

A Revised View of the Judicial Hunch¹

LINDA L. BERGER²

El artículo desarrolla la importancia del proceso cognitivo de la intuición. Destaca que en la toma de decisiones hay se utilizan dos procesos cognitivos: el deductivo-analítico y el intuitivo. En especial se enfoca en los efectos del intuitivo y las decisiones de los jueces. Dichas decisiones las divide en dos grandes categorías: dictar sentencias (judgements) y dar solución a controversias (solving problems). Sólo cuando un juez se enfrenta a solucionar controversias —definido como, casos cuando el juez busca, interpreta, aplica y/o generan criterios para poder resolver conforme a derecho— entonces la intuición “abre la mente” del juez. Se desarrolla el concepto e identifica que la intuición experta judicial se forma a partir de casos con similitudes estructurales y en los que el juez recibió retroalimentación. Estas dos características hacen que la intuición se desarrolle y utilice para casos que requieren que el juez solucione controversias o resuelva problemas. Además, ya que la intuición es un proceso cognitivo que puede ser utilizado en todo momento por el juez (o cualquier persona), reconocer que el proceso intuitivo existe resulta de utilidad para el propio juez y para los abogados que participan en procesos judiciales. Cuando se requiere argumentar ante un juez para favorecer una decisión, reconocer ambos procesos cognitivos permite desarrollar elementos discursivos que persuadan más. Los argumentos presentados en forma de analogías, metáforas, perspectivas o historias desencadenan en el juez o en cualquier persona (el abogado o ciudadano) el proceso cognitivo intuitivo ya que este tipo de herramientas discursivas facilitan la identificación de señales.

CONTENIDO

I. Introduction	2
II. Schools of thought about thinking.....	3
A. Heuristics and biases: intuition is an untrustworthy shortcut.....	3
B. Intuitive problem solving: intuition unlocks solutions to problems	4
III. Schools of thought about judicial decisionmaking.....	5
A. Legal decisionmaking as “sensemaking”	5
B. The role of intuition in judging	5
C. Viewing judges as experts in problema solving	6
IV. Using intuitive problem solving for legal persuasion	7
A. Persuasion and legal problem solving	7

¹ Síntesis elaborada por: Jimena Álvarez Martínez.

² Linda L. Berger (2013): “A Revised View of the Judicial Hunch.” En *Legal Communication and Rethoric*: JALWD, disponible en: <http://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1831&context=facpub>

B. Using analogy, metaphor and perspective to prompt intuition	8
1. Like it or not, judges will use their intuition	8
2. The use of analogy to suggest parallel patterns may support intuitive openings in interpreting the law	8
3. The use of metaphor to prompt recognition of patterns may support changes in legal interpretation.....	8
4. Prompting intuitive recognition of a perspective or worldview may influence statutory interpretation.....	9
5. The invocation of a familiar pattern may allow the decisionmaker to avoid a more difficult question.....	9
V. Conclusions	9

I. INTRODUCTION

Se ha malinterpretado la existencia de la intuición como un sesgo cognitivo, un atajo mental y una confianza excesiva de los jueces, por lo que se asocia con predicciones erróneas o decisiones equivocadas de éstos. Sin embargo, hay argumentos que recalcan la validez de utilizar la intuición para tomar decisiones. La intuición “cierra la mente” cuando se utiliza para enjuiciar a alguien, sin embargo, también es una forma de repensar casos y de “abrir la mente” para resolverlos. Esta apertura suele ocurrir cuando un juez requiere de encontrar, interpretar, aplicar y hacer criterios normativos nuevos para definir un caso.

Hay casos que requieren ajustar precedentes por los cambios tecnológicos, culturales o sociales. Un ejemplo es el caso de *United States v. Jones*. En éste, la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó si existía violación a la privacidad por el uso de un dispositivo de rastreo con GPS de la policía. La determinación fue que sí ya que el vehículo pertenecía a la esposa del acusado y se violó el acceso a la propiedad privada para colocar ese dispositivo. Llegar a esta determinación requirió del uso de la intuición judicial para encontrar cómo resolver el problema.

Esto es un ejemplo de cómo resolver problemas mediante la intuición es distinto al uso de argumentos legales comunes, ya que no parte de precedentes ni normas preestablecidas como tal, sino que involucra otro proceso cognitivo. Este artículo busca reconciliar lo que en psicología cognitiva se ha llamado “heurística³ sesgada” (principalmente atajos y percepciones sin sustento que llevan a sesgos cognitivos como los estereotipos) y otras investigaciones que demuestran cómo hay soluciones a problemas gracias al uso de la intuición judicial.

³ Heurístico, en este contexto, se refiere a la cuarta definición del diccionario de la Real Academia Española: “En algunas ciencias, manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no riguroso, como por tanteo, reglas empíricas, etc.”

II. SCHOOLS OF THOUGHT ABOUT THINKING

El rango de decisiones que realiza un juez se denomina “toma de decisiones” a lo largo de este artículo y se da de dos formas: enjuiciar/dictar sentencias y resolver problemas/solucionar controversias.

Enjuiciar o dictar sentencia se refiere a casos cuya determinación es unidimensional; un caso que con elegir entre un sí o no queda claramente determinado. En cambio, la solución de problemas o controversias implica una situación compleja que requiere una interpretación y aplicación particular de las normas y los precedentes. Esto hace que sea relevante hablar de la intuición.

Además, las decisiones de un juez ocurren en un contexto con información variada, falible, incompleta e, incluso, que presenta señales opuestas. Normalmente, los estudios de toma de decisiones definen dicho proceso cognitivo como la elección de la mejor alternativa. Es decir, se plantean diversos escenarios, se sopesan y al comparar cuál es mejor, se elige dicha opción.

Sin embargo, esto parte del supuesto que la información disponible siempre permite realizar esta valoración, lo cual no es así. En muchos casos un juez cuenta con información incompleta, engañosa o errónea e igual debe tomar una decisión. Esto hace parecer que los jueces deciden de forma irracional o sesgada, aunque realmente lo que hacen es utilizar otras habilidades y recursos disponibles para poder definir su postura.

Por esta realidad es que se retoman las dos teorías sobre la toma de decisiones intuitiva: la aproximación heurística y sesgada de Daniel Kahneman y la intuitiva para resolver problemas de Gary Klein.

A. HEURISTICS AND BIASES: INTUITION IS AN UNTRUSTWORTHY SHORTCUT

Este modelo de heurística y sesgo reconoce dos procesos cognitivos: el intuitivo (sistema 1) y el analítico (sistema 2). El primero es más rápido, emocional y tiende al sesgo. El segundo es deliberado, reflexivo, desapasionado y más preciso. Este modelo dual se detalla en el libro de Daniel Kahneman *Thinking, Fast and Slow*. En él se muestran experimentos como el del problema de Linda⁴ para demostrar que la intuición es sesgada e inadecuada para enjuiciar.

El problema de Linda consiste en presentar a Linda como una mujer de 31 años, soltera, abierta y brillante. Licenciada en filosofía que, como estudiante, siempre estuvo preocupada por los temas de discriminación y justicia social, además de participar en demostraciones antinucleares. Al preguntarle a cualquier persona ¿cuál es la alternativa más probable? (a) que Linda sea banquera o (b) que Linda sea banquera y activista feminista, la respuesta común era b, aunque

⁴ El problema de Linda es que cuando se presenta a Linda como una mujer de 31 años, soltera, abierta y brillante. Estudió filosofía y como estudiante siempre estuvo preocupada por los temas de discriminación y justicia social, además de participar en demostraciones antinucleares. Al preguntarle a cualquier persona ¿cuál es la alternativa más probable: que linda sea banquera o sea banquera y activista feminista? La respuesta siempre favoreció la segunda opción, aunque es mucho más probable la primera.

a es mucho más probable. Esto demuestra que el juicio está influido por la intuición y por eso es necesario utilizarlo en ciertos casos particulares.

El proceso mental de la intuición es rápido e impreciso pero necesario en distintos momentos de la vida porque permite que en casos que involucran emociones, se pueda tener mejor apreciación del tema gracias al uso de ese sistema 1. Sin embargo, es mejor retomar ese sistema y ponerlo a la luz del sistema cognitivo 2: analítico. Esto permite tener una decisión que esté más estudiada.

B. INTUITIVE PROBLEM SOLVING: INTUITION UNLOCKS SOLUTIONS TO PROBLEMS

Por su parte, existe un modelo de intuición experta que facilita la resolución de problemas. Según Gary Klein este sistema de intuición es un reconocimiento inmediato (flash) que permite reconocer patrones análogos por señales comunes, retomando experiencias previas y patrones anteriores. De hecho, muestra cómo en la vida real para situaciones complejas los expertos utilizan su intuición para resolver problemas porque es la forma en la que se pueden identificar las opciones reales disponibles entre las cuales elegir.

Un ejemplo de esto es el modelo de decisión intuitiva o reconocimiento primario, natural. Aquí se usa dos ejemplos: un piloto que debe hacer un aterrizaje forzoso y un grupo de bomberos que deben evacuar un edificio. En ambos casos, se utilizó un modelo cognitivo intuitivo para elegir cómo resolver los casos. El proceso cognitivo de quien toma la decisión según este modelo es:

1. Qué objetivos hace sentido buscar
2. Qué señales son relevantes (evitar tener demasiada información)
3. Qué esperar después
4. Qué respuesta es la más común y sus consecuencias
5. Qué acción es la más exitosa ante esta valoración

Este proceso es distinto a una evaluación racional, Klein destaca tres motivos:

- 1) La persona se enfoca en una situación y encuentra qué rasgos le son familiares, en lugar de comparar muchas opciones
- 2) La persona rápidamente evalúa posibles caminos o acciones a seguir
- 3) La persona elige la primera opción viable, en lugar de la mejor. Cuando se trata de un experto, se puede evaluar la primera opción viable y resolver las debilidades de ésta.

Kahneman y Klein colaboraron en un proyecto en el que identifican algunos rasgos comunes de los procesos cognitivos, en particular, que se puede desarrollar una intuición experta. Sin embargo, importa destacar las diferencias:

- para Klein la intuición permite “abrir la mente” para poder pensar más allá,
- para Kahneman la intuición existe para que se corrija mediante el sistema analítico (sistema 2).

III. SCHOOLS OF THOUGHT ABOUT JUDICIAL DECISIONMAKING

Los jueces parecen tener una intuición más experta para resolver casos que implican condiciones de incertidumbre y es muy probable que utilicen ambos sistemas cognitivos: intuitivo y analítico.

A. LEGAL DECISIONMAKING AS “SENSEMAKING”

El concepto de hacer sentido (*sensemaking*) se retoma de las teorías de ciencias organizativas. Aquí se plantea que el juez o quien tiene que tomar una decisión construye historias plausibles o escenarios que hacen sentido para darle sentido a lo que se le está presentado como evidencia o en el caso. Es decir, de forma implícita se incorporan elementos de experiencia y conocimiento previo, de precepciones e impresiones que le dan una historia coherente y viable. Es decir, hay un desarrollo natural hacia un estado de coherencia de lo que recibe el juez como evidencia. Esto es común porque cualquier persona busca construir modelos mentales que permitan entender situaciones, por eso se habla de la influencia que tiene la cultura en el proceso cognitivo y que genera un sentido particular a las situaciones.

Esta forma de influencia inconsciente de los individuos por hacer que la información y conclusiones de una situación tengan un fin particular es lo que se llama cognición motivada (*motivated cognition*). Un ejemplo de esta forma cognitiva es poner a alumnos de dos universidades a ver un partido entre sus equipos y pedirles que evalúen al árbitro. Cada grupo verá adecuadas las decisiones del árbitro cuando favorezcan a su equipo y peor cuando vayan en su contra.

Esta forma cognitiva es inconsciente y realmente es una forma de orientar las operaciones o procesos mentales que se espera sean independientes a la finalidad que se persigue con dicho proceso. Por ejemplo, los miembros de un jurado generan distintas historias para darle sentido a la evidencia que se les presenta, luego entre ellos presentan sus historias y cada persona elige cuál de las historias les parece más fidedigna. Este es un ejemplo de varios procesos cognitivos motivados.

B. THE ROLE OF INTUITION IN JUDGING

Los jueces reconocen y valoran el peso que tiene la intuición judicial. Existen varios jueces (William Brennan, Cardozo, Richard Posner, Anthony Kennedy) que han destacado cómo la intuición les ha permitido identificar casos con patrones familiares y a partir de esa “corazonada” buscar evidencia e inferir distintos elementos que permiten determinar un caso.

Sin embargo, el uso de la intuición es mal vista por el llamado modelo de anular la intuición. En dicho modelo se busca que un juez que intuye una determinación someta su intuición a un análisis más complejo, retomando el sistema cognitivo 2 y reforzando, corrigiendo o anulando la primera respuesta (intuitiva).

Quienes defienden este modelo argumentan que hay momentos en los que un juez es vulnerable a utilizar más su intuición para definir casos, como cuando hay acuerdos de demandas absurdas

o eventos muy vividos. Debido a que esta intuición puede incluir influencias inconscientes de racismo, misoginia o imparcialidad por una de las partes, resulta mejor contar con un ejercicio analítico.

Sin embargo, el mayor tema por el cual la intuición de un juez puede no resultar en experta es que no reciben retroalimentación inmediata que les permita valorar si lo determinado fue deseable, correcto y confiable.

Este debate no aporta mucho al análisis de la intuición para resolver problemas, sino que recuerda las desventajas y defectos de este proceso.

C. VIEWING JUDGES AS EXPERTS IN PROBLEMA SOLVING

Los jueces penales o de apelación suelen tomar decisiones con base en información incompleta, incierta y en la que hay contradicciones (ambas partes presentan información opuesta).

Existe una similitud con problemas a los que se enfrenta cualquier experto, según el estudio de Klein, y que son cuatro principales: (1) el problema en sí está muy mal definido; (2) para interpretar la información se requiere conocimiento mucho más especializado en una materia particular; (3) la decisión implica consecuencias reales y muy serias; y (4) el juez debe decidir en un lapso muy corto de tiempo, es decir, está bajo presión y a contrarreloj.

Se retoma el argumento que comparten Kahneman y Klein: la coherencia desde el punto de vista de una intuición experta. Ambos reconocen que esta intuición experta puede surgir de una habilidad real cuando se identifican claramente las señales y existe una retroalimentación oportuna de las decisiones. Es por esta necesidad de identificar señales que a mayor experiencia suele haber más habilidad, más competencia y un pensamiento cualitativo diferente al que muestran otros (*novices*)⁵.

Klein define que la intuición es, nada más y nada menos que, un reconocimiento (de un patrón o un recuerdo previo). Es decir, la intuición (coinciden Kahneman y Klein) ocurre porque se genera una identificación automática, sin esfuerzo e inmediata de la situación. Por eso, clasifican la intuición jurídica o de un juez en dos formas:

- a) Proviene de experiencia directa y habilidades manifiestas
- b) Proviene de procesos de memoria que son atajos sesgados y heurísticos

Por eso identifican que la intuición experta ocurre para ciertos temas en particular y que su alcance es limitado; ese límite suele definirse por las características de la tarea que deben realizar.

Por ello, ambos autores concluyen que la intuición experta de un juez es más confiable cuando ocurren dos cosas:

⁵ Aquí se incluye como ejemplo el caso de un jugador de ajedrez que sí utiliza su intuición para elegir dentro de las miles de opciones que tiene antes de definir qué hacer en una partida.

1. Hay un ambiente que le da validez o regularidad a las señales que se presentan
2. Los expertos tienen mucha práctica con casos repetidos de los que recibe retroalimentación de forma precisa, inmediata y consistente a lo largo del tiempo.

Es decir, un juez puede lograr desarrollar mejor su intuición experta cuando existe un ambiente regular (predecible en resultados) y puede aprender de los patrones que se le presentan. Sin embargo, los autores destacan que rara vez ocurren ambos elementos cuando debe dictar una sentencia (*judgement*). En cambio, para los casos que requieren una solución a un conflicto o resolver un problema, ambos elementos —retroalimentación y predictibilidad— son más comunes.

Este desarrollo de intuiciones suele ocurrir cuando un juez utiliza las analogías porque encuentra similitudes en la estructura del problema que debe resolver. Para realizar una solución con base en este modelo de analogía, el juez sigue los siguientes pasos:

- a) Recupera de la memoria a largo plazo una analogía o metáfora útil
- b) Mapea patrones e identifica los elementos que sí son similares y pueden tratarse de igual forma
- c) Este mapeo de patrones le permite deducir de forma análoga ciertas decisiones y formular ciertas adaptaciones para resolver los elementos que no son similares con el caso previo
- d) Las inferencias del paso anterior se evalúan y adaptan en caso de ser necesario para generar esquemas y categorías nuevos.

La clave está entonces no tanto en las características de los casos como tal sino en las relaciones que ocurren dentro de los casos para poder utilizar este proceso de analogía al resolver cualquier problema.

Todo esto implica que la solución de problemas mediante la intuición experta ocurre cuando se requiere interpretación de la norma o formular nuevos criterios, pero no por falta de información o certeza de los hechos.

IV. USING INTUITIVE PROBLEM SOLVING FOR LEGAL PERSUASION

Para poder realmente persuadir, un buen abogado debe poder argumentar para motivar que se utilicen las valoraciones de ambos sistemas de decisión de un juez: el intuitivo y el analítico. La intuición abre posibilidades y permite que se formen nuevos esquemas, en lugar de usar posturas estructuradas y premeditadas. Los argumentos lógicos apelan a la razón y el análisis.

A. PERSUASION AND LEGAL PROBLEM SOLVING

El conocer este modelo de pensamiento de la intuición jurídica permite a los abogados y estudiantes de derecho encontrar nuevas formas para persuadir a los jueces. Esto es porque deben reconocer las señales y reconocer los patrones que el juez puede retomar para su valoración. Por ejemplo, pueden sugerir alguna relación con casos previos sin mencionarlos

directamente pero sí otorgando ciertas referencias mediante analogías, metáforas, perspectivas o historias que permitan desencadenar el proceso de intuición jurídica experta en el juez.

B. USING ANALOGY, METAPHOR AND PERSPECTIVE TO PROMPT INTUITION

El proceso cognitivo de la intuición es muy distinto al racional-deductivo en su inicio y final. Lo que ocurre cuando se desencadena por la señal es que el juez cambia su forma de enfocar el tema sin que cambie algo más. Esto ocurre cuando se identifica que hay alguna familiaridad de una situación. Este proceso recae principalmente en la información con la que cuenta quien la recibe en su memoria de largo plazo y por la importancia que les da a ciertos elementos de los hechos que se le narran.

1. LIKE IT OR NOT, JUDGES WILL USE THEIR INTUITION

La intuición tiene un doble filo: puede ser que el abogado que argumenta busca que el juez sólo use su intuición de forma automática para llegar a una conclusión inmediata o puede ser que quiera que el juez use esa intuición para después valorarla bajo el proceso analítico. En este sentido, la intuición puede favorecer o no al abogado que la “desencadena” en el juez ya que es éste quien realmente elige cómo utilizarla.

2. THE USE OF ANALOGY TO SUGGEST PARALLEL PATTERNS MAY SUPPORT INTUITIVE OPENINGS IN INTERPRETING THE LAW

La analogía es una comparación con base en similitudes de hechos. Sin embargo, cuando se quiere que la analogía sirva como la señal para desencadenar la intuición, entonces es más una derivación o resultado de un lenguaje diseñado para invitar al juez a que realice esa analogía por sí mismo. Se realiza una narrativa para fomentar un camino paralelo a casos previos y el abogado visualiza cómo el juez poco a poco va identificando la analogía.

3. THE USE OF METAPHOR TO PROMPT RECOGNITION OF PATTERNS MAY SUPPORT CHANGES IN LEGAL INTERPRETATION

La metáfora es semejante a la analogía, pero aparece de forma más evidente. Sin embargo, es un mecanismo más sutil al comprar porque no hace una identificación explícita a lo que es parecido, sino que usa alegorías para identificar los parecidos. Un ejemplo de este uso de la metáfora es en el caso de *Cohen v. California* en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que la conducta estaba protegida por ser una alternativa a la libertad de expresión. De hecho, la metáfora es el ejemplo más claro de cambiar cómo se ve una realidad sin que esa situación cambie.

4. PROMPTING INTUITIVE RECOGNITION OF A PERSPECTIVE OR WORLDVIEW MAY INFLUENCE STATUTORY INTERPRETATION

Cuando se usa la metáfora como apoyo para el reconocimiento de un patrón en nuestra memoria, entonces la influencia ocurre de forma discreta y evoca emociones. Esta forma de reconocimiento la llaman perspectiva y trae consigo actitudes, emociones y valores. Cuando se usa una perspectiva para argumentar, la influencia es menos racional y más emocional. Es decir, se evoca una emoción y no se recupera un razonamiento analítico.

El ejemplo que utilizan es el argumento del juez Scalia cuando presenta su voto en el caso de Arizona y su ley migratoria. Si bien hace alusión a argumentos legales y racionales, también utiliza elementos que evocan emociones y permiten analizar la realidad desde una visión o perspectiva distinta.

5. THE INVOCATION OF A FAMILIAR PATTERN MAY ALLOW THE DECISIONMAKER TO AVOID A MORE DIFFICULT QUESTION

En algunas ocasiones se retoma un sistema de creencias para desencadenar esta intuición y evitar una argumentación más complicada. El ejemplo que retoman es el de *Citizens United v. Federal Election Commission* en el que se destacan hechos con cierta familiaridad para que, en lugar de presentar el argumento en los términos legales, se sugiera que se trata de un documental y debe protegerse por la primera enmienda, sin realmente cuestionar si esa enmienda busca proteger la libertad de expresión de grandes corporaciones.

V. CONCLUSIONS

Hay mucho interés por conocer cómo toman decisiones los jueces. La intuición resulta ser un elemento importante porque genera decisiones efectivas y viables. Normalmente la intuición es útil cuando no queda claro qué sucede después con un caso por falta de precedentes o particularidades del caso en lo estipulado por la norma. El uso de analogías, metáforas y perspectivas permite a los tomadores de decisiones e interlocutores encontrar un rango de posibles soluciones. El proceso analítico es importante pero no siempre es el mejor para resolver problemas, por lo que resulta útil contar con ciertos espacios para usar la intuición experta.