

LOS GRADOS DE CONVICCIÓN QUE DEBE ALCANZAR EL MINISTERIO PÚBLICO AL FORMALIZAR Y AL ACUSAR

Jorge Eduardo Ramos Órdenes*

SUMARIO: I. Introducción. II. La convicción que debe alcanzar el Ministerio Público al formalizar y posteriormente al acusar. III. Soluciones para el problema. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

La convicción desde antiguo ha sido un tema interesante, algunos lo han denominado algo esencialmente filosófico, y otros lo han señalado como un tema ciertamente psicológico; lo que es cierto, es que la convicción en sí, no es un tema pacífico en la doctrina nacional y comparada, en especial, cuando se debe tratar la posibilidad que tiene el ministerio público para formalizar a un imputado y solicitar medidas cautelares en su contra la mayoría de los casos, sino que también, a mi entender, opera al momento de acusar al propio imputado por los antecedentes que se han logrado reunir en la carpeta investigativa. La idea primordial de este trabajo, es poder establecer y en definitiva generar, que existen dos niveles de convicción que deben ser obedecidos por parte del Ministerio Público, lo cual implica que, al no respetarse los mismos o no hacerse el uso de dichos niveles de convicción estamos frente a decisiones ciertamente erróneas, las cuales afectan a una persona

* Abogado. Experto en Derecho Penal, Universidad de Jaén-España. Diplomado en Derecho Penal Económico y Derecho Penal de la Empresa, Universidad de Talca. Diplomado en Argumentación Jurídica, Universidad Diego Portales. Magisterando en Argumentación Jurídica, Universidad Diego Portales. Estudios de Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca.

que se encuentra amparada por una presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, y que, por ende al existir falencias en la utilización de los niveles de convicción o derechamente no utilizarlos, lo que se debe, es, en todos los casos condenar ejemplarmente en costas al Ministerio Público por la obligación de objetividad con que cuenta en su Ley Orgánica Constitucional, y por los daños ocasionados a un particular que se ha visto afectado en sus derechos por la incapacidad del Ministerio Público de controlar el actuar irreflexivo de sus fiscales. Hago presente que la idea de este trabajo, surge de las excelentes clases del profesor Rodrigo Coloma Correa, con motivo de la Expertiz en Derecho Penal que ahora intento aprobar, y que gracias a sus ejemplos y enseñanzas se me abrió el espacio para pensar y ahora desarrollar este tema, que sé, no será pacífico, pero espero sea parte de en algún momento discusiones doctrinales a futuro.

II. La convicción que debe alcanzar el Ministerio Público al formalizar y posteriormente al acusar

Del tema de la convicción por parte del ministerio público, casi nada se ha escrito realmente, ya que, lo que se ve en los manuales nacionales, por lo general, es sobre la convicción que debe alcanzar el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, al momento de alcanzar convicción el Tribunal al momento de condenar a un acusado; ante ello el art. 340 del Código Procesal Penal chileno, establece que

“Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley./ El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral./ No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”.¹

Que, de la sola lectura del artículo anteriormente citado, nos queda claro que, la convicción del Tribunal debe supeditarse al estándar probatorio: Más allá de Toda Duda Razonable, dicho estándar según la comisión mixta del Congreso Chileno:

¹ Artículo 340; *Código Procesal Penal Chileno*, Editorial LegalPublishing, Códigos Profesionales 2014, 3ª ed., p. 300.

*“es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino aquella que excluya las dudas más importantes”.*²

Sobre definiciones del estándar probatorio de la Duda Razonable no entraré ni lo mencionaré, dado que, el motivo y finalidad de este trabajo es reconocer cuáles serían los niveles de convicción que debe alcanzar el Ministerio Público, en primer lugar al formalizar la investigación en contra de un imputado, y segundo lugar al acusar al imputado buscando una sentencia condenatoria en su contra.

Con relación a ello, debemos remitirnos a la discrecionalidad que tiene el Ministerio Público al momento de llevar a cabo la tarea de la investigación penal; según los profesores Duce y Riego, cuando se habla de discrecionalidad o de facultades discrecionales en un proceso penal, lo estamos haciendo en el contexto de un sistema de justicia criminal donde existe persecución penal pública, es decir, a cargo de funciones estatales de persecución, lo que representa solo un modelo posible de organización del sistema de justicia criminal, pero no el único.³

En el caso de nuestro país se optó por un sistema de oportunidad reglada o de discrecionalidad restringida, en contraposición con el modelo de legalidad absoluta existente en nuestro sistema antes de la reforma.⁴ Como consecuencia de ello, los fiscales están sometidos a la regla tradicional consistentes en la inexcusabilidad o necesidad de la persecución penal, expresada en la formulación del principio de legalidad (art. 166 inc. 2°); esto significa que los fiscales están en principio, obligados a llevar adelante la persecución en todos aquellos casos en los que tengan conocimiento de un hecho punible, sin que puedan excusarse de ello.⁵ No obstante, el Código consagra algunas excepciones importantes, las que permiten afirmar que,

² Informe comisión mixta; *Discusión Particular*, artículo 380 (342) Código Procesal Penal Chileno; en *Código Procesal Penal Chileno*, Editorial LegalPublishing, Códigos Profesionales 2014, 3ª ed., pp. 302-303.

³ RIEGO R., CRISTIÁN; DUCE, MAURICIO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Vol. 1, Universidad Diego Portales, 2002, p. 174.

⁴ RIEGO R., CRISTIÁN; DUCE, MAURICIO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Vol. 1, Universidad Diego Portales, 2002, p. 194.

⁵ RIEGO R., CRISTIÁN; DUCE, MAURICIO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Vol. 1, Universidad Diego Portales, 2002, p. 194.

en realidad el nuevo sistema es de aquellos en que la persecución está, en general, sometida a un régimen de discrecionalidad reglada, ejercida por los fiscales.⁶ Entre estas facultades discrecionales, estamos entrando derechamente al pequeño tema que quiero definir en este trabajo, ya que, discrecionalmente se permite archivar provisionalmente, decretar principio de oportunidad, no iniciar la investigación y finalmente no perseverar en la investigación. En todos estos casos, el fiscal debe seguir una pauta enviada por lo general por parte de la Fiscalía Nacional, quien a través de oficios o instructivos, da cuenta a los fiscales cuáles deben ser los parámetros “objetivos” sobre los cuales deben estar presentes, para acudir a dichas facultades discrecionales, pero con relación a la convicción que deben tener por cada uno de ellos, nada señala, y menos se hace en general con relación a la formalización de la investigación, ni menos al momento de acusar en una causa, más cuando, a lo más se puede enviar la investigación a las unidades de estudios con que cuenta cada una de las fiscalías regionales o finalmente a la Fiscalía Nacional, para que se haga un análisis de los antecedentes y, después de ello se tome finalmente la determinación de formalizar o acusar a un imputado, pero nuevamente sin hacerse cargo bajo que convicción se han tomado dichas decisiones.

Antes de la formalización el fiscal y la policía desarrollan una investigación desapegada de formalidades, y por lo general sin intervención del imputado, quien puede ni siquiera estar enterado del hecho de existir una investigación en su contra. En esta primera etapa de la investigación, existe una mayor flexibilidad para los órganos de prosecución penal, sin ir más allá de medidas que afecten los derechos constitucionalmente resguardados de todos los ciudadanos, y en este caso del imputado, quien estando dentro de una investigación desformalizada no tendría por qué ver afectados sus derechos y garantías constitucionalmente establecidas por actuaciones del ministerio público ni de las policías. La formalización de la investigación en sí implica un cambio de régimen, presentándosele al ministerio público la posibilidad de obtener autorizaciones de diligencias o medidas intrusivas, que por lo general implican una restricción de derechos de los imputados (prisión preventiva, incautación de bienes, etc.), pero, por otra parte abre el proceso a un mayor control judicial, del imputado y de su defensor, y eventualmente, de otros intervinientes. En consecuencia, la decisión del Ministerio Público de producir la intervención

⁶ RIEGO R., CRISTIÁN; DUCE, MAURICIO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Vol. 1, Universidad Diego Portales, 2002, p. 195.

judicial, por medio de la formalización de la investigación, es fundamentalmente una decisión de carácter estratégico.⁷

Ahora con relación a la estrategia que puede adoptar el Ministerio Público ante un caso determinado, no puede estar entregada al azar o al determinismo de alguna situación, sino que por el contrario tendrá que ser en mérito de los antecedentes que se encuentren contenidos en la carpeta investigativa, y en especial a cuál será el método utilizado para realizar correctamente las inferencias necesarias que lleven a la convicción que debe alcanzarse para decidir formalizar y con ello tener aún mayor poder dentro del proceso, ya que, tal como se adelantó, se pueden optar y/o solicitar medidas intrusivas de mayor intensidad, hasta el punto no solamente de afectar los bienes o información personal de imputado, sino que también la propia libertad personal o ambulatoria del mismo.

Para que el ente persecutor proceda a formalizar y/o acusar a una persona debe existir “fundamento serio” y luego debe el Juez de Garantías analizar los antecedentes aportados, a fin de acceder a las medidas cautelares que sean solicitadas por el Ministerio Público, en el primero de los casos. Para ello, el Fiscal debe contar con suficientes elementos de convicción que demuestren la comisión del hecho y la responsabilidad del imputado; en este sentido, debe estar acreditado el hecho delictivo y fundados elementos de convicción que señalen al sujeto como autor o partícipe de los hechos, pero adicionalmente debe realizar el ofrecimiento de los medios de prueba que resulten necesarios a los efectos de generar la convicción suficiente en el Juez de Garantía, a los fines de desvirtuar la presunción de inocencia que inviste el imputado.

Decretado el inicio de la investigación, el fiscal del Ministerio Público debe ordenar sin perder tiempo se investigue para el esclarecimiento de los hechos y lograr la identificación del o los autores y cómplices del delito, cuyos resultados serán la base sobre la cual el representante fiscal sostendrá su acusación. A ello se refiere la norma procesal penal, cuando establece que toda acusación debe contener “los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan”, los cuales representan las razones por las cuales el fiscal del Ministerio Público considera que el imputado fue autor o partícipe del delito investigado;

⁷ RIEGO R., CRISTIÁN; DUCE, MAURICIO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Vol. 1, Universidad Diego Portales, 2002, p. 219.

debiendo posteriormente comprobar que los hechos cometidos son ciertamente conductas consideradas como delito por la ley.

Así las cosas, debe reiterarse que los elementos de convicción están conformados por las evidencias obtenidas en la fase de investigación o en el momento de la detención en los casos de flagrancia, que permiten reconocer que estamos en presencia de un delito y por ello se debe solicitar el enjuiciamiento del imputado, razón por la cual el legislador exige una debida fundamentación basada en los elementos de convicción.

Como la norma chilena no se hace cargo cuáles son los elementos de convicción que debe cumplir el ente persecutor al momento de formalizar y/o acusar dentro del proceso penal, Carnevali Rodríguez y Castillo Val, entregaron una cierta identificación de ello en el marco de un trabajo realizado el año 2011;⁸ dando cuenta que el título del citado trabajo hacía referencia a la expresión “convicción”, por ser aquella utilizada en el Código Procesal Penal, no se les escapaba la irrefutable crítica a la que había sido ya sometida en el tiempo, y que compartían. En efecto, ambos autores señalaban que por convicción *pareciera* referirse a un modelo de libre valoración de la prueba por parte del juez, de carácter eminentemente subjetivo, en virtud del cual el adjudicador adquiere el íntimo convencimiento acerca de los hechos ocurridos. Sin embargo, este razonamiento es inconsistente para quienes comparten un modelo garantista, que permite el control de esa justificación por parte de un tribunal superior o de un tercero, incluida, obviamente, la comunidad. En dicho entendido ambos autores se refieren a la convicción arriba señalada del art. 340 del Código Procesal Penal, fijándola como una correcta interpretación, tomando en consideración los límites prescritos en el art. 297 del mismo cuerpo adjetivo y, compartiendo con la Dra. Daniela Accatino, mediante una interpretación *no subjetivista* del estándar de prueba más allá de toda duda razonable. Por eso, no les parecía completamente satisfactorio –porque igualmente dejaba un espacio incontrolable de subjetivismo–, la posición del Prof. Dr. Rodrigo Coloma, para quien habría ahí un doble filtro, primero en los límites fijados por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, y segundo, en el convencimiento de los jueces de la realización de la conducta tipificada y de la participación culpable.

⁸ CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL; CASTILLO VAL, IGNACIO, *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200005, (visitado 24.09.16).

Y en todo caso, mediante un proceso de motivación racional, objetiva y dotada de validez intersubjetiva.

Como se destacó, ambos autores arriba referidos, tratan de llegar a una convicción en base a las referencias existentes en el art. 340 del Código Procesal Penal, observando en trabajo desarrollado por la Prof. Dra. Daniela Accatino y por el Prof. Dr. Rodrigo Coloma, entendiendo los problemas de intersubjetivismo e incontrolabilidad del mismo, ya al momento de dictar sentencia, pero ello es aún mayor y más grave al momento de formalizar y/o acusar por parte del ente persecutor, ya que no existe regla alguna sobre él, sino que por el contrario existe discrecionalidad máxima, y que al parecer el control de la intersubjetividad o de la discrecionalidad, sin ser un control de convicción, se realiza por el Juzgado de Garantía al momento de formalizar y solicitar medidas cautelares, todo al parecer bajo el paraguas de las reglas de la sana crítica, dado que, debemos entender, que se debe realizar todo un trabajo de inferencias y por ende deductivo de los antecedentes que se aportan, lo cual por lo general no es cumplido.

Que, ante tales circunstancias con importantes las apreciaciones realizar por el propio Prof. Dr. Coloma en el trabajo conjunto con Claudio Agüero San Juan, *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*,⁹ dan cuenta de ciertos aspectos que no son cumplidos por parte de la sana crítica, los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia. Ante ello señalan que, al repetir formulas por parte de los jueces (para este caso los fiscales, sin haber nominado ningún tipo de convicción hasta el momento), una de ellas reza más o menos así: «*Que valorados los medios de prueba con libertad y no contradiciendo los PL, los CCA y las ME se da por probado que...*». A contrario de lo que podría espontáneamente pensarse, el uso de este estribillo no se traduce en ninguna consecuencia jurídica; en otras palabras, no blindo a la decisión y, a la inversa, su supresión no la hace, *ipso facto*, impugnabile.¹⁰ Lo que según para estos autores se hace patente de realizar un trabajo automático usando estas frases sacra-

⁹ COLOMA CORREA, RODRIGO; AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 41 N° 2, pp. 673-704, 2014, http://dv.ujaen.es/docencia/goto_docencia_file_712794_download.html (visitado 25.09.16).

¹⁰ COLOMA CORREA, RODRIGO; AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 41 N° 2, pp. 673-704, 2014, http://dv.ujaen.es/docencia/goto_docencia_file_712794_download.html, p. 676 (visitado 25.09.16).

mentales y fórmulas repetidas, es que, su uso irreflexivo deja de manifiesto que los jueces y abogados no están seguros qué implica valorar la prueba con sujeción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.¹¹ Además deslizan la crítica que comparto absolutamente que, la escasa presión normativa del modelo de la sana crítica se vincula a que jueces y abogados no han resuelto satisfactoriamente distintos problemas. Una muestra de ello sería la siguiente: i) es insoslayable que los CCA suponen una separación entre los conocimientos de los especialistas y de los jueces, careciendo estos últimos de control respecto de lo que dicen los primeros; ii) el conocimiento que surge de la experiencia social (Máximas de Experiencia) es poroso y plural, y iii) el control de las relaciones entre los enunciados que forman parte de las propuestas interpretativas presentadas por los abogados exige decidir en un escenario de incertidumbre.¹²

Todos estos elementos y críticas redundan en que según los citados autores, que en la práctica judicial suele identificarse la falta de sujeción a los principios de la lógica con la fragilidad de las conexiones entre los enunciados que dan cuenta de la prueba disponible y los utilizados para dar cuenta representar los acontecimientos probados. Esta forma de operar olvida que las categorías propias de la lógica clásica no controlan el contenido de los enunciados y que hay reglas de gestión de incertidumbre que no dependen de esta. En otras palabras, los jueces aciertan cuando ven afectados los principios de la lógica si la estructura informativa carece de consistencia, pero yerran cuando tratan de decidir problemas invocando la lógica clásica.¹³

En lo tocante a las críticas deslizadas anteriormente, y con las cuales concuerdo totalmente, aunque aún nadie se ha hecho cargo de la falta de convicción o parámetros para ello por parte del ente persecutor, dan cuenta, como dicen los autores ya citados, que la demanda social por usar el texto que escribe el juez explica el control del estatus epistémico-cultural de la información analizada al tomar la

¹¹ COLOMA CORREA, RODRIGO; AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 41 N° 2, pp. 673-704, 2014, http://dv.ujae.es/docencia/goto_docencia_file_712794_download.html, p. 676 (visitado 25.09.16).

¹² COLOMA CORREA, RODRIGO; AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 41 N° 2, pp. 673-704, 2014, http://dv.ujae.es/docencia/goto_docencia_file_712794_download.html, p. 677 (visitado 25.09.16).

¹³ COLOMA CORREA, RODRIGO; AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 41 N° 2, pp. 673-704, 2014, http://dv.ujae.es/docencia/goto_docencia_file_712794_download.html, p. 679 (visitado 25.09.16).

decisión. Así, la información incluida en la decisión es plenamente dependiente de los conocimientos que se producen en otros entornos. En otras palabras: la sociedad reclama que el caso judicial se resuelva usando lo que se sabe en medicina, mecánica, antropología y psicología y que las razones que da el tribunal pueda ser transferidas a textos de historiografía, a una discusión política o a la noticia de un matutino, sin necesidad de hacer aclaraciones.¹⁴ Según lo señalado por los autores lo que puede esperarse en la lógica de los juristas, habitualmente, adscriben a una concepción psico-logicista de la lógica clásica. Asumen que “La Lógica” es la ciencia del pensamiento formalmente correcto, obteniendo un claro punto camino a lo criticado en este trabajo y caminando a que se deba generar niveles de convicción evitando errores, al señalar que, las reglas de la lógica no suministran información sobre el mundo o sobre la realidad, sino que instituyen los límites del ejercicio del razonamiento. Esto significa que la lógica nos permite jugar el juego de pensar racionalmente; entendiendo la expresión ‘racional’ de un modo amplio, desformalizado e idiosincrásico. En este sentido, las reglas de la lógica nos permiten conocer, de antemano, qué movimientos o jugadas argumentativas pueden ser calificadas como correctas, posibles, incorrectas e imposibles en un determinado contexto social. Así, la lógica define la forma correcta de pensar y usar el lenguaje según el contexto. Dado el estatus determinativo de las reglas de la lógica ellas se sitúan en un nivel diferente que la ciencia y la experiencia. La lógica no regula la introducción de información al proceso de análisis del caso, sino que vela por la corrección comunicativa de lo que puede ser pensado o imaginado dentro de una comunidad. De esta manera, el error del hablante o de quien argumenta desde el punto de vista de la lógica redundante en el fracaso del acto de habla, en el sinsentido del mensaje o, en la consideración de que se ha realizado un movimiento argumental equivocado.¹⁵ Los razonamientos cotidianos de las personas y los razonamientos de los jueces no son guiados por la lógica clásica. Para modelar el pensamiento informal es necesario transitar desde las exigencias de la lógica aristotélica hacia estructuras de argumentación que reflejen cómo las personas reflexionan y toman decisiones con información incompleta, incorrecta e incierta.

¹⁴ COLOMA CORREA, RODRIGO; AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 41 N° 2, pp. 673-704, 2014, http://dv.ujae.es/docencia/goto_docencia_file_712794_download.html, p. 681 (visitado 25.09.16).

¹⁵ COLOMA CORREA, RODRIGO; AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 41 N° 2 pp. 673-704, 2014, http://dv.ujae.es/docencia/goto_docencia_file_712794_download.html, p. 682 (visitado 25.09.16).

Que, al momento de criticar los espacios no cubiertos por los conocimientos científicamente afianzados, las máximas de experiencia y los principios de la lógica, los autores ya reiteradamente citados, dan cuenta de lo primordial para éste trabajo al señalar que, los principios de la lógica constituyen, una importante salvaguarda lingüístico-interpretativa ante el sinsentido, ante el absurdo, ante interpretaciones desafortunadas de lo que está implícito en un texto, como también ante piezas textuales débilmente relacionadas. Los principios de la lógica, en cambio, no constituyen cortapisas ante lo falso o lo carente de plausibilidad. En cuanto reglas determinativas, los principios de la lógica no establecen una delimitación exhaustiva de lo que válidamente puede ser planteado y de lo que no vendría al caso. Si bien es cierto, los principios de la lógica prohíben algunas movidas lingüístico-interpretativas, los hablantes contarán con un amplísimo marco de lo que puede ser dicho, incluso si es falso, poco interesante o escasamente inteligente. Los principios de la lógica suponen, entonces, que los jueces cuando dan por probados ciertos hechos respetan ciertas formas lingüístico-interpretativas que llevan a que se entienda que usan correctamente las palabras. En ese sentido, los principios de la lógica suponen formas de relación entre enunciados y una cierta intensidad de dicha relación, lo que da espacio que los principios de la lógica presentan una forma de vinculación con los mecanismos de gestión de la incertidumbre (estándares de prueba y carga de la prueba).¹⁶

Que, en la introducción de este trabajo de titulación, hice presente que la idea del mismo, nació de las excelentes clases del Prof. Dr. Rodrigo Coloma Correa, y en ellas germinó la idea de generar una crítica a lo arriba señalado, pero por parte del ente persecutor, esto es, que, si los principios de la lógica constituyen, una importante salvaguarda lingüístico-interpretativa ante el sinsentido, ante el absurdo, ante interpretaciones desafortunadas de lo que está implícito en un texto, como también ante piezas textuales débilmente relacionadas, no constituyendo cortapisas ante lo falso o lo carente de plausibilidad, y como reglas determinativas, estos principios no establecen una delimitación exhaustiva de lo que válidamente puede ser planteado y de lo que no vendría al caso, si bien es cierto, prohíben algunas movidas lingüístico-interpretativas, los hablantes contarán con un amplísimo marco de lo que puede ser dicho, incluso si es falso, poco interesante o escasamente inteligente, suponiendo

¹⁶ COLOMA CORREA, RODRIGO; AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO,S, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 41 N° 2 pp. 673-704, 2014, http://dv.uaen.es/docencia/goto_docencia_file_712794_download.html, p. 693 (visitado 25.09.16).

do finalmente, entonces, que los jueces cuando dan por probados ciertos hechos respetan ciertas formas lingüístico-interpretativas que llevan a que se entienda que usan correctamente las palabras, en ese sentido, los principios de la lógica suponen formas de relación entre enunciados y una cierta intensidad de dicha relación, lo que da espacio que los principios de la lógica presentan una forma de vinculación con los mecanismos de gestión de la incertidumbre. Por lo general en Chile se tiende a utilizar para todo dentro del sistema penal el sistema de la sana crítica (Principios de la Lógica, Conocimientos científicamente afianzados y Máximas de experiencia), más cuando es un sistema netamente de apreciación de prueba (tal como fue enunciado por Coloma y Agüero), pero al no existir un mayor uso de sistemas de convicción en la toma de decisiones que no impliquen apreciar prueba rendida en juicio, así las cosas, es lo que debería pasar para lograr algún tipo de certeza y correlación entre los antecedentes, las inferencias y deductivo al momento de decidir, formalizar y solicitar medidas cautelares, lo que realmente todos disfrazan que utilizan, y en realidad se pasa por un triste cedazo de lógica, que no es, para darle fuerza o sustento a las peticiones, ya que, en Chile lo que se hace en mérito de lo ya descrito, es que, se lee como quien lee el periódico la formalización (información de hechos investigados) y posteriormente al mérito de esa simple lectura comienza un macabro juego de intentar interpretar para dar cuerpo o forma a las peticiones, tratando de generar en dicho acto inferencias las cuales por lo general no son tal, sino que solamente se intenta dar un cierto cuerpo y correlación de los antecedentes, para que después se intente ponderar dichos antecedentes, bajo el pobre relato anteriormente señalado, por un juez de garantías, quien en definitiva también en un pobre trabajo interpretativo e intelectual tiene en sus manos el destino y vida de un imputado, ya que, en estos tiempos de globalización, más que la muerte, la prisión preventiva, el descrédito social y mediático, y la pérdida de los bienes aunque sea momentáneos, son tan o más graves que un desmembramiento, destierro o cualquiera de las terribles medidas que se tomaban en contra de los prisioneros en épocas pasadas.

Según lo ya anteriormente señalado, estamos ya bastante claros que, no existe ningún tipo de norma o principio que deba cumplir el ente persecutor para tomar la decisión de formalizar y/o acusar a un imputado, siempre viéndose amparado por los Tribunales bajo la premisa automática de “tener un motivo plausible para formalizar y/o acusar” más cuando, tal como lo señaló el Prof. Dr. Rodrigo Coloma Correa, existen “heurísticos”, los cuales en mi opinión son fundamentales para poder estimar que, la convicción alcanzada por el ente persecutor no es tal y que solamente se trabaja en mérito de un proceso mental automático amparados en el

“motivo plausible para formalizar y/o acusar” o “las facultades únicas investigadoras del ministerio público”, todos motivos de exclusión de responsabilidad impresentables en estos tiempos de avance de la técnica, especialmente ante el desarrollo de los conocimientos científicamente afianzados, más cuando debemos entender que la convicción del ministerio público puede estar aunque sea un poco teñida de la que se alcanza bajo las reglas de la lógica clásica aristotélica, lo que implica que existe un proceso de inferencias y utilización de los principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados.

Con relación a la toma de decisiones, y en especial con las cuales que se ha cumplido un trabajo serio de inferencias, cumpliendo con el deductivo necesario para establecer esa convicción que no se encuentra reglada, no debemos olvidar que, a lo largo de sus vidas las personas frecuentemente deben tomar decisiones, algunas de ellas son percibidas como muy sencillas y son resueltas de forma prácticamente automática, pues demandan pocos recursos de procesamiento. Otras decisiones en cambio son apreciadas como relevantes respecto de sus posibles consecuencias y por ello son llevadas a cabo con precaución, luego de un arduo esfuerzo consciente para determinar la opción más ventajosa tras la evaluación de los posibles resultados de cada alternativa. En general, la forma en que se toman decisiones con el fin de obtener recursos (por ejemplo, alimento, pareja) puede producir diferencias en el éxito reproductivo entre individuos. A lo largo de la historia evolutiva se fueron propagando las reglas de decisión de los individuos que dejaron mayor cantidad de descendientes. Por ello resulta de interés explorar los mecanismos subyacentes a este proceso, estudio que debe realizarse a través del análisis sistematizado de un variado conjunto de conductas.

Existen teorías clásicas sobre el proceso de toma de decisiones y fueron desarrolladas en el contexto de las teorías económicas. Estas teorías clásicas conciben a los seres humanos como seres racionales que evalúan exhaustivamente las diferentes opciones antes de realizar una elección.¹⁷ Esta perspectiva predice que de un conjunto de alternativas las personas eligen aquella que consideran más adecuada con el fin de maximizar su utilidad. Este concepto de utilidad hace referencia a las consecuencias beneficiosas que se obtienen tras determinadas elecciones. Los individuos elegirán, en la medida de lo posible, aquella opción que, entre todas, reporte más beneficios.

¹⁷ DE PABLO, JUAN CARLOS, “Después de Kahneman y Tversky ¿Qué queda de la Teoría Económica?”, *Revista de Economía y Estadística*, 18(1), pp. 55-98.

Debe notarse que para que ello ocurra es necesario que la persona disponga de toda la información acerca de las consecuencias de cada elección y de su probabilidad. Fue Jacques Bernoulli (s. XVII) quien por primera vez formuló los fundamentos de la Teoría de la Utilidad que establece a la deliberación racional como fundamento de la toma de decisiones.¹⁸ De acuerdo a esta teoría los individuos eligen sopesando conjuntamente en cada elección las probabilidades de sus costos y de sus beneficios, arribando así a la decisión más ventajosa. Por ejemplo, para decidir si se incursiona o no en un juego de apuestas se compararía el valor esperado para cada alternativa y se elegiría aquella que provea el valor más alto en cuanto a beneficios y más bajo respecto de los costos. Un grave problema para esta perspectiva es que no siempre puede pensarse un valor objetivo para cada alternativa. Por ejemplo, el valor del dinero depende no sólo de su valor nominal sino también del grado de riqueza que posea la persona que lo valora. De esta manera, el grado de atractivo que genere una suma de dinero potencial aportada por una posible elección en un juego de azar será distinto de un individuo a otro, dependiendo de la riqueza de base poseída por cada jugador. Esto influirá, por ejemplo, en si el individuo acepta jugar o no. Daniel Bernoulli (1738) acuñó entonces el término Utilidad Esperada para referirse a las metas, expectativas y preferencias que tienen los diferentes individuos al momento de tomar decisiones. Tales expectativas también influyen sobre la toma de decisiones junto con el análisis racional de la información. A esta ampliación y mejora de la teoría clásica se la llama la Teoría de la Utilidad Esperada, según la cual cada persona ante diferentes opciones evalúa la probabilidad de ocurrencia de cada alternativa y le asigna un valor en función de las expectativas de utilidad que tiene para una situación particular. La alternativa que maximice la utilidad esperada será la que los individuos racionalmente consideren como más acertada y por lo tanto esa opción será la elegida. Los supuestos de este planteo son, a saber:

- 1) *Las personas están informadas sobre las alternativas y sobre las consecuencias de cada elección, y son sensibles a esta información.*
- 2) *Las personas son seres racionales y eligen aquellas alternativas que maximizan la utilidad esperada.*
- 3) *Las consecuencias de las elecciones poseen probabilidades objetivas de ocurrencia.*

¹⁸ DE PABLO, JUAN CARLOS, "Después de Kahneman y Tversky ¿Qué queda de la Teoría Económica?", *Revista de Economía y Estadística*, 18(1), pp. 55-98.

4) Existe independencia objetiva de cada opción (principio de independencia) para provocar su preferencia en un individuo concreto según la utilidad esperada por éste.

Ahora, no se debe olvidar que nuestro ente persecutor tiene mentalidad empresarial y por ende el entrar a discurrir sobre términos psicológicos y económicos no son tan descabellados, ya que, lo que se debe dejar de pensar es que el Ministerio Público funciona como un viejo y vetusto servicio público, ya que, al ser un organismo descentralizado, al contar con administradores públicos, ingenieros, metas, bonos y demases, es que se tiene una mirada total y absolutamente empresarial, hecho por el cual el pensar en un “motivo plausible para litigar” o “haciendo uso de su facultad investigadora” es estar fuera de todo orden bajo las máximas de experiencia, ya que estamos frente a una verdadera empresa que cuenta con metas y estadísticas, lo cual implica no un acto de eficacia, sino de trabajo de variables y opciones netamente económicas, implicando que el desarrollo primigenio de este trabajo intenta descubrir que no existe convicción, no se cumplen los principios de la lógica, conocimientos científicamente afianzados y máximas de experiencia, sino que por el contrario, la finalidad ulterior de la “empresa persecutora” solamente es cumplir con sus fines estadísticos, lo cual es simplemente contrastable en dar cuenta que en más de una década de funcionamiento, no existe un planteamiento serio de política criminal ni de unificación de criterios; pero no entraré en ello, sino que seguiré en la demostración al alero de la ciencia de la existencia de heurísticos, de decisiones sin control y que no existe convicción al no realizarse las inferencias correctas dentro del deductivo.

Las investigaciones de Tversky y Kahneman se iniciaron estudiando los “atajos” intelectuales con los que la mayoría de las personas tiende a manejarse para estimar la probabilidad de un suceso. Interesaba indagar cuáles eran los procesos psicológicos involucrados en estas estimaciones. A los autores les sorprendió la no utilización de los conceptos de probabilidad y estadística, no sólo por parte de participantes extraídos de población general sino también por personas familiarizadas con dichos conceptos. Postularon que los errores sistemáticos que se cometían al realizar las tareas se debían a que al resolver los problemas no se razonaba de un modo normativo, sino que en la evaluación de estas cuestiones que implicaban la noción de probabilidad los sujetos utilizaban “atajos mentales” o heurísticos para llegar a una estimación. Las personas disminuían las complejas tareas de estimación de probabilidades a formas simples e intuitivas. En general estos atajos intelectuales suelen ser útiles, pero a veces conducen a errores sistemáticos y predecibles. También

postularon que podían reducirse las diferentes estrategias utilizadas a un número limitado de principios heurísticos.

Los tres tipos de “atajos” propuestos por Tversky y Kahneman en su obra *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases* (1974), son los heurísticos de (a) representatividad, (b) accesibilidad, y (c) ajuste y anclaje. Con relación al heurístico de representatividad, estos autores señalan que, se juzga ya sea a personas, cosas o situaciones como parte de una misma categoría o clase. Se califica qué tan prototípico o semejante es el caso particular respecto del conjunto de referencia, en vez de utilizar información estadística relevante. Este atajo mental provoca un menor esfuerzo cognitivo para arribar a un juicio, pero puede generar errores importantes al momento de hacer una estimación real. El razonamiento que realiza el sujeto puede verse sesgado por variables que afectan a la semejanza. Con relación al heurístico de accesibilidad, este ocurre cuando se evalúa la frecuencia de una clase o la probabilidad de un acontecimiento según la facilidad con la que logran evocarse. Los ejemplos o casos de dicha clase que sean fácilmente recuperados serán considerados como más frecuentes que aquellos que requieran un mayor esfuerzo para su evocación. En general puede ser útil hacerse una “impresión” de la ocurrencia de un suceso por lo fácil que accedemos a su recuerdo, ya que suelen recordarse mejor los casos de las clases más abundantes respecto a las clases poco frecuentes. Sin embargo esto no es siempre así y puede provocar sesgos en el análisis de las probabilidades y; con relación al heurístico de ajuste y anclaje, los individuos pueden realizar un juicio a partir de algún rasgo de un suceso para posteriormente intentar la integración de los rasgos restantes ajustando el juicio inicial. La característica en que se ancle el sujeto puede verse influida por cómo es presentado el problema.

Estas definiciones resultan claves a estas alturas del siglo y de la ciencia, en especial cuando todos quienes trabajamos bajo la ciencia del derecho entendemos malamente que estamos utilizando la lógica aristotélica al pie de la letra, y tal como *Siri* en la película *Yo Robot*, entendemos que nuestra lógica es innegable. Lo cual es total y absolutamente falso, más cuando no se hace un trabajo real y serio deductivo, puesto que las inferencias se encuentran total y absolutamente debilitadas o perdidas dentro de los heurísticos o atajos mentales descritos por Kahneman & Tversky hace más de cuatro décadas. La pregunta es saber si hemos adoptado un sistema de control de heurísticos o en definitiva pensamos que todo lo podemos controlar por medio de los principios de la lógica, conocimientos científicamente afianzados y máximas de experiencia, en especial frente a quien no tiene reglas para

poder lograr convicción y cuenta con un poder inmenso sobre las personas, al ser el “ente especializado en la investigación y prosecución penal”, el no existir una regla legalmente establecida, y que existe el escudo jurisprudencial y externo al derecho penal con las frases automáticas ya anteriormente reproducidas.

Lo especial de este tema, es que, el Derecho Penal y el Proceso Penal, en cuarenta años no ha dado aunque sea un pequeño guiño al problema de los heurísticos o “atajos mentales”, más cuando se ha desarrollado en la ciencia psicológica y económica desde hace ya demasiado tiempo. En efecto Daniel Kahneman, obtuvo ya un Premio Nobel, y aún no se sabe poco y nada en los Tribunales de él, y menos en el ente persecutor; es más su obra *Pensar Rápido, Pensar Despacio* ha sido un *best seller* mundial, contando con su octava edición el año 2015, y el tema que estoy abordando aún no es importante para nadie al parecer.

Según Khaneman en su Teoría de las Perspectivas, existen dos sistemas responsables de guiar la toma de decisiones. El sistema 1 permite la formulación de juicios intuitivos. Éstos son automáticos, se realizan sin esfuerzo a partir de la generación rápida de asociaciones y son difíciles de detener o controlar una vez iniciados. Este sistema tiene características semejantes a los procesos perceptivos, los juicios de modalidad intuitiva estarían en un nivel intermedio entre la percepción y el juicio deliberado. A diferencia del sistema perceptual y a semejanza del sistema 2, el sistema 1 accede a representaciones conceptuales, verbalizables, que trascienden a los estímulos inmediatos. Genera de esta manera impresiones globales acerca de los estímulos percibidos, que no es necesario hacer explícitas para que puedan operar sobre la conducta. El sistema 2 incluye a los juicios controlados conscientemente, a los razonamientos deliberados y de tipo secuencial. Esta modalidad cognitiva se ejecuta con cierto esfuerzo y consumiría más tiempo para su elaboración. El sistema 2 sería relativamente flexible para provocar modificaciones en los juicios emitidos y puede ser controlado por reglas potenciales.

Dentro de la citada obra y de la extensa explicación de los dos sistemas por parte de Kahneman, llamó mi atención el subcapítulo llamado *Cómo se forman los juicios (8)*, en el cual da cuenta que, el sistema ha sido diseñado por la evolución para llevar a cabo una evaluación continua de los principales que un organismo tiene que resolver para sobrevivir. ¿Cómo están las cosas? ¿Se presenta un peligro o una gran oportunidad? ¿Está todo en orden? ¿Debo acercarme o huir? Puede que estas preguntas sean menos acuciantes para un ser humano en un entorno urbano

que para una gacela en la sabana, pero hemos heredado los mecanismos neuronales que evolucionaron para llevar a cabo continuas evaluaciones del nivel de riesgo, y que no han sido cancelados. Las situaciones son constantemente evaluadas como buenas o malas, que aconsejan la huida o permiten la aproximación.¹⁹ Esto genera prototipos, los cuales supuestamente están eliminados del sistema penal desde las teorías de Lombroso del delincuente nato, pero en realidad esos datos físicos pasaron a ser parte de los mal usados antecedentes penales anteriores, que son utilizados rebasando el principio de culpabilidad, más cuando toda persona que cuente con antecedentes penales anteriores cumplió con su sentencia por ende fue justamente enjuiciado, y cumplió con su condena justa y medida, lo que implica que dicha estigmatización, es tan cercana o casi de espejo ante la teoría de Lombroso y nos retrotrae ante ese sentimiento de sobrevivencia, aprovechando al sistema 1 por sobre el sistema 2, especialmente cayendo en heurísticos que implican un descontrol de los principios de la lógica, conocimientos científicamente afianzados y máximas de experiencia, cayendo en falacias de todo orden, solamente para justificar un actuar automático y bajo el sentimiento de sobrevivencia ya relatado, lo que no deja de ser preocupante, más cuando estas actuaciones son propias de casi todo el sistema penal encubiertas por el “mote” de jueces activistas o que realizan justicia material. En otro orden de cosas y pensamientos ajustados a atajos mentales, según Kahneman, existe el fenómeno de la escopeta mental, el cual se traduce cuando el sistema 1 efectúa muchos cálculos al mismo tiempo, algunos de ellos son evaluaciones rutinarias que se producen continuamente. Siempre que tenemos los ojos abiertos, nuestro cerebro calcula en una representación tridimensional la disposición de lo que tenemos en nuestro campo de visión, completa las formas de los objetos y determina su posición en el espacio y su identidad. No se requiere intención alguna para que esta operación se ponga en marcha y para que estemos continuamente atentos a las alteraciones que puedan sufrir nuestras expectativas. En contraste con estas evaluaciones rutinarias, hay otros cálculos que se efectúan solo cuando son precisos: no evaluamos continuamente lo contentos o sanos que nos sintamos, y si nos interesa la política, no evaluamos continuamente lo que el presidente pueda hacer. los juicios ocasionales son voluntarios. Los producimos solo cuando tenemos intención de juzgar algo. No contamos automáticamente el número de sílabas de cada palabra que leemos, pero podemos hacerlo si queremos. Sin embargo, el control sobre los cálculos intencionados está lejos de ser minucioso: a menudo calculamos mucho más

¹⁹ KAHNEMAN, DANIEL, *Pensar rápido, Pensar despacio*, Editorial Debate, 8ª ed., 2015, p. 123.

de lo que queremos o necesitamos. Llamo a este exceso de cálculo *escopeta mental*. Es imposible apuntar a un único punto con una escopeta porque esta dispara perdigones que se dispersan, y al Sistema 1 le resulta cuando menos igual de difícil no hacer más de lo que el Sistema 2 le encarga hacer.²⁰ Finalmente Kahneman entrega las características del Sistema 1:

- genera impresiones, sensaciones e inclinaciones; cuando estas son aprobadas por el Sistema 2, se convierten en creencias, actitudes e intenciones;
- opera rápida y automáticamente, con poco o ningún esfuerzo, y ninguna sensación de control voluntario;
- puede ser programado por el sistema 2 para movilizar la atención cuando un hecho particular es detectado (búsqueda);
- tras un adecuado entrenamiento, produce respuestas especiales y genera intuiciones especiales;
- crea una estructura coherente de ideas activadas en la memoria asociativa;
- asocia una sensación de facilidad cognitiva a ilusiones de verdad, sensaciones placenteras y vigilancia reducida;
- distingue lo sorprendente de lo normal;
- infiere e inventa causas e intenciones;
- ignora la ambigüedad y elimina la duda;
- se inclina siempre a creer y confirmar;
- exagera la consistencia emocional (efecto halo);
- se centra en evidencia existente e ignora la evidencia ausente (WYSIATI);
- genera un conjunto limitado de evaluaciones básicas;
- representa conjuntos con normas y prototipos, no integra;
- establece equivalencias entre escalas de intensidades (por ejemplo, entre tamaño y volumen sonoro);

²⁰ KAHNEMAN, DANIEL, *Pensar rápido, Pensar despacio*, Editorial Debate, 8ª ed., 2015, pp. 129-130.

- calcula más de lo deseado (escopeta mental);
- en ocasiones sustituye una pregunta difícil por otra más fácil (heurística);
- es más sensible a los cambios que a los estados (teoría de las perspectivas);
- da más importancia a las probabilidades bajas;
- muestra una sensibilidad disminuida a la cantidad (psicofísica);
- responde más a las pérdidas que a las ganancias (aversión a las pérdidas);
- formula problemas de decisión restringidos, aislados de otros.²¹

III. Soluciones para el problema

Que, el problema anticipado en todo este trabajo, ha sido la falta de criterios o parámetros de convicción por parte del ente persecutor al momento de formalizar y/o acusar a un imputado dentro de un proceso penal. Lo que se debe evitar son los actos abusivos ¿pero cómo logramos identificar una formalización arbitraria? o ¿cómo podemos determinar que no hubo realmente un motivo plausible para litigar?, es difícil realmente cuando tal lo hemos adelantado, existen frases sacramentales, automáticas, y también existen sesgos cognoscitivos, atajos mentales o heurísticos. Ante ello, estimo que debe generarse un trabajo mancomunado desde la filosofía clásica, esto es, los principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados, pero esto reforzado con los descubrimientos o trabajos de Kahneman, esto es, intentando descubrir los atajos mentales o heurísticos existentes; la labor sé que es difícil, más cuando dicho descubrimiento de los fallos en las inferencias y por ende un deficiente deductivo debe ser realizado por los jueces que deben enfrentarse a este ente persecutor “automático” o con propia agenda; insisto no puede olvidarse que se ha perdido rigor en las investigaciones, imputaciones y acusaciones, todo ello refrendado por escaso control por parte de los Tribunales de Grado y Altas Cortes, todo ello, en mérito de un mal entendido “activismo judicial”, lo que implica salirse derechamente de las vías del derecho y del correcto proceso, sino que, de agendas propias y sesgos cognoscitivos. Mi propuesta es generar un sistema de convicción de dos niveles como lo he llamado desde hace un tiempo, el

²¹ KAHNEMAN, DANIEL, *Pensar rápido, Pensar despacio*, Editorial Debate, 8ª ed., 2015, pp. 142-143.

cual desde el punto de vista epistemológico, se debe tener un sistema formado y bien debidamente adecuado por parte del ente persecutor y especialmente por parte de los jueces de grado, que deba atender a dar una real conjunción de elementos que contengan la convicción que se debe alcanzar, en un sistema propio de este milenio, la mezcla perfecta de lo clásico y lo novedoso del sistema planteado por Kahneman, debiendo reglarse o proponerse su estructura, lo que dé cuenta que, al momento de formalizar y solicitar medidas cautelares no solamente se deba hacer un *check list* de antecedentes, que muchas veces al momento de realizar las inferencias y finalmente el deductivo, no presenten una acusación feble y mayormente antojadiza o arbitraria, lo cual es subsidiado por un deficiente trabajo de control de sesgos cognoscitivos, “atajos mentales”, heurísticos y deficiente aplicación de los principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados, no siendo óbice, que se alegue por parte del ente persecutor o del magistrado de garantías, que sean antecedentes primigenios o que la investigación se encuentra iniciando, se debe exigir rigor y seriedad al proceso penal, dejando de lado el automatismo, el subsidio al trabajo desdeñado de la ley y la Constitución, y ciertamente las agendas propias; dicho riguroso trabajo sería un cambio de paradigma en la investigación criminal, reforzamiento de las garantías constitucionalmente establecidas y evitar abusos de la ley a través del proceso. Revisando dicho nivel de convicción se daría una mayor seriedad y congruencia a la estrategia y líneas investigativas del ente persecutor, daría cuenta de los vaivenes de las investigaciones febles, y podría desde un comienzo reconocer las investigaciones arbitrarias y/o imprudentes, de la mano a que se debe ser congruente con lo próximo que será la acusación, que debe ser revisada dentro de un segundo nivel de convicción, que debe contener aún más elementos propios del sistema anteriormente señalado y con mayor acuciosidad y fuerza, ya que, se evitaría innumerables juicios, en los cuales solo se apuesta a lo que “haga el tribunal o como se levantaron los jueces”, ya que ello da cuenta de que la peligrosidad de los atajos mentales, heurísticos y especialmente de las falacias que se vayan reforzando a través de un proceso, pueden ser fundamentales frente a un tribunal que realice una labor automática o llena de clichés o frases sacramentales –las cuales sobran y existen sendos problemas de interpretación y aplicación de los principios de la lógica, conocimientos científicamente afianzados y máximas de experiencia–, sumado a agendas propias, subjetivismo, prejuicios y activismo mal entendido, lo que implica que se dejaría de tener al galletito a los acusados, sino que, existiendo mayor rigor, establecimiento de sistemas de convicción integrados como lo planteo primigeniamente en este trabajo, y abandonar el subsidio al ente

persecutor (empresario en su organización, metas y mirada humana), se lograría en un comienzo evitar formalizaciones arbitrarias, acusaciones erradas basadas en todo lo señalado con anterioridad, y finalmente que cada vez que un fiscal decida ir por un juicio oral a sabiendas que el trabajo de convicción ha sido deficiente, se condene ejemplarmente en costas al ente persecutor, con el fin de que el proceso penal cumpla su función social y no sea el negocio de unos pocos en desmedro de los menos afortunados. Kahneman ha aplicado sus teorías tanto a la toma de decisiones como a los juicios que continuamente realizamos acerca de cosas como la probabilidad de aprobar unas oposiciones o la adecuación de varios candidatos que aspiran a un puesto de trabajo. El asunto no es trivial, porque estos juicios determinan elecciones que tienen consecuencias decisivas sobre la vida de los demás y la nuestra propia. Como ya se ha dicho, estas cuestiones han demostrado que las personas recurrimos de forma sistemática a atajos mentales “heurísticos”, que nos permiten realizar evaluaciones basándonos en datos parciales. Lo curioso es que empleamos estos atajos cognitivos aun cuando dispongamos de datos adicionales que posibilitarían una evaluación más ajustada. Cuando ocurre esto, manifestamos sesgos en nuestros juicios, que se apartan sistemáticamente de la verdad.

IV. Conclusiones

En muchas ocasiones, juzgamos la probabilidad de un hecho fiados de la facilidad con que podemos imaginar o recordar hechos de la misma clase. Por ejemplo, podemos estimar que la probabilidad de ser asaltado en un determinado barrio de la ciudad es muy alta basándonos en el conocimiento de que una persona próxima fue asaltada en ese barrio. En este caso, el juicio de probabilidad muestra un sesgo dictado por la aplicación del heurístico de disponibilidad (juzgamos como probable lo que es coherente con la información que, por su recencia o su relevancia personal, tenemos a nuestra disposición en ese momento). Este sesgo se mostraría claramente si, a pesar de saber que en otro barrio también se dan asaltos considerásemos, sin embargo, que es menos probable que nos asalten en él. En un clásico ejemplo de este efecto, Kahneman pidió a distintos grupos de personas que juzgasen la proporción de hombres y mujeres en una lista recién presentada de nombres célebres. Esos juicios se desviaban de la realidad justamente a favor del sexo cuyos representantes fuesen más conocidos, es decir, de la información más sobresaliente o disponible. Por ejemplo, aunque la lista hubiese contenido igual proporción de hombres que

de mujeres, si las mujeres eran en conjunto más famosas que los hombres después se juzgaba que la lista había contenido más mujeres que hombres.

Quizá pensemos que estos sesgos son sólo cosa de la gente de la calle, no entrenada en las sofisticadas normas de la estadística y la probabilidad. Pero no, los científicos, cuyo oficio consiste en gran parte en contrarrestar las imprecisiones del pensamiento “vulgar”, caen en las mismas trampas y, por ejemplo, muestran en la práctica una creencia en lo que Kahneman y su ya desaparecido colaborador Tversky llamaron la “ley de los pequeños números”, manifestando una infundada confianza en la replicabilidad de datos experimentales obtenidos a partir de muestras reducidas de casos o sujetos. Los científicos le tienen tanto cariño a sus datos que actúan como si creyeran que una muestra de 10 casos es representativa de toda una población y que los resultados no variarían sustancialmente si volvieran a intentarlo con 1.000 casos más.

En lo que se refiere a la toma de decisiones, Kahneman propuso una “teoría de prospectiva”, basada en principios bastante diferentes a los de la racionalidad tradicional. Desde un punto de vista racional, por ejemplo, la preferencia por una u otra actividad dependerá del valor (objetivo, absoluto) esperado de las consecuencias de cada una de ellas; una apuesta que nos da con una probabilidad n una ganancia de valor X será siempre preferible a otra que nos da con una probabilidad.

Kahneman demostró que en pequeñas situaciones simuladas de juego con ganancias y pérdidas económicas, la conducta de los jugadores se ajusta a lo predicho por la teoría prospectiva. Y muchos economistas consideran que esta teoría podría proporcionar una descripción realista de las decisiones económicas en situaciones de riesgo o incertidumbre. Además Kahneman ha demostrado que cuando evaluamos retrospectivamente nuestras experiencias negativas pasamos por alto una dimensión tan fundamental como su duración. Cuando, por ejemplo, valoramos sobre la marcha el dolor físico producido por un tratamiento médico o el dolor psicológico derivado de un proceso de separación, nuestra apreciación es ajustada al dolor actual. Sin embargo, cuando la evaluación es retrospectiva nos basamos fundamentalmente en el momento en que experimentamos más dolor y en el grado de dolor que experimentamos al final del tratamiento (o cuando se consumó la separación), sin tener en cuenta su duración total, es decir, la cantidad total de dolor experimentada.

Los sesgos aparecen igualmente cuando nos comparamos con los demás. Dos personas que viven en distintas regiones también pueden considerarse felices, pero

cuando una de esas personas se compara con la otra tiende a considerar que esta es más feliz si vive en una región de mejor clima o en la que el acceso a diversiones o bienes culturales es mayor. La percepción de lo felices o desgraciados que somos es, por tanto, subjetiva y, en el sentido clásico, irracional.

Las teorías de Kahneman y otros investigadores que se han ocupado de los límites de la racionalidad humana nos dan una visión de nuestra inteligencia práctica que no coincide con los cánones de productos culturales refinados como la estadística, la lógica o, en general, el pensamiento científico. Esto no quiere decir que nuestros juicios, conductas y decisiones sean consecuencias del azar y, por tanto, no sean explicables de un modo similar a como hemos logrado explicar otros ámbitos de la naturaleza.

La contribución fundamental de estos investigadores ha sido, precisamente, mostrar que juicios y comportamientos que aparentemente resultan irracionales y poco inteligentes son consecuencia de la actuación de una inteligencia relativamente humilde y aproximativa que, a falta de métodos más exactos, hace continuamente apuestas sobre la realidad, dan cuenta de ciertos aspectos que no son cumplidos por parte de la sana crítica, los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia. Ante ello debo volver a lo señalado arriba (Cap. II) por parte del Prof. Dr. Rodrigo Coloma Correa, que, al repetir formulas por parte de los jueces –para este caso los fiscales, sin haber nominado ningún tipo de convicción hasta el momento–, una de ellas reza más o menos así: *«Que valorados los medios de prueba con libertad y no contradiciendo los PL, los CCA y las ME se da por probado que...»*. A contrario de lo que podría espontáneamente pensarse, el uso de este estribillo no se traduce en ninguna consecuencia jurídica; en otras palabras, no blinda a la decisión y, a la inversa, su supresión no la hace, *ipso facto*, impugnabile. Lo que sumado a los sesgos, heurísticos y “atajos mentales” hace patente de realizar un trabajo automático usando frases sacramentales y fórmulas repetidas, de uso irreflexivo dejando de manifiesto que los jueces y abogados no están seguros qué implica valorar la prueba con sujeción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, y que además al estar llenos de sesgos, heurísticos y “atajos mentales”, producen que las inferencias sean incorrecta y consecutivamente el resultado del deductivo deficiente o derechamente errado.

Es por ello que mi invitación es, dejar de lado la falta de criterios o parámetros de convicción por parte del ente persecutor al momento de formalizar y/o acusar a un imputado dentro de un proceso penal, evitando con ello, los actos abusivos, identificando las formalizaciones arbitrarias, o que no hubo realmente un motivo plausible para litigar, desterrando desde el sistema penal y en especial desde el ente persecutor, las frases sacramentales, automáticas, sesgos cognoscitivos, atajos mentales o heurísticos. Dando así mayor relevancia e importancia al trabajo de los propios Tribunales de grado, que deben velar por el correcto ejercicio de la acción pública, ya que, como ya lo planteé, debe generarse un trabajo mancomunado desde la filosofía clásica, esto es, los principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados, reforzado con los descubrimientos o trabajos de Kahneman, esto es, intentando descubrir los atajos mentales o heurísticos existentes; se debe trabajar en el descubrimiento de los fallos en las inferencias y por ende un deficiente deductivo, por parte de los jueces que deben evitar a un ente persecutor “automático” o con propia agenda; que se ha perdido rigor en las investigaciones, imputaciones y acusaciones, todo ello refrendado por escaso control por parte de los Tribunales de Grado y Altas Cortes, sumado al mal entendido “activismo judicial”, lo que implica salirse derechamente de las vías del derecho y del correcto proceso, sino que, de agendas propias y sesgos cognoscitivos. Insisto, mi propuesta es generar un sistema de convicción de dos niveles como lo he llamado desde hace un tiempo, el cual desde el punto de vista epistemológico, se debe tener un sistema formado y bien debidamente adecuado por parte del ente persecutor y especialmente por parte de los jueces de grado, que deba atender a dar una real conjunción de elementos que contengan la convicción que se debe alcanzar, en un sistema propio de este milenio, la mezcla perfecta de lo clásico y lo novedoso del sistema planteado por Kahneman, debiendo reglarse o proponerse su estructura, lo que dé cuenta que, al momento de formalizar y solicitar medidas cautelares no solamente se deba hacer un *check list* de antecedentes, que muchas veces al momento de realizar las inferencias y finalmente el deductivo, no presenten una acusación feble y mayormente antojadiza o arbitraria, lo cual es subsidiado por un deficiente trabajo de control de sesgos cognoscitivos, “atajos mentales”, heurísticos y deficiente aplicación de los principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados, no siendo óbice, que se alegue por parte del ente persecutor o del magistrado de garantías, que sean antecedentes primigenios o que la investigación se encuentra iniciando, se debe exigir rigor y seriedad al proceso penal, dejando de lado el automatismo, el subsidio al trabajo desdeñado de la ley y la Constitución, y ciertamente las agendas

propias; dicho riguroso trabajo sería un cambio de paradigma en la investigación criminal, reforzamiento de las garantías constitucionalmente establecidas y evitar abusos de la ley a través del proceso.

V. Bibliografía

- CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL; CASTILLO VAL, IGNACIO, *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200005 (visitado 24.09.16).
- Código Procesal Penal Chileno*, Art. 340, Editorial LegalPublishing, Códigos Profesionales 2014, 3ª ed.
- COLOMA CORREA, RODRIGO; AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 41 N° 2, pp. 673-704, 2014, http://dv.ujaen.es/docencia/goto_docencia_file_712794_download.html (visitado 25.09.16).
- DE PABLO, Juan Carlos, “Después de Kahneman y Tversky ¿Qué queda de la Teoría Económica?”, *Revista de Economía y Estadística*, 18(1), pp. 55-98.
- INFORME COMISIÓN MIXTA; *Discusión Particular*, artículo 380 (342) Código Procesal Penal Chileno, en *Código Procesal Penal Chileno*, Editorial LegalPublishing, Códigos Profesionales 2014, 3ª ed.
- KAHNEMAN, DANIEL, *Pensar rápido, Pensar despacio*, Editorial Debate, 8ª ed., 2015.
- RIEGO R., CRISTIÁN; DUCE, MAURICIO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Volumen 1, Universidad Diego Portales, 2002.

