

LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO*

BIASES IN PUBLIC LAW RESEARCH

Oriol Mir Puigpelat
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pompeu Fabra

RESUMEN: En el presente trabajo se estudia el impacto que los sesgos cognitivos y no cognitivos tienen en la investigación del Derecho público, y se proponen determinadas estrategias individuales, institucionales y comunitarias para tratar de mitigarlos. Antes de abordar esta cuestión metodológica, la primera parte del trabajo se centra en la cuestión teórica previa relativa al concepto de sesgo y a la relación existente entre los sesgos cognitivos y otros sesgos tan o más importantes para el Derecho como los sesgos ideológicos, de género, crematísticos o algorítmicos. Se propone un concepto extenso y normativo de sesgo como error sistemático mitigable que incluya toda esta variedad de sesgos y que incentive la adopción de medidas destinadas a evitarlos. El trabajo concluye reivindicando la gran importancia de una ciencia jurídica lo más objetiva y menos sesgada posible en el peligroso contexto actual de polarización ideológica, exaltación de los impulsos y de la irracionalidad alimentado por las redes sociales.

* Un borrador del presente trabajo fue presentado para su discusión en el Seminario de Teoría y Método del Derecho Público que tuvo lugar el 29 de noviembre de 2024 en la Universitat de Girona. Agradezco enormemente que sus organizadores me encargaran este tema, así como las agudas observaciones efectuadas (por orden de intervención) en el foro virtual previo por Alba Nogueira, Mariano Bacigalupo, Carlos Amoedo, Mercè Darnaculleta y, ya en el seminario presencial, por Susana de la Sierra (quien ejerció de *discussant* constructiva y perspicaz), Núria Magaldi (con su comunicación sobre los sesgos ideológicos), Jesús A. Tahiri, Jorge Castillo, Juan Carlos Covilla, Dolores Utrilla, Silvia Díez, Martín Burgi, Francisco Velasco, Mercè Darnaculleta, José María Rodríguez de Santiago, Jorge García-Andrade, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, Gabriel Doménech, Agustí Cerrillo, Diana Santiago, María Amparo Salvador, Julia Ortega, César Cierco y Andrés Boix. El apartado 2.2.3 trata de dar respuesta a algunas de dichas observaciones. Agradezco también las sugerencias de los evaluadores anónimos de la revista. La versión definitiva ha sido finalizada el 2 de abril de 2025, fecha en que se han consultado por última vez las páginas web indicadas en el texto.

PALABRAS CLAVE: sesgos; sesgos cognitivos; sesgo ideológico; ciencia jurídica; objetividad; racionalidad; investigación en Derecho público; comunidad académica.

ABSTRACT: This paper studies the impact that cognitive and non-cognitive biases have on public law research, and proposes certain individual, institutional and community strategies to try to mitigate them. Before addressing this methodological issue, the first part of the paper focuses on the previous theoretical question regarding the concept of bias and the relationship between cognitive biases and other biases as or more important for law such as ideological, gender, economic or algorithmic biases. It proposes an extensive and normative concept of bias as a mitigable systematic error that includes all this variety of biases and that encourages the adoption of measures aimed at avoiding them. The paper concludes by vindicating the great importance of a legal science that is as objective and unbiased as possible in the current dangerous context of ideological polarisation, exaltation of impulses and irrationality fuelled by social networks.

KEYWORDS: biases; cognitive biases; ideological bias, legal science; objectivity; rationality; public law research; academic community.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL CONCEPTO DE SESGO COMO ERROR SISTEMÁTICO MITIGABLE: 2.1. Los sesgos cognitivos y su relación con otros tipos de sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica; 2.1.1. Los sesgos cognitivos; 2.1.2. Otros tipos de sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica; 2.2. El concepto de sesgo en las ciencias experimentales y en la ciencia jurídica; 2.2.1. La desviación sistemática del resultado esperado por falta de consideración objetiva de todas las variables relevantes como aspecto común a todos los tipos de sesgos, 2.2.2. El sesgo como error sistemático mitigable en las ciencias experimentales y también en la ciencia jurídica; 2.2.3. Excurso: algunas objeciones al planteamiento expuesto y su posible respuesta.— 3. LA INCIDENCIA DE LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO: 3.1. La (limitada) incidencia de los sesgos cognitivos; 3.2. La (notable) incidencia de los sesgos no cognitivos.— 4. ESTRATEGIAS DE MITIGACIÓN DE LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO: 4.1. Estrategias individuales. 4.2. Estrategias institucionales y comunitarias.— 5. FINAL.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los sesgos lleva ya un tiempo en boga en la ciencia jurídica española, particularmente en la doctrina de Derecho administrativo. Se alude a él con mucha frecuencia en las publicaciones y seminarios especializados, sobre todo en los más interesados en cuestiones teóricas y metodológicas, como el seminario semestral rotatorio de Teoría y Método del Derecho Público (STEM). Se ha llegado incluso a afirmar que “el Derecho administrativo debe ser visto en el siglo XXI como un instrumento de evitación de sesgos”¹.

¹ Juli PONCE SOLÉ, “Derecho administrativo, ciencias conductuales y *nudging* en la gestión pública”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 15, 2018, pp. 8-27 (p. 18).

Este interés por los sesgos es relativamente reciente. Es muy sintomático que, pese a su estrecha relación con el principio de objetividad de la actuación administrativa, el término “sesgo” no se mencione ni una sola vez en ninguno de los trece trabajos que integraron el último gran volumen dedicado por la doctrina administrativista española a dicho principio, en el año 2011, y que incluía también contribuciones de Alemania, Francia e Italia².

El principal desencadenante del interés por los sesgos en la doctrina de Derecho administrativo fue, sin duda, la traducción al español de dos obras que han popularizado enormemente las investigaciones de la psicología cognitiva acerca de los *sesgos cognitivos* observados en el pensamiento rápido o intuitivo de las personas, y las repercusiones que tales investigaciones han tenido para el surgimiento de la economía del comportamiento (*Behavioral Economics*) y el Análisis Conductual del Derecho (*Behavioral Law and Economics*) de origen norteamericano³: el libro de THALER y SUNSTEIN en que abogan por la utilización por parte del sector público de *nudges* o acicates basados en tales sesgos (a fin de aprovecharlos en beneficio de los intereses públicos y de los propios ciudadanos)⁴, y el libro de KAHNEMAN que recoge y difunde para el gran público las influyentes aportaciones sobre psicología cognitiva que efectuó junto a TVERSKY a partir de un trabajo seminal de 1974⁵, y por las que —como ya es de sobras conocido— fue el primer no economista en obtener el Premio Nobel de Economía en 2002⁶.

² Se trata del número monográfico de la revista *Documentación Administrativa* que dirigió Luis MÍGUEZ (núm. 289, enero-abril de 2011, aparecido en 2013). Un buen resumen de sus contenidos puede encontrarse en la presentación del número monográfico efectuada por dicho autor (pp. 11-17).

³ Al respecto, Borja BARRAGUÉ CALVO y Gabriel DOMÉMECH PASCUAL, “El análisis interdisciplinar del Derecho público”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉMECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2021, pp. 495-557 (pp. 519-533).

⁴ Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un pequeño empujón (nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Madrid, Taurus, 2009 (la edición original en inglés es de 2008).

⁵ Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, vol. 185, núm. 4157, pp. 1124-1131. Incluido y traducido al español como apéndice del libro de Kahneman que se cita a continuación. Tan o más influyente que el anterior fue un trabajo que elaboraron cinco años después: Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica*, vol. 47, núm. 2, 1979, pp. 263-292.

⁶ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Penguin Random House, Barcelona, 2012 (la edición original en inglés es de 2011). KAHNEMAN y SUNSTEIN elaboraron después, junto a Olivier SIBONY, el libro *Ruido. Un fallo en el juicio humano*, Penguin Random House, Barcelona, 2021, donde examinan y proponen estrategias para evitar el fenómeno del “ruido”, que definen como la variabilidad no deseada y aleatoria en juicios sobre un mismo problema (p. ej., cuando distintos jueces penales imponen condenas muy distintas por unos mismos hechos). A diferencia del sesgo, el ruido carecería de carácter sistemático, aunque entre los factores que lo producen puedan encontrarse también los sesgos.

Han sido estos sesgos cognitivos los que más ha estudiado la doctrina administrativista española reciente, al hilo sobre todo de los *nudges*⁷, de la comparación entre la toma humana y automatizada de decisiones⁸, y de la influencia que tales sesgos pueden tener en las sentencias judiciales⁹, en la enseñanza del Derecho administrativo¹⁰ y en la propia doctrina¹¹. Los sesgos cognitivos han merecido también la atención, en los últimos años, de otras disciplinas de la ciencia jurídica española¹².

Se echa en falta, sin embargo, un análisis más detallado del *concepto de sesgo*, que permita en su caso elevarlo a categoría jurídica, y de la relación existente entre los apuntados sesgos cognitivos y *otros tipos de sesgos*, acaso más importantes para el Derecho, como p. ej. los sesgos ideológicos, de género o crematísticos, o los sesgos en que incurren habitualmente los sistemas de inteligencia artificial (IA), cuya intervención en el proceso de aplicación de las normas jurídicas será cada vez más determinante. A ello se dedicará la primera parte del presente trabajo (apartado 2).

⁷ Juli PONCE SOLÉ, “Derecho, acicates (*nudges*) y buena administración”, en ÍD. (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 61-82 (*passim*); Elisa MOREU CARBONELL, “*Nudges* y Derecho público. Oportunidad y regulación”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 83-107 (*passim*); Joan-Pere LÓPEZ PULIDO, *Perspectiva cognitiva y nudge público. La actuación conductual de los poderes públicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 155-188.

⁸ Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, pp. 171-220 (pp. 176-178, 203-204, 207-208, 211).

⁹ Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El relativo valor de la justicia (administrativa). Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La ‘zona de lo interpretable’ y el azar en el Derecho”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, pp. 1-10 (pp. 5-6).

¹⁰ Francisco VELASCO CABALLERO, “Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho administrativo”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 109-131 (*passim*).

¹¹ Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora”, *InDret*, núm. 2, 2016, pp. 1-37 (pp. 5-7 y 35); ÍD., “Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas”, *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 388-440 (pp. 400, 417, 422). Salvo error por mi parte, este autor fue el primer administrativista español que se ocupó de los sesgos cognitivos, antes de la traducción de los libros citados, en “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 389-425 (pp. 415-422).

¹² Cabe citar, entre otros trabajos, los de penalistas como Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid, 2016 (pp. 213 y 247-284); procesalistas como Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una Aproximación”, *InDret*, núm. 2, 2011, pp. 1-39 (*passim*); ÍD., “Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica”, *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-54 (*passim*); o civilistas como Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Los sesgos del jurista”, *Blog Zona Bolognia*, 23 de septiembre de 2016, <https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-y-el-jurista-una-leccion.html>; ÍD., “El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica”, en Cristina GIL MEMBRADO (dir.), *Bioderecho y retos. M-Health, genética, IA, robótica y criogenización*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 337-353 (*passim*).

Por otro lado, parece interesante profundizar en el impacto que los sesgos pueden tener en la investigación jurídica, en general, y del Derecho público, en particular. Se trata de una cuestión metodológica relevante de la ciencia jurídica y que ha sido poco explorada¹³. En el apartado 3 trataré de identificar los sesgos más relevantes en que podemos incurrir quienes nos dedicamos a la investigación del Derecho público, y en el apartado 4 enumeraré algunas estrategias para su posible mitigación.

El trabajo concluirá con unas reflexiones finales sobre la importancia de la objetividad y la minimización de sesgos en la actividad investigadora y, en general, de los operadores jurídicos, en el peligroso contexto político y social actual de polarización ideológica, exaltación de los impulsos y de la irracionalidad (apartado 5).

2. EL CONCEPTO DE SESGO COMO ERROR SISTEMÁTICO MITIGABLE

2.1. Los sesgos cognitivos y su relación con otros tipos de sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica

2.1.1. *Los sesgos cognitivos*

Como es sabido y han explicado ampliamente los autores y autora antes citados, los sesgos cognitivos son aquellos errores sistemáticos en el procesamiento de información en que incurrimos los humanos cuando acudimos a *atajos mentales* (heurística¹⁴) al ejecutar procesos mentales del tipo 1, esto es, al pensar de forma rápida, automática o intuitiva, que es lo que hacemos habitualmente a fin de reducir el consumo energético de nuestro cerebro, que es voraz cuando le exigimos que piense de forma lenta, deliberada o esforzada (procesos mentales de tipo 2).

Dichos atajos mentales son el resultado de nuestra evolución como especie a lo largo de miles de años y funcionan extraordinariamente bien en muchas ocasiones¹⁵. A ellos hay que sumar la *intuición experta* que se logra tras tiempo de práctica pro-

¹³ Hace ahora diez años, los días 13 y 14 de noviembre de 2014, el Área de Derecho administrativo de la Universidad de Valencia organizó el “I Congreso internacional sobre los sesgos en la investigación jurídica” (<https://www.uv.es/sesgos/programa.definitivo.congreso.sesgos.pdf>), con ponentes de máximo nivel, aunque lamentablemente no se llegaron a publicar sus actas ni ha tenido continuidad en ediciones sucesivas.

¹⁴ Conviene precisar, porque a menudo se olvida, que el término inglés “*heuristics*” debe traducirse al español por “heurística”, como hace el traductor de KAHNEMAN (2012: 133 y *passim*), y no ya por “heurísticos”, que no es un sustantivo válido según el *Diccionario de la Real Academia Española* (RAE). La cuarta definición de dicho Diccionario de la palabra “heurística”, como “manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos”, coincide en buena medida con el significado que le da este autor en la p. 133 de la obra citada.

¹⁵ Como ha subrayado, con su concepción de las reglas heurísticas rápidas y frugales como una “caja de herramientas adaptativa” (*adaptive toolbox*), Gerd GIGERENZER (p. ej., en ID. y Reinhard SELTEN [eds.], *Bounded Rationality. The Adaptive Toolbox*, The MIT Press, Cambridge, 2001), “nues-

longada en entornos regulares, y que permite a profesionales sanitarios, bomberos, ajedrecistas o deportistas tomar decisiones acertadas de forma automática¹⁶. Pero, con mucha frecuencia, el pensamiento automático nos induce a errores, a errores sistemáticos y, por ello, predecibles, que confirman la tesis de SIMON según la cual la racionalidad humana es limitada (*bounded rationality*)¹⁷, frente a la concepción irreal del *homo oeconomicus* presupuesta por la teoría económica clásica y el enfoque tradicional del Análisis Económico del Derecho.

Así, diversos experimentos han constatado que, al pensar de forma rápida, los humanos tendemos, p. ej., a sobrevalorar los riesgos e información que tenemos más presentes (sesgo cognitivo de disponibilidad), a desechar la información que contradice nuestras creencias y posiciones previas (sesgo de confirmación), a no modificar el estado actual de las cosas (sesgo del *statu quo*), a seguir el comportamiento de la mayoría (sesgo gregario o de rebaño), a ver los eventos pasados como predecibles (sesgo retrospectivo), a estar muy condicionados por la primera información que se nos presenta (sesgo de anclaje), y por la forma con que la información se nos presenta (sesgos de encuadre o enmarcado —*framing*— y de “sobrepersuasión” —*overpersuasion*—), a extrapolar las características positivas o negativas que conocemos de una persona u objeto al resto de características que ignoramos de dicha persona u objeto, aunque no estén relacionadas (sesgo o efecto halo), a sobrevalorar los grupos a los que pertenecemos (sesgo de grupo —*in-group*—), a dar mayor credibilidad a las opiniones y juicios procedentes de figuras de autoridad (sesgo de autoridad), a sobreestimar el grado de consenso que existe sobre nuestras propias opiniones, creencias, hábitos o gustos (sesgo del falso consenso) o a confiar acríticamente en los resultados suministrados por las máquinas (sesgo de automatización)¹⁸.

Estos son algunos de los sesgos cognitivos detectados más destacados, pero el catálogo completo es mucho más extenso, superando el centenar en los múltiples listados que cabe encontrar en Wikipedia¹⁹ y en un sinfín de páginas web creadas al

tro crítico más tenaz”, en palabras del propio KAHNEMAN, quien admite también el buen funcionamiento que tiene normalmente el pensamiento de tipo 1 (2012: 14, 22-24, 541-542, 593 y 605).

¹⁶ KAHNEMAN (2012: 23, 306-320), reconociendo la existencia de este segundo tipo de pensamiento intuitivo, aunque con mayores cautelas que su crítico GARY KLEIN.

¹⁷ Herbert A. SIMON, *Models of Man. Social and Rational*, Wiley, New York, 1957, pp. 196-206 (en la introducción a la parte IV del libro dedicada, precisamente, a “*Rationality and Administrative Decision Making*”).

¹⁸ Sobre unos y otros, SILVA (2016: 252-256, 269-278), CAVANILLAS (2016 y 2022), DOMÉNECH (2024: 417, 422), MOREU (2022: 90-91), MUÑOZ (2011: 3-10), PONCE (2022: 63, 68; 2024: 177, 196, 210-211), VELASCO (2022: 110), LÓPEZ PULIDO (2023: 166-188), así como Cary COGLIANESE, *A Framework for Governmental Use of Machine Learning. Report for the Administrative Conference of the United States*, Administrative Conference of the United States, Washington, 2020 (pp. 15-20). Sobre el sesgo de autoridad y el polémico experimento de MILGRAM de 1961 al que se remonta, SILVA (2016: 271-272); Jonathan HOWARD, *Cognitive Errors and Diagnostic Mistakes*, Springer, Cham, 2019 (pp. 21-41); Itamar SHATZ, “Authority Bias: Lessons from the Milgram Obedience Experiment”, *Effectiviology*, <https://effectiviology.com/authority-bias-the-milgram-obedience-experiment/>.

¹⁹ WIKIPEDIA, *List of cognitive biases*, https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases. Una interesante organización de este listado es la efectuada por Buster BENSON, “Cognitive bias

efecto, tanto de perfil académico²⁰ como orientadas al lucrativo negocio de la consultoría conductual (a fin de asesorar a individuos y organizaciones en la minimización de los sesgos propios y la explotación de los ajenos —al diseñar nuevos productos, servicios y campañas de *marketing*—) y la autoayuda²¹. Conviene tener presente que existen notables divergencias en cuanto a la denominación, descripción y aceptación de algunos sesgos, así como dificultades en la reproducibilidad de ciertos experimentos²², que nos obligan a los juristas a ser cautos en la toma en consideración de los descubrimientos de la psicología cognitiva y a no a incurrir, nosotros mismos, en el apuntado sesgo de autoridad. En los últimos tiempos, p. ej., se ha cuestionado seriamente la existencia del sesgo posiblemente más influyente descrito por KAHNEMAN y TVERSKY, el de la aversión a la pérdida (*loss aversion*)²³, o se ha señalado que el sesgo de la superioridad relativa (la tendencia a considerar que tenemos capacidades superiores a la media) tiene un importante componente cultural y que es más propio de los países occidentales que de Asia oriental²⁴.

Los sesgos cognitivos identificados por la psicología han sido muy estudiados por la economía, pero también por la ciencia y la praxis de la medicina, debido a las graves consecuencias que pueden comportar para los pacientes. Un médico que incurra en un sesgo cognitivo puede cometer errores graves de diagnóstico y de tratamiento que lleguen a ser fatales²⁵.

cheat sheet”, *Better Humans*, 1 de septiembre de 2016, <https://betterhumans.pub/cognitive-bias-cheat-sheet-55a472476b18>, representada gráficamente en una imagen incluida en dicha página y recogida también en PONCE (2018: 12).

²⁰ Como p. ej. el proyecto Shortcuts: <https://en.shortcogs.com/bias>.

²¹ Como p. ej. la consultora The Decision Lab: <https://thedecisionlab.com/biases-index>.

²² La publicación en 2015 de un proyecto de investigación (Reproducibility Project: Psychology —RP:P—) que acreditó una baja tasa de replicabilidad del 36 por ciento en cien experimentos publicados en tres revistas psicológicas de prestigio desencadenó una “crisis de replicación” en dicha disciplina, que se ha extendido luego a otras ciencias de la vida y sociales. Al respecto, Bradford J. WIGGINS y Cody D. CHRISTOPHERSON, “The Replication Crisis in Psychology: An overview for theoretical and philosophical psychology”, *Journal of Theoretical and Philosophical Psychology*, vol. 39, núm. 4, 2019, pp. 202-217.

²³ David GAL y Derek D. RUCKER, “The Loss of Loss Aversion: Will It Loom Larger Than Its Gain?”, *Journal of Consumer Psychology*, vol. 28, núm. 3, 2018, pp. 497-516; Eldad YECHIAM, “Acceptable losses: the debatable origins of loss aversion”, *Psychological Research*, vol. 83, 2019, pp. 1327-1339.

²⁴ Al respecto, Carl F. FALK, Steven J. HEINE, Masaki YUKI y Kosuke TAKEMURA, “Why do Westerners self-enhance more than East Asians?”, *European Journal of Personality*, vol. 23, núm. 3, 2009, pp. 183-203.

²⁵ Al respecto, p. ej., extensamente, HOWARD (2019), o el catálogo de sesgos médicos recogido en la web Catalogue of Bias (<https://catalogofbias.org/biases/>). Hasta quienes ejercen la fisioterapia se preocupan por el impacto de los sesgos cognitivos en su trabajo, como refleja este (excelente) artículo alojado en una web de dicha especialidad: Alejandro BULDÓN OLALLA, “Heurística y sesgos cognitivos en la práctica clínica”, *Lafisioterapia.net*, 11 de noviembre de 2023, <https://lafisioterapia.net/heuristica-y-sesgos-cognitivos-en-la-practica-clinica>.

2.1.2. Otros tipos de sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica

Los sesgos cognitivos son, como se ha dicho al inicio, los que más han llamado la atención de la doctrina jurídica española en los últimos años y los que han motivado la pequeña revolución “sesgual” (si se me permite la broma fácil) que estamos presenciando. Interesa, en particular, cómo dichos sesgos afectan a las personas que participan o participarán en el ciclo diario de creación y aplicación del Derecho: cómo afectan a la toma de decisiones judiciales y administrativas, a la elaboración doctrinal, al cumplimiento de las normas jurídicas por parte de la ciudadanía y al aprendizaje del Derecho por parte de los y —ya mayoritariamente— las futuras juristas²⁶.

Pero los cognitivos no son los únicos sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica. Tan o más importantes resultan otros sesgos de antiguo conocidos, como los sesgos *ideológicos*²⁷, *religiosos*, de *género*²⁸, *raciales*²⁹ o *crematísticos*³⁰, a los que ahora

²⁶ En la redacción inicial, prácticamente automática, de la frase que antecede, he podido incurrir en el sesgo de género a que ahora se hará referencia cuando, al tratar de subrayar el elemento humano, he utilizado solo, por razones de economía lingüística, el plural masculino para aludir a las distintas profesiones jurídicas: “Interesa, en particular, cómo dichos sesgos afectan a la toma de decisiones de jueces y funcionarios, al análisis del Derecho efectuado por los profesores y a su aprendizaje por los futuros juristas, y al cumplimiento de las normas jurídicas por parte de los ciudadanos”. Por mucho que la RAE insista, con buenos argumentos, en la corrección del masculino genérico o inclusivo, la nueva redacción me parece más justa y precisa. V. al respecto el “Informe sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas” publicado por la RAE el 16 de enero de 2020, y su Nota crítica de 13 de febrero de 2024 sobre las (a mi juicio, bastante atinadas) “Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje en la Administración parlamentaria” acordadas en la Reunión de la Mesa de las Cortes Generales de 5 de diciembre de 2023. Dichos documentos se encuentran disponibles, respectivamente, en https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf; <https://www.rae.es/noticia/nota-de-la-real-academia-espanola-sobre-las-recomendaciones-para-un-uso-no-sexista-del-y> https://www.congreso.es/docu/igualdad/Recomendaciones_uso_no_sexista_lenguajeCC.GG.pdf.

²⁷ Jordi NIEVA FENOLL, “El sesgo ideológico como causa de recusación”, *Ius et Praxis*, vol. 18, núm. 2, 2012, pp. 295-308; Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, “Sesgos ideológicos en debates jurídicos”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Justicia, Administración y derecho. Nuevos retos del derecho en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 263-284; BARRAGUÉ y DOMÉNECH (2021: 515-516); DOMÉNECH (2024: 412-414); Adam CHILTON y Eric A. POSNER, “An Empirical Study of Political Bias in Legal Scholarship”, *Journal of Legal Studies*, vol. 44, núm. 2, 2015, pp. 277-314; Adam BONICA, Adam CHILTON, Kyle ROZEMA y Maya SEN, “The Legal Academy’s Ideological Uniformity”, *Journal of Legal Studies*, vol. 47, núm. 1, 2018, pp. 1-43; Tarunabh KHAITAN, “On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 20, núm. 2, 2022, pp. 547-556.

²⁸ María Jesús IZQUIERDO, Francisco José LEÓN y Enrico MORA, “Sesgo de género y desigualdades en la evaluación de la calidad académica”, *Arxius de Ciències Socials*, núm. 19, 2008, pp. 75-90; María Concepción GIMENO PRESA, “Sesgos discriminatorios en la interpretación y aplicación del Derecho”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Justicia, Administración y derecho. Nuevos retos del derecho en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 233-262.

²⁹ COGLIANESE (2020: 20-21).

³⁰ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Sesgos crematísticos en la investigación jurídica”, *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016, <https://almacendederecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica>.

resulta imprescindible añadir los sesgos *algorítmicos* —principalmente raciales o de género— en que pueden incurrir e incurren con frecuencia los sistemas automatizados y, en especial, los sistemas de IA basados en aprendizaje automático que están mal diseñados o que son entrenados con datos sesgados³¹.

Aunque su distinción respecto de los sesgos cognitivos no siempre resulta sencilla, este otro tipo de sesgos no es exclusivo del pensamiento automático, al *permear también el pensamiento lento y reflexivo*. En el caso de los sesgos algorítmicos, ni siquiera se predicen del pensamiento humano, sino del procesamiento de la información efectuado por una máquina, por mucho que en el origen de tales sesgos se encuentren, normalmente, sesgos humanos.

No es este el lugar adecuado para profundizar en el estudio de cada uno de estos sesgos no cognitivos. Sí cabe, sin embargo, efectuar algunas precisiones a fin de dotarlos de un cierto orden sistemático.

La primera es que, a efectos clasificatorios, resulta útil distinguir, en primer lugar, entre sesgos *humanos* y sesgos *algorítmicos*, y, dentro de los primeros, entre sesgos *cognitivos* (entendidos como los sesgos propios del pensamiento automático tipo 1) y *no cognitivos* (los que afectan tanto al pensamiento automático tipo 1, como al pensamiento lento tipo 2). Ambas distinciones son útiles porque estas diferentes clases de sesgos plantean problemas específicos que aconsejan un tratamiento —incluso jurídico— también diferenciado. Es evidente que los sesgos algorítmicos suscitan problemas distintos de los humanos, pero también parece importante distinguir los sesgos cognitivos de los no cognitivos, entre otras cosas porque los primeros desaparecen o se reducen muy significativamente cuando pensamos de forma lenta, mientras que los segundos no (o no tanto).

En segundo lugar, parece posible incluir los sesgos de género y raciales dentro de una misma categoría de sesgos *sociales* que agrupe a estos y otros sesgos motivados por *estereotipos*³² socialmente compartidos sobre la visión positiva o (más frecuentemente) negativa y no igualitaria que en muchas sociedades ha predominado y sigue predominando de numerosos *colectivos*, como las mujeres u otras razas, pero también de las personas homosexuales o no binarias, de otras etnias, regiones, países, religiones o ideologías, discapacitadas, obesas, ancianas o de bajos niveles de renta. Este tipo de sesgo está seguramente relacionado con el sesgo cognitivo de grupo a que antes se ha hecho referencia, pero puede distinguirse del mismo al tener un origen cultural más profundo, ejercer una poderosa influencia también durante el pensa-

³¹ Oriol MIR PUIGPELAT, “Algoritmos, inteligencia artificial y procedimiento administrativo: principios comunes en el Derecho de la Unión Europea», en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 685-725 (pp. 709 y 718). Al respecto, con detalle, considerando también los sesgos cognitivos y centrándose en el ámbito médico, Davide CIRILLO y María José REMENTERÍA, “Bias and fairness in machine learning and artificial intelligence”, en Davide CIRILLO, Silvana CATUARA-SOLARZ y Emre GUNNEY (eds.), *Sex and Gender Bias in Technology and Artificial Intelligence. Biomedicine and Healthcare Applications*, Elsevier, London, San Diego, Cambridge, Oxford, 2022, pp. 57-75.

³² Al respecto, VELASCO (2022: 111, 117 y *passim*), GIMENO (2021: 233).

miento lento y afectar incluso a la propia percepción que se tiene de uno mismo y de las personas con las que se comparten grupos (las propias mujeres, p. ej., tienen a menudo dificultades para evitar los sesgos de género cuando han sido socializadas en un entorno no igualitario). Aunque también tienen un fuerte componente social, los sesgos ideológico y religioso quedarían fuera de esta categoría al caracterizarse predominantemente por su carácter individual y no derivar de estereotipos. Conviene distinguir, en este sentido, el sesgo ideológico y religioso del sesgo *social* ideológico o religioso, que es el que deriva de la visión estereotipada que pueda tenerse de un determinado grupo ideológico o religioso (p. ej., de los votantes y militantes de partidos políticos independentistas, de extrema izquierda, de extrema derecha, socialdemócratas, democristianos o ecologistas, o de los judíos, musulmanes, cristianos o miembros de congregaciones y prelaturas como los jesuitas o el Opus Dei).

En tercer lugar, dentro de la categoría de los sesgos crematísticos no parece que haya solo que incluir a los relacionados con ingresos o decrementos económicos³³, sino también a los procedentes de la obtención o mantenimiento de *cargos y cuotas de poder*, tanto en instituciones públicas como privadas. La perspectiva de alcanzar determinados puestos de nombramiento político —aunque no se traduzca en una retribución superior a la que ya se percibe— puede sesgar tanto como la de obtener ingresos económicos, y por motivos similares. Por ello, quizá sea más adecuado en estos casos emplear una expresión más amplia, como p. ej. la de sesgos *de interés*, debido a su conexión con los conflictos de intereses regulados desde hace ya mucho tiempo tanto por el Derecho público (causas de abstención y recusación y regímenes de incompatibilidad de jueces, empleados públicos y altos cargos), como privado (conflicto de intereses en el seno de las sociedades mercantiles). Con esta concepción más amplia cabe incluir dentro de esta misma categoría de sesgos los que pueda generar la defensa de intereses *gremiales* (como, en lo que aquí concierne y se verá después, la defensa de la propia área de conocimiento).

A esta relación de sesgos no cognitivos (ideológicos, religiosos, sociales y de intereses) ampliamente reconocidos cabe añadir, a mi juicio, dos tipos más: los *emocionales* y los que podemos llamar *metodológicos*.

Es evidente que las emociones juegan un papel muy importante en el pensamiento tipo 1. De hecho, KAHNEMAN afirma también la existencia de una heurística del afecto, que entraría en juego cuando se toman decisiones automáticas basadas fundamentalmente en sentimientos de agrado o desagrado³⁴. Pero las emociones también pueden alterar el pensamiento lento, al menos cuando rebasan un determinado grado de intensidad. Lo sabemos bien los juristas, acostumbrados desde hace siglos³⁵ a que la amistad íntima o la enemistad manifiesta, así como el parentesco

³³ Según el Diccionario de la RAE, la crematística es el “interés pecuniario de un negocio”, y el adjetivo “pecuniario” significa “perteneciente o relativo al dinero efectivo”.

³⁴ KAHNEMAN (2012: 25, 139, 186-187, 224), remitiendo a los trabajos de Paul SLOVIC, y sin llegar a afirmar la existencia de un sesgo cognitivo de afecto.

³⁵ V. p. ej. Ana ALEMÁN MONTERREAL, “La *recusatio iudicis suspecti* en Derecho Romano y sus vaivenes históricos”, *Vergentis*, núm. 1, 2015, pp. 173-200.

cercano, sean causas de abstención y recusación de jueces y funcionarios. Por mucho que quieran, difícilmente serán objetivos en dichas situaciones, viéndose sus decisiones a menudo sesgadas por las emociones intensas asociadas normalmente a ellas³⁶.

Se ha dejado para el final un último tipo de sesgos muy distinto de los que manejamos habitualmente los juristas, pero que es el más importante en las *ciencias experimentales* (mucho más que los cognitivos), y que resulta adecuado traer a colación en un trabajo como el presente, centrado en el impacto que los sesgos pueden tener en la *investigación* jurídica: los sesgos o errores sistemáticos que pueden presentar los resultados de las investigaciones científicas como consecuencia de un *mal diseño o una mala ejecución de los experimentos*, y que se distinguen de los errores producidos por el azar.

Es lo que ocurre, p. ej., cuando en un ensayo clínico se selecciona como participantes a personas que no son suficientemente representativas de la población a la que va destinado o se distribuyen entre el grupo experimental y el de control con arreglo a criterios distintos (*sesgo de selección*); cuando la información que se obtiene de los pacientes durante el ensayo es desigual (*sesgo de información*), porque p. ej. varía cómo se les formulan las preguntas (subtipo de sesgo del entrevistador), o porque se comparan los resultados con los obtenidos en estudios previos en que puede haber factores diferenciales (subtipo de sesgo cronológico), o porque unos participantes recuerdan más un tipo de información que otros (subtipo de sesgo de recuerdo), o porque se utilizan instrumentos distintos de medición (subtipo de sesgo de medición), etc.³⁷ Cuando los resultados de la investigación se presentan mediante estadísticas, los errores apuntados dan lugar a *sesgo estadístico*, que es el único tipo de sesgo de los considerados en este trabajo que recoge expresamente el Diccionario de la RAE al definir dicha palabra. Según su séptima definición del término “sesgo”, propia de la estadística (“Estad.”), se trata de un “error sistemático en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras”.

Aunque no sea en puridad un sesgo propio de las investigaciones, se incluye también en este tipo de sesgos al documentado e importante *sesgo de publicación*, en cuya virtud las revistas científicas tienden a publicar únicamente los trabajos que arrojan resultados positivos, lo que constituye un problema relevante al invisibilizar las muchas investigaciones que obtienen resultados negativos y que permitirían cuestionar el éxito de los primeros³⁸.

³⁶ NIEVA (2012: apartado 5) considera que las “emociones [de] ‘afecto’ y ‘odio’ [...] están detrás de prácticamente todas las causas de recusación” de los jueces contempladas en el artículo 219 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

³⁷ V. p. ej. Gregory T. SICA, “Bias in Research Studies”, *Radiology*, vol. 238, núm. 3, 2006, pp. 780-789; Christopher J. PANNUCCI y Edwin G. WILKINS, “Identifying and Avoiding Bias in Research”, *Plastic and Reconstructive Surgery*, vol. 126, núm. 2, 2010, pp. 619-625, proponiendo también estrategias para su mitigación y subrayando que siempre están presentes, en una medida u otra, en toda investigación experimental.

³⁸ Sobre el acuerdo adoptado al respecto por el Comité Internacional de Editores de Revistas Médicas (ICMJE) y sus limitados efectos, PANNUCCI y WILKINS (2010: apartado IV).

Cabe referirse a todo este conjunto de sesgos como *metodológicos*, en la medida que aluden a errores sistemáticos derivados del método científico en cada caso empleado. Al tratarse de sesgos que no proceden específicamente de la mente humana (esto es, de la *forma de pensar* de los humanos, de cómo procesamos la información y nos influyen nuestra ideología, creencias religiosas, intereses, emociones y estereotipos sociales), pueden ser calificados a efectos clasificatorios como un subtipo de sesgos humanos distinto de los cognitivos y no cognitivos antes examinados.

El cuadro de conjunto resultante puede representarse con el siguiente esquema (Figura 1).

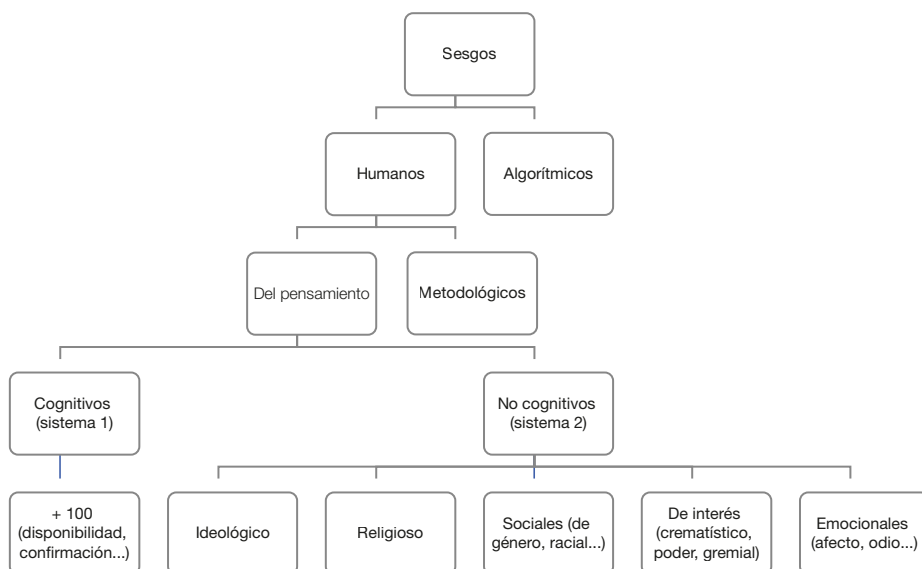


Figura 1: Clasificación de los principales tipos de sesgos según la causa que los provocan

2.2. El concepto de sesgo en las ciencias experimentales y en la ciencia jurídica

2.2.1. *La desviación sistemática del resultado esperado por falta de consideración objetiva de todas las variables relevantes como aspecto común a todos los tipos de sesgos*

Tras el modesto ejercicio taxonómico realizado en el apartado precedente de los sesgos más relevantes que se han identificado hasta la fecha, a continuación tratará de precisarse un poco más qué se entiende habitualmente por sesgo, en general, y el significado que dicha noción debe tener a efectos jurídicos, en particular.

Como se acaba de señalar, el Diccionario de la *RAE* solo contiene una definición de tipo técnico, sobre el sesgo estadístico, próxima al sentido que se da a dicho sustantivo en psicología, economía y las demás disciplinas aquí consideradas. La definición principal, procedente del verbo “sesgar”, es la de “oblicuidad o torcimiento de una cosa hacia un lado, o en el corte, o en la situación, o en el movimiento”.

De especial interés resulta consultar los diccionarios de referencia de la *lengua inglesa*, pues ha sido esta en la que se han publicado los trabajos académicos que han popularizado el uso del término “sesgo” (*bias*). El diccionario de referencia en los Estados Unidos, país de donde procede la mayor parte de dichos trabajos, contiene una definición técnica como “error sistemático” similar a la de la *RAE* (aunque más amplia y no referida solo al campo de la estadística), junto con otras más generales como “una inclinación de temperamento o perspectiva”, “un juicio personal y en ocasiones no motivado” (considerándolo aquí como sinónimo de “prejuicio”), “un caso de tal prejuicio”, y como sinónimo de *bent* (a su vez definido como “una fuerte inclinación o interés”) y de “tendencia”³⁹. Por su parte, el diccionario mundial de referencia en inglés, tras señalar que la palabra proviene del término francés *biais*, contiene distintas definiciones generales que lo equiparan a tendencia, inclinación, factor de influencia, parcialidad y prejuicio, y otras más técnicas como inclinación física, tendencia mecánica y distorsión estadística, sin emplear la expresión de “error sistemático”⁴⁰. En el *common law* se emplea muy frecuentemente el término como sinónimo de parcialidad (falta de imparcialidad) de los jueces, testigos o miembros del jurado⁴¹.

Curiosamente, el diccionario francés Larousse contiene una serie de definiciones principales del término *biais* (procedente del latín *biaxius*, “que tiene dos ejes”) como línea oblicua, como medio indirecto y hábil de resolver una dificultad, y como conceptos de costura y pasamanería, y dos definiciones secundarias, de tipo técnico, sobre distorsión estadística y matemática que considera provenientes del término inglés *bias* (término que a su vez, procede, como se ha señalado, del francés)⁴².

En catalán, la palabra “sesgo” se traduce por *biaix*, que procede claramente del mismo origen latín que los términos inglés y francés. De las distintas definiciones que ofrece el Diccionario del Institut d’Estudis Catalans interesan ahora dos principalmente. Como “predisposición que hace que el resultado de una medida se aparte de la esperada según las leyes de la física o las probabilidades”, y, en la expresión

³⁹ *Merriam-Webster Dictionary*, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/bias>. Las dos definiciones técnicas son: “d(1): *deviation of the expected value of a statistical estimate from the quantity it estimates*”; “d(2): *systematic error introduced into sampling or testing by selecting or encouraging one outcome or answer over others*”.

⁴⁰ *Oxford English Dictionary*, https://www.oed.com/dictionary/bias_n?tab=factsheet#21580744.

⁴¹ V. p. ej. los diccionarios jurídicos del Legal Information Institute de la Cornell Law School (<https://www.law.cornell.edu/wex/bias>), *The Law Dictionary* (<https://thelawdictionary.org/bias/>), o *Law.com* (<https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=61>), con citas de tribunales superiores de los EE.UU.

⁴² *Dictionnaire de français Larousse*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/biais/9019>.

“*haver-hi molt de biaix*” (“haber mucho sesgo”), como “haber mucha diferencia entre dos cosas”⁴³.

A la vista de todo ello, y del sentido que se da habitualmente a los términos “sesgo” y “*bias*” en las disciplinas apuntadas, cabe concebirlo como una *desviación sistemática respecto del resultado esperado* en el ámbito o campo de conocimiento de que se trate como consecuencia de *tomar en mayor consideración unas variables que otras* en el correspondiente proceso de investigación, decisorio o (en general) de gestión de información⁴⁴. Así, p. ej., en el sesgo cognitivo de disponibilidad se toma en consideración solo la información que se tiene disponible, en el de confirmación se desecha la que es contraria a nuestra posición previa, en el de *statu quo*, gregario y de grupo se da un peso excesivo al estado actual de cosas, al comportamiento de la mayoría y a la valoración del grupo al que se pertenece, etc.; en el sesgo ideológico o religioso se da más importancia a la creencia que a otros factores, en el sesgo de género o racial a un género o raza que a los demás, en el sesgo de interés se prefiere la opción que satisface mejor dicho interés, y en el sesgo emocional la que despierta afecto y se descarta la que suscita rechazo; en el sesgo metodológico se toman más en consideración unos datos que otros de igual importancia; en el sesgo algorítmico la máquina da un peso excesivamente mayor a unas variables que a otras, etc.

Siempre que existe un sesgo *se toma partido*, deliberada o inconscientemente, por alguno o algunos de los factores relevantes a considerar, sin llevar a cabo el análisis equidistante e *imparcial* de todos ellos que exigiría una aproximación *racional y objetiva* al asunto en cada caso considerado.

La desviación del resultado que correspondería de haberse tomado en debida consideración todos los factores relevantes puede calificarse como *sistemática*, porque la causa que motiva el sesgo lleva *regular y previsiblemente* a producir dicha desviación, *siempre en la misma dirección*: los atajos mentales conducen habitualmente a los errores cognitivos apuntados; los defectos de diseño metodológico de las investigaciones comportan normalmente errores en los resultados; ideologías, creencias religiosas, estereotipos sociales, intereses y emociones muy marcados afectan normalmente al resultado de los juicios en que pueden desplegar sus efectos, tomándose siempre partido por el mismo lado (a favor de la propia ideología, creencia religiosa, interés propio o afecto, y en perjuicio del colectivo estereotipado o de la persona por la que se siente animadversión). Esta nota del carácter sistemático entronca, así, con la equiparación, como sinónimos, que los diccionarios de inglés efectúan entre el término “sesgo” y el de “*tendencia*”.

⁴³ *Diccionari de l'Institut d'Estudis Catalans*, <https://dlc.iec.cat>.

⁴⁴ El sesgo tiene siempre lugar en procesos humanos o automatizados de gestión de datos e información, ya estén destinados a la toma de una decisión (judicial, administrativa, de tratamiento médico, de compra, de voto, etc.), la formación de un juicio u opinión (p. ej. un informe jurídico, un diagnóstico médico, una opinión personal), una recomendación, una predicción, la confirmación o refutación de una hipótesis científica, la generación de contenido (como un trabajo académico en el ámbito jurídico o el texto, imágenes y sonido producidos por un sistema de IA generativa) u otro tipo de *output* o resultado.

Como se ha señalado, el sesgo y la desviación que comporta pueden ser *deliberados* o *inconscientes* por parte de quien incurre en él⁴⁵. Un diagnóstico médico precipitado derivado del sesgo de confirmación, un ensayo clínico basado en el estudio de participantes poco representativos, una sentencia que inaplique una norma vigente por ser contraria a las creencias religiosas del juez, o una resolución administrativa que adjudique una plaza de funcionario a un familiar de la presidenta de la comisión evaluadora en lugar de a otro candidato con más méritos, están sesgados con independencia de que la médica, la científica, el juez o los miembros de la comisión evaluadora actúen de forma deliberada o inconsciente. No obstante, como la comisión deliberada de tales desviaciones acostumbra a ser inaceptable y resulta poco frecuente en la práctica, el foco de estudio se suele poner en su producción inconsciente, que reviste mayor interés⁴⁶.

Aunque a veces se emplee el término “sesgo” en sentido positivo, cuando se quiere subrayar la importancia de dar más peso a un factor que a otros, lo más habitual es que tenga una connotación negativa, y que se considere necesario evitar el sesgo en la medida de lo posible⁴⁷.

Ello liga con la cuestión de si el sesgo debe ser calificado como un *error*, como un error sistemático, también en el caso del Derecho, lo que merece un apartado propio.

2.2.2. *El sesgo como error sistemático mitigable en las ciencias experimentales y también en la ciencia jurídica*

Como se ha visto, los psicólogos, economistas, médicos y juristas que se han ocupado de los sesgos cognitivos los definen invariablemente como *errores*, como errores sistemáticos, puesto que los atajos mentales que están en su origen nos llevan a los humanos a omitir información importante y, p. ej., a no darnos cuenta de que la máquina, el grupo o la autoridad en los que confiamos, o nuestra creencia previa, están equivocados. También las ciencias experimentales definen los sesgos metodológicos antes examinados como errores sistemáticos⁴⁸, al traducirse indefectiblemente en resultados de investigación equivocados. Se ha visto asimismo que la principal definición técnica del diccionario de referencia *Merriam-Webster*, recogida en buena medida por la RAE, alude al sesgo como “*error sistemático cometido en el muestreo o los ensayos al seleccionar o favorecer un resultado o una respuesta en detrimento de otros*”.

⁴⁵ CHILTON y POSNER (2015: 300); Martyn HAMMERSLEY y Roger GOMM, “Bias in Social Research”, *Sociological Research Online*, vol. 2, núm. 1, 1997, pp. 7-19 (apartado 4.14). En los sesgos algorítmicos es la máquina, como se ha dicho, la que incurre en ellos, sin intervención (en el actual estadio tecnológico) de conciencia alguna.

⁴⁶ En este sentido, GONZÁLEZ-VARAS (2015: 6).

⁴⁷ Así lo constatan, en el ámbito de las ciencias sociales, HAMMERSLEY y GOMM (1997: apartados 1.2-1.8).

⁴⁸ SICA (2006: 781); PANNUCCI y WILKINS (2010: apartado I).

¿Debe llegarse a la misma conclusión en el caso de los sesgos en que puedan incurrir los juristas, tanto teóricos como prácticos? Sí, a mi juicio. El hecho de que la ciencia jurídica solo pueda ser considerada ciencia en un sentido amplio, al no ser muchas de sus proposiciones controlables ni lógicas ni empíricamente, y tener a menudo carácter prescriptivo (la dogmática jurídica no se limita a describir el Derecho positivo, sino que prescribe qué ha de ser considerado como Derecho cuando surgen lagunas o dudas interpretativas), no impide que persiga, como cualquier otra ciencia, la *verdad*, y que sus aseveraciones puedan ser calificadas como correctas o erróneas sobre la base del consenso intersubjetivo —de los demás miembros de la comunidad jurídica— que suscite la argumentación en que se funden, como criterio de racionalidad⁴⁹.

La existencia o no de error, de sesgo, en una determinada proposición jurídica, tanto si se contiene en un trabajo doctrinal, como en una sentencia, en una resolución administrativa o el escrito de un abogado⁵⁰, deberá valorarse con arreglo a la racionalidad de la argumentación que la sustente y al consenso que genere entre los miembros de la comunidad jurídica. En algunos casos el error será evidente e indiscutible (p. ej., cuando un juez con fuertes convicciones religiosas condene penalmente a una mujer por un aborto practicado en España durante las primeras semanas de gestación, o cuando una resolución administrativa deniegue una ayuda social a una persona homosexual por el solo hecho de serlo, o cuando una profesora de Derecho constitucional sostenga en un trabajo equivocadamente que la jurisprudencia de un determinado país prohíbe la discriminación indirecta), pero en muchos otros lo será menos y dependerá de la interpretación que prevalezca, como sucede habitualmente en el mundo del Derecho. Según lo afirmado, solo habrá error y, por tanto, sesgo, en caso de que exista consenso intersubjetivo al respecto⁵¹.

En todo caso, la existencia del error, del sesgo, deberá inferirse de los propios argumentos empleados (o de los huecos o saltos argumentales que a menudo revelan el

⁴⁹ Sigo aquí (pese al riesgo evidente de sesgo) a Santiago MIR PUIG, “Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal”, en Santiago MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 9-31 (pp. 15-31), a su vez basado en la teoría de la argumentación jurídica y el discurso racional de Robert ALEXI. Para más detalles y la conexión del planteamiento de ALEXI con la teoría consensual de la verdad de Jürgen HABERMAS v. Francesca PUIGPELAT MARTÍ, “Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 229-246 (pp. 232-246).

⁵⁰ Las afirmaciones jurídicas efectuadas por los abogados, como las de los clientes a los que defienden, pueden ser también correctas o erróneas, aunque en su caso se admite que estén sesgadas por el interés al que sirven. No puede decirse lo mismo de las afirmaciones de los tribunales ni de la Administración, que han de ser necesariamente imparciales y objetivas. Como se verá después, pienso que también deben ser imparciales y objetivas las afirmaciones contenidas en los trabajos académicos.

⁵¹ La existencia de una opinión dominante (*herrschende Meinung*) en la doctrina y la jurisprudencia sobre un determinado punto, como opinión prácticamente unánime, supone un indicio importante de dicho consenso, que traslada la carga de la contraargumentación (siempre posible) a quien la discuta. Al respecto, Francesca PUIGPELAT MARTÍ, *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994, pp. 15 y ss., 146 y ss.

sesgo⁵²), no de la persona que los formule⁵³. Ello no quita que, debido precisamente a la opinabilidad de muchas proposiciones jurídicas, y a la importancia social de la *apariencia* de imparcialidad⁵⁴ de quienes deben aplicar diariamente el Derecho (jueces y empleados públicos), el legislador impida que participen en dicha aplicación aquellos que se encuentren en situaciones en que la experiencia demuestra que existe un *riesgo elevado de sesgo y parcialidad*. Lo hace, en España y en muchos otros países, mediante el régimen legal de incompatibilidades y causas de abstención y recusación a que antes se ha hecho referencia.

Cuando se produzca, el error, el sesgo, podrá ser doloso, imprudente o no imprudente, en función de si es cometido deliberadamente o con infracción o no de los deberes de diligencia exigibles a los distintos operadores jurídicos⁵⁵.

⁵² Los “entimemas” o “salto semántico injustificado entre las premisas y la conclusión” a que se refiere BONORINO (2021: 265 y ss.), poniendo como ejemplo los sesgos ideológicos que tales saltos argumentales revelan en la discusión pública mantenida en las páginas de un periódico entre Manuel ATIENZA y Octavio SALAZAR acerca de la licitud de la gestación por sustitución en España.

⁵³ Como brillantemente sostienen las citas que encabezan el trabajo de ALFARO (2016). En efecto, no cabe ignorar los argumentos en contra de la pena capital por la sola circunstancia de que procedan de un condenado a muerte. Del mismo modo, no tiene por qué haber sesgo en las proposiciones formuladas por un jurista por el solo hecho de que profese y practique una determinada religión, esté afiliado o efectúe donaciones a un concreto partido político, ejerza de abogado u ocupe un cargo público.

⁵⁴ Subrayada acertadamente por NIEVA (2012: *passim*), para quien la *auctoritas* de un juez o jueza depende en gran medida de su apariencia de imparcialidad (de tercero en el conflicto) y no solo de sus conocimientos jurídicos.

⁵⁵ Resulta de gran interés el trabajo de HAMMERSLEY y GOMM (1997), en el que, tras admitir el reto que supone el abandono del paradigma positivista o fundacionalista (basado en la supuesta existencia de verdades universales derivadas de axiomas últimos o fundacionales) por parte de la filosofía de la ciencia actual, defienden con vigor la calificación como *error* de los sesgos en la investigación de las ciencias sociales, saliendo al paso de los planteamientos epistemológicos postmodernos del relativismo radical constructivista que niegan la existencia de toda *verdad*. Consideran sesgada (y errada), en particular, toda investigación en ciencias sociales que esté guiada por fines distintos (como la persecución de determinados fines políticos o la confirmación de las teorías previamente defendidas) del propio de la investigación científica, que es la búsqueda de la verdad y la producción de conocimiento, criticando por ello algunas iniciativas del Gobierno inglés de la época y el activismo de algunos investigadores. En lo que ahora interesa, sostienen que los conceptos de sesgo y error forman parte de un sistema de *accountability* o rendición de cuentas de la ciencia, y proponen restringir el concepto de sesgo a los errores sistemáticos *culpables*, que serían aquellos que los investigadores deberían haber identificado y minimizado a juicio de ellos mismos (retrospectivamente) o de otros investigadores. Los autores no se refieren a los sesgos de la investigación jurídica, sino de (otras) ciencias sociales. Sobre el concepto de “verdad” actualmente dominante en la filosofía de la ciencia, como mera “verosimilitud”, y su relación con la racionalidad del método científico, el razonamiento humano y los sesgos cognitivos, son también de interés las consideraciones del psiquiatra Antonio DÍEZ PATRICIO, “Más sobre la interpretación (y III). Razonamiento y racionalidad”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 37, núm. 132, 2017, pp. 333-348.

2.2.3. *Excurso: algunas objeciones al planteamiento expuesto y su posible respuesta*

Durante el seminario a que se ha aludido en la primera nota del presente trabajo, y que motivó su elaboración, colegas reputados formularon algunas objeciones relevantes al planteamiento expuesto, y que evidencian que requiere de aclaraciones adicionales.

Nadie cuestionó el ejercicio taxonómico realizado, ni la posibilidad de situar los sesgos cognitivos en el marco propuesto más amplio, junto al resto de sesgos. Sí suscitó reparos el concepto propuesto de sesgo en su aplicación a la ciencia jurídica y al Derecho en general, sobre todo en relación con el sesgo ideológico, que es al que se refirió la mayoría de los intervinientes. Simplificando a efectos expositivos un debate muy rico y lleno de matices, algunos colegas objetaron que los sesgos (en especial el ideológico) son inevitables y no son necesariamente negativos, otros que resulta necesario distinguir los distintos planos (de creación, aplicación y análisis doctrinal del Derecho), y otros que parece preferible poner el énfasis no tanto en el resultado (el error), sino en el *riesgo* de que este se produzca. También se cuestionó que el de sesgo sea un concepto *jurídico* y que las ciencias jurídicas (y las ciencias sociales en general) puedan aspirar al conocimiento de la *verdad*.

Comenzando por esto último, tal como se explica en los trabajos citados en la nota 55, tras la superación del positivismo fundacionalista decimonónico ya nadie considera que la ciencia descubra verdades absolutas e inamovibles (definitivas), y se han llegado a desarrollar, ciertamente, planteamientos relativistas radicales que afirman (con una rotundidad contradictoria con sus propios postulados) que no hay una, sino múltiples realidades que son fruto de la construcción social y del lenguaje. Sin embargo, tales planteamientos son minoritarios, prevaleciendo en la filosofía de la ciencia actual la idea de que la realidad es una y existe con independencia del observador humano, y de que el método científico, aunque imperfecto, es la mejor forma que tenemos de conocerla. La ciencia sigue aspirando hoy en día a descubrir la “verdad”, aunque sea una verdad en minúsculas y entre comillas, entendida como mera verosimilitud, provisional y sujeta a consenso y a falsación permanente⁵⁶. En la práctica, los científicos tienen muy clara la distinción entre la ciencia y la pseudociencia⁵⁷, y que lo que hacen sirve y vale la pena para entender la realidad y poder

⁵⁶ V. al respecto Jesús MOSTERÍN, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, Gedisa, Barcelona, 2013, pp. 91-106, para quien la ciencia y la racionalidad científica se caracterizan por la consistencia, la objetividad (y la verdad contrastada empíricamente), la provisionalidad, el progreso y la universalidad. Como señala en las pp. 293-295, el propio Thomas KUHN lamentó amargamente que su célebre *best seller* sobre las revoluciones científicas (*The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1970) diera alas a los constructivistas postmodernos que han negado la objetividad de la ciencia y han hecho apología de la irracionalidad.

⁵⁷ En un plano teórico, la distinción entre la ciencia y la pseudociencia se basa, como señaló POPPER, en el carácter empíricamente *refutable* de los enunciados de la primera (MOSTERÍN [2013: 249]). Las pseudociencias, como la astrología, la frenología, el creacionismo, el terraplanismo, la ufolo-

cambiarla. Ningún científico serio niega, hoy en día, p. ej., que la Tierra es redonda y gira alrededor del Sol, que los humanos provenimos de los simios, que el cambio climático existe o que las vacunas y los medicamentos salvan vidas. El gran desarrollo tecnológico experimentado por la humanidad en los últimos doscientos cincuenta años, bajo el paradigma científico surgido de la Ilustración, es la prueba más palpable de que la ciencia funciona, aunque no sea siempre para bien.

La “ciencia” del Derecho, como otras ciencias sociales, también aspira a alcanzar consensos sobre lo que sea correcto (verdadero) o incorrecto (falso) y se atreve continuamente a calificar como acertadas o erróneas a determinadas proposiciones jurídicas. Ningún jurista español osará afirmar, p. ej., que en España rige la Constitución de otro país, que existe la pena de muerte, que el matrimonio homosexual está prohibido o que los reglamentos que aprueba la Administración prevalecen sobre los que adopta la Unión Europea en los ámbitos de competencia de esta. Lo que no impide, por supuesto, que la textura abierta (vaguedad y ambigüedad) del lenguaje natural en que se formulan las normas jurídicas, que constituyen el objeto de la ciencia jurídica, su imposibilidad de anticipar todos los posibles supuestos de hecho y su carácter a menudo ponderativo-valorativo, lleven a que en muchas ocasiones el juicio sobre la corrección o incorrección de la proposición sea discutible y discutido. El criterio de verdad del que aquí se parte, procedente de la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY y, en último término, de la teoría consensual de la verdad de HABERMAS, sigue siendo, a mi modo de ver, el que mayor consenso suscita y que, a falta de otro mejor, debe seguir siendo mantenido⁵⁸.

En cuanto a la distinción de los distintos planos del Derecho, es sin duda relevante, pero no creo que afecte al concepto de sesgo. Como señalo en la nueva nota 44, los sesgos pueden producirse en todo procesamiento humano o automatizado de datos e información, con independencia del resultado u *output* a que aboquen. Tan sesgada puede estar una decisión de compra, como un diagnóstico médico, un ensayo clínico, una recomendación o predicción algorítmica o, en lo que aquí interesa, una sentencia, una resolución administrativa o un trabajo académico de un investigador del Derecho. Puede incurrir en sesgo incluso el legislador o la Administración cuando elaboran una norma jurídica (p. ej., al ser aprobada de forma precipitada e irreflexiva y ser los autores de la norma víctimas de alguno de los sesgos cognitivos apuntados, o cuando adolece de sesgo de género, racial o de interés —al pretender beneficiar a una determinada empresa o grupo de interés—). Lo que varía evidentemente en función del tipo de plano o discurso jurídico es el margen de que dispone *válidamente* el autor respectivo para optar entre las distintas variables a considerar.

gía o la medicina pseudocientífica (acupuntura, homeopatía, etc.), se basan en afirmaciones que no son susceptibles de refutación empírica mediante la observación o experimentos.

⁵⁸ Hasta un escéptico impenitente como NIETO, pese a subrayar en su lección jubilar las muchas limitaciones de que adolece el conocimiento jurídico, considera posible la existencia de un “moderado intersubjetivismo” basado en “conceptos y aserciones *plausibles*” (Alejandro NIETO, “Las limitaciones del conocimiento jurídico”, en ÍD. y Agustín GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 12-66 [pp. 41-43]).

Según la noción de sesgo como error sistemático aquí defendida (que es, como se ha dicho, la prevalente en las otras disciplinas —psicología, economía, medicina, sociología, estadística, etc.— que se han ocupado de la misma), este solo existirá cuando la toma de partido sistemática a favor de una de las distintas variables merezca ser calificada de errónea, esto es, cuando no se considere aceptable según el *marco de racionalidad de referencia*⁵⁹. En el caso del Derecho, esto significa que *no habrá sesgo* (ideológico), p. ej., cuando el legislador o la Administración, al aprobar una norma jurídica, ejerzan legítimamente el vasto margen de apreciación ideológica que les reconoce, respectivamente, la Constitución y el propio legislador en un Estado democrático y pluralista. Tampoco lo habrá cuando el juez o la Administración apliquen dichas normas dentro del abanico de posibilidades admitido por el ordenamiento jurídico, y que puede ser muy amplio en los casos (los más frecuentes) en que gozan de arbitrio judicial⁶⁰ y discrecionalidad administrativa. Los juristas académicos disponemos de un margen discursivo especialmente amplio, ya que, como se verá luego, se nos permite, incluso, criticar el Derecho vigente y proponer alternativas *de lege ferenda*. Ello explica las paradojas y controversias que suscita, en especial, el sesgo ideológico, y que muchos colegas lo consideren incluso deseable. A mi modo de ver, en los (muchos) casos en que la apreciación ideológica resulta aceptable en el discurso jurídico no cabría, siquiera, calificarla de sesgo.

Común a todos los planos del Derecho (y al resto de disciplinas científicas y ámbitos en que operan los sesgos) es también la conveniencia de mitigar los sesgos a través de un *adecuado diseño del procesamiento de la información respectiva*, ya sea este, en el caso del Derecho, el procedimiento legislativo y reglamentario, el proceso judicial, el procedimiento administrativo (y los procesos no formalizados de actuación administrativa) o el método de investigación de los académicos. Es cierto, por ello, como señalaron algunos colegas durante el seminario en que se presentó este trabajo, que el debate sobre los sesgos es un debate que se centra sobre todo en el plano metodológico, aunque con el matiz importante de que por metodología no debe entenderse únicamente la que empleamos los académicos o, en general, los científicos, sino el procedimiento o modo de proceder que debe seguirse para procesar adecuadamente la información y los datos disponibles y resolver de la mejor manera posible el problema en cada caso planteado⁶¹.

En cuanto a si debería ponerse el énfasis en el *riesgo* de que se produzca el error y concebir a los sesgos como *factores* de dicho riesgo, se trata sin duda de una opción plausible e incluso habitual en los hablantes y hasta en los diccionarios citados,

⁵⁹ Huelga decir que el error o sesgo *jurídico* se determina con arreglo a las reglas del ordenamiento jurídico en cada momento vigente y de la argumentación jurídica, no según los criterios psicológicos, económicos, médicos, etc. que permiten afirmar la existencia de sesgos en esas otras disciplinas.

⁶⁰ Alejandro NIETO GARCÍA, *El arbitrio judicial*, 3ª ed., Colex, A Coruña, 2021.

⁶¹ Entre nosotros abordan conjuntamente, en la tradición alemana, la metodología académica y la metodología aplicativa del Derecho administrativo, Silvia DÍEZ SASTRE y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Metodología del Derecho administrativo”, en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, DOMÉNECH y ARROYO (2021), pp. 443-494.

cuando se equipara el término sesgo al de “tendencia”. No obstante, considero preferible seguir, en el ámbito del Derecho, el mismo criterio que las demás disciplinas examinadas y manejar un concepto más restringido de sesgo, que solo entre en juego cuando dicho riesgo se materialice y dé lugar a un error. Este concepto más restringido tiene una saludable connotación *normativa*, que admite y subraya la *posibilidad de evitar* los efectos perniciosos de las causas o factores que provocan los sesgos (las limitaciones cognitivas de la mente humana, creencias ideológicas o religiosas muy marcadas, estereotipos, intereses y emociones muy fuertes, un diseño o ejecución defectuoso de los experimentos, un mal entrenamiento de los algoritmos) e incentiva la adopción de las medidas de diligencia adecuadas para mitigarlos. Son muchos los jueces, funcionarios y académicos capaces de resistir habitualmente el poderoso influjo de dichos factores y que emiten a diario juicios que nadie calificaría de sesgados⁶². Ello no impide, como se ha señalado en el apartado precedente, que, en algunos casos, la existencia de un riesgo especialmente elevado de sesgo justifique que el propio ordenamiento jurídico obligue a abstenerse de participar en el proceso decisorio, para así garantizar la debida *apariencia* de imparcialidad y objetividad. Sesgo y riesgo de sesgo son, por tanto, dos categorías distintas y útiles a efectos analíticos.

Finalmente, sobre si el de sesgo es o no un concepto *jurídico*, es cierto, por un lado, que no ha sido recogido habitualmente por el Derecho positivo y, por otro, que ya existen categorías jurídicas cercanas y muy estudiadas como los principios de imparcialidad de los jueces y empleados públicos y de objetividad de la Administración (recogidos al mayor rango normativo por el artículo 103 de la Constitución)⁶³. Sin embargo, el término empieza a ser empleado por el legislador en relación, p. ej., con los sesgos algorítmicos y con sesgos cognitivos como el de automatización⁶⁴, y como concepto jurídico puede ser útil para complementar los efectos directivos de

⁶² Incluso en las circunstancias apuntadas en la nueva nota 53.

⁶³ V. al respecto, además de los distintos artículos incluidos en el monográfico de *Documentación Administrativa* indicado en la nota 2, trabajos clásicos como los de Alejandro NIETO, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2254; o Luis MORELL OCAÑA, “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 347-372.

⁶⁴ V. sobre unos y otro los artículos 10 (apartados 2 y 5) y 14.4.b) del flamante e importante Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). El artículo 70.1 de dicho Reglamento llega incluso a señalar que las autoridades nacionales que deberán ser designadas por los Estados miembros “ejercerán sus poderes de manera independiente, imparcial y *sin sesgos*, a fin de preservar la objetividad de sus actividades y funciones y de garantizar la aplicación y ejecución del presente Reglamento” (cursiva añadida). Los sesgos algorítmicos están asimismo previstos en el artículo 23.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que obliga a minimizarlos. NIEVA (2012: apartado 5) también ha propuesto añadir al artículo 219 LOPJ una nueva causa de recusación relativa al (riesgo de) sesgo ideológico de los jueces.

dichos principios constitucionales⁶⁵ y garantizar mejor su cumplimiento al permitir hilar más fino e identificar y combatir con mayor precisión las causas que pueden amenazarlos de un modo sistemático. La conveniencia o no de que el legislador y los tribunales manejen y perfilen esta noción como categoría jurídica es, en todo caso, compleja e interesante, y requeriría un análisis que no puede acometerse aquí con un mínimo de profundidad. Ello no obsta a que el concepto de sesgo resulte enriquecedor desde la perspectiva de la investigación en Derecho público que ha motivado este trabajo y a la que se dedicarán las páginas que siguen.

3. LA INCIDENCIA DE LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

Tras la delimitación conceptual y el ejercicio taxonómico efectuados en las páginas precedentes estamos ya en condiciones de examinar cómo esta amplia panoplia de sesgos incide en la investigación del Derecho público, y cómo pueden mitigarse. El análisis se centrará en los que he denominado “sesgos del pensamiento” (tanto cognitivos como no cognitivos), sin abordar los sesgos algorítmicos ni los que he llamado sesgos metodológicos, más propios de las ciencias experimentales. Se pondrá el foco en los trabajos de investigación de los académicos profesionales (monografías, artículos de revista, capítulos de libro, reseñas, comentarios jurisprudenciales) y en la metodología que los sustenta⁶⁶, aunque se hará también referencia a otros aspectos de su actividad relacionados con dicha investigación, como la impartición de clases y conferencias, la participación en seminarios, la intervención en los medios y redes sociales o la elaboración de dictámenes jurídicos para entidades públicas y privadas. Lo que se dirá es también predicable, *mutatis mutandis*, de la investigación en Derecho privado. Se basa en mi experiencia de más de veinticinco años como académico, durante los que he podido constatar con frecuencia el impacto que los sesgos tienen en mi trabajo y en el de mis colegas. El presente estudio me ha ayudado a identificarlos, retrospectivamente, con mucha mayor claridad.

3.1. La (limitada) incidencia de los sesgos cognitivos

Cabe presumir que la incidencia de los sesgos cognitivos en la investigación jurídica es menor que en otros ámbitos, como la toma de decisiones económicas por parte de los consumidores, el diagnóstico y el tratamiento de enfermedades por parte

⁶⁵ Y otros como, en particular, el principio (y derecho fundamental) de igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 de la Constitución), que prohíbe que los poderes públicos incurran en muchos de los que aquí se han denominado sesgos sociales, o el principio de eficacia administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), que puede verse comprometido por los sesgos cognitivos de los empleados públicos.

⁶⁶ VELASCO (2022: 113); DÍEZ SASTRE y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021: 449-467); BARRAGUÉ y DOMÉNECH (2021: *passim*).

de los médicos, o la toma de decisiones por parte de los jueces, los abogados y los empleados públicos (p. ej., policías que deben aplicar el Derecho de forma casi instantánea). Ello es así porque los académicos disponen (supuestamente) de más tiempo para formular sus juicios y someter sus intuiciones del pensamiento rápido al control que ejerce el pensamiento lento. El tiempo para la reflexión pausada es, sin duda, uno de los factores determinantes de la *auctoritas* de que ha gozado tradicionalmente la doctrina jurídica⁶⁷. El consenso alcanzado de manera sosegada en la discusión doctrinal permite orientar al juez “en el momento urgente de la decisión judicial”⁶⁸.

En todo caso, el pensamiento automático incide y condiciona a menudo el pensamiento lento, así como juicios que los académicos suelen emitir de forma automática, como sus intervenciones espontáneas en seminarios de investigación o las respuestas que ofrecen a las preguntas que les formulan los alumnos, los asistentes a sus conferencias y los periodistas. Especialmente influyente es el pensamiento automático en las opiniones que algunos colegas vierten, a veces de forma compulsiva, en las redes sociales.

Algunos ejemplos concretos podrían ser los siguientes:

— *Sesgo de autoridad*: el maestro que condiciona a sus discípulos mediante sus opiniones escritas o al ser el primero en intervenir en un debate, o la autoridad excesiva que suele concederse a los especialistas en otros campos (el especialista en e-Administración, contratación pública o medio ambiente; o el especialista en Derecho alemán o francés) o áreas de conocimiento (el economista, el politólogo, el psicólogo, el filósofo).

— *Sesgo de confirmación*: cuando alguien opina sobre un tema al que ya ha dedicado muchos trabajos, o se ve influido por la opinión que ha expresado a través de redes sociales, o pretende inconscientemente que la solución que desea *de lege ferenda* sea la que quepa afirmar *de lege lata*.

— *Sesgo de disponibilidad*: cuando se escribe solo sobre la base de la información que se tiene presente y recuerda mejor (p. ej. una sentencia reciente de un juez inferior que ha sido destacada en los medios por apartarse de la jurisprudencia mayoritaria, o una postura doctrinal minoritaria que es la única que la persona conoce o que recuerda mejor porque fue formulada en un seminario memorable).

— *Sesgo de statu quo*: cuando se da prevalencia a las teorías e interpretaciones heredadas, sin cuestionarlas, o se considere que a la ciencia jurídica le está vedado criticar la regulación y la jurisprudencia existente o proponer soluciones *de lege ferenda*.

— *Sesgo de anclaje*: cuando alguien se ve muy condicionado por el primer o primeros trabajos que lee sobre el tema de estudio y no evalúa adecuadamente la información y argumentos proporcionados por los sucesivos (aquí podrá entrar también en juego el sesgo de confirmación de la posición inicialmente fijada).

⁶⁷ V. sobre tales factores, desde el surgimiento de la dogmática jurídica con los glosadores, Francesca PUIGPELAT MARTÍ, “Factores relevantes para la pervivencia de la dogmática jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 75, 1989-1990, pp. 843-857.

⁶⁸ MIR PUIG (1982: 27).

— *Sesgo gregario*: cuando se mantiene acrítica e irreflexivamente lo que sostiene la mayoría de los colegas de la especialidad.

— *Sesgo retrospectivo*: cuando se torea como Manolete, a toro pasado, o se ejerce de quarterback el lunes posterior al partido de fútbol americano (*Monday-morning quarterback*, en la famosa y menos castiza expresión norteamericana), y se ven *a posteriori* como evidentes sucesos que eran altamente improbables (p. ej., en asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración, penales o de sanciones administrativas).

— *Efecto halo*: cuando se valoran las opiniones de otros colegas no en función de la calidad de los datos y argumentos en cada caso aportados, sino de la valoración suscitada por sus trabajos previos o por otros atributos de su personalidad, como p. ej. su atractivo físico, simpatía, seguridad, capacidad oratoria, prosa, dominio de idiomas o erudición. Este efecto explica también un fenómeno muy curioso y habitual en la academia: que sus miembros extiendan la buena (o mala) reputación de otros colegas (recomendando p. ej. sus trabajos, su contratación o nombramiento para cargos) sin siquiera haberles leído ni conocido personalmente, por el solo hecho de ser valorados positivamente (o negativamente) por académicos a los que aprecian.

— *Sesgo de grupo*: cuando se valoran mejor, por defecto, las opiniones del propio grupo de investigación, escuela o área de conocimiento que las de otros grupos, escuelas o áreas de conocimiento. Aquí se está haciendo referencia al sesgo cognitivo instintivo, no al sesgo de interés sobre el que se volverá de inmediato.

— *Sesgo de falso consenso*: cuando se piensa que las opiniones propias son mayoritarias, sin pararse a comprobar que ello no es así objetivamente.

— *Sesgo de automatización*: cuando se confía acríticamente, sin revisarlos, en los resultados que ofrecen las máquinas (p. ej. en una traducción automática o en alguna petición de información o resumen que se le haga a ChatGPT).

3.2. La (notable) incidencia de los sesgos no cognitivos

Los que aquí se han denominado sesgos no cognitivos del pensamiento pueden tener un impacto notablemente mayor en la actividad académica, ya que, como se ha dicho, son más difícilmente mitigables mediante el pensamiento lento. Pongamos nuevamente algunos ejemplos.

El *sesgo ideológico*, en los términos estrictos antes precisados⁶⁹, puede estar presente en las investigaciones de aquellas personas que poseen creencias ideológicas muy marcadas⁷⁰ y que consideran que tienen que utilizar su trabajo como académicas para hacer *activismo político* (p. ej. en materia de igualdad, de protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático o la corrupción, o de favorecimiento de

⁶⁹ V. *supra* los apartados 2.1.2 y 2.2.3.

⁷⁰ Convincientemente, sobre las razones por las cuales resulta preferible que los jueces y juezas tengan una ideología “abierta, o incluso pragmática”, no “inflexible” sobre ciertos temas, que les permita aplicar sin “mala conciencia” la legislación en cada caso vigente, NIEVA (2012: apartado 2).

la libre competencia, de la libertad de expresión o de portar armas)⁷¹, aun a costa del rigor de sus planteamientos (p. ej., obviando sentencias contrarias a las posiciones defendidas); o de quienes, no teniendo tales creencias, no se atreven a discrepar del *mainstream* ideológico, en caso de que exista⁷².

El *sesgo religioso* puede afectar a los trabajos de autores que posean profundas creencias religiosas y que versen sobre asuntos jurídicos que puedan entrar en contradicción con tales creencias, como el matrimonio homosexual, el aborto o la eutanasia. Naturalmente, como ocurre con las creencias ideológicas, ello no impide que quienes las profesen puedan formular propuestas *de lege ferenda* alineadas con ellas. El miedo a discrepar de la escuela de firmes convicciones religiosas a la que eventualmente se pertenezca (como, señaladamente, las escuelas vinculadas al Opus Dei, en la comunidad jurídica española) puede también traducirse en afirmaciones religiosamente sesgadas.

El *sesgo de interés* puede producirse cuando alguien se ve condicionado en su labor como académico por su pertenencia o cercanía a un partido político y la perspectiva de obtener algún cargo público (perspectiva muy plausible en el caso de los profesores de Derecho público que se aproximen, en España, a algún partido con representación institucional), por su ejercicio de la abogacía, o por sus labores de asesoramiento a despachos de abogados y entidades públicas y privadas (asesoramiento permitido y fomentado, incluso en régimen de dedicación a tiempo completo a la universidad, por el artículo 60 de la Ley orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario)⁷³. Dicho sesgo también puede asomar en los trabajos de quienes actúan movidos por intereses corporativos de defensa de la propia área de conocimiento frente a áreas limítrofes (p. ej. los enfrentamientos que se han producido de forma recurrente entre administrativistas y constitucionalistas españoles).

Los *sesgos sociales* pueden emerger en los trabajos influidos por estereotipos de género (todavía presentes en la comunidad académica española), raciales (sin ser aún preocupantes, crecerán seguramente a medida que siga aumentando la inmigración

⁷¹ Sobre el “*scholactivism*” en Derecho constitucional, donde es especialmente frecuente, KHAI-TAN (2022).

⁷² En EE.UU. se ha estimado que solo el 15 por ciento de los más de 10.000 profesores universitarios de Derecho son conservadores (simpatizantes del Partido Republicano), frente al 35 por ciento de los abogados y al 45 y 52 por ciento de los jueces federales (de distrito o de apelación, respectivamente), estos últimos nombrados políticamente. Dicho porcentaje sería, en todo caso, muy similar al 16 por ciento de profesores universitarios conservadores que existiría en los ámbitos distintos del Derecho (BONICA, CHILTON, ROZEMA y SEN [2018: 2-4, 25-26, 33], sugiriendo que ello puede indicar la existencia de discriminaciones o autoexclusión por razones ideológicas en el acceso a la academia y considerando que dicha uniformidad ideológica afecta a la credibilidad e influencia de la doctrina jurídica de dicho país).

⁷³ Sobre la influencia que ha tenido en la doctrina administrativista española el hecho de que muchos de sus grandes maestros hayan ejercido intensamente como abogados y consultores es ya clásico el trabajo de Alejandro NIETO, “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 76, 1975, pp. 9-30 (p. 14: el “Derecho administrativo del cliente”). Más recientemente, entre otros, DOMÉNECH (2024: 415-416).

en España), nacionales (cuando se valoran acriticamente las soluciones procedentes de instancias supranacionales como la Unión Europea, el Consejo de Europa o la OCDE, o de determinados países como Alemania, EE.UU. o Francia, se reniega sistemáticamente de la calidad de la doctrina española o se cuestiona la de países latinoamericanos) o regionales (cuando al interpretar las opiniones ajenas se presume que todo autor de apellidos catalanes es independentista, o que los procedentes de la Comunidad de Madrid son conservadores y nacionalistas españoles).

Finalmente, los *sesgos emocionales* pueden surgir en los trabajos académicos influidos por los afectos y animadversiones que sus autores sientan, p. ej., respecto de los políticos, jueces o colegas de cuyas iniciativas legislativas, sentencias y opiniones jurídicas se ocupan. No es lo mismo estudiar átomos o animales que las decisiones adoptadas por seres humanos que despiertan tantas pasiones como, p. ej., Donald Trump, Pedro Sánchez o Isabel Díaz Ayuso. Tampoco es lo mismo opinar sobre el trabajo de un colega desconocido que sobre el de un buen amigo (no digamos ya de un familiar) o de alguien a quien no se soporta.

4. ESTRATEGIAS DE MITIGACIÓN DE LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

De todo lo expuesto se deriva que los distintos tipos de sesgos, tal como han sido definidos y acotados, esto es, como errores sistemáticos según el marco de racionalidad de referencia, deberían tratar de ser evitados en la medida de lo posible por parte de todos los operadores jurídicos y, en lo que aquí interesa, por parte de los investigadores de Derecho público. A continuación, se propondrán algunas estrategias individuales e institucionales que, a mi juicio, pueden contribuir poderosamente a mitigarlos —aunque su completa erradicación resulte imposible y, hasta cierto punto, innecesaria⁷⁴—. Se formularán de forma breve, debido al poco espacio disponible.

4.1. Estrategias individuales

Las estrategias más importantes son, sin duda, individuales, ya que individual es el procesamiento mental de la información que puede verse afectado por las distintas causas que motivan los sesgos y que da lugar a los trabajos académicos de investigación jurídica. Por otro lado, esta responsabilidad individual es la contrapartida de la gran libertad y creatividad del proceso investigador.

⁷⁴ Como subraya ALFARO (2016), la confrontación de enfoques doctrinales antagónicos en el “mercado de las ideas” puede equilibrar los sesgos académicos existentes, aunque para ello es necesario que se produzca un auténtico debate entre ellos (algo que dificultan las redes sociales, como se dirá al final) y que, como señala este autor, exista la voluntad compartida de alcanzar un consenso.

Cabe distinguir dichas estrategias en función del tipo de sesgo que trate de mitigarse. Algunas, sin embargo, son comunes a todos ellos. Este último sería el caso de las siguientes:

— Estudio específico de los sesgos en la investigación científica y toma de conciencia de los *proprios* sesgos reales y potenciales, cognitivos y no cognitivos. Esto es fundamental, como se ha subrayado en la literatura sobre los sesgos cognitivos de los médicos, y más teniendo en cuenta que resulta mucho más fácil advertir los errores ajenos que los propios⁷⁵. Ser conscientes del peso excesivo que, de forma inconsciente, solemos dar p. ej. a nuestras opiniones previas, a las opiniones de nuestros maestros, de los grupos a los que pertenecemos, a la información que recordamos o que leemos primero, a nuestras creencias ideológicas, religiosas, intereses o emociones y a los estereotipos sociales es un requisito imprescindible para que podamos corregirlo.

— Asumir un compromiso ético con la búsqueda de la verdad y la generación y difusión de conocimiento como fines propios de la investigación científica y con los principios de objetividad e imparcialidad que la caracterizan⁷⁶.

— Fomentar la apertura de mente, voluntad de consenso, escepticismo constructivo y predisposición a ser refutado y a reconocer los errores cometidos y a cambiar de opinión, valorándolos como elementos imprescindibles para el avance cooperativo de la ciencia (jurídica), sin que ello afecte a la propia autoestima. Las críticas fundamentadas y respetuosas no deben considerarse ofensivas y la respuesta que se les dé no debería estar presidida por las emociones.

— Rigor metodológico y diligencia en el desarrollo de las investigaciones propias y en la evaluación y supervisión de las ajenas, dedicándoles el tiempo que requieren unas y otras, y comprobando y examinando los hechos, el material normativo y jurisprudencial y las opiniones de los demás colegas directamente y sin apriorismos.

— Crítica motivada (y respetuosa) de los trabajos académicos ajenos de bajo nivel o sesgados, a fin de incentivar la investigación pausada y de calidad⁷⁷.

— Centrarse en investigaciones de valor añadido, priorizando la calidad sobre la cantidad y la calma sobre la inmediatez, y sin preocuparse por los indicadores bibliométricos y muchos de los criterios de las agencias de acreditación. Tomar el sexenio de investigación (que valora solo cinco publicaciones destacadas cada seis años)⁷⁸ como guía de productividad aceptable y la reputación académica como faro de calidad.

⁷⁵ KAHNEMAN (2012: 45, 542-543).

⁷⁶ HAMMERSLEY y GOMM (1997: apartado 4.12); KHAITAN (2022: 548-549); Alan SOKAL, "How ideology threatens to corrupt science", *The Critic*, 22 de mayo de 2024, <https://thecritic.co.uk/how-ideology-threatens-to-corrupt-science/>.

⁷⁷ ALFARO (2016), considerando que la academia debe "abochornar" a los "profesores que dicen tonterías", sobre todo cuando lo hagan en publicaciones derivadas de informes pagados (pone el ejemplo lacerante de los economistas famosos que escribieron trabajos encargados por Fannie Mae y Freddie Mac despreciando los riesgos que condujeron a la Gran Recesión).

⁷⁸ Orden de 2 de diciembre de 1994 por la que se establece el procedimiento para la evaluación de la actividad investigadora en desarrollo del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario.

— Valorar la propia reputación académica como principal activo profesional a lograr y preservar.

En particular, para combatir los sesgos cognitivos, parece además recomendable:

— Evitar la formulación pública de juicios precipitados de tipo automático (p. ej., en tuits, conferencias o intervenciones en los medios) y desarrollar la investigación académica mediante pensamiento lento, esforzado, deliberado. Esto último no impide que los académicos (en especial, los juristas) puedan dejarse llevar por la inspiración y redactar sus trabajos de forma rápida, semiautomática, cuando logren entrar en ese estado de *flow*⁷⁹ que libera la creatividad, proporciona el mayor placer intelectual y explica muchas de las vocaciones universitarias. Pero sí exige que, antes de acometer dicha fase estimulante de redacción, se haya estudiado cada tema con el (duro) rigor necesario, y que al concluirlo se repasen el trabajo y cada una de sus frases minuciosamente.

— No volver una y otra vez sobre los mismos temas de investigación para evitar el sesgo de confirmación.

— Evitar la sobrepersuasión y el *marketing* en las investigaciones propias y tratar de no explotar con ellos los sesgos cognitivos ajenos.

Finalmente, para hacer frente a los sesgos no cognitivos puede también sugerirse:

— Evitar la investigación de temas sobre los que se tengan convicciones ideológicas o religiosas muy rígidas, intereses o emociones muy marcados, ya que unos y otras dificultan especialmente el análisis imparcial y objetivo.

— Distinguir el plano *de lege lata* del plano *de lege ferenda* en los trabajos académicos, esto es, la exposición y análisis del Derecho vigente en cada momento de las propuestas de cambio normativo que puedan formularse.

— Describir de forma objetiva las principales posturas mantenidas en la doctrina (sin desnaturalizarlas) antes de defender la que se sostiene, para que el lector pueda formarse su propia opinión.

— Canalizar el legítimo activismo político por vías distintas de las académicas, sin perjuicio de elegir los temas de investigación con arreglo al criterio que se desee y a difundir como mejor se considere los resultados del trabajo académico que se obtengan. Esto es, separar la fase previa de elección del tema y la posterior de difusión y puesta en práctica de los resultados, de la actividad específica de investigación académica, que debería ser lo más objetiva posible⁸⁰.

⁷⁹ Sobre este estado mental de plena concentración sin esfuerzo o de “experiencia óptima”, según CSZIKSZENTMIHALYI, el psicólogo que más lo ha estudiado, KAHNEMAN (2012: 60).

⁸⁰ Así lo propone KHAITAN (2022: 555), incluyendo en dicha actividad investigadora, en la que “el investigador toma el relevo [al activista]”, el planteamiento de la cuestión, la determinación del método más apropiado, el estudio de la bibliografía, la recopilación de pruebas, la argumentación, la redacción, la presentación del trabajo en seminarios especializados y su posterior revisión antes de la publicación.

— A fin de no sucumbir a estereotipos, rodearse de personas que tengan opiniones y formas de pensar distintas, de diferentes edades, género, procedencia, formación, orientación sexual, creencias, etc., efectuar estancias de investigación en el extranjero, informarse acudiendo a medios de distintas líneas ideológicas y evitar las cámaras de resonancia de las redes sociales.

— Emplear lenguaje inclusivo (de manera proporcionada y sin detrimento de la fluidez expositiva) en los propios trabajos, e indicar los nombres de pila de las académicas (no solo sus iniciales), a fin de conferir visibilidad a las investigadoras y evitar estereotipos de género.

— Llevar a cabo tareas de asesoramiento jurídico a entidades públicas y privadas, como aspecto importante de mejora de la docencia y la capacidad investigadora, pero distinguiendo claramente las opiniones que se vierten como asesor y las que se emiten como académico, e indicando en las publicaciones que puedan resultar el nombre de la entidad que formula el encargo⁸¹. Estas publicaciones, a diferencia de los dictámenes de parte, deberían en todo caso cumplir con los estándares de rigor y objetividad de todo trabajo académico.

— Ser escrupuloso en el cumplimiento de las causas de abstención y prevención de conflictos de intereses en todos los procedimientos de selección de profesorado y de evaluación de trabajos y proyectos en que se participe.

— Evitar a toda costa el sectarismo de escuela, gremial y partidista, e infringir sistemáticamente la “ley del acolitismo” formulada, de manera irónica, por VAQUER⁸².

— Desarrollar las distintas actividades académicas cuidando el trato humano y la empatía, participar con ánimo cooperativo en congresos, seminarios, publicaciones y proyectos de investigación, y tratar con imparcialidad las opiniones de todos los colegas.

4.2. Estrategias institucionales y comunitarias

A las apuntadas estrategias individuales cabe añadir otras de tipo institucional y comunitario. La comunidad académica y el entorno institucional en que se lleva a cabo la investigación jurídica pueden dificultar la aparición de sesgos con medidas como las siguientes, destinadas a promover la calidad de dicha investigación y a asegurar el *tiempo* y la libertad que los académicos necesitan para desarrollarla:

⁸¹ Esto último es lo que recomiendan en su apartado 46 las Directrices de buena práctica científica en Derecho público de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado (VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER, *Leitsätze “Gute wissenschaftliche Praxis im Öffentlichen Recht”*, 3 de octubre de 2012, <https://www.vdstrl.de/gute-wissenschaftliche-praxis/>).

⁸² Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 3005-3023 (p. 3016).

— Garantía adecuada de la libertad de investigación científica (artículo 20.1.b) de la Constitución), sin injerencias políticas en la orientación de la investigación.

— Potenciación de la investigación (artículo 44.2 de la Constitución), especialmente de la efectuada en los centros públicos aconfesionales y no vinculados a sectores económicos.

— Garantía de la libertad de creación de centros universitarios privados (artículo 27.6 de la Constitución), pero con exigencias elevadas de calidad en la docencia y la investigación.

— Limitación del número de Facultades de Derecho, reducción de su número de profesores (a fin de posibilitar el conocimiento y el control recíproco de sus publicaciones, evitar la hiperespecialización, asegurar un mayor nivel y vocación de sus miembros y reforzar su prestigio social) y potenciación de su diversidad sin merma de la calidad.

— Incremento de la retribución de los investigadores, de su soporte administrativo y reducción drástica de las múltiples y crecientes trabas burocráticas a que deben hacer frente en su día a día, y que la digitalización solo está empeorando.

— Replanteamiento de la financiación pública de la —comparativamente muy barata— investigación jurídica, vinculándola principalmente no ya a proyectos futuros de solicitud periódica, sino a la posición académica ocupada y a resultados de calidad previamente obtenidos, y con gastos elegibles equiparables a los de los países de referencia. La actual financiación española basada en proyectos es enormemente perniciosa, por muchas razones que no es posible desarrollar aquí (fomenta la hiperactividad, la hiperespecialización y la reiteración, el turismo académico y la elaboración de publicaciones autofinanciadas y de baja calidad, impide el estudio de temas distintos sobrevenidos y más importantes, consume un tiempo ingente de los investigadores y muchos recursos públicos en burocracia innecesaria que solo beneficia a quienes se dedican profesionalmente a la elaboración, administración, evaluación y auditoría de proyectos, impide organizar o asistir a actos académicos en los términos habituales en la comunidad científica internacional, perjudica —al ser considerado como un mérito absolutamente sobrevalorado— a los equipos brillantes que deciden investigar sin solicitar proyectos —al no poder contar sus miembros más jóvenes con las becas mejor dotadas, y haberse malacostumbrado las universidades a que todo esté “cofinanciado” por alguno, incluso los ordenadores de sobremesa, etc.).

— Reducción del peso de los criterios cuantitativos y los indicadores bibliométricos en la evaluación de la investigación jurídica⁸³.

⁸³ Sobre la “evaluitis”, los distintos tipos de evaluación de la investigación jurídica en el Derecho español (de trabajos y proyectos de investigación, de los investigadores y de las universidades) y las ventajas e inconvenientes de los criterios cuantitativos y cualitativos (*peer review*) de evaluación empleados en unos y otros v. el completo análisis de José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “¿Es Einstein mejor que Kelsen? La evaluación de la investigación jurídica en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020, pp. 151-191, con ulteriores referencias.

— Fomento de la comunidad académica mediante asociaciones serias y plurales⁸⁴, y reducción del peso de las escuelas.

— Elaboración de directrices de buenas prácticas científicas de la comunidad académica de referencia⁸⁵.

— Desvalorización por la comunidad académica de los autores excesivamente prolíficos, impulsivos e hiperactivos, sin que se promocióne a los niveles superiores a los que desarrollen una actividad de investigación de baja calidad, y sancionando con contundencia a los que participan en tramas de multiplicación de trabajos, citas y manipulación de índices de impacto.

— Fomento de seminarios de investigación (cuantitativamente limitados) en que los académicos tengan la oportunidad de discutir seriamente sus borradores de trabajos con pares externos, en que las figuras de autoridad intervengan después de los más jóvenes y en que se lleven a cabo ejercicios creativos de *brainstorming* donde se exploren sin miedo todos los posibles puntos de vista⁸⁶.

— Apertura de los congresos de la especialidad a temas y planteamientos innovadores (poniendo énfasis en cuestiones de metodología jurídica y mitigación de sesgos) y selección de sus ponentes sobre la base del criterio preferente de la calidad científica y no de los intereses de promoción académica de los mismos.

— Reducción del número de revistas de la especialidad y garantía de su imparcialidad, a fin de impedir que cualquier trabajo encuentre una salida editorial y de limitar el número de publicaciones a leer y a elaborar por los investigadores. En particular, debe evitarse que el lucrativo mercado de los números especiales de las ciencias naturales (en cuya virtud se ofrece masivamente a investigadores de todo el mundo que configuren su propio número especial en una revista supuestamente indexada a cambio de un precio) arraigue en el ámbito jurídico.

— Establecimiento de criterios exigentes, meramente científicos⁸⁷ y objetivos de selección de las publicaciones académicas, con sistemas de *peer-review* u órganos colegiados editoriales⁸⁸ integrados por especialistas de prestigio, a poder ser de forma

⁸⁴ Sobre el papel que debería corresponder a tales asociaciones en la fijación de los criterios de evaluación de los investigadores RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2020: 187).

⁸⁵ Como las de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado a que antes se ha hecho referencia, pero profundizando más en el problema específico de los sesgos, que aquellas apenas contemplan.

⁸⁶ En esta misma línea, para evitar los sesgos en las reuniones de los equipos médicos, HOWARD (2019: 41).

⁸⁷ SOKAL (2024) se ha mostrado recientemente muy crítico con los nuevos criterios ideológicos de rechazo de originales de la prestigiosa revista *Nature*. Como se recordará por el notable revuelo que generó, este físico ya denunció en los años noventa la falta de rigor de los procesos de selección de ciertas revistas postmodernas cuando logró que se publicara en una de ellas un artículo absurdo que había elaborado con dicho fin (al respecto MOSTERÍN [2013: 15-16]).

⁸⁸ Las citadas Directrices de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado consideran válidos ambos procedimientos de selección, siempre y cuando se basen “exclusivamente en criterios adecuados a la ciencia” (apartado 50). Si en la mayoría de las revistas jurídicas norteamericanas más prestigiosas los trabajos son seleccionados por los estudiantes que las editan, sin seguir procedimiento alguno de *peer-review* (como señalan —y critican— CHILTON y POSNER [2015: 303-304]), ello también ha de poder hacerse, con más motivo, en las revistas jurídicas españolas y europeas de primer

ciega (puesto que la omisión de la identidad del autor es un poderoso mecanismo de mitigación de sesgos, que obliga a concentrarse en la evaluación de la calidad del contenido).

— Nombramiento como cargos de gobierno de las universidades y como magistrados de los tribunales superiores a profesores y profesoras de prestigio académico indiscutido e independencia contrastada⁸⁹. Esto último reduciría, de paso, los mucho más peligrosos sesgos judiciales.

5. FINAL

En las páginas precedentes se ha defendido un concepto *extenso* de sesgo que rebasa el radio de los sesgos cognitivos más estudiados en los últimos años y comprenda asimismo otro tipo de sesgos de antaño conocidos, e igualmente nocivos para los operadores jurídicos, como son los ideológicos, religiosos, sociales, de interés y emocionales. El propuesto es a su vez un concepto *normativo*, como error sistemático mitigable, que admite y subraya la *posibilidad de evitar* los efectos perniciosos de las causas o factores que provocan los sesgos e incentiva la adopción de las medidas de diligencia adecuadas para mitigarlos. El concepto así formulado no solo posee utilidad analítica, al permitir explicar tales causas con mayor precisión que acudiendo a la dicotomía tradicional objetividad/subjetividad, sino que también puede llegar a tenerla como concepto jurídico, cuando sea recogido —como lo está empezando a ser— por el Derecho positivo. El estudio de los sesgos enriquece, en todo caso, el enfoque clásico del problema, vinculado a los principios constitucionales de objetividad de la Administración y de imparcialidad de los jueces y empleados públicos.

En la segunda parte del trabajo se ha explorado la incidencia notable que los sesgos del pensamiento (cognitivos y no cognitivos) pueden tener en la investigación jurídica, en general, y del Derecho público, en particular, y se han identificado algunas estrategias individuales, institucionales y comunitarias que pueden contribuir poderosamente a evitarlos. Tales estrategias constituyen *estándares de buena praxis investigadora* que podrían ser promovidos por las distintas asociaciones de profesores y profesoras de Derecho público.

La lucha contra los sesgos y la defensa de la racionalidad, la objetividad y la imparcialidad de la ciencia son hoy en día más importantes que nunca. A su erosión

nivel, editadas invariablemente por académicos de renombre. En los trabajos jurídicos de primer nivel no tiene sentido demorar la publicación y hacer perder el tiempo a otros investigadores muy ocupados.

⁸⁹ Llama la atención el escasísimo número de profesores de Derecho administrativo que han accedido en los últimos años a la Sala 3ª del Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, pese a haberse postulado candidatos excelentes. Esta anomalía es extensiva a otras especialidades jurídicas (Oriol MIR PUIGPELAT, “Santiago Mir Puig: vida de un penalista”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ, Mirentxu CORCOY BIDASOLO y M^a Teresa CASTIÑEIRA PALOU [coords.], *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. XXI-XXVIII [p. XXVII]).

han contribuido el relativismo postmoderno y, sobre todo, las redes sociales, cuyo efecto disgregador no se subyugará nunca suficientemente. Si la imprenta multiplicó el conocimiento y trajo la Ilustración, las redes sociales alimentan la ignorancia y propician un regreso al (tecno)feudalismo. Fomentan la existencia de universos mentales paralelos en los que la verdad y la realidad son moldeables, de plastilina, y en los que no cabe el debate ni, menos aún, el consenso. Sorteán el filtrado de las mentiras y conspiranoias que tradicionalmente efectuaban los medios profesionales de comunicación y posibilitan la elección de gobernantes desequilibrados, irracionales y polisegados que las alimentan sin escrúpulos, por crudo interés o megalomanía narcisista, con grave riesgo para la paz, la democracia, el bienestar individual y la vida futura en el planeta.

En este contexto tan preocupante, los investigadores en Derecho público, en especial los más jóvenes, que han crecido en el entorno nocivo, ingenuamente permisivo y desregulado de los primeros años de surgimiento de dichas redes, tienen la responsabilidad y la oportunidad de contribuir a la defensa del Estado de Derecho y la democracia mediante su análisis riguroso y objetivo de las normas que regulan el poder y la vida en sociedad, e identificando y denunciando los sesgos de los gobernantes y los jueces.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Ana ALEMÁN MONTERREAL, “La *recusatio iudicis suspecti* en Derecho Romano y sus vaivenes históricos”, *Vergentis*, núm. 1, 2015, pp. 173-200.
- Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Sesgos crematísticos en la investigación jurídica”, *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016, <https://almacenederecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica>.
- Borja BARRAGUÉ CALVO y Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “El análisis interdisciplinar del Derecho público”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2021, pp. 495-557.
- Buster BENSON, “Cognitive bias cheat sheet”, *Better Humans*, 1 de septiembre de 2016, <https://betterhumans.pub/cognitive-bias-cheat-sheet-55a472476b18>.
- Adam BONICA, Adam CHILTON, Kyle ROZEMA y Maya SEN, “The Legal Academy’s Ideological Uniformity”, *Journal of Legal Studies*, vol. 47, núm. 1, 2018, pp. 1-43.
- Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, “Sesgos ideológicos en debates jurídicos”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Justicia, Administración y derecho. Nuevos retos del derecho en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 263-284.
- Alejandro BULDÓN OLALLA, “Heurística y sesgos cognitivos en la práctica clínica”, *Lafisioterapia*, 11 de noviembre de 2023, <https://lafisioterapia.net/heuristica-y-sesgos-cognitivos-en-la-practica-clinica>.
- Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Los sesgos del jurista”, *Blog Zona Bolonia*, 23 de septiembre de 2016, <https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-y-el-jurista-una-leccion.html>.
- “El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica”, en Cristina GIL MEMBRADO (dir.), *Bioderecho y retos. M-Health, genética, IA, robótica y criogenización*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 337-353.
- Adam CHILTON y Eric A. POSNER, “An Empirical Study of Political Bias in Legal Scholarship”, *Journal of Legal Studies*, vol. 44, núm. 2, 2015, pp. 277-314.

- Davide CIRILLO y María José REMENTERÍA, “Bias and fairness in machine learning and artificial intelligence”, en Davide CIRILLO, Silvina CATUARA-SOLARZ y Emre GUNEY (eds.), *Sex and Gender Bias in Technology and Artificial Intelligence. Biomedicine and Healthcare Applications*, Elsevier, London, San Diego, Cambridge, Oxford, 2022, pp. 57-75.
- Cary COGLIANESE, *A Framework for Governmental Use of Machine Learning. Report for the Administrative Conference of the United States*, Administrative Conference of the United States, Washington, 2020.
- Antonio DÍEZ PATRICIO, “Más sobre la interpretación (y III). Razonamiento y racionalidad”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 37, núm. 132, 2017, pp. 333-348.
- Silvia DÍEZ SASTRE y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Metodología del Derecho administrativo”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2021, pp. 443-494.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 389-425.
- “Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora”, *InDret*, núm. 2, 2016, pp. 1-37.
- “Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas”, *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 388-440.
- Carl F. FALK, Steven J. HEINE, Masaki YUKI y Kosuke TAKEMURA, “Why do Westerners self-enhance more than East Asians?”, *European Journal of Personality*, vol. 23, núm. 3, 2009, pp. 183-203.
- David GAL y Derek D. RUCKER, “The Loss of Loss Aversion: Will It Loom Larger Than Its Gain?”, *Journal of Consumer Psychology*, vol. 28, núm. 3, 2018, pp. 497-516.
- Gerd GIGERENZER y Reinhard SELTEN (eds.), *Bounded Rationality. The Adaptive Toolbox*, The MIT Press, Cambridge, 2001.
- María Concepción GIMENO PRESA, “Sesgos discriminatorios en la interpretación y aplicación del Derecho”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Justicia, Administración y derecho. Nuevos retos del derecho en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 233-262.
- Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El relativo valor de la justicia (administrativa). Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La ‘zona de lo interpretable’ y el azar en el Derecho”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, pp. 1-10.
- Martyn HAMMERSLEY y Roger GOMM, “Bias in Social Research”, *Sociological Research Online*, vol. 2, núm. 1, 1997, pp. 7-19.
- Jonathan HOWARD, *Cognitive Errors and Diagnostic Mistakes*, Springer, Cham, 2019.
- María Jesús IZQUIERDO, Francisco José LEÓN y Enrico MORA, “Sesgo de género y desigualdades en la evaluación de la calidad académica”, *Arxius de Ciències Socials*, núm. 19, 2008, pp. 75-90.
- Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Penguin Random House, Barcelona, 2012.
- Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica*, vol. 47, núm. 2, 1979, pp. 263-292.
- Daniel KAHNEMAN, Olivier SIBONY y Cass R. SUNSTEIN, *Ruido. Un fallo en el juicio humano*, Penguin Random House, Barcelona, 2021.
- Tarunabh KHAITAN, “On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 20, núm. 2, 2022, pp. 547-556.
- Thomas KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1970.
- Joan-Pere LÓPEZ PULIDO, *Perspectiva cognitiva y nudge público. La actuación conductual de los poderes públicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- Luis MÍGUEZ MACHO, “El principio de objetividad de la Administración. Presentación”, *Documentación Administrativa*, núm. 289, 2011, pp. 11-17.

- Santiago MIR PUIG, “Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal”, en Santiago MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 9-31.
- Oriol MIR PUIGPELAT, “Santiago Mir Puig: vida de un penalista”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ, Mirrentxu CORCOY BIDASOLO y M^a Teresa CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo; 2017, pp. XXI-XXVIII.
- “Algoritmos, inteligencia artificial y procedimiento administrativo: principios comunes en el Derecho de la Unión Europea”, en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 685-725.
- Luis MORELL OCAÑA, “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 347-372.
- Elisa MOREU CARBONELL, “Nudges y Derecho público. Oportunidad y regulación”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 83-107.
- Jesús MOSTERÍN, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, Gedisa, Barcelona, 2013.
- Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una Aproximación”, *InDret*, núm. 2, 2011, pp. 1-39.
- “Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica”, *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-54.
- Alejandro NIETO, “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 76, 1975, pp. 9-30.
- “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2254.
- “Las limitaciones del conocimiento jurídico”, en ÍD. y Agustín GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 12-66.
- *El arbitrio judicial*, 3^a ed., Colex, A Coruña, 2021.
- Jordi NIEVA FENOLL, “El sesgo ideológico como causa de recusación”, *Ius et Praxis*, vol. 18, núm. 2, 2012, pp. 295-308.
- Christopher J. PANNUCCI y Edwin G. WILKINS, “Identifying and Avoiding Bias in Research”, *Plastic and Reconstructive Surgery*, vol. 126, núm. 2, 2010, pp. 619-625.
- Juli PONCE SOLÉ, “Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 15, 2018, pp. 8-27.
- “Derecho, acicates (nudges) y buena administración”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 61-82.
- “Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, pp. 171-220.
- Francesca PUIGPELAT MARTÍ, “Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 229-246.
- “Factores relevantes para la pervivencia de la dogmática jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 75, 1989-1990, pp. 843-857.
- *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “¿Es Einstein mejor que Kelsen? La evaluación de la investigación jurídica en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020, pp. 151-191.
- Itamar SHATZ, “Authority Bias: Lessons from the Milgram Obedience Experiment”, *Effectiviology*, <https://effectiviology.com/authority-bias-the-milgram-obedience-experiment/>.
- Gregory T. SICA, “Bias in Research Studies”, *Radiology*, vol. 238, núm. 3, 2006, pp. 780-789.

- Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.
- Herbert A. SIMON, *Models of Man. Social and Rational*, Wiley, New York, 1957.
- Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un pequeño empujón (nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Madrid, Taurus, 2009.
- Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, vol. 185, núm. 4157, pp. 1124-1131.
- Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 3005-3023.
- Francisco VELASCO CABALLERO, “Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho administrativo”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 109-131.
- VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER, *Leitsätze “Gute wissenschaftliche Praxis im Öffentlichen Recht”*, 3 de octubre de 2012, <https://www.vdstrl.de/gute-wissenschaftliche-praxis/>.
- Bradford J. WIGGINS y Cody D. CHRISTOPHERSON, “The Replication Crisis in Psychology: An overview for theoretical and philosophical psychology”, *Journal of Theoretical and Philosophical Psychology*, vol. 39, núm. 4, 2019, pp. 202-217.
- WIKIPEDIA, *List of cognitive biases*, https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases.
- Eldad YECHIAM, “Acceptable losses: the debatable origins of loss aversion”, *Psychological Research*, vol. 83, 2019, pp. 1327-1339.