

Trabajo final de Máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: HIPÓTESIS Y SESGO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS FISCALES

Alumno: Omar Mérida Huerta

Tutor: Dr. Edgar Aguilera García

Convocatoria:2022-2023

Resumen: La cuestión de la calidad del razonamiento probatorio de los jueces no puede obviar que al menos en materia penal, los insumos de la decisión provienen de la actividad de recolección o producción de pruebas de los fiscales, de modo que asegurar que esta actividad se ajuste a una estructura o método que proporcione o garantice pruebas de calidad, puede resultar útil al sistema probatorio en general. ¿Trabajan actualmente los fiscales con rigurosidad investigativa? ¿Les afectan a ellos problemas que interfieren en la calidad y fiabilidad de las decisiones investigativas o probatorias que toman?. Este trabajo pretende describir y analizar la investigación penal del Fiscal desde una perspectiva lógica que permita entender desde el diagnóstico, las falencias que presenta, proponer una metodología de configuración abductiva de hipótesis que oriente la investigación hacia una mejora epistémica, y asimismo reconocer los problemas de sesgo en las decisiones que enfrentan los fiscales en la investigación, para finalmente ofrecer posibilidades ciertas de mejora al sistema de investigación procesal penal en este ámbito.

Palabras clave: razonamiento, investigación, hipótesis, abducción, sesgo

Abstract: The question of the quality of the evidential reasoning of judges cannot ignore the fact that, at least in criminal matters, the inputs for the decision come from the activity of collecting or producing evidence by prosecutors, so that ensuring that this activity is adjusted to a structure or method that provides or guarantees quality evidence can be useful to the evidential system in general. Do prosecutors currently work with investigative rigor and are they affected by problems that interfere with the quality and reliability of the investigative or evidential decisions they make? This paper aims to describe and analyze the prosecutor's criminal investigation from a logical perspective that allows us to understand its shortcomings from a diagnostic point of view, to propose a methodology of abductive configuration of hypotheses that orients the investigation towards an epistemic improvement, and also to recognize the problems of bias in the decisions that prosecutors face in the investigation, to finally offer certain possibilities of improvement to the criminal procedural investigation system in this area.

Keywords: reasoning, investigation, hypothesis, abduction, bias

I.- Introducción

En América Latina, a fines del siglo XX y principios del siglo XXI se inició una serie de reformas de los sistemas procesales penales, girando hacia la adversarialidad con el propósito de obtener una justicia de mayor calidad. El sistema de valoración de prueba de sana crítica, característico de este nuevo sistema, no ha sido no obstante, satisfactorio en términos de calidad epistémica de la decisión judicial, dejando espacios evidentes a la arbitrariedad.

La práctica probatoria, marcada por el sello de valoración subjetivista, propició el desarrollo de investigaciones de baja calidad epistemológica, abriendo paso a decisiones fundadas en impresiones o percepciones, antes que en razonamientos fundados. En este escenario, la necesidad de una decisión probatoria de mejor calidad epistémica se hizo evidente.

El impulso de la corriente de valoración racional de la prueba dio lugar a valiosas reflexiones sobre prueba, hasta entonces limitadas a análisis normativos, procedimentales, sin mayor

profundidad¹. La conformación del conjunto probatorio y su valoración racional, como base de la decisión del juez, ha sido analizada desde esta perspectiva y su producto generado notable calidad de conocimiento. Sin embargo, este análisis doctrinario se ha centrado fundamentalmente en la labor valorativa y decisoria únicamente de los jueces, dejando de lado a quienes recopilan o producen los medios de prueba en la fase previa, y que tienen al menos en Chile, la dirección exclusiva de la investigación: los Fiscales². Escasos y recientes son los estudios sobre la materia propuesta, algunos de los cuales serán insumo de este trabajo, sin embargo en algunas áreas menos exploradas, resultará inevitable apoyarme, por mi función, en el mundo de la experiencia³.

Postulo que es imprescindible hacerse cargo de proporcionar desde el inicio a las investigaciones penales una estructura y metodología que favorezca la valoración racional de la prueba, para proporcionar a los jueces un producto investigativo de mejor calidad, puesto que, si hay error en la investigación, aumenta el riesgo de error en la decisión.

Tomando como base la experiencia chilena, intentaré diagnosticar en primer lugar si existe hoy una investigación penal que cumpla con estos requerimientos. Luego, en relación con lo anterior, ingresaré al análisis de las hipótesis investigativas y su construcción inferencial. En este ámbito revisaré la forma en que se plantea la construcción de las hipótesis, con énfasis en el problema de los sesgos que interfieren en la elaboración y justificación hipotética de fiscales, las ventajas de un planteamiento estructurado y su efecto en las diligencias futuras, el juicio oral y la sentencia, para finalmente proponer mecanismos que debiesen ser considerados para asegurar una investigación racional, que no solo garantice óptimos medios de prueba a los jueces, sino que también garantice el pleno respeto al principio de inocencia y los derechos humanos inscritos en el marco del debido proceso.

Este análisis considera como objeto solo a los delitos de mayor gravedad o complejidad investigativa, pues son estos los que asociados a mayores penas requieren una respuesta más completa, no así aquellos delitos menores o “de bagatela”, que se resuelven mayoritariamente por la vía de flagrancia, y que por lo mismo, no requieren de un esfuerzo investigativo mayor.

II.- Diagnóstico

La investigación penal comienza siempre con un hecho susceptible de tener relevancia jurídico penal. La primera hipótesis investigativa surge de los datos que la policía recopila en el inicio para ponerlos a disposición del Fiscal. Un trabajo metódico y riguroso permitirá identificar y recopilar todos los antecedentes pertinentes y relevantes que debieran conducir al Fiscal a la configuración de las hipótesis involucradas. Si consideramos que el sistema procesal actual exige un estándar de “*más allá de toda duda razonable*”, y entendemos, siguiendo a Jordi Ferrer, que éste consiste en síntesis, en probar la hipótesis de culpabilidad

¹ En la presentación de la obra de Michele Taruffo “La Prueba de los hechos”, Jordi Ferrer señala que “*es fácil constatar que en nuestra cultura jurídica ha sido abordado principalmente desde la dogmática procesal y con un enfoque en gran medida centrado en la regulación jurídica sobre la prueba propia de cada ordenamiento*”. Página 11, Editorial Trotta, 2011.

² Artículo 83 de la Constitución Política de Chile: “*Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado*”.

³ Quien escribe es Fiscal del Ministerio Público de Chile desde el año 2003.

propuesta pero además, refutar todas las demás hipótesis plausibles compatibles con la inocencia del acusado, es razonable exigir que el trabajo investigativo del Fiscal consista no solo en levantar una hipótesis de culpabilidad, sino que además considerar desde el principio en sus diligencias otras hipótesis plausibles distintas de la culpabilidad⁴.

Sin embargo, lo que suele verse en esta etapa es un trabajo de hipótesis única: la de culpabilidad. Generalmente, las policías se enfocan en encontrar pruebas respecto de un autor y la Fiscalía trabaja en la confirmación de los datos constitutivos de esta hipótesis⁵.

Sobre esta deficiencia opera además como factor gravitante la presión que recae sobre los organismos investigadores en casos graves de obtener resultados pronto, lo que puede derivar en decisiones de calidad discutible o derechamente erróneas⁶.

Cabe preguntarse si la selección de los antecedentes que configuran la hipótesis presentada es correcta y se rige por criterios racionales, o es más bien una expresión intuitiva o artesanal de una investigación. Desafortunadamente la regla general es que la investigación policial carezca de rigor metodológico⁷ y responda al llamado “olfato investigativo”.

La hipótesis así generada, llega a manos del Fiscal, quien debe configurar formalmente las hipótesis y tomar decisiones de trascendencia probatoria sobre la investigación (diligencias) en base a lo que la policía le ha informado.

Sin embargo, como señalé, la práctica ha expuesto a la Fiscalía como una instancia que trabaja mayoritariamente para confirmar la hipótesis policial o desecharla, dejando en segundo plano la tarea de configurar otras hipótesis posibles y confirmarlas o refutarlas respectivamente. Más aun, cuando por ejemplo, la defensa durante la investigación plantea a la Fiscalía diligencias para enarbolar una hipótesis alternativa (pues como señalamos anteriormente, la investigación es exclusiva de la Fiscalía), no es extraño enfrentarse a la reticencia de los Fiscales, lo que estimo puede ser motivado por un sesgo de confirmación, como expondré en detalle más adelante.

Una consecuencia negativa directa de esta “práctica probatoria” es que las hipótesis alternativas tienden a aparecer en la audiencia de juicio oral promovidas por la defensa, usualmente respaldada en testigos no considerados por la Fiscalía o peritos privados, instancia en la que su abordaje para confirmación o descarte se hará mediante técnicas de litigación (examen o contraexamen), no de investigación, trayendo al caso datos que apenas

⁴ Aunque en el desarrollo de este trabajo me hago cargo con más detalle de este postulado (acápite VII, n°5 “Elaboración argumental de las hipótesis”), puedo afirmar que la investigación fiscal puede tener un estándar probatorio distinto del estándar del juez, pues el Fiscal que inicia la investigación no suele contar con una defensa que desde el inicio plantee una alternativa, como ocurrirá ciertamente en la etapa contradictoria o de juicio. En el inicio, es el fiscal y los antecedentes disponibles los que obligan a considerar todas las hipótesis plausibles y no solo las que podría plantear la defensa. Así, para los fiscales, coincido con el “estándar 1” de Ferrer. FERRER, Jordi. “Prueba sin convicción”. Editorial Marcial Pons. 2021. Página 209 y siguientes.

⁵ “Cuando el sistema «investiga», generalmente lo hace presuponiendo la culpabilidad de las personas, e, incluso, fabricando deliberadamente pruebas en su contra” Aguilera, Edgar. “Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito”, en “Del Derecho al razonamiento probatorio”. Marcial Pons, 2020.

⁶ “La investigación psicológica ha encontrado consistentemente que la presión del tiempo afecta la calidad de la toma de decisiones.” (Svenson & Maule, 1993)”. Fahsing, Ivar. “Beyond reasonable doubt: how to think like an expert detective” Police Psychology. Página 274.

⁷ “La investigación sigue siendo un oficio artesanal desprovisto de cualquier contenido intelectual superior”. Fahsing, Ivar. Ob. Cit. Página 269

alcanzan a ser procesados o valorados superficialmente por los jueces de la audiencia, lo que puede conducir a resultados de dudosa calidad, tanto se condene o absuelva.

En suma, lo que tenemos mayoritariamente hoy es una investigación de inspiración policial, por lo tanto esencialmente intuitiva, con hipótesis única, que tiende a no considerar la elaboración de hipótesis alternativas, contrarias o de refutación y que visualiza preferentemente la realización de diligencias solo de confirmación de la hipótesis principal. La consecuencia de esto es la colisión inevitable de la investigación con el estándar de prueba del tribunal, que podría examinar cómo ha seguido solo una hipótesis sin considerar otras.

III.- Sistema de valoración de prueba actual

La aplicación del derecho siempre supone una relación entre la norma jurídica y un hecho determinado. Es de la esencia del derecho en cualquiera de sus áreas garantizar que cada vez que se aplique una norma se haga de manera justa, es decir, la norma que corresponde al hecho que corresponde. La prueba es funcional en esta relación. Si se prueba el hecho afirmado, puede decirse que éste existe o ha ocurrido, que es por lo tanto un hecho “verdadero” y procede por tanto aplicar la norma. Pero ¿cuándo se entiende probado un hecho?. La respuesta depende del sistema de valoración de prueba que se trate.

El sistema de valoración probatoria predominante actualmente es de tipo subjetivista, también llamado psicologista o persuasivista, que determina probado un hecho cuando el juez adquiere la convicción (en Chile más allá de toda duda razonable) de que éste ha ocurrido. Este sistema ha traído aparejado una serie de dificultades probatorias derivadas de este carácter subjetivista, aunque también de otras características del sistema adversarial.

Los sistemas procesales han regulado la convicción otorgándole un amplio marco interpretativo que ha causado un efecto práctico complejo. En Chile, los artículos 340 y 342 del Código Procesal Penal establecen el marco de extensión de la convicción: “*Cuando el tribunal adquiriere más allá de toda duda razonable la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho*”; “*El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral*”. Sin entrar al análisis particular de estas dos disposiciones, se evidencia que la convicción no es un espacio de certidumbre sino más bien un recinto personal, de límites difusos. ¿Cuándo (y cómo) se convence un juez o un tribunal?.

Los juzgadores, situados en este escenario de valoración “psicologista” o persuasiva, y ante la ausencia de parámetros metodológicos objetivos con que poder medir una investigación, responden al conflicto jurídico penal desde una perspectiva más bien cercana a una percepción-convicción más psicológica que racional. Así, de la investigación intuitiva pasamos a la valoración intuitiva.

En la práctica, esta característica subjetiva hace a la convicción susceptible y vulnerable a discursos más persuasivos que racionales, que en no pocas ocasiones abusan de la retórica para causar impresiones en el tribunal, y que conducen casi inadvertidamente a convicciones parciales.

Entre otras críticas que pueden plantearse a la valoración psicologista o persuasiva, en la práctica, aparece una anomalía que incentiva a mirar con mayor atención hacia el

racionalismo. La confusión que a partir de la libre convicción se produce entre la inmediación y la percepción en los jueces.

En un sistema oral, público y contradictorio como el adversarial, la inmediación es un instrumento que sirve a los jueces para ordenar sus razones a partir de la rendición de la prueba, adquiriendo sentido y cuerpo las inferencias; sirve también para desmenuzar la prueba a través de la litigación (examen y contraexamen) que expone o al menos debiera exponer (porque el ejercicio técnico litigioso no siempre alcanza el estándar necesario para producir ese efecto) al análisis lógico las afirmaciones que constituyen las pruebas. Así por ejemplo, si se ha anunciado que la testimonial X es clave en la resolución del caso, la declaración del testigo X ante el tribunal, el examen y contra examen de éste dará al tribunal el verdadero relieve de la prueba: ¿dice el testigo finalmente lo que se esperaba que dijera?, o, ¿lo que dice alcanza para solventar la afirmación de que se trata?. Sin embargo, la confusión radica en que se ha entendido que la inmediación es un ejercicio de percepción, donde el juez debe presenciar la prueba, “percibirla” esto es, ver y oír los medios de prueba, pues de esta manera podrá convencerse o no al advertir signos de duda o titubeo, u otros que lo lleven a advertir si es creíble o no. De la misma forma, bajo la idea de que “una imagen vale más que mil palabras” los jueces prefieren ver un registro de video a la declaración de un testigo, llevando peligrosamente el juicio a una exposición “cinematográfica”.

El predominio de la percepción por sobre la razón lleva a los jueces a transformarse en testigos de los hechos, perdiendo perspectiva y plegándose a los problemas de la testimonial.

El hábito formado de querer ver los hechos en primera persona exige una reproducción tan exacta como sea posible de ellos y termina desechando o subvalorando en consecuencia los casos que no posean estos registros. Para el investigador y para el litigante se hace poco claro el límite entre la percepción y el razonamiento que acepta o rechaza sus afirmaciones y termina cediendo a las resoluciones, adecuando sus investigaciones o peticiones, a estos términos.

La libertad mental de los jueces otras veces deriva en ausencia al menos de exhibición del razonamiento que conduce a la conclusión, reemplazado por frases procesales mágicas, invocaciones psicológicas o de análisis conductual sobre la prueba recibida, pues en las sentencias que se pronuncien sobre estos hechos es posible observar fórmulas preconstituidas de razonamiento que aluden genéricamente a la prueba o la reproducen a modo de razonamiento formal, de modo que la verdadera razón que produjo la convicción, queda en el fuero íntimo del juez⁸.

⁸ Una muestra de esto en sentencia de Corte de Apelaciones de Temuco, Chile, que anula sentencia absolutoria por falta de fundamento: “*Los sentenciadores naturalmente pueden tener varias apreciaciones: Puede ser que no les hayan gustado los desempeños del Fiscal o del Defensor; puede ser que no les haya parecido los medios probatorios que se han introducido en la audiencia; puede ser, que en especial la profundidad probatoria de los medios de prueba la encontraron débil; puede ser que observaron contradicciones en varios medios de prueba; puede ser que no les pareció este o cual testigo o perito; pueden ser que tuvieron dudas razonables, sobre esto o aquello; puede ser que su conclusión final es que se debe absolver o condenar; puede ser que les hubiera gustado que se hubieran presentado estos o aquellos medios probatorios o que el testigo o perito hubiera dicho tal o cual afirmación. En todo lo expuesto lo esencial es que lo concreten en un raciocinio judicial, y no sólo en meras opiniones personales, lo que se traduce finalmente en un voluntarismo y no en un razonamiento judicial. Podrán los Magistrados querer muchas cosas, pero el Derecho, no está para el querer ni la voluntad, el Derecho está para ser razonado, según las exigencias que indica el legislador y en este caso y esto es fundamental- y lo olvidan los sentenciadores según el mérito de la audiencia. Además que ese razonamiento sea reproducible y permita a la audiencia universal verificar el camino y método intelectual*”

Esta crítica no es solo una manifestación de disconformidad sino también una cuestión de ajuste metodológico, pues en la medida que la sentencia razona efectivamente sobre los casos, la investigación puede conocer y encontrar el punto en que es posible tener por probado un hecho. Proporciona no solo mayor orden a la investigación y al razonamiento sino también más claridad al momento de la configuración de las hipótesis.

IV.- Valoración racional de la prueba.

Frente al escenario de subjetividad que plantea este sistema de valoración ha surgido hace ya unas décadas una propuesta de valoración racional de la prueba. No obstante, cabe advertir que la racionalidad en la valoración probatoria no es nueva. Ha estado presente en los distintos sistemas procesales desde las ordalías, pero en cada uno de ellos se ha entendido de manera distinta, conforme al contexto cultural y social en que se produjo. En este sentido, Taruffo dice que *“En realidad las ordalías pueden parecer culturalmente racionales, en el sentido de que eran coherentes con la cultura del contexto social circundante”*⁹. En el contexto social y cultural actual, la necesidad de evidenciar una valoración justa y racional de la prueba se conecta con la mayor extensión y comprensión de los derechos humanos en lo que se refiere al proceso penal.

Hago este alcance ya que no es difícil observar una evolución en el tiempo en la atribución de racionalidad del sistema de valoración probatoria. Cada cual en su momento, las ordalías, los jueces no letrados, la prueba legal y hoy la convicción, presumieron de ser mejores sistemas que el que dejaban atrás. La valoración de la prueba ha ido depurando sus métodos para acercarse a un óptimo epistemológico que garantice una decisión más justa. Sin embargo le queda aún un largo camino que recorrer, y es también esperable que en algún momento, será desafiada por mejoras que no solo la adecuen al contexto sociocultural imperante, como el caso de la perspectiva de género, sino que depuren aún más la calidad de la decisión¹⁰.

La valoración racional de la prueba que hoy se propone ha tenido que empinarse sobre los defectos del sistema subjetivo para exhibir sus ventajas. Así, frente a la pregunta de cuándo se tiene por probado un hecho, a diferencia de la subjetividad de la convicción planteada por su antecesor, el racionalismo estructura una relación de corroboración entre hipótesis y medios de prueba que la solventan. En perspectiva racionalista, y siguiendo a Jordi Ferrer, un hecho está probado cuando existe corroboración suficiente entre la hipótesis o afirmación realizada y los medios de prueba disponibles¹¹.

utilizado por el juez y no se traduzca en algo críptico, oculto, que sólo queda en los confines del cerebro de los jueces, donde nadie puede llegar”. Rol 459-2011, Corte de Apelaciones de Temuco. 28/06/2011.

⁹ Taruffo, Michele. “Simplemente la verdad” (Anderson, 2015). Marcial Pons. Buenos Aires 2010. Página 16.

¹⁰ Sobre la adecuación del razonamiento probatorio a esta perspectiva la exposición de Jordi Ferrer “La paradoja de la valoración del derecho con perspectiva de género”, de 26 de noviembre de 2019, disponible en página de Cátedra de Cultura Jurídica de Girona.

¹¹ “Un enunciado será aceptable como verdadero si tiene suficientes elementos de juicio a su favor o más estrictamente si está suficientemente corroborado por los elementos de juicio existentes en el expediente judicial”. Ferrer Beltrán, Jordi: “La valoración racional de la prueba”. Marcial Pons 2007. Página 20.

La valoración racional de la prueba supone la aceptación de ciertos presupuestos básicos:

- El sistema procesal busca la verdad como fin preferente, aunque no exclusivo.
- La verdad es condición necesaria para una decisión justa¹²
- La verdad como correspondencia con la realidad¹³. Esto significa que las afirmaciones que se realizan sobre los hechos del caso, serán verdaderas en la medida que se correspondan con el mundo empírico¹⁴.
- La verdad como una probabilidad, no una certeza

Sin ánimo de internarme en las profundidades de estos aspectos, lo que excedería con creces el contenido de este trabajo, en lo atinente a mi tema, estos presupuestos sitúan a la verdad en un rol principal de la valoración racional. La verdad como condición necesaria de la justicia resulta relevante en cuanto a perfeccionar los métodos que hagan posible acercarse a ella desde el primer momento de la investigación hasta la decisión final del juez, pero es necesario aceptar que siempre será una aproximación, cuyo valor no está en la determinación absoluta, sino, como se propone, en la calidad del proceso que la persigue.

En el enfoque actual, la valoración racional de la prueba como he señalado se ha centrado en la decisión judicial. Sin perjuicio de lo valioso que resulta, siempre será posible que el margen de error de la decisión aumente cuando el conjunto de pruebas que llega al juez para decidir es incompleto o incorrecto. Si la verdad es condición necesaria para una decisión racional y justa, la averiguación de la verdad es condición necesaria a su vez, del proceso de decisión del juez.

En cuanto a la noción de verdad como correspondencia, debo señalar que el trabajo investigativo es precisamente el medio de establecer la correspondencia entre lo afirmado y lo que los medios de prueba representan en relación con lo afirmado. Resulta siempre complejo aceptar que la relación pueda y deba ser entre la afirmación y lo que “realmente” ha ocurrido, pues aquello depende en primera instancia de si aceptamos como posible alcanzar la realidad, y luego si aceptamos como posible que los medios de prueba que invocamos como sustento de la afirmación sobre esa realidad, efectivamente den cuenta de ella como hemos afirmado. La afirmación sobre el hecho va revestida de pretensión de verdad, pues no solo afirma la existencia del hecho, sino que además la eficacia de las pruebas que dan cuenta de ello.¹⁵

¹² Taruffo, Michele: “La Prueba de los hechos”, página 64: *“independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En otros términos la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa”*

¹³ Tarsky, Alfred: *“La verdad de una oración consiste en su adecuación (o correspondencia) con la realidad...Si, por otro lado, decidiéramos extender el uso popular del término “designar”... podríamos utilizar posiblemente para el mismo propósito la siguiente frase: “Una oración es verdadera si designa un estado de hecho existente”*. “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, en Revista de Filosofía A Parte Rei. Página 3.

¹⁴ Taruffo, Michele: ob.cit., página 169.

¹⁵ En este sentido, Daniel González Lagier: *“Creo que la necesidad de este restablecimiento de la conexión afirmaciones–hechos muestra que esta tesis no puede ser llevada demasiado lejos: aunque es cierto que en el*

En esta perspectiva entonces, en lugar de buscar provocar la convicción, el investigador debe elaborar hipótesis mediante inferencias probatorias para aproximarse a la verdad, hipótesis que lo guiarán en su búsqueda de medios de prueba que le correspondan, y que antes de ser valoradas por el tribunal deben igualmente ser valoradas por el investigador-acusador, para comprobar si los medios de prueba que la respaldan son aptos para proponer tener por probado el hecho que afirman.

V.- Hipótesis

La necesidad de que en materia de investigación penal nos alejemos de la subjetividad de la percepción, y de la inseguridad y falibilidad del “olfato” o intuición, obliga a exigir que toda investigación penal se realice conforme a criterios racionalistas, esto es, a través de la configuración de hipótesis que, correctamente elaboradas a través de inferencias abductivas, permitan diseñar diligencias investigativas que conduzcan a la corroboración o en su caso la refutación de las hipótesis respectivas.

¿Por qué es necesario recurrir a la configuración de hipótesis en la investigación penal?.

En primer lugar por la trascendencia de la decisión. El establecimiento de un hecho en materia penal puede traducirse en una seria limitación del derecho a la libertad personal. De ahí que sea imprescindible reforzar la calidad de la investigación, considerada como insumo directo de la decisión final.

En segundo lugar, para ser consecuentes con la adopción de la perspectiva racionalista, la investigación debe tener un sustento racional. *“De esa relación teleológica entre prueba y verdad la concepción racionalista deriva la sujeción de la valoración de la prueba a los criterios generales de la racionalidad epistémica, que suelen identificarse con el método de la corroboración y refutación de hipótesis.”*¹⁶

Por lo tanto si pretendemos una investigación penal de inspiración racional, que aspire a satisfacer los criterios de justificación epistémica y servir de insumo de calidad a una decisión judicial, debemos partir por la idea de trabajar con hipótesis explicativas del hecho investigado, sin embargo en la práctica ello no es frecuente.

Esta propuesta no trata de sobrecargar doctrinariamente a la investigación penal, sino más bien de entender correctamente la función investigativa, como una función productora y recopiladora de pruebas de calidad para la decisión de los jueces.

*“En Derecho, una hipótesis es una proposición que tiene que ser probada”*¹⁷, un enunciado no verificado que puede ser confirmado o refutado. Por lo tanto la formulación de hipótesis es un primer paso en la investigación, y constituye una guía para la secuela de ésta, el segundo paso, la realización de las diligencias necesarias para su confirmación o refutación. En suma, no basta con formular la hipótesis explicativa, por satisfactoria que ésta parezca, siempre debe generar actividad probatoria.

proceso se debe operar con afirmaciones sobre los hechos, éstas pretenden reflejar o representar la realidad (o hacer creer que la reflejan). Una afirmación sobre hechos es verdadera cuando dichos hechos realmente ocurrieron, por lo que decir que la verdad de una afirmación ha quedado demostrada o probada es decir que el juez ha quedado convencido de que los hechos descritos en ella realmente sucedieron. Y esto no es óbice para que el juez se haya equivocado o para que la afirmación fuera falsa o engañosa. Lo que no puede ocurrir es que la afirmación fuera verdadera y los hechos no hayan ocurrido”. Questio Facti n°4. “Ensayos sobre prueba, causalidad y acción”, página 37.

¹⁶ Accatino, Daniela. “Teoría de la prueba. ¿Somos todos racionalistas ahora?”. *Revis Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 39 | 2019, Página 90.

¹⁷ Anderson, Schum & Twining. “Análisis de la prueba”. Marcial Pons 2015. Página 94

VI.- Formulación de hipótesis: La abducción

Según Manuel Atienza, “desde el punto de vista de la lógica, un argumento es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas (las premisas) se sigue(n) otra(s) (la conclusión)”¹⁸.

Para Anderson, Schum y Twining, en tanto, “un argumento es una cadena de razonamiento que va desde la prueba hasta las hipótesis. Los eslabones en estas cadenas corresponden a las etapas o los pasos del argumento. Cada eslabón plantea una fuente posible de duda o incerteza”¹⁹.

La inferencia, por su parte, describe el paso de las premisas a la conclusión (o, como veremos, de la conclusión a las premisas). Para formular una hipótesis, entonces, debemos argumentar, esto es, ordenar premisas de forma tal que lleguen a la conclusión.

Así, la policía recoge datos o antecedentes, los pone a disposición del Fiscal, éste los procesa transformándolos en información con un prisma jurídico, luego los ordena en forma de premisas dentro de un argumento y formula las hipótesis del caso. A partir de ellas se harán visibles las diligencias necesarias para su confirmación o refutación.

Las inferencias

Tradicionalmente se conocen dos tipos de inferencias: la deducción y la inducción. Una tercera, la abducción, develada por Charles Sanders Peirce, proviene de su estudio de la estructura tradicional del silogismo aristotélico. En su texto de 1878 “*Deduction, Induction and Hypothesis*”, Peirce despliega este tercer tipo de inferencia desde la inducción. Parece interesante remarcar que en principio nombra a esta variante como “hipótesis”, para luego en obras posteriores, concluir por llamarla “retroducción” en referencia a su dinámica retrospectiva, y finalmente “secuestro” o “abducción”, en relación al concepto griego de “apagogue”, que significa “apartar algo”, con el propósito de destacar la diferencia funcional de esta variante con la inducción, definiéndola como: “la aceptación o creación de una premisa menor como una solución hipotética para un silogismo cuya premisa mayor es conocida y cuya conclusión descubrimos que es un hecho”²⁰

Aceptando lo anterior, es necesario analizar y definir qué tipo de inferencias ayudarán al Fiscal a construir las hipótesis de la investigación.

Descarto desde el inicio la deducción, ya que como en “Los Securianos” de Tuzet²¹, las fórmulas conocidas y preestablecidas podrían ser incapaces de contener la respuesta frente al hecho nuevo. La deducción al partir de una regla se proyecta hacia el futuro con el propósito de encuadrar el hecho en la regla ya establecida, sin generar información nueva.

La inducción, por su parte, como define Moscatelli “generaliza nuestras experiencias sobre el mundo”²², pero no nos permite buscar explicaciones completamente nuevas sobre hechos

¹⁸ Atienza, Manuel. “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”. Página 56.

¹⁹ Anderson, Schum & Twining. Ob. Cit. Página 94

²⁰ Cita de Peirce en Santaella Braga, Lucía: “La evolución de los tres tipos de argumento”. Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil. 2011.

²¹ Tuzet, Giovanni: “Usos jurídicos de la abducción”, en J.A. García Amado, P.B. Bonorino (eds.), “Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción”, Comares, Granada, 2014.

²² Moscatelli, Livia: “La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal del delito”. Trabajo Final de Master, Universidad de Girona-Génova. 2022.

ya ocurridos. Así, realiza un juicio de probabilidad sobre un fenómeno, con el propósito de obtener una explicación, pero ésta proviene de esta generalización, y tampoco ofrece una información nueva, solo ofrece una explicación probable al fenómeno.

La abducción “es la inferencia que, formulando unas hipótesis, abre nuestros procesos cognoscitivos e indica las direcciones de investigación”²³.

A diferencia de las inferencias anteriores, busca una explicación “en reversa”, no proyecta una regla ni comprueba una fórmula, sino que intenta descubrir el origen del resultado que se presenta.

Considerando esto la lógica del inicio de la investigación penal no puede ser otra que la abducción, descartando en este caso la idea de Atienza, quien afirma que en el contexto de descubrimiento no puede haber lógica ya que se trata de estados mentales, pues esta dicotomía ignora que la búsqueda finalmente trasciende, se comunica a la valoración, y que por lo mismo debe haber una lógica también en ella.²⁴

¿Cómo hacemos entonces para que una decisión judicial se funde en material probatorio de calidad si no exigimos desde el llamado descubrimiento que ésta tenga una lógica, en este caso, abductiva?

De las tres inferencias mencionadas, es posible reconocer que la abducción no es la mejor inferencia que hay, pues es posible hacer algunas observaciones, pero es la mejor para investigar criminalmente. Ello porque en la investigación penal, siempre comenzamos con un resultado, un hecho circunscrito a un espacio y tiempo, con características propias, cuyo origen en principio es incierto, y en que tenemos la misión de descubrir su origen. Pensamos y hablamos de algo que ocurrió en el pasado. Pero no podemos ver el pasado, de modo que debemos intentar reconstruirlo, pensar retroactivamente buscando qué pudo causar el resultado.

Es preciso aceptar que la abducción es una herramienta de orden al inicio de la investigación, para la formulación de las hipótesis explicativas, pues en esas condiciones es necesario acceder a conocimiento nuevo, sin embargo el desarrollo investigativo que sigue a la formulación de la hipótesis, incluye a la deducción e inducción por su naturaleza como herramientas necesarias para la investigación.

Peirce, citado por Santaella señala: “*En cuanto una hipótesis ha sido adoptada la primera cosa que hay que hacer es delinear sus consecuencias experimentales necesarias y probables. Ese paso es una deducción*”²⁵. Luego agrega: “*La abducción constituye la primera inferencia. La abducción formula las hipótesis, la deducción extrae sus consecuencias, la inducción las evalúa*”²⁶.

Planteadas abductivamente las hipótesis, las diligencias o predicciones que de esta surjan, se trabajarán conforme a la inducción o deducción en su caso.

²³ Tuzet, Giovanni: Ob.Cit. Página 3.

²⁴ Atienza, Manuel. “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”. Página 59.

²⁵ Santaella Braga, Lucia. Obra citada. Página 6.

²⁶ Peirce citado por Tuzet, Giovanni, en “Usos jurídicos de la abducción”, en J.A. García Amado, P.B. Bonorino (eds.), “Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción”, Comares, Granada, 2014, pp. 121-147

VII.- Una propuesta de trabajo hipotético de la investigación del Fiscal:

Si ya asumimos que necesitamos hipotetizar y que para la construcción de la hipótesis es más eficiente recurrir al razonamiento abductivo, entonces ahora la pregunta es ¿qué necesitamos para razonar abductivamente, por ejemplo, en un sitio del suceso?

De alguna manera, ordenar la etapa inicial de investigación a través de etapas específicas dirigidas a la recopilación de información para la formulación de hipótesis, ya es un primer paso en el mejoramiento de la actividad investigativa.²⁷

Parece entonces conveniente establecer que frente a un caso, para comenzar a hilvanar una hipótesis, es conveniente empezar por observar y recopilar los datos disponibles para formular las hipótesis, y a partir de ello, realizar las diligencias de verificación o confirmación de la información que de ellos proviene.

Fahsing²⁸, citando a Dean (2000) formuló un modelo de proceso de cinco etapas en sus estudios de detectives australianos experimentados que puede asimilarse a lo planteado. Llamó a las etapas "las 5 C":

- (1) recopilar datos;
- (2) verificar la relevancia, precisión y fiabilidad de los datos;
- (3) conectar datos de diferentes fuentes;
- (4) construir todas las explicaciones/hipótesis competitivas relevantes; y
- (5) considerar todas las explicaciones, medirlas con los datos disponibles e identificar las brechas de formación.

Sobre la base de lo anterior propongo que el proceso investigativo del Fiscal se estructure de la siguiente manera:

1.- Observación:

Decía que toda investigación penal comienza con un hecho que puede tener relevancia jurídica. Habitualmente estos hechos se manifiestan en el mundo exterior, de modo tal que es posible contar con un escenario inicial, del cual es necesario que se extraigan los datos que contribuirán a la configuración de las hipótesis. Pero para extraer los datos, hay que observarlos, detectarlos. Peirce señala que la observación es clave a la hora de comenzar una investigación. Sin embargo la observación no es equivalente a la mera percepción, requiere de alguna forma, una base de razonamiento.

Un artículo de Sebeok y Umiker-Sebeok, que analiza la abducción de Peirce comparándola con la obra de Conan Doyle, cita una frase de Sherlock Holmes en una conversación con su ayudante Watson sobre la observación de un escenario: "*No consigo ver nada*", es la

²⁷ Peirce describe un proceso para el trabajo de las hipótesis que puede resultar aplicable: "*Para que el proceso de surgimiento de una hipótesis se encamine a resultados probables, hay que seguir tres reglas: (1ª) La hipótesis debe ser formulada claramente como una pregunta antes que se hagan las observaciones que han de comprobar su verdad. O mejor: debemos tratar de ver qué resultados sobrevendrán de las predicciones de la hipótesis. (2ª) No debemos tomar un tipo particular de predicción para el que ya se sabe que la hipótesis es buena. (3ª) El fallo o el logro de las predicciones debe ser honestamente anotado*". Cita de Pierce en Santaella Braga, Lucía. Obra citada, página 2 y siguientes.

²⁸ Fahsing, Ivar. "Beyond reasonable doubt: how to think like an expert detective" Police Psychology. Pág. 282.

respuesta de Watson, a lo que Holmes responde: “*Al contrario, Watson, usted lo ve todo. Le falta, sin embargo, razonar sobre lo que ve*”²⁹.

Enfrentado a un sitio del suceso las posibilidades son muchas, y es preciso saber observar, pero esta capacidad de observación conduce a más y mejores hipótesis en observadores entrenados, con formación y experiencia que permita extraer del dato observable la capacidad informativa respectiva. Así por ejemplo, el ejemplo clásico del Doctor Bell, de inferir que la mujer viene de Burntisland porque tiene arcilla roja en sus zapatos, no sirve si el observador no sabe que solo en ese lugar existe ese tipo de arcilla. Este ejemplo, frecuentemente citado en textos relativos a la comparación de la abducción de Peirce con el personaje creado por Conan Doyle, es un muy buen ejemplo de abducción, no obstante también evidencia algo que es esencial en el método abductivo: el observador debe prevalerse de hipótesis previas que “completan el puzzle” en palabras de Susan Haack. Ese conocimiento o experiencia previa, es el que impulsa la conexión entre las premisas y la conclusión. Si no existe, la abducción no puede funcionar. El mismo dato se vuelve invisible para el observador no conocedor. Ello podría llevar a pensar que la abducción solo funciona en contextos especializados, reduciendo (aún más) el valor de su resultado.

Que el observador, previa a su labor, deba estar provisto de otros conocimientos que constituyen hipótesis que deberán ser corroboradas a su vez, puede erigirse en otra crítica al razonamiento abductivo: este podría ser circular si para levantar cada hipótesis se requiere otra u otras que constituyan por sí mismas una hipótesis.

La observación, como primer paso de la configuración de la hipótesis, debe ser realizada además considerando los marcos normativos de la situación estudiada, en este caso, las figuras penales involucradas, pues a partir de ellas se construirá la hipótesis respectiva. No puedo elaborar la hipótesis de legítima defensa si ignoro sus requisitos. En cuanto a la experiencia del observador, puede ser ventaja y desventaja. El conocimiento adquirido en casos anteriores ayudará a buscar mejor, pero puede también instalar un sesgo en la misma observación, esto es, ver propiedades del hecho que este no tiene, o incluso, no verlas. En síntesis, el Fiscal debe asegurarse que la observación sea hecha considerando todos los datos, antecedentes o elementos disponibles y razonando sobre la relación plausible de éstos con los marcos normativos respectivos.

2.- Recopilación y valoración de datos:

Realizada la labor de observación, se han detectado los datos que pueden servir a la configuración de la hipótesis. En esta labor participan tanto policías como Fiscales. En lo que respecta al Fiscal, tanto puede recibir los datos de la policía como recolectarlos por sí mismo. Lo esencial es que en uno u otro caso, se extraigan desde el sitio del suceso los datos que tengan capacidad de levantar una hipótesis. Es necesario hacerse de los datos en forma sistemática para ofrecerlos al Fiscal si se trata de policías o bien en el caso del mismo Fiscal,

²⁹ Sebeok, Thomas A. y Umiker-Sebeok, Jean. “*Sherlock Holmes y Charles Peirce / El método de la investigación*” (1979), en Revista Edición electrónica www.philosophia.cl /Escuela de Filosofía / Universidad ARCIS, Chile.

conformar el conjunto de antecedentes con los cuales debe armar las hipótesis respectivas. El uso de “cartillas” o formularios que permiten registrar cada dato considerado, permite además, contextualizar el dato respectivo, de modo de contribuir a explicar, justificar y potenciar su contenido informativo.³⁰

En esta etapa habrán datos que, pese a ser observados, no serán considerados. Solo serán recopilados aquellos que tengan la capacidad de contribuir a configurar las hipótesis seleccionadas.

3.- Valoración de los datos:

Una vez recogidos todos los datos considerados útiles, es necesario que el Fiscal determine cuáles son válidos, pertinentes y relevantes para cada una de las hipótesis consideradas.

Para estos efectos hablaremos de datos válidos en referencia a su origen u obtención. Tal como adelantábamos, la verdad es un fin preferente pero no excluyente, de modo tal que es necesario recalcar que los datos obtenidos con infracción de normas legales, no deben ser considerados como parte del conjunto probatorio a armar.

La pertinencia por su parte indica la relación del dato con la hipótesis a que se refiere. Es una relación temática, es decir, es un dato vinculado a la materia que se tratará de probar en la hipótesis. Así, una prueba de alcohol en la sangre no es pertinente para probar la presencia de cocaína en la misma. Por su parte, el análisis de una antena telefónica puede ser pertinente para justificar la hipótesis de ubicación de un sujeto en un punto determinado.

La relevancia se refiere a la capacidad del dato de contribuir a probar el elemento de la hipótesis respectiva. Una imagen del sujeto dejando el sitio del suceso, permite al menos inferir que estuvo en el lugar, aunque no prueba que es el autor del delito, sino que requerirá de otras pruebas que concurran junto a ésta a probarlo.

4.- Relación de datos con otros:

La construcción de información se hace a través de la relación entre datos. Cada premisa de nuestro argumento se construirá sobre la base de información específica obtenida a su vez de la relación (también inferencial) entre los distintos datos recogidos. La presencia del sujeto en el lugar, establecida a través del dato registrado en un video de seguridad, puede relacionarse con la presencia de sangre en sus manos, y también con la existencia de una deuda económica pendiente entre ambos. Cada una por separado, no obstante, no logra ser concluyente. Es la relación entre ellas la que crea la información que se incluye en la premisa. Esta relación debe ser comprobable lógicamente dentro de la fórmula argumental elegida.

³⁰ En un caso de alto interés mediático en Chile, causó burlas la incautación y presentación al juicio de una fotografía de un grupo rock. Nunca se dijo que lo importante era lo anotado al dorso de la imagen. <https://www.latercera.com/diario-impreso/bombas-retiran-como-prueba-poster-de-axl-rose/>

5.- Elaboración argumental de las hipótesis:

Una investigación objetiva que pueda dar garantías de calidad epistemológica y afirmar seriamente que ha corroborado una hipótesis, no puede abocarse solamente a una de ellas. Debe considerar la necesidad de levantar dos o más hipótesis explicativas del suceso que se investiga. Resulta evidente que habrán unas hipótesis más probables que otras, sin embargo lo relevante, incluso más que la configuración de la hipótesis serán las diligencias posteriores a título inductivo o deductivo que confirmarán o refutarán cada una de ellas. Ahí reside la calidad de la investigación, en dar una respuesta fundada en antecedentes concretos acerca de lo que ocurrió y lo que no ocurrió.

Desde el punto de vista del estándar probatorio, siguiendo a Jordi Ferrer³¹, el estándar de prueba cumple entre otras, la función de distribuir el riesgo de error. Y es precisamente de lo que esta propuesta se preocupa: de la reducción del margen de error existente al realizar una investigación penal, por la vía de una correcta elaboración de una investigación que considere diligencias destinadas a confirmar o refutar las distintas hipótesis plausibles, además de la considerada principal.

Las hipótesis se construirán argumentalmente, esto es, se elaborarán las premisas respectivas y se describirá una relación inferencial de tipo abductiva entre ellas, es decir, de la observación del resultado, los datos recogidos y procesados como información se vincularán con reglas determinadas con el propósito de establecer el origen de este resultado, el caso que motiva esta consecuencia.

Por ejemplo, para un fallecimiento por precipitación de altura, las hipótesis debieran construirse de la siguiente forma:

Hipótesis de homicidio:

- X falleció al caer de altura y además de las lesiones propias de la caída, tiene lesiones vitales en las muñecas y el cuello. (resultado)
- Los fallecidos por caída de altura no suelen tener lesiones vitales, pues este tipo de muerte provoca el cese instantáneo de la circulación sanguínea. (regla)
- Las lesiones en cuello y muñeca indican sujeción externa (regla)
- Las lesiones de X fueron causadas intencionalmente por un tercero antes de caer al vacío. (caso)

Sin embargo, por clara que esta primera impresión hipotética parezca, el Fiscal (el mismo, un par, un tercero) debe comprobar si las afirmaciones poseen justificación suficiente.

Ello implica revisar, directa e indirectamente, a través de inducción y/o deducción, las premisas constitutivas del argumento. En este caso, debe verificarse si es correcto o no conforme a la lesionología, calificar de vitales las lesiones en cuello y muñeca. La explicación del fenómeno de lesión vital debe ser concordante con lo observado para validar la premisa. En el mismo sentido debe verificarse la regla de ausencia de lesiones vitales por caída de altura. El cese instantáneo de la circulación ¿es una regla absoluta? ¿En qué fenómeno físico se funda? ¿Ese fenómeno está establecido en este caso?

³¹ Ferrer, Jordi. "Prueba sin convicción". Página 209 y siguientes.

Indirectamente, el fiscal revisa su caso considerando la elaboración de una hipótesis alternativa que, con los mismos antecedentes pueda explicar el hecho.

Así, por ejemplo, hipótesis de suicidio, que se construiría de la siguiente forma:

Hipótesis de suicidio

- X falleció al caer de altura y además de las lesiones propias de la caída, tiene lesiones vitales en las muñecas y el cuello. (resultado)
- Los fallecidos por caída de altura no suelen tener lesiones vitales, pues este tipo de muerte provoca el cese instantáneo de la circulación sanguínea. (regla)
- Las lesiones en cuello y muñeca indican sujeción externa (regla)
- las lesiones de X fueron causadas por un tercero antes de caer al vacío, para evitar que esta persona se arrojase. (caso)

6.- La generación de las diligencias dirigidas a confirmar o refutar la hipótesis generada.

Pueden concurrir más hipótesis, como la accidental, pero lo relevante es que cada una de ellas, al configurar un argumento establece las premisas para que éstas sean “leídas” abductivamente, esto es, retroactivamente, como una forma de intentar explicar lo ocurrido. Ello no significa que resuelvan ipso facto el caso, sino que debe considerarse un listado de diligencias que concurren a la comprobación o refutación en su caso de cada una de estas afirmaciones, trabajo en el cual, cada premisa será analizada deductivamente o inductivamente, conforme a si se funda en una regla científica determinada o determinable. En el caso ejemplo, cada dato contenido en la premisa respectiva debe ser respaldado por una prueba. La falla en una de ellas invalida la premisa y en consecuencia el argumento. La hipótesis no puede ser probada.

La afirmación de lesión “vital”, se extrae de un informe de autopsia, que contiene la afirmación del perito y fotografía respectiva que demuestra una evolución vital de la lesión que no podría haberse dado en un fallecido. Conocida la regla entonces deductivamente diremos que, en fallecidos no hay circulación, luego, no hay signos de evolución de lesión, por lo tanto la lesión es vital.

Sin embargo de ahí a concluir que la lesión ha sido causada por un tercero escapa a una regla determinada. Esta afirmación requiere de diligencias que aporten datos sobre la presencia de un tercero y su interacción con el fallecido antes que éste cayera.

Un registro de video del acceso del edificio, el registro de conserjería, cada uno de estos elementos podría apuntar a afirmar la presencia de un tercero en el momento de la caída.

Cada dato comprobado por su parte, indica una nueva hipótesis a comprobar. Establecida que sea la presencia de un tercero en el momento de la caída, es necesario ahora verificar si ha tenido participación en la caída. Entre su sola presencia y las lesiones vitales en el cuerpo aún hay una distancia probatoria importante. Por cierto que si hay un video de alguien arrojando a la persona la distancia es más corta, pero usualmente serán muchos los pasos inferenciales que se dan para tener por probada una afirmación de este tipo. Cada uno requiere una o más diligencias.

La declaración de un testigo vecino que oyó una fuerte discusión y gritos de auxilio antes de la caída, la existencia de llamados de urgencia que dan cuenta de una riña en ese apartamento, acortan la distancia probatoria. Cada nuevo dato incorporado y probado en la premisa, hace más probable la hipótesis planteada.

En este análisis, inductivo, diremos que si estuvo en el lugar a la hora de la muerte y tuvo una fuerte discusión con la víctima antes que ésta cayera, la que gritó auxilio antes de caer, es altamente probable que él tenga relación con las lesiones vitales que presenta (porque coinciden en el tiempo y en el espacio en que se producen), y por ende, altamente probable que haya causado la muerte. Podemos hablar de más probable o menos probable, pero nunca de certeza. Este análisis es inductivo precisamente porque pretende establecer un resultado probable.³² Siempre debe considerarse la posibilidad contraria, por mínima o exótica que parezca, de un antecedente no conocido que destruya la hipótesis forjada.

Ésta sería la expresión argumental:

- Sujeto estuvo con la víctima a las 21:30 en su apartamento, antes de la caída.
- Las lesiones vitales tienen data aproximada 21:30
- Sujeto estuvo con la víctima en el momento y lugar en que se produjeron las lesiones vitales, antes de la caída

Luego, si esto es comprobado por los medios respectivos, viene la hipótesis siguiente:

- Sujeto estuvo con la víctima en el momento y lugar en que se produjeron las lesiones vitales, antes de la caída
- Testigos afirman oír una fuerte discusión entre ambos y gritos de auxilio antes de la caída.
- Sujeto tuvo interacción física intensa en contra de la víctima, lesionándola antes de la caída.

Como es posible apreciar, la cadena de razonamiento puede extenderse casi indefinidamente, hipótesis tras hipótesis, y es probable que nunca cierre, porque lo cierto es que la reproducción exacta del hecho es imposible. Sin embargo, el configurar hipótesis alternativas, en primer lugar, determinar diligencias para comprobación y luego, en la medida que se van probando repetir el mecanismo de configuración de hipótesis sucesivamente hasta acortar la distancia probatoria entre el hecho a probar y los medios de prueba, contribuye no

³² “La alusión a la probabilidad, en este contexto, es absolutamente pertinente. El razonamiento probatorio de un Tribunal constituye una inferencia que permite pasar, a través de las denominadas máximas de la experiencia, de unos elementos probatorios, a unos hechos probados. Y la relación entre los elementos probatorios (del presente) y los hechos probados (del pasado) se presenta como una inferencia inductiva, en la que (al igual que en todas las inferencias inductivas) la conclusión sólo tiene el valor de una hipótesis probabilística. Y es que, en definitiva, cuando diversas máximas de la experiencia puestas en liza fundamentan explicaciones contradictorias sobre lo que se trata de probar, el órgano judicial debe escoger la explicación más probable”. Muñoz Aranguren, Carlos. *Sesgos cognitivos*. Página 23

solo a esclarecer los hechos, sino también pensando en el juicio oral, a explicarlos y exhibirlos con mayor orden y claridad, dando garantías de que se ha realizado una investigación clara y objetiva, sobre la cual el juez puede operar con mayor justicia, pues se acerca con mayor probabilidad a la verdad del hecho que constituye el supuesto de la norma.

Claramente es mejor tener a la vista en un juicio hipótesis ordenadamente trabajadas, cada cual vinculada con sus respectivos medios de prueba que las corroboran o refutan. Contribuye no solo al mejor desarrollo de la investigación, sino al del juicio, aportando así a la inmediación y a la construcción de la sentencia, aportando en la valoración y decisión, específicamente en la exhibición del razonamiento. Una labor investigativa de este tipo se aleja entonces de la pretensión de credibilidad, y se acerca a la de razonabilidad.

VIII.- Problemas en la investigación del Fiscal: el sesgo de confirmación.

1.- La decisión

La decisión es un acto natural del ser humano, presente en todos los ámbitos de la vida. Es sin duda además, un elemento esencial de la investigación penal. El fiscal debe decidir sobre una hipótesis y éstas deben configurarse (decidir qué datos o argumentos utilizará) y luego comprobarse o refutarse a través de diligencias. Las decisiones que se adoptan en esta secuencia pueden estar correctamente adoptadas, o pueden ser objeto de distorsiones.

Señalé en el diagnóstico que en materia de investigación penal es posible hallar una fuerte influencia intuitiva en la ejecución de ésta, esto es que muchas decisiones se toman más desde la intuición y no necesariamente con apoyo racional. Aunque no es posible menospreciar el rol de la intuición en la decisión, ésta por sí sola no puede justificar una decisión racional, menos si el objeto de decisión es una materia relevante, como ocurre en materia penal.

Kanheman por ejemplo, acepta a la intuición como elemento de la decisión, pero siempre respaldado de mayor información³³, lo que en buenos términos transforma la intuición en un proceso ya no “automático”, sino precisamente en un proceso racional, pues frente a este estímulo decisorio, la búsqueda de antecedentes de respaldo es precisamente un proceso de justificación racional de la creencia, o una forma de “robustecerla”³⁴, a través de mecanismos de provisión de mejor información o reflexión.

De esta forma, aunque podría perfectamente prescindir de ella, una decisión investigativa puede integrarse con un elemento intuitivo, pero siempre debe tender a la racionalidad, es decir, debe fortalecerse o justificarse con antecedentes de calidad que la solventen. Tanto la decisión intuitiva como la racional pueden fallar, sin embargo es evidente que la racionalidad puede ser observada y analizada para verificar su trayecto y consistencia, y detectar de esta forma alguna desviación, lo que permite a su respecto disminuir el margen de error.

³³ Kanheman: “La intuición puede ser maravillosa, pero puede ser equivocada... el problema con la intuición equivocada es que surge prematuramente, (entonces) es mejor que recopile toda la información primero, de manera sistemática y entonces puede tener una intuición sobre la visión global”. “Art & science of Decision making”. Global Investor summit. 10 de marzo de 2019. Minuto 4:40. <https://youtu.be/WKSts1lNZhc>

³⁴ Aguilera, Edgar. “Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica”. *Questio Facti* n°3. 2002. Páginas 81-102.

Entendiendo que hay diversos factores que pueden identificarse como interferencia en la decisión, como el sesgo, el estereotipo, el prejuicio e incluso el “ruido” de Kahneman, pero aceptando que su tratamiento excede con creces el objetivo y la extensión de este trabajo, me abocaré al sesgo en las decisiones del fiscal.

2.- Sesgo en las decisiones del Fiscal

Esta área de conocimiento es más cercana a la psicología cognitiva que a la epistemología jurídica, sin embargo, es preciso aceptar que la epistemología puede complementarse con otras ciencias que contribuyan a esclarecer las áreas grises. En palabras de Susan Haack: “la epistemología no es una tarea completamente *a priori*, sino en continuidad con las ciencias de la cognición, y que admite que éstas pueden ser relevantes para la solución de los problemas epistemológicos”³⁵.

Los sesgos cognitivos son formas no razonadas de tomar decisiones³⁶. Para Kahneman son desviaciones sistemáticas del juicio, es decir, una tendencia más o menos permanente a desviar la decisión en un sentido³⁷. Se trata de errores de selectividad inadvertidos por quien decide, ya que su origen se encuentra adherido a su estructura interna como parte de su formación, su contexto socio cultural, proceso de trabajo u otro motivo que lo conduce regularmente en determinada dirección.

3.- El sesgo de confirmación

Afirmé que en la práctica el Fiscal suele armar su hipótesis sobre la base de lo que plantea la policía, siguiendo mayoritariamente la hipótesis de culpabilidad. Su primera acción en esta área debe ser la revisión de la calidad de la versión policial y de los antecedentes que la sostienen. Centrado en esta persona sindicada, en esa versión y esos antecedentes, se lleva adelante la investigación, quedando en la práctica la posibilidad de una hipótesis alternativa o de refutación, relegada a la calidad de excepcional o al menos minoritaria, de manera que las diligencias de ésta pasan a tener menor relevancia o plausibilidad en relación con la hipótesis central.

Esto corresponde a lo que se conoce como “visión de túnel”, entendida para estos efectos como *“aquella tendencia humana natural, producida por ciertos sesgos cognitivos, que lleva a los actores del sistema de justicia criminal a centrarse en un sospechoso, y luego seleccionar, filtrar o sobreestimar la evidencia disponible en contra de aquel, construyendo así un «caso para condena», mientras que, al mismo tiempo, se ignora o suprime evidencia exculpatoria u otras líneas de investigación”*³⁸.

³⁵ Cita de Daniel González Lagier, en “Qué es el “fundherentismo” y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho”, página 5. En el original de Susan Haack, “Evidencia e investigación”, Editorial Tecnos, 1993, página 164.

³⁶ Pacheco Rodríguez, Dominique. “Estereotipos, prejuicios y sesgos y su impacto en la valoración de pruebas declarativas en procedimientos penales y de familia”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Universidad de Chile. 2021. Página 10

³⁷ Kahneman, D., Olivier Sibony, C. R. Sunstein. “*El sesgo y el ruido —desviación sistemática y dispersión aleatoria— son componentes diferentes del error*”. “RUIDO. Un fallo en el juicio humano”. Debate. 2021. Página 5.

³⁸ Beltrán, Víctor. “Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal”. Revista de Estudios de la Justicia, n°34, página 20

A este problema de percepción, que contamina el inicio de la investigación, le sigue el “sesgo de confirmación”, esto es, la tendencia a que las diligencias investigativas consideren únicamente información que ratifique la hipótesis principal, o mejor dicho, a realizar únicamente las diligencias que buscan la confirmación de ésta, en desmedro de otras que podrían generar información nueva que la refute o descarte.

Raymond Nickerson, citado por Moa Lidén, especialista en sesgo de la Universidad de Uppsala, define el sesgo de confirmación como una *"tendencia humana a buscar e interpretar la información de maneras que sean parciales a las hipótesis existentes"*. Esta tendencia según el mismo Nickerson es una especie de selectividad involuntaria.³⁹

Para Muñoz Aranguren, *"El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis"*⁴⁰

Rossmo indica que el sesgo de confirmación puede incluir actitudes específicas del investigador, tales como búsqueda insuficiente de evidencia, no utilización de una evidencia útil, no configuración o consideración de hipótesis alternativas o infravaloración de evidencia de refutación⁴¹.

Estos conceptos nos remarcamos dos características relevantes en la materia, esto es, que el sesgo es una tendencia, es decir, no se trata de decisiones aisladas sino de decisiones frecuentes y además, que es inadvertido por el decisor, quien actúa a consecuencia del desvío sistemático sin voluntad de errar. De ahí la importancia de crear métodos que los hagan visibles y permitan trabajar en su disminución.

El sesgo de confirmación puede provenir de defectos en la atención, esto es, en la observación de los antecedentes iniciales, los que pueden provenir a su vez de falencias formativas (el fiscal no conoce el detalle de los elementos del tipo penal involucrado, por ejemplo, en un caso de lavado de activos estima irrelevante las facturas que indican una transacción internacional, pues cree que la ley no admite fundar una imputación en ello), falsas creencias personales (*"los detenidos por desorden público no son blancas palomas"*), procesos de trabajo mal diseñados (asignación de tarea *"acusar x cantidad de casos"*) o dinámicas sistemáticas contaminadas por factores externos (*"dado el incremento de delitos, debemos aumentar las investigaciones y sentencias por bandas criminales"*). El fiscal regularmente se mueve en escenarios que contienen estos factores, que operan incluso sin advertencia de parte del ejecutor, de modo que sus decisiones pueden tender a inclinarse sistemáticamente y no siempre están supeditadas exclusivamente al mérito de los antecedentes

³⁹ Lidén, Moa: "Confirmation Bias in Investigations of Core International Crimes: Risk Factors and Quality Control Techniques", Publicado en Quality Control in criminal Investigation. Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels. 2020. Raymond Nickerson, en "Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises", en *Review of General Psychology* 1998, vol. 2, no. 2, p. 175 dice: *"la búsqueda o interpretación de evidencia de manera que sea parcial a las creencias, expectativas o hipótesis existentes a mano"*.

⁴⁰ Muñoz Aranguren. "Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional". Revista del Colegio Notarial de Madrid. N°42. 2012

⁴¹ Rossmo, Kim. "Cognitive Biases: Perception, Intuition". Criminal investigative failures. CRC Press. Pág. 42.

La visión de túnel y el sesgo de confirmación se vinculan funcionalmente. Mientras la visión de túnel se cierra sobre una hipótesis, dejando de ver otras también plausibles, el sesgo de confirmación se expresa como efecto del anterior, en el trabajo investigativo que solo capta, genera o interpreta aquello que es concordante con la hipótesis seleccionada (incluso sobrevalorando), produciendo como consecuencia que todo aquello que no sea juzgado como concordante sea desechado o infravalorado.

En Chile, esta sesgo se hizo tristemente célebre en el llamado “caso Haeger”, donde la fiscalía y la policía siguieron en principio solo una línea investigativa y en consecuencia perdieron material importante para la investigación:

El 29 de junio de 2010, en Valdivia, Chile, Jaime Anguita, marido de Viviana Haeger, reportó haber recibido una llamada señalando que su mujer había sido secuestrada. La policía y la Fiscalía siguieron la hipótesis de secuestro, dirigiendo sus recursos en este sentido. Durante 3 semanas la policía estuvo dentro de la casa, esperando recibir una llamada de los secuestradores. El 10 de agosto de 2010, 42 días después, el marido llamó a la policía señalando haber encontrado el cuerpo de su mujer en el entretecho de la casa, sobre su dormitorio, lugar que había sido revisado por los policías, aunque después admitirían que la revisión había sido superficial, pues trabajaban la hipótesis de secuestro. Solo el 14 de diciembre de 2011, un nuevo Fiscal ordenó replantear la investigación con nuevas hipótesis y nuevas diligencias. El 07 de diciembre de 2015, un jardinero confesó el crimen, señalando haber sido contratado por el marido para ejecutarlo. Ambos fueron enjuiciados pero solo el jardinero resultó condenado. El marido fue absuelto por falta de pruebas suficientes en su contra.⁴²

Lidén, Gräns y Juslin, investigadores de la Universidad de Uppsala en Suecia, relacionan el sesgo de confirmación con la necesidad de convencer a otro (no solamente a sí mismos) y defender sus ideas con el objetivo de tener control de un escenario e incluso mejorar su autoestima⁴³.

Efectivamente pueden plantearse niveles de exigencia distinta en la convicción propia sobre un asunto, que respecto de la convicción de terceros, como en el caso del Fiscal. Es válido tener una creencia sobre algo y pretender que esta esté justificada con el antecedente que uno estime suficiente si se trata de convencerse a uno mismo, como en el caso de si para dejar de fumar considero o no la posibilidad de que fumar cause cáncer. Pero cuando se trata de convencer a terceros y sobre todo en asuntos formales que involucran derechos y libertades de personas, parece necesario exigir que la justificación de esta creencia sea más sólida. En este sentido, resulta conveniente complementar la justificación simple con acciones o actividades de corte probatorio que robustezcan la justificación, aumentando la calidad epistemológica de la creencia⁴⁴. Y es precisamente en este caso que el fiscal sí es un agente epistémico que tiene obligación de fortalecer su justificación, para poder tener control de las variables del caso y dar por cumplida objetivamente su función.

4.- Factores que pueden generar sesgo de confirmación en los fiscales

⁴² <https://revistanos.cl/dudas-y-errores-en-el-caso-como-murio-viviana-haeger/>. En Netflix, “42 días en la oscuridad”.

⁴³ Moa Lidén, Minna Gräns and Peter Juslin: “From devil’s advocate to crime fighter: confirmation bias and debiasing techniques in prosecutorial decision-making”. *Psychology, Crime & Law*. Páginas 5 y 6

⁴⁴ Aguilera, Edgar. Obra citada.

Considerando el estudio de Uppsala, propongo observar desde la experiencia práctica, una serie de escenarios o factores en donde aparece la posibilidad de decidir con sesgo.

Lo primero es entonces, determinar en qué momentos o escenarios es posible apreciar esta distorsión. Identificarlos es clave para enfrentarlos y eliminarlos o atenuarlos. Se trata de situaciones en que un suceso específico puede hacer variar la decisión del fiscal. Lidén, Gräns y Juslin se refieren a ellos como “puntos de inflexión decisivos” (*decisional tipping points*), en términos que a partir de ellos puede haber un cambio en la decisión, una desviación⁴⁵.

4.1.- Oportunidad de la decisión:

Hay básicamente 3 momentos que estimo más ilustrativos en esta materia:

a.- La detención: refuerzo inapropiado

En Chile, cuando la policía detiene a una persona en flagrancia, el fiscal tiene la facultad de mantener su detención, poniendo al detenido a disposición de un juez para formularle cargos, o dejarlo en libertad. En este escenario, ya está planteada por la policía una hipótesis primaria de culpabilidad, sobre la base de los antecedentes que sostienen la flagrancia.

Esto obliga al Fiscal a tomar una primera decisión: mantener la detención o dejar al detenido en libertad. Esto puede resolverse con simples criterios domésticos (no saturación de audiencias de control de detención, o determinación administrativa de llevar siempre al tribunal a detenidos por X delito, por ejemplo) o con criterios probatorios, esto es, por estimarse que hay o no antecedentes suficientes para mantener esta detención (artículo 131 Código Procesal Penal).

Si con regularidad el Fiscal decide que los antecedentes policiales son suficientes para mantener la detención, haciendo suya la hipótesis policial, considerándola solo a ella (visión de túnel) y luego aceptando como fiables y suficientes los antecedentes que la respalden, sin analizar mayormente estas condiciones, y de la misma forma desechando otros datos o elementos (o ausencia de ellos) que podrían confrontar o debilitar los que ha aceptado. podríamos estar frente a un sesgo de confirmación. Sobre todo si en la audiencia de imputación de cargos refuerza el valor de los datos disponibles más allá de su contenido. Esto es equivalente a lo que Nickerson llama “*el inapropiado refuerzo de hipótesis o creencias cuya verdad está en cuestión*”⁴⁶. Lo apropiado sería por cierto, la evaluación genuina del contenido de cada dato y su correlación efectiva con la hipótesis planteada, lo que equivale en la práctica por ejemplo, no solo a aceptar que el policía comunique al fiscal que la víctima sindicó a X como el autor, sino a verificar que ello es así en esos términos, no solo por medio de entrevistar directamente a la víctima, sino también de verificar que su relato no haya sido inoculado por las policías, o que no se ajuste a las condiciones de visibilidad del lugar, todas cuestiones que luego en sede de juicio oral, serán materia de contraexamen y luego de valoración por el tribunal.

b.- Las diligencias ordenadas: escepticismo asimétrico

⁴⁵ Moa Lidén, Minna Gräns and Peter Juslin: Ob. Cit. Página 7

⁴⁶ Nickerson, Raymond: “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, in *Review of General Psychology* 1998, vol. 2, no. 2, p. 175

Una vez que se inicia la investigación, la disposición de diligencias determinadas deja ver si concurre o no la distorsión. Para ello hay que analizar si las diligencias dispuestas van solo en el sentido de buscar antecedentes que confirmen o refuten la hipótesis elegida. En principio es posible pensar que sólo habría sesgo de confirmación si se realizan diligencias que busquen confirmar la hipótesis, pero debo incluir también si se decretan diligencias que busquen también refutarla, porque en este plano sigue viéndose diligencias en torno a una sola hipótesis. Es cierto que una hipótesis puede refutarse con la verificación de la insuficiencia de los antecedentes que la fundan, pero también lo es que se puede refutar con la prueba de la existencia de otra hipótesis, por lo que estimo que debe considerarse en las diligencias la búsqueda de antecedentes que confirmen los ya obtenidos, o los refuten, o bien que configuren una hipótesis distinta a la ya planteada.

Mención aparte merecen las diligencias intentadas por la defensa. En Chile, la investigación es exclusivamente de la fiscalía. La defensa no puede investigar, por lo que si hay hipótesis alternativa, debe proponer diligencias a la fiscalía. En la aceptación o rechazo de estas solicitudes, en su implementación o valoración de su resultado, puede también evidenciarse un sesgo de confirmación.

Un rechazo de diligencias puede ser fundado por ejemplo, en afirmación de la hipótesis propia: defensa solicita reconocimiento en rueda, fiscal rechaza por estimar que “no es plausible, los hechos son claros”. Este fenómeno se conoce como “escepticismo asimétrico”, y se refiere a la tendencia del investigador, en este caso el fiscal, de “aprobar sin crítica la información consistente con la hipótesis, mientras que analiza críticamente la información inconsistente con la hipótesis”.⁴⁷

Es posible que el fiscal decida por ejemplo no considerar ciertos testimonios favorables a la defensa, por parciales o incompletos. Esta respuesta no es *per se* un sesgo. No es un misterio que una defensa puede allegar pruebas de esta naturaleza. La resolución del fiscal que rechaza como en el ejemplo puede estar fundada en un análisis crítico y correcto del testimonio, y entonces será válida, o puede estar superficial o incorrectamente fundada o derechamente no estarlo, en cuyo caso sí es probable que se haya llegado a esa decisión a través de un proceso afecto a distorsión. Esto es más visible aun, si es posible observar regularmente al Fiscal en sus casos, rechazar las diligencias de la defensa, o decidir no dar valor al resultado de éstas. Una forma de control es llevar un registro de diligencias solicitadas por la defensa, las aceptadas y rechazadas, y su correlación con las pruebas presentadas en juicio. La Fiscalía de Chile dispone de un sistema informático de atención de usuarios a través del cual las defensas realizan sus solicitudes, las que quedan registradas, disponiendo el fiscal de 48 horas para resolverlas.

c.- La decisión de acusar o no: Efecto de primacía

Esta es quizás la decisión más importante del proceso y en la que con más claridad debe observarse si quien decide está libre de sesgos, específicamente de confirmación, esto es, que la decisión que toma, a partir de la cual abandona el principio de objetividad, lo hace sobre la base de la elección de una hipótesis bien configurada, con la valoración correcta de antecedentes suficientes para superar el estándar probatorio, sin que hayan intervenido en

⁴⁷ Karl Ask and Pär Anders Granhag, “Motivational Bias in Criminal Investigators’ Judgments of Witness Reliability”. *Journal of Applied Social Psychology*, 2007. pp. 565.

ella distorsiones que le hayan impedido considerar antecedentes constitutivos de otras hipótesis, o advertir y ponderar las debilidades de la hipótesis elegida para acusar.

La valoración del fiscal del conjunto probatorio recopilado por él mismo debe expresar su conformidad o inconformidad sobre la suficiencia de ellas para corroborar la hipótesis planteada. Un punto crucial aquí es si es posible que la valoración del fiscal sobre los elementos que sostienen la hipótesis varíe en el tiempo, ya a causa de nuevas pruebas, o de nuevas reflexiones que mejoren el razonamiento inicial.

Tiene sentido que esta decisión pueda ejecutarse con independencia de la primera valoración (detención), porque la investigación que ha mediado tiene su razón de ser en escudriñar la hipótesis para confirmarla o refutarla. Sin embargo, si el razonamiento del fiscal se mantiene asido en el tiempo a la primera conclusión, más allá de lo que las pruebas recogidas indiquen, podríamos estar frente a un sesgo de confirmación. Este es el llamado “efecto de primacía” que aparece como expresión de sesgo confirmatorio.⁴⁸

Así, es posible que el fiscal decida que cada una de las pruebas y su conjunto corroboran satisfactoriamente la hipótesis elegida, o puede ser que estime que una de ellas o su conjunto adolecen de defectos o son incapaces de respaldar la hipótesis.

Ante todo lo esencial es que haya una reflexión genuina sobre la suficiencia, y no un interés de defender el trabajo propio, pues ahí precisamente se manifiesta el sesgo, en tomar esta decisión sobre la base de una constante a acusar por encima de la valoración racional, sino por elementos que desvían o disminuyen la calidad del análisis, produciendo una valoración en que el fiscal cree que es suficiente y luego el tribunal descubre que no lo es.

Un medio de control de esta etapa existía a nivel interno en algunas fiscalías de Chile, en que antes de la decisión, el caso y la propuesta de acusación eran revisadas por pares o superiores, para verificar la suficiencia de las proposiciones, actuando como los “abogados del diablo” de Liden, Juslin y Graens, debiendo el investigador explicar su caso y su decisión.

4.2.- La concentración de funciones.

En Chile actualmente las funciones de investigar y acusar están reunidas en el fiscal⁴⁹. No resulta difícil imaginar el problema que aparece cuando quien debe evaluar la investigación y decidir si hay mérito para acusar, es la misma persona. De alguna manera es un juicio sobre su propio trabajo.

Como señalé, el juicio sobre el propio actuar puede ser menos exigente. Cada decisión que se toma, si se reflexiona genuinamente, puede llevar a la convicción de que todo está bien. El riesgo de decidir sobre hecho propio es precisamente que quien decide más que juzgar el caso, se juzga a sí mismo y la calidad de su trabajo antes que la suficiencia de las pruebas. En este escenario se presentan condiciones propicias para producir un sesgo de confirmación. De ahí que se recomiende que estas funciones se dividan.

4.3.- Las características del caso o del sujeto activo o pasivo.

⁴⁸ Nickerson, Raymond: ob. Cit., pág. 187

⁴⁹ Con anterioridad a la regulación actual, las funciones de investigación, acusación y sentencia estaban en manos de una sola persona, el Juez del Crimen. El sistema actual por tanto, consideró positivo fraccionar estas funciones, separando la de juzgar en un juez de control de la instrucción o de garantía y la de investigar y acusar en el fiscal. El principio de objetividad, contemplado en el artículo 3 de la ley 19.640 (Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público), establece que los fiscales deben investigar con igual celo tanto las circunstancias que favorecen al imputado como aquellas que lo perjudican.

En cualquier momento de la investigación, las características del caso pueden resultar determinantes. Si los hechos son de especial gravedad, causaron gran conmoción pública, o afectaron bienes muy relevantes, es probable que este elemento influya en las decisiones que se toman. La presión externa del caso puede transferirse al fiscal y a la decisión. Sin embargo es diferente afirmar que aquello constituya una expresión de sesgo. No cabe duda que una decisión apresurada, guiada más por la intuición o la presión que por la evidencia, puede resultar errónea. La presión para resolver rápidamente un asunto de gravedad puede conducir a que el Fiscal centre su atención en los elementos que con menos análisis del debido, le parecen más relevantes, en desmedro de otros que pareciéndole menos relevantes, podrían con mayor reflexión aportar perspectivas más completas y objetivas.⁵⁰

¿Cuánto pesa en la decisión del fiscal el hecho que el investigado tenga numerosas condenas, o pocas pero del mismo delito que se le imputa? ¿O que esté completamente tatuado?⁵¹ ¿Y cuánto pesa que no tenga ningún antecedente?⁵² ¿O que la víctima sea persona pública?.

Si la decisión de los fiscales en estos casos puede observarse tendiendo siempre a la calificación más grave, con el objeto de lograr una medida cautelar o de aseguramiento de alta intensidad, como la prisión preventiva, con una forma inadvertida de fijar su posición en este tipo de casos, es probable que estemos ante decisiones sesgadas. Sin embargo, si dada la gravedad, el Fiscal decide con el análisis de los antecedentes y marcos legales, la decisión puede incluso coincidir en el resultado cautelar y de posición, pero resultar una decisión técnicamente bien adoptada.

La creación de unidades de alta complejidad, dotadas de recursos y preparación suficiente para controlar la presión y no permitir que permeen las decisiones investigativas parece ser una respuesta confiable en casos de gravedad.

IX.- Propuestas de mejora

Control interno: plan investigativo

Más allá de proponer una metodología investigativa, estimo que debe establecerse un control interno de las decisiones investigativas. Lo ideal es que este control se ejerza desde el inicio de la investigación, de modo de asegurar que en caso de desvío, ésta pueda recobrar su rumbo si es necesario. Ello implica establecer una obligación que actualmente no existe, cual es la de que el Fiscal al inicio de la investigación, elabore un plan o proyecto de investigación, que

⁵⁰ “A medida que el tiempo escasea, la atención se centra en aquellos atributos de la tarea de juicio o decisión que se perciben como los más importantes, mientras que la información subjetivamente menos relevante recibe menos consideración”. Karl Ask and Pär Anders Granhag, obra citada, página 563.

⁵¹ Lo que correspondería según Federico Arena a un “estereotipo descriptivo”. “Mediante los estereotipos se atribuyen propiedades o características a los miembros de un grupo por el hecho de pertenecer a él”. Federico José Arena. “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen XXIX. N°1. 2016. Página 56.

⁵² Los perfiles o estereotipos cumplen así una función explicativa respecto de cómo ocurren o han ocurrido ciertos acontecimientos, ahorrando al sujeto que los utiliza el peso de recopilar o de exigir la entrega de información específica, para el caso que le ocupa; lo que obviamente podría resultar beneficioso por cuanto aquella pudiere no estar disponible o llegar a ser bastante costosa. Coloma, R., “El debate sobre los hechos en los procesos judiciales. ¿Qué inclina la balanza?”, en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2010, p. 102.

incluya las hipótesis consideradas, las diligencias proyectadas, tiempos de ejecución y resultados esperados. Un buen ejemplo es el artículo 207 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal de Colombia incluye un “programa metodológico de investigación” con estas características, pues señala que el fiscal debe realizar este programa cuyo contenido es el siguiente:

- La determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva
- Los criterios para evaluar la información
- Las funciones que se deban adelantar en función de los objetivos trazados
- Los procedimientos de control de las labores
- Los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos
- La orden de realización de las diligencias necesarias

La ventaja de la consagración legislativa, en comparación con una disposición administrativa interna, es que hace pública esta obligación, y en consecuencia permite un control transversal. Sin duda debe haber igualmente un control interno, que permita calificar en su caso la calidad de las decisiones que se tomen en estos términos.

En materia de crimen internacional, por ejemplo, Liden resalta la utilidad del plan investigativo, como una forma de ordenar la investigación y sus recursos, sin perjuicio de advertir que el plan no se traduzca en el “efecto de primacía”, a consecuencia de que en lugar de simplemente ordenar, termine por determinar una búsqueda parcial.⁵³

El abogado del diablo

Otra propuesta es la figura del “abogado del diablo”, citada por Lidén, Juslin y Graens⁵⁴. Básicamente consiste en que un tercero, interno, una persona u órgano colegiado asuma formalmente la función de confrontar las investigaciones, sus hipótesis y antecedentes, de modo que el fiscal pueda no solo responder el cuestionamiento sino también detectar a tiempo posibles errores o falencias investigativas, siempre antes de las decisiones complejas de los casos graves.

Separación de funciones

Finalmente, deconstruyendo el sistema, sería igualmente positivo que las funciones de investigar y acusar estuvieran separadas al interior de la fiscalía. Esta propuesta puede pasar por una simple decisión administrativa o legislativa, con el propósito de evitar específicamente el sesgo de confirmación que puede producirse, como he descrito, cuando el fiscal realiza un juicio sobre su propia investigación para decidir si acusa o no el caso investigado.

X.- Conclusiones

⁵³ Lidén, Moa: “Confirmation Bias in Investigations of Core International Crimes: Risk Factors and Quality Control Techniques”. Página 470.

⁵⁴ Liden, Moa. Juslin, Peter y Graens, Mina. Obra citada.

Este trabajo se propone contribuir a mejorar la calidad epistémica de la investigación penal de los Fiscales, lo que significa básicamente acercarla a un método y/o estructura hipotética, para alejar cuanto sea posible la subjetividad que aumenta el riesgo de error en las decisiones investigativas. La propuesta implica diversas etapas que van desde la observación de los datos iniciales, pasando por la configuración de hipótesis hasta la realización de diligencias destinadas a la confirmación o refutación de éstas, lo que permitirá finalmente decidir si el caso tiene posibilidades de éxito ante un tribunal. La configuración de esta estructura hipotética se vale de inferencias abductivas, consideradas la herramienta más idónea en lo que a elaboración argumental de la hipótesis se refiere, dado su carácter retroductivo. De estas inferencias nacerán las diligencias que inductiva y deductivamente intentarán comprobar o refutar la respectiva hipótesis. Con los elementos resultantes de este ejercicio lógico inferencial, el fiscal debe estar en condiciones de tomar una decisión objetiva y racional sobre los elementos que ofrecerá como conjunto probatorio al tribunal, exhibiendo en este un orden y relación que permita al juez observar y seguir la “ruta lógica” del fiscal hacia la conclusión probatoria propuesta, restringiendo el margen de subjetividad y error, ofreciendo más elementos de juicio que incluir en un razonamiento que podrá ser exhibido en la respectiva sentencia. Adicionalmente y como la garantía epistémica no está solamente en la estructura externa o método sino además, en la calidad interna del proceso, ofrecemos una breve descripción de los momentos en que una decisión puede verse afectada por sesgo, con el propósito de que, al hacer identificable los escenarios, puedan hacerse igual de identificables las soluciones o remedios al defecto. Para tal efecto ofrezco algunas propuestas que en mi opinión podrían ser útiles para al menos reducir el campo de error.

Es un hecho que los fiscales toman decisiones probatorias, y aún más, que estas decisiones trascienden durante el proceso penal y tienen consecuencias relevantes en la decisión final de los jueces. Una investigación de calidad epistémica comprobable tiende a ofrecer a los jueces el mejor conjunto de pruebas disponible. Es una garantía de que la investigación es justa y no arbitraria, y que si hay condena es porque hay buena prueba y suficiente para afirmar que un hecho punible ha ocurrido. En suma, una buena investigación nos acerca mucho más a la verdad, y ésta a una mejor justicia.

XI.- Bibliografía:

- ACCATINO, Daniela “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”. Revista de Derecho de Valdivia. Diciembre 2006.
- ACCATINO, Daniela. “Teoría de la prueba. ¿Somos todos racionalistas ahora?”. *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 39. 2019
- ACCATINO, Daniela. “Formación y valoración de la prueba en el proceso penal”. Abeledo Perrot. 2010.
- AGUILERA, Edgar y Calixto, Yadira. “Aportaciones al mejoramiento de la investigación del delito para promover la averiguación de la verdad y apuntalar el respeto al derecho de presunción de inocencia. Universidad Autónoma del Estado de México. Facultad de Derecho. México 2017
- AGUILERA, Edgar. “Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica”. *Questio facti*. N°3. 2022

- AGUILERA, Edgar. “Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito”, en “Del Derecho al razonamiento probatorio”. Marcial Pons, 2020.
- ANDERSON, SCHUM & TWINING “Análisis de la prueba”. Marcial Pons. 2015
- ARENA, Federico José. “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen XXIX. N°1. 2016.
- ASK, Karl and GRANHAG, Pär Anders: “Motivational Bias in Criminal Investigators’ Judgments of Witness Reliability”. *Journal of Applied Social Psychology*, 2007, 37, 3.
- ATIENZA, Manuel. “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N°. 1, octubre 1994
- BARBOSA, Paulo y PAULINO, Mauro. “Police psychology. New trends in Forensic Psychological Science”. Academic Press. 2022
- BELTRÁN, Víctor. “Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal”. Revista de Estudios de la Justicia, n°34
- COLOMA, Rodrigo. “El debate sobre los hechos en los procesos judiciales. ¿Qué inclina la balanza?”, en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2010.
- FAHSING, Ivar y ASK, Karl. “In Search of Indicators of Detective Aptitude: Police Recruits’ Logical Reasoning and Ability to Generate Investigative Hypotheses”. Society for Police and criminal Psychology. 2017
- FAHSING, Ivar y ASK, Karl. “The Making of an Expert Detective: The Role of Experience in English and Norwegian Police Officers’ Investigative Decision Making”. *Psychology, Crime and Law* 22. 2016. Páginas 202-223.
- FAHSING, Ivar. “Beyond reasonable doubt: how to think like an expert detective” *Police Psychology*. Páginas 267-295.
- FERRER, Jordi. “La paradoja de la valoración del derecho con perspectiva de género”, Exposición de 26 de noviembre de 2019, disponible en página web de Cátedra de Cultura Jurídica de Girona.
- FERRER, Jordi. “La valoración racional de la prueba”. Marcial Pons. 2007
- FERRER, Jordi. “Prueba sin convicción”. Marcial Pons. 2021.
- GASCÓN, Marina. “Los hechos en el derecho”. Marcial Pons. 2004.
- GONZÁLEZ Lagier, Daniel “Ensayos sobre prueba, causalidad y acción”. *Questio Facti* n°4.
- GONZÁLEZ Lagier, Daniel. “Apuntes sobre prueba y argumentación jurídica”.
- GONZÁLEZ Lagier, Daniel. “Qué es el “fundherentismo” y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho”.
- HAACK, Susan. “Evidencia e investigación”. Tecnos. 1997.
- KANHEMAN, Daniel; Sunstein, Cass; Sibony Olivier, “Ruido”. Debate. 2021
- LAUDAN, Larry. “Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica”. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LIDEN, Moa. “Confirmation Bias in Investigations of Core International Crimes: Risk Factors and Quality Control Techniques”. Publicado en *Quality Control in criminal Investigation*. Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels. 2020.

- LIDEN, Moa. JUSLIN, Peter y GRAENS, Mina. “From Devil’s Advocate to Crime Fighter: Confirmation Bias and Debiasing Techniques in Prosecutorial Decision Making”. *Psychology, Crime and Law*. 2018.
- NICKERSON, Raymond “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, in *Review of General Psychology* 1998, vol. 2, no. 2.
- MOSCATELLI, Livia. “La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal del delito”. Trabajo final de Master. Universidad de Girona-Génova. 2022.
- MUÑOZ Aranguren, Arturo. “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación.” *Revista In Dret*. Barcelona, nº2. abril 2011
- MUÑOZ Aranguren, Carlos. “Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional”. *Revista del Colegio Notarial de Madrid*. Nº42. 2012.
- PACHECO Rodríguez, Dominique. “Estereotipos, prejuicios y sesgos y su impacto en la valoración de pruebas declarativas en procedimientos penales y de familia”. Tesis para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2021
- RAMÍREZ, David. “Sherlock Holmes y la Lógica de la Investigación Científica”. Researchgate. Universidad de Guadalajara. México. (2017).
- SANTAELLA Braga, Lucía. “La evolución de los tres tipos de argumento”. Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil. 2011.
- SEBEOK, Thomas y UMIKER-SEBEOK, Jean. “Sherlock Holmes y Charles Peirce. El método de la investigación” (1979). Revista electrónica www.philosophia.cl. Escuela de Filosofía. Universidad ARCIS, Chile.
- TARSKY, Alfred. “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”. *Revista de Filosofía A Parte Rei*.
- TARUFFO, Michele. “La prueba de los hechos”. Editorial Trotta. 2011
- TARUFFO, Michele. “Simplemente la verdad”. Marcial Pons. Buenos Aires 2010.
- TUZET, Giovanni “Usos jurídicos de la abducción”, en J.A. García Amado, P.B. Bonorino (eds.), “Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción”, Comares, Granada, 2014.
- TUZET, Giovanni. “Filosofía de la prueba jurídica”. Marcial Pons. 2021.