

José Enrique Sotomayor Trelles

# Argumentación jurídica: una introducción



**ZELA**

## ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: UNA INTRODUCCIÓN

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

© ZELA GRUPO EDITORIAL E.I.R.L.  
Jr. Lima N° 394, tienda 2, Puno - Perú  
Teléfonos: 973215878  
RUC: 20601832926  
e-mail: zelagrupoeditorial@gmail.com

1ra edición: marzo 2021  
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú  
N° 2021-02245  
ISBN:

Diseño e Impresión:  
MARTELL Acabados Gráficos E.I.R.L.  
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos - Lima  
RUC: 20605426558

Marzo 2021

*Todos los derechos reservados.*

*Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.*

Impreso en Perú / *Printed in Peru*

## CAPÍTULO 5

# RACIONALIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES JURÍDICAS: SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN

### 1. Introducción

Desde, a grandes rasgos, la segunda mitad del siglo XX en adelante hemos presenciado el florecimiento de diversos enfoques respecto de los estudios sobre la argumentación en general, y sobre la argumentación jurídica en particular. A las perspectivas más tradicionales, que podríamos llamar, a falta de un mejor término, “normativas”, se han sumado una variedad de aproximaciones heterodoxas y, en algunos casos, incluso incompatibles entre sí.

Por “normativas” me refiero aquí a aquellas aproximaciones o enfoques que parten de ciertas condiciones ideales en las que se puede imputar racionalidad a los agentes que argumentan, así como a los procesos argumentativos (*vid.* Sotomayor, 2017, pp. 151-190). Dentro de las disciplinas que se han involucrado en esta aproximación tenemos a la lógica<sup>23</sup> (tanto formal como informal, como demuestra el fructífero trabajo de académicos contemporáneos como Douglas Walton (2006)) y a la retórica. Asimismo, la pretensión de tales enfoques normativos se ha dirigido, desde el punto de vista del debate filosófico, no solo a las características ideales de un argumento –posible universalización, respeto de las reglas de inferencia lógicas, abstracción y aptitud para sobrevivir objeciones– sino también al escenario

---

23 E incluso autores como Alchourrón son muy cautos respecto a una aproximación normativa. Véase Alchourrón (2000, pp. 11-33).

institucional necesario para implementar la práctica argumentativa a gran escala. El proyecto de una ética discursiva, como la que han venido desarrollando Jürgen Habermas y K. O. Apel, apunta en esta última dirección (*vid.* Habermas, 2003), y en la filosofía del Derecho ello se ha canalizado a través de, por ejemplo, la cada vez más numerosa bibliografía de estudios de racionalidad parlamentaria o legisprudencial<sup>24</sup>.

En buena medida por cuerdas separadas, y estableciendo en muchos casos poca o nula comunicación con el primer enfoque, se ha venido desarrollando una extensa literatura sobre la falibilidad del razonamiento humano. La bibliografía proviene, en este caso, de disciplinas como la psicología cognitivo-conductual y las neurociencias. Uno de sus más celebres defensores, el premio Nobel de Economía de 2002 (junto con Amos Tversky, quien murió prematuramente en 1999) Daniel Kahneman, planteó la existencia de dos sistemas cognitivos que operan en el razonamiento humano cotidiano: el sistema 1 (o rápido), que opera de manera automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario (flexible, intuitivo y plástico); y el sistema 2 (o lento), que requiere de la activación de funciones cognitivas superiores (deliberación, retención, orden lógico, entre otras) (Kahneman, 2015). Si bien el sistema 1 nos permite desenvolvernos en el mundo optimizando nuestras reservas energéticas, emocionales y temporales, es también un sistema falible, que opera fundamentalmente a través de atajos cognitivos (también llamados sesgos o heurísticas). Kahneman y Tversky estaban argumentando contra la idealizada imagen del *homo economicus*<sup>25</sup>, prototipo ideal a partir del cual se desarrollaban los modelos matemáticos en la economía (pensemos, por tomar un caso, en la teoría del consumidor en microeconomía). Mientras que estos modelos exigían individuos racionales, con una enorme capacidad de cómputo de posibles ganancias, autointeresados y que expresaran preferencias transitivas (si prefiero A a B, y B a C, debo preferir A a C); la práctica nos mostraba individuos falibles, volubles, capaces de oscurecer su razonamiento por la incidencia de emociones, incapaces de mantener preferencias en órdenes transitivos y de realizar cálculos complejos. La

---

24 Véase, entre otros, Atienza (1997), Wintgens (2012), Oliver-Lalana y Wintgens (2013), y Kristan, (2013).

25 *Cfr.* Thaler (2010, pp. 299-306). Asimismo, Saavedra (2011, pp. 54-85) y Maletta (2010, pp. 9-68).

psicología cognitiva, antes que presentar una visión pesimista de estas fallas de razonamiento, construyó una propuesta teórica que nos permite explicar, predecir y transformar los sesgos cognitivos, y usarlos para mejorar nuestras decisiones, tal como propusieron Cass Sunstein y Richard Thaler en el conocido libro *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*<sup>26</sup>.

Al día de hoy, a los enfoques normativo-rationales y cognitivo-conductuales podemos sumar perspectivas semiótico-estructurales, como recientemente ha hecho Andrej Kristan (2018, cap. III; y 2017); enfoques psicoanalíticos (siempre problemáticos en cuanto a sus presupuestos epistemológicos); enfoques inferenciales como el de la escuela de Pittsburg (con Sellars, Bandom y McDowell a la cabeza) (tal es el caso, en líneas generales y para el Derecho, de Matthias Klatt, 2017); y, finalmente, pero no por ello menos importante, un enfoque evolutivo, como el que propone Cristián Santibáñez (2018).

En lo sucesivo, este trabajo propone que estos otros (y, en algunos casos, nuevos) enfoques –principalmente las aproximaciones empíricas– ofrecen la posibilidad de relativizar algunos presupuestos de la teoría normativa de la argumentación en general, y de la argumentación jurídica en particular. Para ello, presentaré de qué manera el estudio de los sesgos y heurísticas conductuales, de un lado, y de las ideologías y creencias, por otro, nos invita a ampliar los estudios de argumentación para así pasar de una teoría de la argumentación jurídica, en sentido estricto, hacia una teoría de la racionalidad en la toma de decisiones, en términos más amplios.

En la presente propuesta, se parte de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, nociones importadas a la teoría de la argumentación jurídica desde las discusiones al seno de la filosofía de la ciencia, para mostrar que una relativización de tal distinción se hace necesaria para obtener una panorámica enriquecida sobre los procesos de análisis y toma de decisiones en contextos jurídicos, principalmente jurisdiccionales.

---

26 Hay una traducción al español: Cass Sunstein & Richard Thaler, *Un pequeño empujón (Nudge)*, México D.F., Taurus, 2018. La teoría subyacente a los “nudges” ha sido bautizada por Sunstein y Thaler como “paternalismo libertario”. Véase Sunstein & Thaler (2003, pp. 175-179).

## 2. La obsesión de la TAJ con el contexto de justificación

De acuerdo con Schickore (2018), la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación fue central para el desarrollo de las discusiones de la filosofía de la ciencia durante el siglo XX, y hasta por lo menos los años ochenta de tal siglo (Schickore & Steine, 2006, p. vii). Por parte, Atienza (2016, p. 31; 2012, p. 100) y otros autores coinciden en identificar a Hans Reichenbach como el precursor, quien hacia los años cincuenta del siglo pasado ya empleaba la distinción para dar cuenta de los procesos de formación de teorías científicas<sup>27</sup>. Así, mientras que el contexto de descubrimiento hace referencia al proceso subjetivo e intuitivo por el cual se genera una nueva idea o descubrimiento científico, el contexto de justificación se concentra en la argumentación o teorización explícitamente formulada en las teorías científicas acabadas (Guastini, 2018, pp. 232-234).

“(…) por un lado está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico; lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otro lado, está el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; esta última tarea requiere un análisis de tipo lógico (aunque no solo lógico) y se rige por las reglas del método científico (que, por tanto, no se aplican al contexto de descubrimiento)” (Atienza, 2016, p. 31).

La distinción, planteada en estos términos, tiene un efecto fundamental: de acuerdo con Reichenbach, solo el contexto de justificación es epistemológicamente relevante para la práctica científica. De esta manera no solo se excluye al contexto de descubrimiento del interés de las investigaciones, sino que con ello se excluye a las exploraciones sociológicas, históricas y psicológicas respecto de los procesos de formación de teorías científicas.

---

27 Los especialistas cifran el origen de la distinción en *Experience and Prediction* de Hans Reichenbach, texto del año 1938. Véase Schickore & Steine (2006, p. vii). También Atienza (2012, pp. 100ss.). Finalmente, véase García Figueroa & Gascón (2003, p. 140).

Ya en el campo del Derecho, como menciona García Figueroa, la expresión “motivación” esconde una importante ambigüedad vinculada precisamente a la dicotomía descubrimiento/justificación: a veces parece hacer referencia a las razones para una decisión, mientras que en otras ocasiones hace referencia a los motivos que nos ayudan a explicar tal decisión (García Figueroa & Gascón, 2003, pp. 135ss.).

No obstante, el ascenso del deber de motivación llevó a la teoría de la argumentación jurídica a concentrar su interés en el contexto de justificación, y, con ello, en la evaluación de las razones ofrecidas para las decisiones judiciales. Valgan algunas citas, en la literatura en español, de autores como García Figueroa, Gascón-Abellán o Atienza para corroborar la veracidad de esta afirmación. Comencemos con Alfonso García y Marina Gascón<sup>28</sup>:

“Esta disociación entre el proceso de elaboración (*Herstellung*) y su justificación, su representación (*Darstellung*) conduce a la “eliminación del psicologismo”, esto es, permite restringir el campo de estudio de la teoría de la argumentación en torno al contexto de justificación, dejando la investigación de los procesos psicológicos que condicionan la argumentación jurídica en manos de la psicología y la sociología.

(...)

Actualmente, la pujante teoría de la argumentación jurídica que se ha desarrollado desde 1978 hasta nuestros días ha afianzado la importancia de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, situando en éste su ámbito de investigación.

---

28 En la literatura en inglés también se ha hecho observaciones análogas sobre la primacía del contexto de justificación. Por tomar un ejemplo, Anderson apunta que “Contemporary studies of legal reasoning, or decision-making, are primarily concerned with analyzing how judicial decisions are *justified*. They stress the logical, rational, “objective” nature of the process of legal justification” (1995, p. 330, la cursiva es del autor original). A continuación, en un pie de página, Anderson enumera a una lista de autores que habrían exhibido este interés primario por el contexto de justificación, entre los que se encuentran Wasserstrom, MacCormick y Alexy. Para el caso de MacCormick, se puede citar un pasaje en el que la primacía del contexto de justificación se hace bastante clara: “(...) the essential notion is that giving (what are understood and presented as) good justifying reasons for claims defences or decisions. The process which is worth studying is the process of argumentation as a process of justification” (1978, p. 15).

(...)

En cualquier caso, una teoría de la argumentación jurídica (...) debe concentrarse, por una cuestión de competencia, en el contexto de justificación, defiriendo hacia áreas como la sociología jurídica el estudio del contexto de descubrimiento” (2003, pp. 140-143).

Por su parte, Atienza expresa la centralidad del contexto de justificación para la argumentación jurídica en los siguientes términos:

“La teoría estándar de la argumentación jurídica parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales, y circunscribe el estudio de la argumentación jurídica a este último ámbito. (...) La palabra “motivar” puede utilizarse en (...) dos sentidos, pero cuando se dice que los jueces tienen la obligación de *motivar* sus decisiones, lo que quiere decirse es que deben justificarlas. Cada uno de esos dos aspectos de las decisiones constituiría el objeto de estudio de disciplinas distintas: del contexto de descubrimiento tendrían que ocuparse diversas ciencias sociales (psicología, sociología, etc.); mientras que la teoría del Derecho (y por tanto, la teoría de la argumentación jurídica) se situaría exclusivamente en el contexto de justificación” (2013, pp. 114-115)<sup>29</sup>.

A pesar de la claridad con la que Atienza plantea la dicotomía en esta primera cita, a continuación se encarga de matizarla, refiriéndose a una lógica global de descubrimiento

“Esa distinción [entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación], por lo demás, había sido tomada de la filosofía de la ciencia de la época neo-positivista. Hoy, sin embargo, la distinción solo se mantiene en términos bastante débiles, pues suele considerarse, por un lado, que no hay una línea tajante que separe ambos contextos y, por otro lado, que sí cabe hablar de una “lógica del descubrimiento”, en el sentido de que hay ciertas pautas de racionalidad en relación con el hallazgo de las teorías científicas; o sea, la racionalidad, el método científico, no se circunscribe al contexto

---

29 En el mismo sentido *Las razones del Derecho*, p. 34.

de la justificación o validación de las teorías científicas. En relación con el Derecho, es fácil darse cuenta de que la distinción no puede mantenerse tampoco de manera nítida, o sea, es perfectamente posible que una razón explicativa tenga también fuerza justificativa; al fin y al cabo, el buen juez es aquel que toma sus decisiones guiado únicamente por buenas razones. Y no conviene olvidar tampoco los límites de la analogía trazada entre la ciencia y el Derecho: o sea, descubrir una regularidad, una ley científica, no es lo mismo que decidir; y justificar una teoría científica –bajo la forma de un razonamiento teórico– no es tampoco lo mismo que justificar una decisión –que efectuar un razonamiento práctico” (2013, p. 115).

Atienza concluye su análisis con una perspectiva más matizada sobre la relación entre argumentación, contexto de descubrimiento y contexto de justificación. En ese sentido, afirma que la misma debe analizarse desde una perspectiva triple: desde los puntos de vista formal (o interno), material (o externo) y pragmático (1999, pp. 37-47). Así, desde el punto de vista formal, la distinción es muy clara: se trata de reconstruir el esquema lógico de la motivación, construida a través de una ilación de argumentos. En tal sentido, la justificación interna se concentra en el contexto de justificación. Fuera de ello, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación se hace problemática: “en el plano material, las razones justificativas pueden ser indistinguibles de las explicativas” (2013, p. 115), mientras que en el plano pragmático la distinción desaparece. El resto de este trabajo profundiza en los comentarios más bien genéricos de Atienza, y pone en cuestión la aparente irrelevancia del contexto de descubrimiento para la argumentación jurídica.

### 3. El mundo de los sesgos y creencias

Piense por unos momentos en las siguientes dos situaciones:

- Situación 1: usted se encuentra rindiendo un examen final del curso de cálculo integral en la universidad. Ha estudiado concienzudamente durante semanas, y afronta una de las preguntas más complicadas de la evaluación. En cuanto observa tal pregunta, traza un plan de acción y divide el ejercicio en varios subproblemas, los que progresivamente le irán llevando a la respuesta final. Asimismo, recuerda las fórmulas de

integrales y derivadas aplicables al caso y ejecuta una serie de cálculos con sumo cuidado (Pólya, 1973). Finalmente, mientras va trabajando en el problema, debe recordar y ejecutar operaciones algebraicas que se han ido consolidando en materias anteriores ya aprobadas. Mientras ejecuta todas estas acciones es prácticamente imposible que realice alguna otra actividad, y está tan concentrado que los minutos pasan sin que tenga mayor conciencia del tiempo. Si el ambiente fuese ruidoso, se comenzaría a sentir incómodo y estresado, porque el ruido afectaría su capacidad de concentración, más, previendo ello, los asistentes del profesor controlan que el aula se mantenga silenciosa.

- Situación 2: usted se encuentra frente a un procedimiento de evaluación de desempeño del personal a su cargo en la oficina de la que es jefe. Algunas veces ha podido notar que Juan Pérez, el trabajador cuyo sitio se encuentra al frente de la puerta de su oficina, no estaba en su lugar a pesar de que habían pasado más de quince minutos respecto a la hora de entrada. Por ende, en su evaluación descuenta puntos por la falta de compromiso que denotan las tardanzas. En comparación con el caso de Juan, José Gonzáles se sienta al final del pasillo, y usted no recuerda haber notado su ausencia. En consecuencia, decide –inconscientemente– que no descontará puntos en este caso (Cuadros, 2015, p. 63).

¿Qué similitudes y diferencias exhiben ambas situaciones? En la primera, usted ha empleado una gran capacidad de concentración y un conjunto de operaciones cognitivas demandantes: por ejemplo, ha recordado ciertas fórmulas que aprendió a lo largo del semestre, ha ejecutado cálculos más o menos complejos y ha trazado racionalmente una estrategia para resolver el problema planteado. Todas estas operaciones han consumido recursos cuantiosos de memoria, concentración y energía. Asimismo, a pesar de que usted sea un estudiante especialmente dotado, podemos decir que toda la operación de resolución de un problema matemático complejo es lenta y progresiva. Por otra parte, al momento de evaluar el desempeño de Juan Pérez y José Gonzáles, ha recurrido intuitivamente a sus recuerdos sobre los días de trabajo en la oficina. Rápidamente ha podido identificar un pasaje en el que usted llegaba a su despacho y el sitio de Juan Pérez estaba vacío, pero no recordó nada respecto a José Gonzáles. Esta disponibilidad del recuerdo terminó determinando su evaluación negativa respecto al primer caso y –cuanto menos– no tan negativa respecto al segundo trabajador.

La psicología conductual contemporánea sostiene que en el primer caso usted ha empleado su Sistema 2, el cual requiere deliberación, esfuerzo y orden lógico. Daniel Kahneman llama a este sistema “pensamiento lento”, y entre sus rasgos distintivos se encuentra que centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, entre las que precisamente se encuentran los cálculos complejos: “las operaciones [de este sistema] están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse” (2015, p. 35).

Por su parte, en el segundo caso es altamente probable que se encuentre bajo el influjo del sesgo de disponibilidad (*availability bias*), mediante el cual las personas aproximan la frecuencia o probabilidad de un evento a partir de la facilidad con la que pueden recordar una instancia parecida en su propia experiencia (Tversky & Kahneman, 1982, p. 11). El sesgo de disponibilidad es uno de los tantos sesgos o heurísticas<sup>30</sup> (¡una auténtica fauna!<sup>31</sup>) que han identificado psicólogos cognitivos durante las últimas décadas. Las mismas son propias del empleo del llamado Sistema 1, que “opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario” (Kahneman, 2015, p. 35). Kahneman caracteriza a las heurísticas como procedimientos sencillos que nos ayudan a encontrar respuestas adecuadas, aunque a menudo imperfectas, a preguntas difíciles (2015, p. 133)<sup>32</sup>.

Ahora bien, el lector puede estar pensando que, a pesar de que los sesgos y heurísticas están presentes casi siempre en nuestro razonamiento ordinario, los contextos argumentativos y decisorios se parecen más bien al aula des-

---

30 Para los fines de mi argumentación, emplearé “sesgos” y “heurísticas” como expresiones equivalentes.

31 Véase, por ejemplo, la lista de sesgos cognitivos que aparece en la página en inglés de Wikipedia: [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_cognitive\\_biases](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases)

32 Con mayor detalle, Peer & Gamliel definen a las heurísticas como “atajos cognitivos, o reglas generales, mediante las cuales las personas generan juicios y toman decisiones sin tener que considerar toda la información relevante, confiando en cambio en un conjunto limitado de señales que ayudan a su toma de decisiones. Dichas heurísticas surgen debido al hecho de que tenemos recursos cognitivos y motivacionales limitados, y que debemos usarlos de manera eficiente para tomar decisiones cotidianas. Aunque tales heurísticas son, generalmente, adaptativas y contribuyen a nuestra vida diaria, la dependencia de una parte limitada de la información relevante a veces da como resultado sesgos sistemáticos y predecibles que conducen a decisiones sub-óptimas” (2013, p. 114). Finalmente, véase también Weinstein (2002-2003, pp. 789-790).

crita en la primera situación. El proceso argumentativo, así, debería hacerse inmune a las formas falibles de razonamiento (esta conjetura es señalada por, por ejemplo, Wojciechowski & Pothos, 2018, p. 1). ¿Es esta conjetura avalada por la evidencia disponible? Los resultados no son del todo alentadores. Un estudio del 2003 llevado a cabo en Galicia, España, muestra que de 555 sentencias, 74.95% de estas recaen en alguna forma de sesgo cognitivo (Fariña, Arce & Novo, 2003, pp. 287-304). Estos resultados requieren de nuevas investigaciones realizadas en diversos contextos, pero nos deberían alertar contra un excesivo optimismo en la racionalidad del tipo Sistema 1, en el contexto de la toma de decisiones jurídicas.

En un escenario como el que hemos descrito hasta aquí, cabe entonces preguntarse por los tipos de sesgos más comunes en la labor, principalmente, de los jueces. Una enumeración exhaustiva sobre la incidencia de los sesgos y heurísticas en el Derecho parece una empresa del mayor interés pero escapa a un primer acercamiento como el que aquí se ofrece. En su lugar, apoyándonos en la recopilación de evidencia efectuada por Peer & Gamliel (2013), presentaremos algunos de los sesgos presentes con mayor frecuencia en el razonamiento jurídico y, especialmente, en el judicial.

### *Sesgos en audiencias*

Durante las audiencias de juicios, los juzgadores son especialmente vulnerables a la incidencia de sesgos como los siguientes:

- Sesgo de confirmación: se selecciona la información de acuerdo a si corrobora las preconcepciones de quien juzga, en detrimento de hipótesis contrarias. Un ejemplo de ello se da cuando los jueces seleccionan evidencia que confirma su hipótesis sobre determinado caso, y omiten evidencia incompatible, o le otorgan un peso menor (Peer & Gamliel, 2013, p. 115).
- Sesgo retrospectivo: nuestro saber popular posee un refrán que capta a la perfección la lógica detrás de este sesgo: “después de la guerra, todos somos generales” (de la Jara, Rivas & Juscamaita, 2017, p. 23). Más precisamente, cuando las personas evalúan los resultados de cierto evento luego de que este ha ocurrido (y conocen lo que pasó), considerarán más probable el resultado obtenido, en comparación a si el evento nunca hubiere tenido lugar (Peer & Gamliel, 2013, p. 115). Como

mencionan Peer y Gamliel, este sesgo es más recurrente en juicios sobre responsabilidad civil, y, especialmente, entre peritos expertos que evalúan las acciones de profesionales en la situación original. Los autores que venimos analizando ponen el ejemplo de un médico acusado de mala praxis por fallar en la detección de un pequeño tumor (mediante radiografía) durante una etapa temprana de desarrollo de cáncer en un paciente, quien finalmente murió. Se encontró culpable al médico luego de que un segundo especialista testificara que el tumor pudo ser detectado en la etapa temprana. En este caso, al conocimiento del resultado por parte del segundo médico, se suma que el sesgo retrospectivo incrementa su incidencia dependiendo de la gravedad del resultado.

- Falacia de conjunción: por influjo de este sesgo, las personas juzgan más probable un evento cuando este es descrito con mayor detalle, a pesar de que, de acuerdo a la teoría de las probabilidades, la situación es la inversa (Tversky & Kahneman, 1983; Wojciechowski & Pothos, 2018)<sup>33</sup>. Un ejemplo puede ayudar a entender la idea subyacente: es más probable cruzarme por la calle con un abogado que con un abogado budista. En términos simples, el conjunto de abogados budistas es un subconjunto del conjunto de los abogados. Sin embargo, las personas suelen atribuir mayor probabilidad al evento descrito con mayor detalle; en este caso, a encontrarme con un abogado budista. Este sesgo suele estar presente en el análisis y valoración de la prueba testimonial<sup>34</sup>.

---

33 Formalmente, la falacia de la conjunción nos dice que las personas juzgan más probable una conjunción  $P(A\&B)$  que la probabilidad de sus constituyentes, es decir, de  $P(A)$  y  $P(B)$ . Esta forma de razonamiento viola la llamada “regla de la extensión” de la teoría clásica de la probabilidad, en la medida que la probabilidad de la conjunción no puede ser mayor que la de sus constituyentes (Tversky & Kahneman, 1983: 294).

34 Aunque difiere y es, en cierta medida, el inverso del problema de la falacia de conjunción, resulta relevante mencionar el caso *People v. Collins* que resolvió la Suprema Corte de California en 1968 y que es analizado por Lawrence Tribe en un conocido artículo (1971, pp. 1355ss.). En este caso, se introdujo en el proceso el testimonio de un profesor de matemática para que de cuenta de las remotas probabilidades de que se diera el escenario de una mujer caucásica con coleta de cabello rubio, acompañada por un hombre afroamericano con bigote, manejando un auto amarillo. Esta combinación calzaba con la descripción que una mujer anciana había dado sobre los perpetradores de un robo que había sufrido antes de que los asaltantes huyeran del lugar. El matemático aplicó la regla del producto de la teoría de las probabilidades, que sostiene que la probabilidad de un evento conjunto depende de las probabilidades individuales de cada evento que

### *Sesgos en el proceso de toma de decisiones*

Además del efecto acumulativo de los sesgos que operan en la fase de audiencia, en la toma de decisiones se agregan los siguientes:

- Imposibilidad de ignorar evidencia inadmisibile: nuestros sistemas procesales poseen reglas de exclusión probatoria por las que, por ejemplo, se excluye material obtenido mediante la violación de algún derecho fundamental (Peer & Gamliel, 2013, p. 116). No obstante, cuando se produce la intermediación entre este material probatorio y el tomador de decisiones, es muy difícil que este pueda ignorar la evidencia en el proceso decisorio. En los juicios por jurados este efecto es aún más profundo, lo cual no obsta que también afecte a la toma de decisiones judicial.
- Sesgo de decisión secuencial: como señalan Peer & Gamliel (2013: 116), cuando los jueces deciden un mismo tipo de caso de forma secuencial durante cierto periodo de tiempo –por ejemplo, toda una mañana–, progresivamente tienden a fallar más a favor del *statu quo*, es decir, dejar las cosas tal como están. No obstante, en un estudio de Danziger, Levav & Avnaim-Pesso (2011), sobre un universo de 1,112 casos resueltos por 8 jueces en Israel sobre pedidos de libertad condicional, se halló que esta tendencia se puede revertir después del almuerzo. Específicamente, hallaron que el 65% de las resoluciones eran favorables a los solicitantes al inicio de cada sesión (por la mañana, luego del desayuno; o después del almuerzo). Este porcentaje se reducía gradualmente a lo largo de cada sesión, llegando hasta el rango de 0 a 10%<sup>35</sup>. Luego del descanso

---

lo compone, para llegar a la conclusión de que las probabilidades eran de una en doce millones de que una pareja elegida al azar posea las características relevantes. El caso nos muestra que la descripción detallada de características observadas, por ejemplo, por testigos, podría ofrecernos información adicional sobre la probabilidad de ocurrencia de determinadas combinaciones, aunque como la misma Corte Suprema de California argumentó, existen críticas a que tal información posea una marcada relevancia en el análisis probatorio de un caso.

35 “We find that the likelihood of a favorable ruling is greater at the very beginning of the work day or after a food break than later in the sequence of cases. This pattern is readily evident in figure 1 which plots the proportion of favorable rulings by ordinal position for 95% of the observations in each decision session. The plot shows that the likelihood of a ruling in favor of a prisoner spikes at the beginning of each session—the probability

del almuerzo, los porcentajes volvían a incrementarse. En la siguiente sección conjeturaremos razones por las que esto podría ocurrir y estrategias institucionales para mitigar sus efectos.

### *Sesgos en el proceso de sentenciar*

Finalmente, de acuerdo a Peer y Gamliel, los sesgos también están presentes en el proceso de sentenciar, aunque aquí solo mencionaremos el sesgo de anclaje y ajuste. Nuevamente es importante mencionar que el sesgo que a continuación se menciona no aparece exclusivamente en el proceso de sentenciar, sino que puede estar presente en momentos anteriores.

- Sesgo de anclaje y ajuste: el llamado “efecto ancla” (Kahneman, 2015, p. 161) es uno de los sesgos que ha recibido mayor atención por parte de los especialistas. Mediante este, una cifra funciona como ancla y hace que las personas ajusten sus estimados de acuerdo a tal estándar prefijado. Se trata, no obstante, de un sesgo complejo, pues opera en variantes distintas tanto en el Sistema 1 como en el Sistema 2. Como señala KAHNEMAN, en el Sistema 1 opera como un efecto de “sugestión” o *priming*, mientras que en el Sistema 2 opera como una operación consciente de ajuste frente a una cifra de anclaje (2015, pp. 161-166). ¿Cómo es relevante este sesgo para el Derecho? por ejemplo, en la fijación de montos por reparación civil. Si la pretensión del demandante es elevada, ello puede sesgar al tomador de decisiones. Asimismo, la duración de una pena puede estar determinada por (1) el pedido del fiscal o una de las partes (el ancla) o (2) la experiencia previa del juez decidiendo casos similares.

Los sesgos y heurísticas hasta aquí listados son una primera mitad de factores que pueden incidir en la decisión judicial, y que no están relacionados con el contexto de justificación (entendido en términos más bien estrictos). No obstante, a la literatura proveniente de la psicología, deberíamos sumar una extensa literatura proveniente de ciencias sociales como la sociología, la antropología y la ciencia política, que da cuenta de la incidencia de factores culturales e ideológicos en el proceso de toma de decisiones. En este caso, el

---

of a favorable ruling steadily declines from  $\approx 0.65$  to nearly zero and jumps back up to  $\approx 0.65$  after a break for a meal” (Danziger, Levav & Avnaim-Pesso, 2011).

divorcio entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación ya no es tan claro, pues los sistemas ideológicos de creencias pueden estar fundamentados y sedimentados en reflexión por parte de quien se autoidentifica en ellos. No obstante, en este caso el problema radica en no disociar cuidadosamente el espacio de las creencias e ideología personal, del problema que se debe resolver con arreglo a derecho.

Junto con Noemí Ancí he analizado este problema (Sotomayor & Ancí, 2017, pp. 263ss.) planteándolo desde los tipos ideales de ideología de la decisión judicial identificados por Jerzy Wróblewski (2013: 68ss). Estos tipos ideales son los de la decisión vinculada, de la libre decisión y, finalmente, la ideología de la decisión legal y racional. Para la ideología de la libre decisión, que es el tipo ideal aquí relevante, “la creación y aplicación del derecho son tareas indisolubles y asignadas a los jueces” (Sotomayor & Ancí, 2018, p. 267). Esta ideología tiene una versión radical, que se asemeja al modelo actitudinal de judicatura (*attitudinal model*), propuesto por los politólogos Jeffrey A. Segal y Harold J. Spaeth (2002)<sup>36</sup>, y posteriormente desarrollado por Marcella Marlowe (2011, pp. 2-4). Este modelo, perteneciente a la corriente de los *empirical legal studies* (Sotomayor & Ancí, 2017, p. 373), inicialmente desarrollado para analizar la labor de la Corte Suprema de Estados Unidos, muestra la importancia de factores ideológicos en el proceso de toma de decisiones:

“Según este (...) los jueces elaboran sus decisiones basados en las preferencias políticas, del mismo modo como lo hacen los políticos, quienes dejan que sus opiniones y sus concepciones morales guíen sus decisiones. Los jueces deciden los casos iluminados por sus sinceros valores ideológicos yuxtapuestos en contra de los estímulos fácticos del caso” (Sotomayor & Ancí, 2017, p. 373).

Más allá de la ideología política, otros factores que suelen influir en la toma de decisiones son los prejuicios y creencias de los jueces. Entre estos se

---

36 En el mismo sentido, señala Posner: “Justices and judges appointed by Democratic Presidents are predicted to vote disproportionately for ‘liberal’ outcomes, such as outcomes favouring employees, consumers, small businessmen, criminal defendants (other than white-collar defendants), labour unions, and civil liberties plaintiffs. Judges and Justices appointed by Republican Presidents are predicted to vote disproportionately for the opposite outcomes” (2010, p. 20).

encuentran las creencias religiosas, sobre superioridad racial o cultural (racismo<sup>37</sup> y clasismo), roles de género (machismo, homofobia o transfobia<sup>38</sup>, por ejemplo), entre otros. En el marco del razonamiento probatorio, la valoración de la prueba testifical, por ejemplo, es un campo rico y lleno de ejemplos de este tipo.

En todo caso, la ventaja de toda esta segunda agrupación de factores es que los mismos no son completamente automáticos, como en el caso de los sesgos cognitivos. Por ello, es posible idear mecanismos que racionalicen la toma de decisiones, de forma tal que se minimice la incidencia de estos. Toda esta parcela *arquitectural* de la argumentación es tratada en la siguiente sección.

#### 4. La complejidad de la argumentación en el mundo real

La sección precedente ha propuesto una división entre dos tipos de factores que inciden en el proceso de toma de decisiones judiciales (y, en general, jurídicas), y que, sin embargo, no se relacionan estrictamente con el contexto de justificación entendido en sentido estricto: los sesgos y heurísti-

---

37 Por ejemplo, hay cuantiosa evidencia sobre un sistema de justicia criminal racista en los Estados Unidos. Recientemente, un periodista del *The Washington Post* reunió varios de los estudios que se han venido realizando al respecto en los últimos años. Véase Balko (2018). Uno de los estudios más interesantes reseñado por Balko da cuenta de discrepancias en la extensión temporal de las sentencias (1) entre blancos y negros y (2) entre negros, dependiendo del grado de oscuridad de la piel (Hochschild & Weaver, 2007). Como alternativa al racismo de (1), Jennifer L. Hochschild y Vesla Weaver –autoras del estudio– emplean el término “colorismo” para dar cuenta del fenómeno presente en (2). Siguiendo a Maddox y Gray, Hochschild & Weaver definen al colorismo como “the tendency to perceive or behave towards members of a racial category based on the lightness or darkness of their skin tone” (2007, p. 646). La manifestación judicial del colorismo es resumida por las autoras a partir de un estudio llevado a cabo en Georgia, que comprende el periodo 1995-2002: “Consider criminal justice: among 66,927 male felons incarcerated for their first offense in Georgia from 1995 through 2002, the dark-skinned received longer prison sentences. Whites’ sentences averaged 2,689 days, and blacks’ were longer by 378 days. Within the black group, those with the lightest skin received prison sentences averaging three and a half months longer than did whites; medium-skinned blacks received the average for blacks and a year more than whites; and the dark-skinned got hit with 3,250 days - a year and a half longer than whites” (2007, p. 649).

38 Véase Comisión Nacional contra la Discriminación (CONACOD) (2019).

cas conductuales, de un lado, y las consideraciones culturales e ideológicas, del otro. Sin embargo, mientras que los sesgos se presentan principalmente a través de operaciones del Sistema 1, las consideraciones culturales e ideológicas tienen un importante contenido racional, que es luego mecanizado a través de la operación de prejuicios y estereotipos. En tal medida, si bien no es del todo correcto afirmar que estamos frente a procesos completamente pertenecientes al Sistema 2 (los prejuicios, con el pasar del tiempo, comienzan a operar de manera automática), también es cierto que no se trata de procesos análogos sin más al Sistema 1. Un símil interesante se da con el caso de las emociones: estas tienen un contenido cognitivo, consistente en un juicio sobre cierto estado de cosas, pero no podemos afirmar que toda la incidencia de una emoción sea análoga a la operación fría de la racionalidad de tipo instrumental<sup>39</sup>.

Ahora bien, los factores ideológicos y culturales pasan por un tamiz, aunque sea mínimo, de racionalidad. Comenzando por el ejemplo más claro, los juicios ideológicos suelen estar precedidos por ciertos presupuestos morales, filosófico-políticos, de teoría de la justicia, etc. De esta manera, cuando un juez decide un caso de acuerdo a consideraciones exclusivamente ideológicas, podríamos afirmar —dependiendo del caso— que la resolución está incorrectamente justificada de acuerdo al Derecho, pero que cuenta, sin embargo, con una racionalidad ideológica que hace posible su control intersubjetivo. Menos claro es el ejemplo de las creencias. Por ejemplo, especialmente en materias sensibles para creyentes religiosos, es difícil lograr una apertura a la discusión racional de ciertos presupuestos, y, en este caso, el origen de la cerrazón tiene que ver con creencias religiosas que descansan, en última instancia, en la fe del creyente. Podemos hablar, en este supuesto, de una racionalidad acotada, que permite al creyente razonable (Rawls, 2012) discutir hasta cierto punto (idealmente, un punto suficiente para un acuerdo de tipo político guiado por el ideal de la tolerancia<sup>40</sup>), luego del cual se hará muy difícil continuar con la deliberación.

Finalmente, es más difícil aún encontrar el núcleo de racionalidad presente en los prejuicios: mientras que algunos de ellos, como el machismo, la

---

39 Estas consideraciones más bien esquemáticas ameritan un desarrollo más cuidadoso. Véase un intento en ese sentido en Sotomayor (2017). Asimismo, González (2009).

40 Además de Rawls, véase, en este punto, a Marciani (2016).

homofobia o la transfobia, encuentran sus orígenes en creencias religiosas, otros, como el racismo, no se sostienen necesariamente en un sistema articulado de ideas como el del racismo científico del siglo XIX<sup>41</sup>, sino en sentimientos estudiados por la psicología social, y vinculados al sesgo de favoritismo endogrupal<sup>42</sup>. No obstante, en la medida que no hay completa claridad sobre la justificación del racismo en cada caso, preferimos no analogarlo sin más a un sesgo de tipo cognitivo.

Por las consideraciones hasta aquí expuestas, propongo matizar la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación y, en su lugar, proponer una distinción tripartita entre (i) contexto de descubrimiento, (ii) contexto de juicios justificados (o parcialmente justificados) y (iii) contexto de justificación. El contexto de juicios justificados está compuesto por el conjunto de creencias y prejuicios –tradicionalmente asociados con el contexto de descubrimiento– que forman parte del andamiaje conceptual del tomador de decisiones, y que están parcialmente racionalizados o pueden ser racionalizados mediante diversas estrategias. Frente a estos, los factores del tipo sesgos cognitivos no pueden ser directamente racionalizados salvo empleando estrategias para que los tomadores de decisiones sean conscientes de la posible incidencia de formas sesgadas de pensamiento o, en la variante extrema, empleando mecanismos de arquitectura de las decisiones. El argumento que hasta aquí ha sido esbozado se puede sintetizar en la siguiente tabla:

---

41 Para el origen y desarrollo del racismo en países como Perú, véase Drinot (2006, pp. 21-22).

42 *Cf.* Rodríguez, Coello, Betancor, Rodríguez & Delgado (2006, pp. 73-77). Una explicación alternativa, asociada a la perspectiva egocéntrica, se encuentra en trabajos de neuroética. Véase, por ejemplo, Evers (2010).

**Tabla 1: Tripartición de contextos, instancias y estrategias de control**

Contextos	Instancias	Estrategias de control	Herramienta jurídica para mitigar efectos
Contexto de descubrimiento	Principalmente sesgos y heurísticas cognitivo-conductuales	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hacer tomar consciencia de los sesgos y tratar de corregirlos.</li> <li>• Arquitectura de decisiones (principalmente <i>nudges</i>).</li> </ul>	Es necesario el empleo de herramientas híbridas. Podría tratarse de estrategias de arquitectura de las decisiones (mediante políticas públicas desde un enfoque conductual). También se pueden adoptar medidas que reduzcan la incidencia de los sesgos.
Contexto de juicios justificados (o parcialmente justificados)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Consideraciones ideológicas</li> <li>• Creencias</li> <li>• Prejuicios</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Racionalización de creencias mediante su problematización.</li> <li>• Apartamiento del juez bajo influjo de creencias y/o prejuicios</li> <li>• Persuasión para reservar estas consideraciones al espacio privado de creencias.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Recusación</li> <li>• Inhibición</li> </ul>
Contexto de justificación	Juicios justificados	Control de coherencia y consistencia argumental	Control de motivación

Elaboración propia.

Como se puede ver, cada contexto posee una forma de control de racionalidad. En sentido estricto, entonces, podría enmarcarse a la teoría de la argumentación jurídica dentro de una teoría más general sobre la racionalidad de la toma de decisiones, con lo cual tanto el contexto de descubrimiento como el contexto de juicios justificados se incorporan al análisis y proyecto de investigación. ¿Qué ventajas tiene esta aproximación? Desde mi

punto de vista, principalmente dos: (i) una perspectiva más enriquecida y realista sobre las variables y consideraciones que los tomadores de decisiones en el Derecho toman en cuenta antes de arribar a una respuesta y expresarla mediante argumentos, y (ii) un proyecto de investigación comprensivo e interdisciplinario por esencia, donde confluyen los estudios sobre la argumentación –ya sea en su variante lógica, formal como informal; como en las variantes retóricas, pragmáticas y pragmadialécticas–, las ciencias sociales y la psicología.

En la tripartición propuesta, el terreno más difícil de racionalizar debido a la dominancia del Sistema 1 es el de los sesgos cognitivos. Aquí la estrategia tradicional ha consistido en hacer tomar consciencia de los sesgos a quienes deciden, de forma tal que estos traten de corregir o mitigar sus efectos (Weinstein, 2002-2003, p. 792). No obstante, a esta estrategia clásica se pueden sumar alteraciones sobre el entorno institucional y sobre las reglas procedimentales de los contextos de toma de decisiones. Por ejemplo, si, como Danziger y sus colegas han demostrado, los factores biológicos son determinantes para la incidencia de sesgos como el de decisión secuencial, las instituciones en las que se enmarcan los procesos decisorios pueden emplear tales factores biológicos a su favor. Así, se puede revertir o atemperar la incidencia del sesgo identificado mediante reglas que permitan un menor intervalo de descansos para relajarse o comer algo y recuperar los niveles de glucosa.

A esta adaptación institucional a variables biológicas se pueden sumar otras alteraciones institucionales de diverso tipo<sup>43</sup>. Por ejemplo, para evitar ciertos efectos nocivos del sesgo de anclaje y ajuste (entre otras consideraciones), en el arbitraje se ideó el arbitraje de oferta final, mediante el cual el árbitro está impedido de adoptar una solución de compromiso frente a determinada disputa –por ejemplo, entre el empleador y un sindicato que demanda un aumento salarial y mejora de condiciones laborales–, sino que debe optar por una de las alternativas –*in toto*– presentadas por las partes. Aunque parezca contraintuitivo, este diseño genera incentivos para presentar demandas razonables y de mejor calidad epistémica en su fundamentación. Asimismo, en la práctica las propuestas de las partes convergen alrededor de

---

43 Un resumen de variadas experiencias –no solo en el entorno judicial– a nivel mundial se encuentra en OECD (2017).

un valor aproximado mucho más cercano (por ejemplo, la parte A ofrece 50, mientras que la parte B demanda 54)<sup>44</sup>.

En segundo lugar, en el terreno de los juicios justificados (o parcialmente justificados), las estrategias de control son más clásicas, y consisten (i) en racionalizar creencias mediante su problematización –especialmente en el caso de variables ideológico-políticas–, (ii) apartar al juez o tomador de decisiones que se encuentra bajo el influjo de creencias y/o prejuicios especialmente nocivos, o (iii) persuadir al tomador de decisiones de reservar consideraciones basadas en creencias y/o prejuicios al espacio privado de sus íntimas convicciones (su “doctrina comprensiva”, en términos rawlsianos<sup>45</sup>). Si estas estrategias no funcionan, o persisten las dudas sobre su efectividad, el Derecho ofrece los mecanismos de la recusación e inhibición para mitigar los efectos de creencias y prejuicios especialmente potentes.

Finalmente, el contexto de justificación permanece como el espacio del control de racionalidad argumental *par excellence*. En este, las herramientas de la justificación interna y externa aseguran (i) la forma lógica de los argumentos, acorde a algún esquema inferencial lógicamente válido, y (ii) la razonabilidad de las premisas en función de algún tipo de estándar empírico, moral, instrumental, entre otros. La teoría de la argumentación jurídica ha desarrollado en extenso estas consideraciones, por lo que no parece aquí necesario ahondar más en ello. En todo caso, es importante mencionar que la herramienta jurídica para garantizar la calidad de la justificación se encuentra en el derecho-principio a la debida motivación, tema que hoy cuenta con desarrollos teóricos, doctrinarios y jurisprudenciales, y que ha sido consagrado como un derecho en los ordenamientos jurídicos de muchos países del mundo (y, ciertamente, de casi todas las democracias occidentales), así como a nivel de los sistemas de protección de derechos humanos.

## 5. Apuntes concluyentes

La exploración llevada a cabo en este capítulo nos ha mostrado un panorama más complejo que el que la tradicional distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación nos suele ofrecer. Ello es de espe-

---

44 El ejemplo, así como la explicación, fueron tomados de Aumann (2009, p. 10).

45 Rawls (1996, pp. 58ss.).

rarse, pues tal distinción se desarrolló en el seno de la filosofía de la ciencia de la primera mitad del siglo XX. Desde entonces, la crítica al modelo de racionalidad del tipo *homo economicus*, sumada a una agenda de investigación más flexible en la teoría de la argumentación –que se inicia pero no termina en la lógica informal– y, finalmente, el rápido desarrollo de la psicología conductual, nos han ofrecido una panorámica más realista sobre los procesos de razonamiento y toma de decisiones humana. Si a ello se suman las investigaciones provenientes de las ciencias sociales sobre la influencia de factores ideológicos, de creencias y prejuicios en los procesos de toma de decisiones, se hace evidente que alguna estrategia para matizar la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación se hace hoy necesaria. En ese sentido, aquí se ha ofrecido una estrategia tripartita de distinción entre contexto de descubrimiento, contexto de juicios justificados (o parcialmente justificados) y contexto de justificación. Finalmente, una consecuencia derivada de esta propuesta consiste en un análisis sobre las estrategias de control de racionalidad de cada contexto, a la vez que un catálogo de herramientas con las que cuenta el Derecho para lidiar institucionalmente con los desvíos de racionalidad a cada nivel.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. (2000). Sobre Derecho y lógica. *Isonomía*, (13), pp. 11-33.
- Anderson, B. (1995). The case for re-investigating “The process of discovery”. *Ratio Juris*, 8(3), pp. 330-348.
- Atienza, M. (1997). *Contribución a la teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.
- Atienza, M. (1999). El Derecho como argumentación. *Isegoría*, (21), pp. 37-47.
- Atienza, M. (2012). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2016). *Las razones del Derecho*. Lima: Palestra.
- Aumann, R. (2009). Game engineering. *Discussion Paper #518*. Jerusalem: The Hebrew University of Jerusalem – Center for the Study of Rationality: 10.
- Balko, R. (18 de setiembre de 2018). There’s overwhelming evidence that the criminal-justice system is racist. Here’s the proof. *The Washington Post*. Recuperado de: [https://www.washingtonpost.com/news/opinions/wp/2018/09/18/theres-overwhelming-evidence-that-the-criminal-justice-system-is-racist-heres-the-proof/?utm\\_term=.1d7e4dfd670f](https://www.washingtonpost.com/news/opinions/wp/2018/09/18/theres-overwhelming-evidence-that-the-criminal-justice-system-is-racist-heres-the-proof/?utm_term=.1d7e4dfd670f)
- Comisión Nacional contra la Discriminación (CONACOD) (2019). *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/266215-informe-sobre-la-situacion-de-la-identidad-de-genero-de-las-personas-trans-en-el-peru>
- Cuadros, J. (2015). *Reglas heurísticas y sesgos cognitivos identificados en el proceso de libre elección de EPS, dentro del sistema general de salud en Colombia: una aproximación experimental*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Danziger, S., Levav, J. & Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, (17). Recuperado de: <https://www.pnas.org/content/108/17/6889>

- De la Jara, J.; Rivas, G. & Juscamaita, A. (2017). Hand vs. Brain. El sesgo de retrospectiva en la implementación de la fórmula de Hand. *Paper presentado en la 21ª Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE)*. Recuperado de: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alcacde2017/papers.html](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcacde2017/papers.html)
- Drinot, P. (2006). Construcción de Nación, racismo y desigualdad: una perspectiva histórica del desarrollo institucional del Perú. En Crabtree, J. (ed.), *Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980*. Lima: Fondo Editorial PUCP, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, IEP.
- Evers, K. (2010). *Neuroética. Cuando la materia se despierta*. Buenos Aires: Katz.
- Fariña, F., Arce, R. & Novo, M. (2003). Cognitive Bias and Judicial Decisions. En: M. Vanderhallen, G. Vervaeke, P.J. Van Koppen & J. Goethals (eds.), *Much ado about crime* (pp. 287-304). Bruselas: Uitgeverij Politeia NV.
- García, A. & Gascón, M. (2003). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra.
- Gascón, M. (2014). ¿Lógica de descubrimiento para la prueba? En: García Amado, J. A. & Bonorino, P. (eds.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho* (pp. 149-162). Granada: Comares.
- González, D. (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar* (2<sup>da</sup> ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Habermas, J. (2003). *L'Éthique de la discussion et la question de la vérité*. París: Bertrand Grasset.
- Hochschild, J. & Weaver, V. (2007). The Skin Color Paradox and the American Racial Order. *Social Forces*, 86(2), pp. 643-670.
- Kahneman, D. (2015). *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: Debolsillo.
- Kristan, A. (2013). Three Grounds for Tests of the Justifiability of Legislative Action: Freedom, Representative Democracy, and Rule of Law. En:

- Wintgens, L. & Oliver-Lalana, D. (eds.), *The Rationality and Justification of Legislation*. Dordrecht: Springer.
- Klatt, M. (2017). *Hacer el derecho explícito*. Madrid: Marcial Pons.
- Kristan, A. (2017). *Derecho y otros enigmas*. Madrid: Marcial Pons.
- Kristan, A. (2018). *Desde el Estado hasta la Ideología Judicial: Antimanual*. Lima: Palestra.
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Nueva York: Oxford University Press.
- Maletta, H. (2010). La evolución del Homo economicus: problemas del marco de decisión racional en Economía. *Economía*, 33(65), pp. 9-68.
- Marciani, B. (2016). *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado constitucional*. Barcelona: Atelier.
- Marlowe, M., (2011). *Jurisprudential Regimes: The supreme Court, Civil Rights, and the Life Cycle of Judicial Doctrine*. El Paso, TX: LFB Scholarly.
- OECD (2017). *Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World*. París: OECD Publishing.
- Peer, E. & Gamliel, E. (2013). Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, (49), pp. 114-118.
- Pólya, G. (1973). *How to solve it*. Princeton: Princeton University Press.
- Posner, R. (2010). *How judges think*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (2012). *La justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona, Paidós.
- Rodríguez, A., Coello, E., Betancor, V., Rodríguez R. & Delgado, N. (2006). Amenaza al endogrupo y nivel de infrahumanización del exogrupo. *Psicothema*, 18(1), pp. 73-77.

- Saavedra, R. (2011). Deconstruyendo al homo economicus: una revisión conductual de un paradigma del Law and Economics. *Ius et Veritas*, (42), pp. 54-85.
- Santibáñez, C. (2018). *Origen y función de la argumentación. Pasos hacia una explicación evolutiva y cognitiva*. Lima: Palestra.
- Schickore, J. & Steine, F. (eds.) (2006). *Revisiting Discovery and Justification. Historical and philosophical perspectives on the context distinction*. Dordrecht: Springer.
- Schickore, J. (2018). Scientific Discovery. En Zalta, E. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/entries/scientific-discovery/#DisBetConDisConJus>
- Segal, J. & Spaeth, H. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sotomayor, J. & Ancí, N. (2017). *El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en Robert Alexy: dos propuestas de solución*. México D.F.: Ubijus, IIDH, CEAD.
- Sotomayor, J. (2017). Emoción, racionalidad y argumentación en la decisión judicial. *Revista Derecho PUCP*, (79), pp. 151-190.
- Sunstein, C. & Thaler, R. (2003). Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, 93(2), pp. 175-179.
- Thaler, R. (2010). Del homo economicus al Homo Sapiens. *Themis – Revista de Derecho*, (58), pp. 299-306.
- Tribe, L. (1971). Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*, 84(6), pp. 1329-1393.
- Tversky, A. & Kahneman, D. (1983). Extensional versus intuitive reasoning: the conjunctive fallacy in probability judgement. *Psychological Review*, 90(4), pp. 293-315.
- Tversky, A. & Kahneman, D. (1982). *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Walton, D. (2006). *Fundamentals of Critical Argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Weinstein, I. (2002-2003). Don't Believe Everything You Think: Cognitive Bias in Legal Decision Making. *Clinical Law Review*, 9(783), pp. 783-834.
- Wintgens, L. (2012). *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*. Aldershot: Ashgate.
- Wintgens, L. & Oliver-Lalana, D. (eds.) (2013). *The Rationality and Justification of Legislation*. Dordrecht: Springer.
- Wróblewski, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho*. Lima: Grijley.
- Wojciechowski, B. & Pothos, E. (2018). Is there a conjunction fallacy in legal probabilistic decision making? *Frontiers in Psychology*, 9(391), pp. 1-11.