-39.

⁸¹ BROWN, Loren, COOPER, Daniel y Christopher CAMPBELL. "Tackling Hindsight Bias in Failure- to-Warn Cases". *Drug and Medical Device, for the Defense*, 2010 pp. 15-19.

⁸² Al respecto, Harley señala que: "An expert witness on hindsight bias could educate the jury about the bias, and encourage jurors to employ the more effective debiasing strategies such as reviewing and regenerating evidence for alternative outcomes, focusing on the time period prior to the outcome, etc." HARLEY, Erin. "Hindsight bias in legal decision making". *Social Cognition*: Vol. 25, Special Issue: The Hindsight Bias, pp. 48-63.

⁸³ Por ejemplo, en un experimento llevado a cabo por Harley, Carlsen y Loftus, los autores mostraron fotos distorsionadas de personajes famosos que se fueron aclarando paulatinamente, como las siguientes:



Los participantes fueron instruidos para identificar al famoso apenas lo reconocieran. Luego, debían pronosticar en qué nivel de distorsión el personaje podría ser identificado por un tercero. Los resultados mostraron una sobreestimación de la identificación que un observador nuevo podría tener.

HARLEY, Erin, CARLSEN, Kari y Geoffrey LOFTUS. "The "Saw-It-All-Along" Effect: demonstrations of visual hindsight bias". *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition*. 2004, vol. 30, No.5, pp. 960-968.

⁸⁴ De hecho, Leonard Berlin reportó un caso idéntico. BERLIN, Leonard. "Malpractice issues in radiology". *American Journal of roentgenology*, Vol.174 (4), 2000, pp. 925-931.

Más importante aún, la empresa demandada debería replicar las condiciones de diagnóstico del Radiólogo 1. Para ello, por ejemplo, podría contratar a diez médicos para que realicen una evaluación imparcial. El objetivo sería simple: que revisen distintas radiografías (entre las que se incluiría la imagen en controversia) y evalúen si existe un peligro potencial en alguna de ellas. Si ninguno de los médicos notó algo raro en la radiografía supuestamente sospechosa, ello ayudaría a reflejar al tribunal que la conducta del Radiólogo 1 en su momento no fue fuera de lo común y que las conclusiones del Radiólogo 2 son sesgadas.⁸⁵

En síntesis, una manera de combatir el sesgo de retrospectiva pasa por recurrir a una persona que desconozca el resultado final y por tanto no pueda estar sesgada por el mismo. El juez o el árbitro podría recurrir a un especialista en la materia sobre la que versa la controversia (ingeniería, medicina, informática, finanzas, etc.), presentándole el caso junto con otros casos, a efectos de que el experto no pueda saber que ya se produjo un resultado lesivo en el caso concreto.

Bifurcación del proceso

Finalmente, en el campo del arbitraje, Harley propone **bifurcar el proceso**. De esta manera, el laudo parcial estará concentrado en la asignación de responsabilidad; mientras que los daños serían determinados recién en el laudo final. Ello permite que la valoración sobre la conducta del agente no infecte la determinación de daños.⁸⁶

Así, Smith y Greene presentaron un caso de accidente automovilístico y dividieron a los encuestados en dos grupos. El primer grupo conocía toda la información del caso y debía decidir tanto sobre la negligencia como los daños al mismo tiempo. El otro grupo primero recibió información sobre las acciones del demandado para decidir sobre la negligencia; y solo luego de decidir sobre ello se pasaría a evaluar los daños. Los resultados mostraron que el segundo grupo, el que evaluó el caso de manera bifurcada, consideró al demandado menos negligente que el primer grupo⁸⁷.

⁸⁵ Notablemente, un estudio realizado por Stallard y Worthington llevado a cabo con 147 estudiantes halló que un alegato persuasivo del abogado durante el *closing statement* Específicamente, el litigante comenzó el alegato informando a los jurados que la estrategia del demandante es que ellos fueran un “mariscal de lunes por la mañana” (los partidos de fútbol americano se juegan los domingos; es una referencia a que el demandante buscaba que juzguen al demandado con la información que tenían durante el juicio y no con la información que éste tuvo a su disposición cuando tomó la decisión). Su alegato terminó con una advertencia a que no se vieran tentados a utilizar el conocimiento retrospectivo.

STALLARD, Merrie Jo y Debra **WORTHINGTON**. “Reducing the hindsight bias utilizing attorney closing arguments”. *Law and Human Behavior*, Vol. 22, No. 6. Pp. 671-683.

⁸⁶ **HARLEY**, Erin. “Hindsight bias in legal decision making”. En *Social Cognition*, Vol. 25, No. 25, No. 1. Pp. 48-63.

⁸⁷ **SMITH**, A.C. y E. **GREEN**. “Conduct and its consequences: attempts at debiasing jury judgments”. *Law and Human Behavior*, 29(5), pp. 505-526.

La defensa del radiólogo también podría utilizar este mecanismo para mitigar el impacto del sesgo de retrospectiva. Así, al partir el arbitraje por la mitad, la discusión sobre si el Radiólogo 1 debió o no debió detectar el tumor en el Momento 1 influiría en menor medida el análisis de daños.

En síntesis, estos mecanismos pueden, en mayor o menor medida, reducir el efecto del sesgo de retrospectiva. Lamentablemente, a la fecha ningún mecanismo de desegamiento ha demostrado ser plenamente efectivo para suprimir el sesgo de retrospectiva.