

PRE-JUICIOS EN EL JUZGAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

PROF. DR. LORENA VARELA¹
Universität des Saarlandes
lorena.varela@uni-saarland.de

RESUMEN

En esta oportunidad se pretende describir, en primer término, algunas apreciaciones teóricas que explican la ausencia de objetividad en el enjuiciamiento del delito económico. Tanto en un sentido favorable como negativo, en la praxis judicial se presentan algunos sesgos y heurísticas al momento de atribuir la culpabilidad criminal a los autores de la criminalidad económica. En segunda instancia, se realiza una propuesta para contrarrestar algunos típicos pre-juicios en el juzgamiento de la criminalidad económica.

PALABRAS CLAVE

Delito económico, criminalidad económica, criminal de cuello blanco, sesgos cognitivos, prejuicios judiciales, proceso penal

-
1. El presente trabajo ha sido publicado por primera vez en idioma inglés bajo el título "Biases in Judgment of White-Collar Crimes", *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 89, n° 1, 2019, pp. 47-65, cuya edición la realiza la *Association Internationale de Droit Pénal*. Una versión inicial fue aceptada en formato de ponencia en el *Fifth AIDP Symposium for Young Penalists* sobre *The Role of Corporations in Criminal Proceedings* (Max-Planck Institut, Freiburg im Breisgau, 22 y 23 de junio de 2018) con el título *Some Biases in Judgment of White-Collar Crimes*. Agradezco en ambas oportunidades a la amable invitación e impecable labor de organización y coordinación del Prof. Dr. Dominik Brodowski (Universität des Saarlandes). A los fines de la publicación en la Revista MOMBA'ETÉVA manifiesto mi gratitud a las dedicadas gestiones del personal de la Universidad Nacional del Nordeste, a la Prof. Dr. Susana Surt, a la Prof. Dr. Alba de Bianchetti, y, muy especialmente, por su además apoyo constante, a la Prof. Dr. Lara Leguizamón.

ABSTRACT

The present work intends in the first instance to describe some theoretical positions that explain why the absence of total objectivity in the prosecution of economic crime. Both in a favorable and negative sense, in the judicial praxis some biases and heuristics are presented when evaluating the criminal culpability of this type of offender. In the second instance some ideas are proposed to counteract the pre-judicial in the judgments of economic crime.

Keywords

Economic crime, economic criminality, white-collar offender, cognitive bias, judicial bias, criminal process.

RECEPCIÓN: 20/02/2020

ACEPTACIÓN: 07/03/2020

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La criminalidad económica suele presentarse como la criminalidad de los poderosos, de la élite, de los grupos selectos y de influencia política en la sociedad. No se refiere a la criminalidad de bagatela o de poca monta, sino a la delincuencia cometida por los círculos de poder público y privado.

En realidad, los prejuicios han existido siempre. También para la criminalidad común. Por todos conocido es, que determinados rasgos fisiológicos o de proveniencia llevan a creer en algún tipo de perfil criminal. La criminalidad patrimonial como los hurtos, robos o pequeñas estafas suele ir signada por el prejuicio del extranjero, el marginado o el rebelde. Así también los delitos de terrorismo suelen identificarse directamente con la cultura islámica, sin distinción de ninguna naturaleza. Lo mismo sucede con la criminalidad denominada de cuello o guante blanco, que comúnmente se asocia a las personas provenientes de la élite económica, de buenas familias y de apellidos reconocidos.

Según cuál sea el modelo de la racionalidad que se escoja para analizar teóricamente la toma de decisiones humanas serán las formas de interpretar y argumentar el rol desempeñado por los jueces en el enjuiciamiento de un hecho delictivo o el papel jugado por el autor de un delito al momento de los hechos. En consecuencia, también las conclusiones que se obtengan en una u otra elección diferirán.

El presente trabajo pretende en primera instancia describir algunas posturas teóricas que explican el porqué de la ausencia de total objetividad en el enjuiciamiento de la criminalidad económica. Tanto en sentido favorable como no, en la praxis judicial se presentan algunos sesgos y heurísticas al momento de valorar la culpabilidad penal de este tipo de autores. En segundo lugar se propondrá alguna que otra forma de contrarrestar la “pre-juicialidad” en los juicios de la criminalidad económica.

En esta oportunidad se analizará desde un enfoque teórico la dinámica en la toma de decisiones por parte de los jueces que examinan y valoran, durante el transcurso del proceso penal, el grado de responsabilidad de los autores de delitos de cuello blanco. La premisa metodológica asumida como válida para explicar la forma en cómo generalmente proceden a decidir los jueces ante delitos de cuello blanco será la del modelo de la racionalidad limitada. Pero, el enfoque metodológico para proponer criterios racionales de decisión será la del modelo de la racionalidad perfecta.

1.1. Presupuestos de la criminalidad económica

La criminalidad de cuello blanco (*white-collar criminality*) es comúnmente identificada con los delitos económicos, pero entre ambos conceptos existe alguna diferencia. Mientras que el delito económico es más bien un concepto dogmático que define un comportamiento antijurídico y culpable que coloca en peligro o lesiona el orden socio-económico y otros intereses individuales de la misma naturaleza, la criminalidad de cuello blanco hace más bien referencia a un concepto socio-criminológico del delito económico y dentro de la cual quedan también contempladas las categorías del delito ocupacional o profesional como el delito empresarial y el de los funcionarios públicos. Esto es, que a la vez que el delito económico se define desde su objeto de protección (lo económico), la criminalidad de cuello blanco se explica desde el sujeto de referencia, teniendo en cuenta determinadas características del delincuente, como el estatus social, la profesión y su riqueza económica². De allí, que este tipo de criminalidad no sea un sinónimo puro del delito económico, sino que son dos aspectos de un fenómeno compartido³. En todo caso, el

2. La teoría del *white-collar crime* fue acuñada por Edwin *Sutherland*, “White-collar criminality” (1940), 5 *Am. S. Rev.* pp. 1, 4 con nota al pie 2, quien desde la perspectiva de la sociología crítica abordó el estudio del delito cometido por los llamados hombres respetados de la alta sociedad en el ejercicio de su profesión u actividad laboral. Con una conferencia impartida en 1939 llamó la atención sobre la dimensión imperceptible de lo delictivo, pero altamente nociva para la sociedad: la criminalidad de los poderosos, impune gracias a la complicidad de las instituciones del Estado. Fue una de las primeras contundentes críticas al sistema selectivo del Derecho penal y, a la vez, a las causas tradicionales de la delincuencia (pobreza y marginación social). Un concepto más amplio en Richard *Posner*, “Optimal sentences for white-collar criminals” (1980), 17 *Am. Crim. Law Rev.*, pp. 409-410.

3. Quizás la razón por la cual es común abordar el delito económico como un crimen de cuello blanco se debe a una reducción en los conceptos, que los primeros escritos de Klaus *Tiedemann* sobre el delito económico llevaron a cabo con respecto a la teoría de Edwin *Sutherland*; dando paso, desde entonces, a una identificación sin retorno entre deli-

crimen de cuello blanco se encuentra estrechamente relacionado con el delito económico, puesto que los negocios y las finanzas son una de las más frecuentes actividades profesionales desempeñadas por los sujetos de referencia. Este perfil específico del sujeto activo del delito ocupacional o empresarial ha dado pie a que la doctrina lo señale con nombres muy peculiares, tales como el Derecho penal de la élite frente al Derecho penal de la persona o del ciudadano, el Derecho penal de la clase dominante y el Derecho penal de la clase dominada, o el Derecho penal de los poderosos versus el de los no poderosos, el de los productores frente al de los consumidores o el de los empleadores frente al de los empleados⁴.

La evidencia empírica mayoritaria refleja que los delitos de cuello blanco son en la práctica perseguidos y castigados en mayor o menor medida que los delitos comunes, según el movimiento social de fondo, esto es, según el grado de sensibilidad social por determinados tipos de crímenes⁵. Sin embargo, dicho movimiento social pocas o ninguna vez se origina a solas y a ciegas, sino siempre de la mano y a conciencia de algún otro movimiento de mayor peso, como la estrategia político-criminal del gobierno o de determinados sectores privados en favor de perseguir determinado tipo de delitos⁶. En todo caso, cuando la delincuencia de cuello blanco se encuentra en el “ojo del huracán” en el peor de los supuestos se produce una auténtica “caza de brujas” con sentencias ejemplarizantes que condenan a un par de “chivos expiatorios” de la élite poderosa a modo de efecto tranquilizante para la comunidad⁷ o bien

tos económicos y criminales de cuello blanco. A partir de esta primera identificación, realizada a modo de reducción de conceptos entre el delito económico y el crimen de los poderosos, es común asimilar ambas expresiones sin distinción, cuando, en realidad, la teoría del crimen de cuello blanco es más una teoría explicativa (descriptiva a través del método analítico-inductivo) de la carta de impunidad de la que disfrutaban los individuos más respetados de la clase alta de la sociedad por crímenes cometidos con motivo de su profesión o actividad, que una teoría prescriptiva de delitos económicos cometidos exclusivamente por los poderosos.

4. Cornelius Prittwitz, “Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?” (2012), 5 ZIS, p. 218 spa las expresiones *Elitenstrafrecht vs. Bürger und Personenstrafrecht, Mächtige und Ohnmächtige, Konsumenten und Produzenten, Arbeitnehmer und Arbeitgeber*.
5. La obra pionera de referencia sobre el movimiento social en contra de la criminalidad de cuello blanco es Jack Katz, “The social movement against white-collar crime”, en: Egon Bittner y Sheldon Messinger (eds.), *Criminology Review Yearbook* (1980), pp. 161-184.
6. Desde que *Sutherland* en 1939 pusiera en evidencia la existencia real del delito de cuello blanco, la criminalidad de los poderosos comenzó a dejar de ser invisible. En los Estados Unidos de América el movimiento social en contra del crimen de cuello blanco si bien comenzó mucho antes de Watergate (década de 1970), se intensificó recién con los juicios y sentencias de la época de Watergate y siguió en la era post-Watergate. Véase Stanton Wheeler, David Weisburd y Nancy Bode, “Sentencing the white-collar offender: rhetoric and reality” (1982), 47 *Am. S. R.*, p. 657. Para John Hagan y Patricia Parker, “White-collar crime and punishment: the class structure and legal sanctioning of securities violations” (1985), 50 *Am. S. R.*, pp. 311-313, esto podría ser denominado el efecto Watergate o el efecto Harbougate, en mención a dos grandes escándalos de la criminalidad de cuello blanco.
7. Hagan y Parker, ob. cit., (1985), p. 313 argumentan que los gerentes son los ‘chivos expiatorios’ del movimiento social contra el crimen de cuello blanco. Similarmente, David Weisburd, Elin Waring y Stanton Wheeler, “Class, status, and the punishment of white-collar criminals” (1990), 15 *Law & Social Inquiry*, p. 238.

para dejar escapar a los “peces más gordos” de la criminalidad de cuello blanco⁸. Pero, en el mejor de los supuestos, la prevención y condena de la criminalidad de cuello blanco alcanza a hacer justicia y a equilibrar la balanza en la distribución de la riqueza (dignidad) social.

Independientemente de este fenómeno oscilante en el tiempo, la criminalidad de cuello blanco ocupa una real posición de privilegio en el sistema penal de la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo⁹. Varias son las razones que explican esta conclusión, en donde no se encuentran ni el bajo índice de la criminalidad económica ni el menor daño social que produce, porque ambos son serios y elevados¹⁰. Entre las razones se encuentran las siguientes:

(a) muchas estadísticas sobre la criminalidad reflejan resultados sesgados. Las teorías criminológicas tradicionales asumen como premisa de que el crimen es asunto de personas desgraciadas, de bajos recursos económicos y desviadas mental o socialmente¹¹. Al mismo tiempo se asume que la delincuencia económica es un asunto de infracciones meramente técnicas que no implican culpabilidad moral por parte de sus perpetradores¹².

(b) no es extraordinario que muchos autores de la criminalidad de cuello blanco resulten inmunes debido al sesgo de clase (class bias) que presentan los tribunales a favor de no perseguirlos penalmente, en razón de su poder de influencia y a las presiones que ejercen no sólo ante los funcionarios públicos sino también al momento de la creación de

8. John Braithwaite, “Paradoxes of class bias in criminal justice”, en: Harold Pepinsky (ed.), *Rethinking Criminology* (1982), pp. 76, *passim*.

9. En relación con los estudios clásicos, recientes investigaciones revelan que la persecución penal a la criminalidad de cuello blanco sigue siendo más simbólica que real y que los delinquentes poderosos continúan resultando impunes por sus crímenes, aun cuando desde el escándalo de Enron (2001), en los Estados Unidos de América se han agravado las condenas por delitos económicos. Véase Shanna *van Slyke* y William *Bales*, “A contemporary study of the decision to incarcerate white-collar and street property offenders” (2012), 14 *Punishment & Society*, pp. 237-238, *passim*.

10. Braithwaite, ob. cit., (1982), p. 62: “El delito de cuello blanco hace más daño y es más común que el crimen serio tradicional” [“White-collar crime does more harm and is more common than traditional serious crime”]. Antes Sutherland, ob. cit., (1940), pp. 4-5: “El costo financiero de los delitos de cuello blanco es probablemente varias veces mayor que el costo financiero de todos los delitos que habitualmente se consideran como el ‘problema del delito’” [“The financial cost of white-collar crime is probably several times as great as the financial cost of all the crimes which are customarily regarded as the ‘crime problem’”].

11. Sutherland, ob. cit., (1940), pp. 1-2, 6, 9, 12: “Las explicaciones convencionales no son válidas principalmente porque se derivan de muestras sesgadas. Las muestras tienen un sesgo en el sentido de que no han incluido amplias áreas de comportamiento criminal de personas que no están en la clase baja. Una de estas áreas descuidadas es el comportamiento criminal de hombres de negocios y profesionales, que se analizarán en este documento...” [“The conventional explanations are invalid principally because they are derived from biased samples. The samples are biased in that they have not included vast areas of criminal behavior of persons not in the lower class. One of these neglected areas is the criminal behavior of business and professional men, which will be analyzed in this paper...”].

12. Edwin Sutherland, “Is ‘white-collar crime’ crime?” (1945), 10 *Am. S. Rev.*, p. 139.

las leyes penales¹³. El prestigio y el poder económico, político y social que detentan los criminales de cuello blanco resultan ser obstáculos naturales para iniciar una investigación en su contra¹⁴.

(c) mientras que los delitos de la clase baja son manejados por policías, fiscales y jueces con sanciones penales en forma de prisión y multas, la criminalidad de la clase alta normalmente es gestionada desde demandas por daños y perjuicios en los tribunales civiles, o administrada por inspectores u órganos administrativos antes que por la justicia penal. Por esta razón, los delincuentes de cuello blanco se han beneficiado siempre del funcionamiento del sistema porque no llegaban a ser considerados como verdaderos delincuentes ni por la sociedad ni por los criminólogos¹⁵.

(d) debido al poder de influencia de los criminales de cuello blanco, en el caso de condena, los fiscales suelen solicitar penas atenuadas y leves, en comparación con la delincuencia común¹⁶. No obstante, esta conclusión se ve refutada por otros estudios de campo que revelan que en muchas ocasiones cuando la investigación oficial logra recaudar pruebas contundentes sobre la culpabilidad de estas personas, entonces, las sentencias suelen ser ejemplarizantes¹⁷, como si de tales individuos se exigiera más debido a su posición de poder o privilegio¹⁸.

1.2. Sobre la teoría de la decisión, la racionalidad humana y los sesgos cognitivos

La teoría de la decisión (decision theory) o de la toma de decisiones (decision-making theory) es una asignatura multidisciplinar y transversal desde hace tiempo trabajada, principalmente, en el campo de la psicología, economía, filosofía y el Derecho. Su objeto de estudio es el proceso cognitivo-conductual de las personas o grupos en el momento de

13. *Sutherland*, ob. cit., (1940), p. 7; también *Braithwaite*, ob. cit., (1982), pp. 61, *passim*.

14. Sobre la desproporción de garantías entre la persecución de la delincuencia tradicional y la de cuello blanco, Lorena Varela, “¿Garantías para *quién* en el Derecho penal contemporáneo?” (2018), 9266 D. La Ley, pp. 3 y ss.

15. *Sutherland*, ob. cit., (1940), pp. 7-8. Véase también *Varela*, ob. cit., (2018), pp. 8-9. Desde un punto de vista económico *Posner*, ob. cit., (1980), p. 410 sugiere que los delitos de cuello blanco sean castigados con penas de multa y no con penas de prisión, porque lo primero resulta menos costoso a la sociedad.

16. *Braithwaite*, ob. cit., (1982), pp. 75-78.

17. *Wheeler, Weisburd y Bode*, ob. cit., (1982), pp. 655, 658.

18. *Wheeler, Weisburd y Bode*, (1982), p. 657: “Nuestras entrevistas con los jueces evidenciaron un fuerte sentimiento contra los crímenes de avaricia más que contra los de necesidad, contra los crímenes cometidos por personas en puestos de confianza y autoridad” [“Our judge interviews gave evidence of strong sentiment against crimes of greed rather than need, against crimes committed by persons in positions of trust and authority”].

la toma de decisiones, en especial, en un entorno de condiciones complejas o en situaciones evidentes de incertidumbre, aunque también ante escenarios certeros y de riesgo cero. La teoría de la decisión aborda el proceso cognitivo-conductual de las personas o grupos desde los diferentes factores internos (subjetivos) y externos (objetivos), variables e invariables, que influyen en la toma de la decisión humana y desde el factor tiempo que rodea a la decisión (antes, durante y después)¹⁹.

Principalmente, desde dos enfoques puede ser trabajada la teoría de la decisión. En primer lugar, desde la propuesta normativa (o prescriptiva), a través de la cual se formula cómo se deberían tomar decisiones o cuál habría de ser la mejor decisión en determinadas circunstancias por determinadas personas o grupos. Esto es una teoría del deber ser de la decisión. Y, en segundo lugar, por medio de la versión descriptiva (o positiva), que se ocupa desde estudios empíricos de demostrar cómo en concreto deciden cotidianamente las personas o grupos. Esta versión trata del ser de la decisión²⁰. Por regla general, la propuesta normativa emplea como patrón de especulación el del agente racional, basándose en abstracciones y ficciones prescriptivas e ideales. Por el contrario, la propuesta descriptiva suele asumir como baremo de medición el del agente limitadamente racional, considerando la situación concreta de un individuo real con todos los factores condicionantes²¹.

El patrón de especulación o el baremo de medición empleados por las propuestas normativa y descriptiva, respectivamente, proceden de una teoría más general, la de la racionalidad humana, que presenta diferentes modelos. A grandes rasgos los modelos de la racionalidad humana son planteamientos explicativos de cómo se concibe la estructura mental-conductual de las personas, esto es, de cómo se concibe la razón (racionalidad) humana, si como algo perfecto e ilimitado o, por el contrario, como algo imperfecto y limitado²². Mientras que el modelo de la racionalidad humana absoluta o perfecta trabaja desde una hipótesis de agente racional ideal, que “puede adquirir, almacenar y procesar cantidades ilimitadas de información”, que “nunca comete errores lógicos o matemáticos”, y que “conoce todas las consecuencias lógicas de sus creencias”²³; el modelo de la racionalidad limitada trabaja desde una hipótesis de agente relativamente racional, que cuenta con

19. Una aproximación filosófica a la teoría de la decisión en Michael Resnik, *Choices: an introduction to decision theory* (1987).

20. Lorena Varela, “Un esbozo sobre los modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal” (2017), 19 RECPC, pp. 2-3.

21. Varela, ob. cit., (2017), p. 3.

22. Varela, ob. cit., (2017), pp. 3-4.

23. Resnik, ob. cit., (1987), pp. 3-4.

acotadas capacidades y habilidades mentales y emocionales²⁴. Estas capacidades mentales y emocionales se encuentran a su vez sometidas a la influencia de una serie de sesgos cognitivos, prejuicios y heurísticas o atajos mentales, que inducen a tomar, en muchas ocasiones, decisiones desacertadas.

La racionalidad limitada se traduce, justamente, en las naturales limitaciones del procesamiento mental de la información que ingresa o es percibida por el intelecto, teniendo en cuenta el tiempo y las capacidades acotadas de reflexión de las personas²⁵. Por sesgos cognitivos se entienden los “casos en que la cognición humana seguramente produce representaciones que están sistemáticamente distorsionadas en comparación con algún aspecto de la realidad objetiva”²⁶. Dentro de los sesgos se encuentran las heurísticas, que como su nombre lo sugiere, pueden definirse como generalizaciones y simplificaciones a modo de reglas prácticas y sencillas de aplicar en situaciones relativamente conocidas. La utilidad de las heurísticas resulta innegable, pero, a la vez, el costo de su uso fácil es la predisposición a obrar bajo errores. Es decir, a través de las heurísticas se reduce la compleja tarea de evaluar probabilidades y predecir valores²⁷, pero, al mismo tiempo, se expande el margen del error en el juicio u operación. Un factor de presión, además de la limitada capacidad mental del procesamiento de la información, es el tiempo disponible para tomar la decisión más adecuada a la situación. A menudo, las decisiones adaptativas deben asumirse rápidamente y esto puede frustrar la elección de la estrategia más óptima²⁸.

2. LA TEORÍA DE LA DECISIÓN Y EL PROCESO PENAL

La teoría de la decisión asume un matiz tecnificado en el campo de la filosofía ética a través de la teoría de la argumentación, desde la cual también se estudian los sesgos cognitivos como prejuicios que evocan desaciertos e injusticias. Por regla general, los sesgos no son considerados como juicios previos positivos sino, por el contrario, completamente negativos porque afectan la objetividad de la decisión y, con ello, la argumentación²⁹. En

24. Teoría creada por Herbert *Simon*, *Reason in human affairs* (1983), pp. 17 *passim*; también en Herbert *Simon*, “Decision making in business organizations” (1979), 69 *AER*, pp. 493 *passim*.

25. Martie *Haselton*, Daniel *Nettle* y Damian *Murray*, “The evolution of cognitive bias” (2016), en: David Buss (ed.), *Handbook of Evolutionary Psychology*, p. 970.

26. *Haselton*, *Nettle* y *Murray*, ob. cit., (2016), p. 968.

27. Amos *Tversky* y Daniel *Kahneman*, “Judgment under uncertainty: heuristics and biases” (1974), 185 *Science*, p. 1124.

28. *Haselton*, *Nettle* y *Murray*, ob. cit., (2016), p. 970.

29. Derek *Allen*, “Ethical argumentation, objectivity, and bias” (2016), 82 *OSSA Conference Archive*, p. 1.

un primer sentido, la objetividad es imparcialidad y, en un segundo sentido, la objetividad es algo independiente de los estados mentales y las actitudes de la persona que decide o argumenta³⁰. Peyorativamente, los sesgos están asociados con el prejuicio, la parcialidad y la injusticia de la decisión³¹, porque estas tendencias del pensamiento se fijan en la estructura mental como algo anterior a la situación o experiencia vital del sujeto decidor³².

En todos los sistemas jurídicos (al menos del mundo occidental) es esencia de la función jurisdiccional la objetividad e imparcialidad de los jueces y tribunales al momento de resolver la situación procesal del acusado de un delito, sea cual sea éste: desde un homicidio, pasando por una estafa a un acto de terrorismo. Como garantía de un juicio justo, son premisas de la imparcialidad de los jueces, por un lado, el “no-sometimiento a directrices que emanen de otra voluntad que no sea la propia” y, por otro lado, “la formación de dicha voluntad a partir de los criterios fijados en reglas objetivas, determinadas y establecidas con anterioridad al propio juicio”³³. En consecuencia, si la formación de la voluntad del juez no sigue los criterios establecidos en la ley, nos encontraremos ante un puro decisionismo o arbitrariedad judicial, lesivos de la garantía mencionada³⁴.

Sin embargo, ni siquiera un juicio imparcial se encuentra libre de la influencia de los sesgos cognitivos y heurísticas anteriormente señalados. Es decir, también los jueces pueden enjuiciar objetivamente un hecho con sus conocimientos previos y experiencias pasadas, con sus emociones e inclinaciones. De hecho, es lo que sucede y que no podría ser de otra manera, toda vez que los jueces son seres humanos pensantes y sintientes, al igual que el acusado que es sometido a enjuiciamiento. Lo que hace imparcial el juicio es, por el contrario, que los jueces no valoren desde su pasión, prejuicios partidarios o ideas preconcebidas el hecho sometido a su jurisdicción³⁵. Esto significa que si bien la presencia de los sesgos cognitivos revela la ausencia de objetividad inicial, la observancia de un deber de neutralización y apartamiento al momento del enjuiciamiento permite alcanzar dicha objetividad. Asimismo, la apoliticidad absoluta del juez es sin lugar a dudas un desiderátum no siempre posible de alcanzar, pues “salvo que escindamos al juez en una parte humana y

30. *Allen*, ob. cit., (2016), p. 1.

31. *Allen*, ob. cit., (2016), p. 1.

32. *Haselton, Nettle y Murray*, ob. cit., (2016), p. 982: “Existe abundante evidencia de que las creencias de las personas son de hecho sesgadas” [“There is abundant evidence that people’s beliefs are indeed biased”].

33. María Isabel *Valldecabres Ortiz*, *Imparcialidad del juez y medios de comunicación* (2004), pp. 116-117; Alfonso *Ruiz Miguel*, “Creación y aplicación en la decisión judicial” (1984), 1 AFD, p. 29.

34. *Valldecabres Ortiz*, ob. cit., (2004), p. 117.

35. *Valldecabres Ortiz*, ob. cit., (2004), p. 117.

otra profesional será difícil encontrar verdaderos desinteresados de las cosas públicas, que es el significado más general de lo político”³⁶. En todo caso, la prohibición de afiliación política y sindical de los jueces, así como la prohibición del procelitismo ideológico de alguna índole (política o religiosa), además de la selección por mérito y capacidad, garantizan en algo la apoliticidad de las resoluciones judiciales, aunque los jueces mantengan sus tendencias políticas y morales en su fuero interno³⁷.

2.1. El perfil de muchos jueces

Socialmente, la figura del juez penal es una de las más importantes de la comunidad. La expectativa que sobre su probidad, discreción y sabiduría se tiene lo coloca entre los funcionarios públicos de mayor prestigio. Los jueces desempeñan, en este sentido, una especie de cargo honorable, no sólo por la función encomendada sino también por la responsabilidad que el mismo cargo conlleva. Esta especie de estereotipo social no sólo afecta a la sociedad e individuos sometidos al proceso sino también a la autopercepción de los mismos jueces. Estos suelen autocomprenderse como personas de conocimientos elevados, sensibles al valor justicia, humanos y empáticos. Acostumbrados a declarar la “verdad de determinados hechos” y a decidir sobre el destino de muchas personas, el sentido de “tener siempre la razón” -porque arguyen razones- se termina agudizando con el paso del tiempo en la profesión, y en muchas ocasiones sus decisiones se tornan dogmas para ellos mismos. Tal predisposición a sobreestimar las propias capacidades y habilidades cognitivas y volitivas da lugar al llamado sesgo egocéntrico (egocentric bias o self-serving bias), que impide reconocer la existencia de pensamientos errados, generalizaciones y simplificaciones mentales propios.

Este punto de partida, que caracteriza al perfil psicológico de los jueces, genera una cierta resistencia a la corrección de los sesgos cognitivos y heurísticas que cada uno de ellos posee. La racionalidad limitada de los jueces no hace falta probarla, porque ellos también son personas humanas (no sobrehumanos), de forma tal que los sesgos cognitivos influyen en ellos en la misma medida en que lo hacen respecto de los ciudadanos legos. En todo caso, y a diferencia de lo que sugieren algunos estudios cuando sostienen que los jueces no obran desde la racionalidad limitada porque cuentan con conocimientos completos del caso que juzgan, los sesgos cognitivos en los jueces se encuentran más intensamente arraigados en virtud del meta-sesgo del punto ciego (metabias blind spot). Este tipo de prejuicio consiste en que la persona ignora que padece sesgos cognitivos y rechaza la idea

36. Ruiz Miguel, ob. cit., (1984), p. 27.

37. Ruiz Miguel, ob. cit., (1984), p. 27.

de que pudiera padecerlos, considerando, por el contrario, que el resto de personas sí los padece³⁸. A partir de allí, el resto de sesgos cognitivos que pueden presentarse en los jueces resultan más difíciles de neutralizar o corregir.

2.2. El perfil de muchos fiscales

Al igual que los jueces, los representantes del Ministerio Fiscal, también gozan de prestigio social, pero mientras de los primeros se espera que impartan justicia de éstos se espera que hagan justicia, persiguiendo y encarcelando a los delincuentes. La labor encomendada a los fiscales se determina así como una especie de justiciero social. Esta tendencia combativa del crimen por parte de los fiscales (ideología punitivista) se agudiza con los reclamos sociales y demandas oficiales del Gobierno respecto de la persecución de determinado tipo de delitos: violencia de género, narcotráfico, trata de personas, terrorismo, delincuencia de cuello blanco, etc. En consecuencia, en los procesos penales y antes de su inicio la influencia de la opinión pública suele contar con un lugar privilegiado. Por ejemplo, en materia de criminalidad de cuello blanco, desde que la sociedad comenzó a conocer más directa y cotidianamente los actos de corrupción del sector empresarial, y comenzó a tomar conciencia de la dimensión del daño que los mismos ocasionan a la comunidad, la desvaloración social de su práctica comenzó a incrementarse³⁹ y con ello el reclamo por su juzgamiento.

A este movimiento social que impulsa la persecución por determinados hechos criminales hace tiempo le respalda lo que se conoce como la cultura de la rendición de cuentas (government accountability) y transparencia propia de los modelos de Estado de Derecho socioliberales y democráticos. En este sentido, a medida que avanza el ejercicio de la transparencia gubernamental y se reclama responsabilidad a los agentes económicos (empresas, corporaciones) se van reduciendo los privilegios de impunidad de la élite poderosa.

3. LOS SESGOS COGNITIVOS EN EL PROCESO PENAL

Los sesgos cognitivos en el proceso penal afectan directamente tanto al principio de objetividad de la decisión judicial como al principio de la imparcialidad de los jueces.

38. Sobre este sesgo Emily *Pronin*, Daniel *Lin* y Lee *Ross*, "The bias blind spot: perceptions of bias in self versus others" (2002), 28 *PSPB*, pp. 369-381.

39. *Braithwaite*, ob. cit., (1982), p. 62: "ya no se puede afirmar que el ciudadano promedio no se preocupa y es tolerante con el crimen de cuello blanco" ["no longer can it be asserted that the average citizen is unconcerned about and tolerant toward white-collar crime"]. También Francis *Cullen*, Jennifer *Hartman* y Cheryl *Jonson*, "Bad guys: why the public supports punishing white-collar offenders" (2009), 51 *Crime Law Soc Change*, rescatan la idea de que la sociedad considera ahora, a diferencia de años atrás, al delincuente de cuello blanco como una mala persona.

A grandes rasgos, el principio de objetividad se ve comprometido en muchas ocasiones debido a la multivocidad del lenguaje jurídico, que permite que las interpretaciones de los tribunales resulten “sesgadas, consciente o inconscientemente, por la procedencia y pertenencia social de los jueces, así como por sus referentes culturales”⁴⁰. Así también, los jueces componen una élite reducida y cerrada, muchas veces rayana al corporativismo, que supone cánones de adaptación de la conducta por motivos de pertenencia y lealtad al grupo. El espíritu de cuerpo y la endogamia ideológica, así como la preferencia por determinados argumentos jurídicos o elementos probatorios que provienen de funcionarios públicos⁴¹, ocasionan numerosas disfunciones en la tarea judicial⁴². Por su parte, la realización concreta del valor de la imparcialidad judicial plantea diversos problemas en diferentes instancias del proceso de enjuiciamiento del delito. En efecto, el tipo de hecho delictivo a enjuiciar conlleva la posibilidad de asumir ciertos posicionamientos a favor o en contra de los autores del delito, según el grado de empatía o familiaridad que los mismos susciten entre los miembros del tribunal. Son estos los llamados sesgos de simpatía por similitud o cercanía o a la inversa de antipatía o distancia⁴³ (por ejemplo, algún grupo de jueces puede encontrarse identificado con el autor del hecho debido al mismo apellido o nacionalidad, pero otro grupo de jueces puede encontrarse distanciado en razón de lo mismo).

A la fecha bastante se ha escrito en la literatura jurídica acerca de los sesgos cognitivos y las heurísticas desde la perspectiva del autor del hecho criminal y desde el enfoque de los jueces y fiscales en el proceso penal. Algunas contribuciones sugieren que los sesgos cognitivos afectan más al acusado que a los tribunales, teniendo en cuenta que en el momento de la decisión de cometer el delito, el autor del hecho tiene un escenario complejo e incierto para tomar una decisión óptima, mientras que cuando los jueces deben juzgar el mismo hecho, ellos tienen a su disposición todos los elementos de prueba e información suficientes, que les permiten ser más asertivos en su elección. Esto significa que “con frecuencia el acusado toma su decisión en condiciones de racionalidad limitada, mientras que esa limitación afecta de forma menos intensa al tribunal que ha de valorar esa misma decisión”⁴⁴.

40. Ruiz Miguel, ob. cit., (1984), p. 29.

41. Dos casos paradigmáticos lo son la preferencia por los argumentos jurídicos del Ministerio Fiscal y los dictámenes de peritos oficiales. Sobre el tema Arturo Muñoz Aranguren, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano” (2011), 2 InDret Penal, pp. 17-21.

42. Ruiz Miguel, (1984), p. 27.

43. Sobre los estereotipos negativos de los externos al grupo (*negative outgroup stereotypes*) Haselton, Nettle y Murray, ob. cit., (2016), p. 979.

44. Jaime Alonso Gallo, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal” (2011), 4 InDret Penal, p.

Contrariamente a este pensamiento se sostiene que, si bien es cierto, que el acusado pudo haber actuado ante un escenario de incertidumbre en el momento de los hechos, no obstante, ello no significa que el tribunal no esté enfrentando la misma situación de incertidumbre con respecto al enjuiciamiento de los hechos. Tanto el perpetrador como los jueces están condicionados por su racionalidad limitada al momento de tomar decisiones, porque dicha racionalidad limitada no se deriva de un escenario de incertidumbre “x”, sino de la misma estructura subjetiva de las personas. Incluso en condiciones ambientales de riesgo cero las personas deciden desde su racionalidad limitada. En todo caso, justamente, como producto de la racionalidad limitada las personas pueden vivir la experiencia subjetiva de un contexto de incertidumbre –cuando objetivamente no lo es– por la ausencia de conocimientos previos que le permitan advertir todos los factores presentes en la situación. Por esta razón, los jueces también deciden a partir de su racionalidad limitada influidos por sesgos cognitivos y heurísticas. Lo que sucede es que, normalmente, a los jueces les afectan otro tipo de prejuicios.

La diferencia que sí, en todo caso existe, entre el momento de la decisión del acusado y el momento de la decisión de los jueces, es que mientras el autor del delito asume una decisión sobre algo personal o una situación suya, el juez asume una decisión sobre la decisión de otra persona. No se trata de algo personal, ni siquiera en el sentido más estricto de su labor profesional, sino de algo objetivo relativo a un sujeto distinto a él. En la fase de la valoración de la prueba (selección, evaluación y descripción de los hechos) “el juez debe establecer qué hechos jurídicamente relevantes han ocurrido verdaderamente”⁴⁵. Esta tarea no tiene el carácter de una comprobación empírica ni de una conclusión deductiva, sino de un proceso de interpretación y aplicación (también creación) de la ley respecto del caso enjuiciado⁴⁶. El tipo de verdad que el juez declara es una verdad jurídica, que ha de coincidir en lo máximo posible con la verdad real o realidad histórica del hecho declarado como verdadero⁴⁷. Por el contrario, en la fase de la comisión del delito el acusado es el que

9. En el mismo sentido, Enrique *Rodríguez Celada*, “La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código penal de 2015 en relación con el delito concursal” (2017), 1 *InDret Penal*, p. 18 identifica la racionalidad limitada del acusado con la situación de incertidumbre e imposiciones ambientales que sufría al momento de adoptar la decisión. Este autor además considera que los jueces deciden sobre la base de un conocimiento perfecto de la situación vivida por el acusado y que por eso no se ven afectados por la racionalidad limitada; aunque, luego, atribuye a los jueces diferentes sesgos, como el retrospectivo.

45. *Ruiz Miguel*, ob. cit., (1984), p. 12.

46. *Ruiz Miguel*, ob. cit., (1984), p. 12.

47. *Ruiz Miguel*, ob. cit., (1984), p. 12: en “la verdad jurídica existe una mediación lingüística entre los hechos y el lenguaje del juez...”; “mientras que la verdad real se obtiene en buena parte mediante la observación y la comprobación de los hechos, la verdad jurídica se alcanza mediante un proceso de interpretación sometida a pautas normativas no sólo en el sentido ya dicho de que el análisis de los hechos se hace en función de modelos fácticos previstos en normas jurídicas (los llamados ‘supuestos de hecho’), sino también en el sentido de que los hechos se captan e in-

genera el hecho delictivo y, por ende, el que establece qué ha de ser tomado o asumido como verdad en un momento posterior.

En otras palabras, los hechos que se enjuician poseen dos versiones. Una versión *ex ante* y durante de producción del hecho por parte del acusado y una versión *ex post* de interpretación del hecho por parte del juez. Esta versión *ex post* es una de las posibles versiones del hecho, según la prueba producida y las conclusiones asumidas en relación con el mismo, lo que equivale a sostener que podría llegar incluso a ser una versión no del todo aproximada a cómo sucedieron realmente (objetivamente) los hechos. Ya con la adquisición del conocimiento completo de la versión *ex post*, el juez debe valorar la versión *ex ante* del hecho, lo que le exige un esfuerzo considerable, puesto que él ha de colocarse hipotéticamente en el lugar del autor al momento de la comisión del delito con los conocimientos incompletos de la versión *ex ante*. Esto supone que el juez ha de desconocer conscientemente lo que conoce de los hechos (como el desenlace), y hacer de cuenta que ignora lo que ignoraba el autor o que conoce lo que éste conocía en el contexto situacional del pasado. Esta especie de descendencia cognitiva de los hechos, de saber pero hacer de cuenta que no se sabe, tiene la finalidad lógica de evitar asumir un juicio sesgado en la valoración de la conducta del autor del delito⁴⁸. Por eso, tanto en la versión *ex ante* como en la versión *ex post* de los hechos, el acusado y el juez, respectivamente, deciden sobre la base de su racionalidad limitada, se trate o no de una situación de incertidumbre o riesgo.

3.1. Una posible clasificación de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento criminal

En general, dos grupos de sesgos cognitivos pueden presentarse en el enjuiciamiento de un delito: los sesgos cognitivos relativos al hecho criminal y los sesgos cognitivos referentes al autor (perfil individual o prototipo grupal) del hecho criminal. A su vez dentro de cada grupo se presentan sesgos cognitivos comunes a todos los delitos y sesgos cognitivos específicos según el tipo de delito. Ambos grupos de sesgos atentan contra el principio de objetividad de la decisión judicial y el principio de imparcialidad de los jueces, pero, en mayor medida, el primer grupo de sesgos se relaciona más directamente con el principio de objetividad mientras que el segundo grupo de sesgos con el principio de imparcialidad. Gráficamente:

(a) Sesgos objetivos o relativos al hecho criminal

terpretan a la luz de criterios normativos culturales no forzosamente jurídicos (...), como las máximas de experiencia, las reglas del sentido común o las presuposiciones sobre el 'sentido interno' de las acciones humanas".

48. En esta especie de "viaje mental al pasado" el juez no puede llevarse los conocimientos completos obtenidos en la fase del *ex post*. Por decirlo gráficamente, el juez no puede llevarse el cadáver.

(a.1) Comunes (por ejemplo: sesgo retrospectivo, de confirmación, de disponibilidad, de anclaje, de representatividad, etc.).

(a.2.) Específicos (por ejemplo: delitos de sangre o pasionales, económicos, de género, de narcotráfico y criminalidad organizada, etc.).

(b) Sesgos subjetivos o relativos al autor criminal

(b.1) Comunes (por ejemplo: sesgo de la clase social y del estatus económico, error de atribución grupal, raza, religión, nacionalidad, etc.).

(b.2.) Específicos (por ejemplo: persona celosa, persona ambiciosa, perfil desalmado, etc.).

A modo ilustrativo:

Sesgos objetivos-comunes:

El sesgo retrospectivo (*hindsight bias*) en el enjuiciamiento de los hechos afecta a la objetividad del mismo, toda vez, que las personas valoran un hecho pasado sobre la base de un conjunto de información dada por válida. En los procesos judiciales los elementos de prueba contienen un relato cerrado de un hecho desde su inicio a su desenlace (la versión *ex ante* y *ex post facto*) y, por ende, los jueces no siempre logran hipotetizar adecuadamente lo que se ha representado y lo que ha podido hacer el autor del hecho en el momento de la comisión puesto que, al conocer ya las consecuencias delictivas del hecho, les resulta difícil eludir las en su valoración⁴⁹. Por decirlo de modo resumido, no es lo mismo contemplar un hecho antes de que éste suceda (como algo futuro y, por ello, incierto) que observarlo una vez éste ya ha acontecido (como algo pasado y, por ello, cierto)⁵⁰. El sesgo retrospectivo es muy común que se presente en todos aquellos procesos penales de grandes dimensiones, en los que se enjuician hechos socialmente sensibles y los resultados lesivos han conmocionado a la opinión pública de forma muy severa.

49. La obra de referencia en psicología cognitiva sobre el sesgo retrospectivo es Baruch *Fischhoff*, "For those condemned to study the past: heuristics and biases in hindsight" (1982), en: Daniel Kahneman, Paul Slovic y Amos Tversky (eds.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, p. 341: "En retrospectiva, las personas constantemente exageran lo que podría haberse anticipado en previsión. No sólo tienden a ver lo que sucedió como algo inevitable sino también a verlo como algo 'relativamente inevitable' antes de que sucediera. La gente cree que los demás deberían haber anticipado los acontecimientos mucho mejor de lo que realmente se dio" ["In hindsight, people consistently exaggerate what could have been anticipated in foresight. They not only tend to view what has happened as having been inevitable but also to view it as having appeared 'relatively inevitable' before it happened. People believe that others should have been able to anticipate events much better than was actually the case"]. Antes también en Baruch *Fischhoff*, "Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty" (1975), 1 J. Experimental Psychol. Hum. Perception.

50. "Los eventos pasados parecen más predecibles de lo que realmente fueron" ["past events seem more predictable than they really were"], Jeffrey *Rachlinski*, "A positive psychological theory of judging in hindsight" (1998), 65 Ch.L.Rev., p. 576.

El sesgo de confirmación (confirmation bias) es a través del cual las personas filtran la información que adquieren valorando sólo aquella evidencia que confirma sus creencias o pareceres iniciales sobre un asunto. Por ejemplo, si desde un comienzo por motivos conscientes o inconscientes los jueces ya se hicieron una idea sobre determinado aspecto del hecho criminal, luego, en el momento de la valoración de la prueba, ponderan mayormente aquellos indicios que van en el mismo sentido que su postura inicial, buscando apoyo jurídico para confirmarla o ratificarla⁵¹. El sesgo de confirmación se presenta muy comúnmente junto al llamado efecto de primacía (primacy effect) y la persistencia de creencias (belief persistence). Cuando una persona debe sacar conclusiones sobre la base de la información reunida durante un largo tiempo, es muy probable que la información adquirida en primera instancia tenga mayor peso que la adquirida en un momento posterior, justamente, porque la primera información le ha permitido formarse una opinión al respecto y es muy complejo que con el transcurrir del tiempo dicha opinión varíe; por el contrario, toda la nueva información que se va adquiriendo será valorada a la luz del primer parecer⁵².

Evidentemente, muchos otros sesgos y heurísticas más pueden ser citados en este grupo, pero el objeto del trabajo no lo permite en esta oportunidad⁵³.

Sesgos objetivos-específicos:

Cada uno de los tipos delictivos cuentan con una lógica criminal, que reúne una serie de factores de diversa índole. Por ejemplo, los delitos de sangre o pasionales suelen encontrarse sometidos a una serie de clichés, que no siempre concurren en el hecho concreto. Estos estereotipos pueden ser de tipo psicológico (celos, envidia, animadversión, amor pasional), de naturaleza estacionaria (determinadas épocas del año, como verano o festivos varios), estadística (según la frecuencia, el tipo de muestra, etc.), culturales o religiosos (ritos o embrujos), raciales, etc. También los delitos económicos, los de narcotráfico y muchos otros más cuentan con determinados condicionamientos al momento de su enjuiciamiento.

Sesgos subjetivos-comunes:

Los sesgos de la clase social (social class bias) y el estatus económico (socioeconomic status) influyen en las decisiones humanas tanto a favor como en contra de la persona según

51. En muchas ocasiones las pruebas son selectivamente valoradas en busca de la confirmación de una hipótesis inicial, y esto es parcialidad, Raymond *Nickerson*, "Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises" (1998), 2 *Rev.G.P.*, p. 176.

52. *Nickerson*, ob. cit., (1998), p. 187.

53. Sobre los sesgos de disponibilidad (*availability*), anclaje (*anchoring*) y representatividad (*representativeness*), *Tversky* y *Kahneman*, ob. cit., (1974).

su nivel social o poder económico. En el sistema criminal algunos supuestos conllevan a castigar más severamente a las “personas de menor riqueza, estatus o poder que a las personas (u organizaciones) superiores en cualquiera de esas dimensiones”⁵⁴, pero, otros supuestos conllevan al castigo más severo de los ricos o poderosos sólo por ser de esta condición. Singularmente, determinados tipos de hechos delictivos, como la delincuencia de bagatela, la callejera o la criminalidad violenta suelen estar asociados de modo sesgado a las clases socialmente bajas, mientras que los delitos empresariales y financieros vinculados a las personas de estatus social elevado. Si bien, en principio, la segunda asociación es más acertada que la primera, puesto que normalmente sólo las personas económicamente más ricas podrían cometer delitos financieros o de empresa, no es menos cierto que también personas provenientes de la clase trabajadora pueden convertirse en partícipes de los delitos de cuello blanco⁵⁵. Asimismo, muchos tipos delictivos violentos no son inmunes ante autores de alto estatus económico y social.

El error de atribución grupal (group attribution error) asume como punto de partida de que los miembros componentes de un determinado grupo o sector, incluida la clase social, cultural o económica, piensan, deciden y actúan en un mismo sentido por la sola pertenencia al grupo⁵⁶. Varias razones hacen sospechar que las personas carecen de individualidad cuando se encuentran dentro de un grupo: la necesidad de pertenencia, el sentido de lealtad y el temor al rechazo y exclusión del grupo⁵⁷. Los jueces suelen incurrir en este tipo de error cuando juzgan casos de coautoría y participación múltiple, o delitos de bandas criminales o de asociación ilícita, valorando muchas veces de modo injusto e incorrecto el grado de responsabilidad de cada interviniente en el hecho.

El sesgo de raza (race bias) significa que determinadas etnias se encuentran más predisuestas a la criminalidad en razón de su condición innata de peligrosidad, como la raza negra, los aborígenes o todo contingente de piel oscura. Esta clase de estereotipo se basa en razones históricas y sociológicas, alimentada por todo tipo de literatura antropológica, teológica y de diversa índole, que conduce culturalmente a asociar determinadas razas con el crimen. Especial mención merece la raza afroamericana en los Estados Unidos de América, la cual se encuentra todavía al día de la fecha sometida a una deshumanización.

54. Braithwaite, ob. cit., (1982), p. 61.

55. Sutherland, ob. cit., (1940), p. 7.

56. Scott Allison y David Messick, “The group attribution error” (1985), 21 Journal of Experimental S.P., pp. 576-578.

57. Esto es el sesgo de grupo (*in-group bias*), que padecen sus miembros y que se distingue del error de atribución grupal, que es el que padece el que enjuicia el comportamiento de los miembros del grupo.

zación de la persona⁵⁸. En todo caso cualquier empleo de estereotipo para incriminar a la persona acusada de un delito allende los elementos objetivos de prueba comporta no sólo una afectación a los derechos humanos (por discriminación) sino también una lesión a la garantía de la imparcialidad de los jueces.

Sesgos subjetivos-específicos:

Al igual que los tipos delictivos también existen modelos criminológicos de perfiles individuales o prototipos de grupo, que son empleados al momento del enjuiciamiento criminal. El riesgo de valorar la prueba presentada durante el transcurso del proceso desde estas tipologías predeterminadas es el de asumir una perspectiva de Derecho penal de autor y no desde el Derecho penal del hecho propio de un Estado de garantías. Someter al acusado a un juicio basado sobre su modo de ser y sus características personales o sobre la apariencia que de él se tiene como similar a un determinado tipo de delincuente, es infringir la garantía de objetividad propia de un Estado de Derecho.

3.2. Algunos sesgos cognitivos en el enjuiciamiento de la criminalidad de cuello blanco

Los sesgos cognitivos que afectan a los miembros de los tribunales de juicio en general son los mismos que afectan a los jueces que se ocupan de la criminalidad de cuello blanco. No obstante, cada área delictiva posee una lógica peculiar que da lugar a prejuicios y heurísticas específicos. En la criminalidad de cuello blanco se presenta, en particular, que los jueces no siempre cuentan con la suficiente formación técnica sobre cómo funciona la dinámica empresarial y la cultura corporativa que la caracteriza. En este sentido, si ya de por sí todo juez parte de una posición muy distinta a la que tenía el acusado al momento de la comisión del delito, esta distancia respecto de la perspectiva *ex ante* se ve incrementada por la falta de especialización del juez en materia económico-empresarial⁵⁹.

58. Mark Bennett y Victoria Plaut, "Looking criminal and the presumption of dangerousness: afrocentric facial features, skin tone, and criminal justice" (2018), 51 U.C.D. Law Review, pp. 773, 785: "...el estereotipo de la predisposición de los negros al crimen y la peligrosidad está enraizado en las creencias formadas durante la esclavitud por los blancos de que los negros eran más animalistas que humanos. Para los colonos blancos europeos de nuestra nación, la piel más oscura de los nativos americanos y los esclavos negros secuestrados de África eran signos de una falta de valor moral e intención criminal. Desde los tiempos coloniales viendo a los negros como bienes muebles, a través de la esclavitud viendo a los negros como salvajes y brutos, los temas de la criminalidad y peligrosidad de los negros impregnaron el pensamiento contemporáneo de los blancos..." ["The stereotyping of Blacks' predisposition to crime and dangerousness is rooted in the beliefs formed during slavery by Whites that Blacks were more animalistic than human. To the White European settlers of our nation, the darker skin of the Native Americans, and Black slaves abducted from Africa, were signs of a lack of moral worth and criminal intent. From the colonial times viewing Blacks as chattel, through slavery viewing Blacks as savages and brutes, the themes of Blacks' criminality and dangerousness pervaded the contemporary thinking by Whites at the times"].

59. Rodríguez Celada, ob. cit., (2017), p. 17.

Especial importancia en materia socioeconómica tienen determinados sesgos. Dentro de los sesgos cognitivos subjetivos-comunes de los delitos económicos se presentan los siguientes: el sesgo de la clase social y del estatus económico, el de raza y religión y el error de atribución grupal. Y, en cuanto a los sesgos cognitivos subjetivos-específicos concurren el sesgo de persona ambiciosa y persona de conocimientos superiores.

Tanto el factor empresarial, de éxito y fama⁶⁰, como la presunción de riqueza y los conocimientos técnicos y especiales del autor de los delitos de cuello blanco generan una suficiente plataforma como para realizar juicios tendenciosos sobre la actuación criminal sin tener en cuenta la realidad objetiva de los hechos. Si bien, la percepción social de la delincuencia de cuello blanco pasó durante mucho tiempo desapercibida e, incluso, bien valorada como sinónimo de éxito y estatus social, a partir de la década de 1950-1960 en adelante muchos sistemas jurídicos del mundo comenzaron una campaña político-criminal de lucha contra la criminalidad de los poderosos. No sólo los cambios jurídico-positivos en materia constitucional propiciaron este nuevo derrotero (el paso del Estado liberal de Derecho al Estado socioliberal y democrático de Derecho) sino la toma de conciencia masiva sobre los auténticos delitos graves que afectan a la sociedad. A partir de la filosofía política socioliberal, se comprendieron aquellas dimensiones de la criminalidad que el inicial proyecto ilustrado del modelo liberal había dejado fuera. Como es sabido, el modelo liberal –heredero del iusnaturalismo– construyó el mundo del saber sobre la base del binomio ciudadanos ilustrados y no ilustrados, civilizados y no civilizados, masculinos-blancos-libres-propietarios y todo contrario. Desde esta orientación valorativa el Estado asumió un “discurso de la seguridad del ‘espacio civilizado’”⁶¹, quedando fuera de su radio todo lo que no se entendía como delincuente natural, a saber, el mismo Estado, las corporaciones y los propietarios de los medios de producción.

Justamente, este prototipo de hombre del modelo liberal es el que perdura bajo el ropaje del sesgo de clase social. El hombre de negocios es el hombre blanco, alfabetizado (católico o judío, en preferencia), rico y poderoso. Cuando alguno o todos estos factores se presentan en el autor del crimen de cuello blanco, entonces, se presuponen una serie de características que oscurecen la objetividad necesaria del juicio: el hombre blanco es despectivo en relación con sus empleados de otras etnias, conoce lo suficiente como para

60. Lo que se conoce como el efecto halo (*halo effect*), que consiste en realizar respecto de una persona, grupo o corporación un juicio global positivo o negativo sobre la base de algunos atributos positivos o negativos. Por ejemplo, se presume que una empresa prestigiosa (por la calidad de sus productos) no cometería un crimen corporativo, y viceversa. Sobre este error cognitivo Edward *Thorndike*, “A constant error in psychological rating” (1920), 4 *Journal of Applied Psychology*, pp. 25-29.

61. Camilo *Bernal Sarmiento*, Sebastián *Cabezas Chamorro*, Alejandro *Forero Cuéllar*, Iñaki *Rivera Beiras* e Iván *Vidal Tamayo*, “Debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados” (2012), 2 *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 52.

saber que cometía un delito debido a que ha concurrido a las mejores universidades, su riqueza le hace ambicionar más riqueza y su poder lo ejerce para salir impune de sus fechorías. Así, a grandes rasgos, operan los prejuicios y heurísticas mentales.

Sin embargo, el sesgo de clase en la delincuencia de cuello blanco es un arma de doble filo. O bien opera como beneficio o bien como castigo. En algunos estudios empíricos se detectó que como producto del sesgo de clase el sistema penal era renuente en iniciar una investigación criminal contra personas de la élite social por delitos de cuello blanco. Por el contrario, otros estudios arrojaron resultados adversos⁶². Junto al sesgo de la clase social suele operar el sesgo racial, hace tanto tiempo imperante especialmente en los tribunales norteamericanos respecto de la raza africana y afroamericana, como portadora de índices de peligrosidad superior al de la raza europea y aria, que estaría más orientada a la codicia y avaricia⁶³. En este aspecto existe una presunción de peligrosidad con tendencia a crímenes violentos en la raza negra⁶⁴ a la vez que una presunción de codicia y avaricia con tendencia a crímenes económicos en la raza blanca. Una de las explicaciones de este sesgo cognitivo se deriva de una descripción lógica: históricamente, la etnia blanca ha sido la privilegiada social y económicamente, al ser la única que podía acceder a la educación universitaria, a puestos de trabajos bien remunerados y, por ende, a un círculo social de clase alta. Lo demás ya es por todos conocido.

4. PROPUESTA

Es verdad, que contando un problema no se lo resuelve, pero no es menos verdad, que al advertirlo, al reconocerlo como tal, se puede comenzar a resolverlo y esta ya es una potencial forma de solucionarlo.

Los prejuicios y sesgos cognitivos en el momento del enjuiciamiento de un delito seguirán existiendo, aun cuando con el transcurrir del tiempo el sistema judicial vaya neutralizándolos. No obstante, hay que comenzar por idear mecanismos de corrección si no se quiere que esto quede en un mero deseo o pronóstico bondadoso.

62. Además, el sesgo opera también a nivel emocional, provocando simpatía por similitud o cercanía o, a la inversa, antipatía por desigualdad o distancia. En este sentido, el sesgo de clase puede provocar que algún grupo de jueces se encuentre identificado con el grupo de empresarios debido al mismo estilo de vida o estatus académico, pero otro grupo de jueces, por el contrario, distanciado en razón de cuestiones morales o religiosas.

63. Emparentados con los sesgos religiosos y culturales (judíos ricos en los crímenes de cuello blanco).

64. Sobre los sesgos raciales en el sistema penal *Bennett y Plaut*, ob. cit., (2018); para los sesgos culturales Justin *Levinson*, Mark *Bennett* y Koichi *Hioki*, "Judging implicit bias: a national empirical study of judicial stereotypes" (2017), 69 *Florida Law Review*.

Los sesgos cognitivos, además, van inmunizándose a medida que se pretende controlarlos. En este sentido, van reinventándose y regenerándose como consecuencia de la racionalidad limitada de las personas. En su pervivencia influyen también los pareceres sociales, que nunca son los mismos. Por este motivo, los sesgos cognitivos en los tribunales que enjuician delitos de cuello blanco se ven casi siempre respaldados o concebidos por algún movimiento social de moda o política-criminal de turno.

La propuesta para neutralizar los sesgos cognitivos en el sistema judicial penal consiste en la implementación de un programa de cumplimiento de corrección de sesgos cognitivos, esto es, en su terminología de origen un compliance program debiasing. La estructura normativa y función de prevención de delitos de los programas de cumplimiento en la vida corporativo-empresarial resulta de modelo para idear los programas de cumplimiento judiciales. Evidentemente, el modus operandi habría de acomodarse a la dinámica judicial, sobre todo en relación con las etapas del proceso judicial.

No se trata de reformar la ley procesal penal en su esencia, sino de introducir mecanismos técnicos de contralor en el seno de los reglamentos que disciplinan la actividad jurisdiccional. Para ello haría falta institucionalizar un sistema de aprendizaje⁶⁵ y de desesgamiento en el ámbito del poder judicial, en razón del rol de los jueces y el de los fiscales. Entre los elementos que habrían de reunir los compliance program debiasing se encuentran los siguientes: plataforma normativa y plataforma institucional.

Plataforma normativa:

- (a) directrices para la toma de decisiones racionales.
- (b) catálogo de sesgos cognitivos y técnicas de desesgamiento de cada uno de ellos, con citas de estadísticas, estudios de campo y teóricos.

La técnica del desesgamiento o de la prueba destructiva (destructive testing) de sesgos consiste, justamente, en quitar los sesgos de la estructura mental de las personas. Una especie de desprogramación de prejuicios y heurísticas a través de la revisión y corrección de los mismos, y de reprogramación de conocimientos a modo de un aprendizaje nuevo sobre determinados aspectos⁶⁶.

En la orientación del proceso de desprogramación y reprogramación intelectual de los jueces resulta de utilidad contemplar la teoría prescriptiva de la racionalidad perfecta o ilimitada de las personas. En este sentido, si bien el baremo de

65. Como el sistema de aprendizaje institucional que se prevé para el sector privado en Georgios *Dimitropoulos* y Philipp *Hacker*, "Learning and the law: improving behavioral regulation from an international and comparative perspective" (2018), 25 *J. L. & Policy*.

66. Baruch *Fischhoff*, "Debiasing" (1982), en: Daniel Kahneman, Paul Slovic y Amos Tversky (eds.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, pp. 422-444.

agente real arroja resultados más acertados de cómo se comportan las personas en determinados supuestos, no es menos cierto que el baremo ideal puede resultar más útil de cara a corregir los errores y prejuicios cognitivos, puesto que, aunque los ideales que prescriben resultan inalcanzables en la práctica, no obstante sirven para guiar a los individuos en cómo deben reajustar sus estructuras de pensamiento⁶⁷. Con este argumento, la teoría normativa serviría como fuente de mejora del pensamiento humano, antes que como teoría de la imputación de cómo deberían haberse comportado las personas.

Dentro de la técnica de desegamiento se puede apelar a uno de los razonamientos que forman parte de la instrucción de los jurados en el sistema judicial norteamericano. En el contexto de los procedimientos judiciales se aconseja a los miembros del jurado a que disocien el proceso de adquisición de la información del de sacar conclusiones acerca de esa información. En este sentido, se les exhorta a “mantener la mente abierta” durante la etapa de presentación de pruebas, sin que se formen opiniones con respecto a cuál debería ser el veredicto hasta que se hayan presentado todas las pruebas y el juez las haya instruido. Este tipo de advertencia tiene la finalidad de evitar que el jurado al momento de la deliberación llegue a un veredicto sobre la base de sesgos generados en la etapa previa⁶⁸.

Y, en particular, en relación con el perfil de los jueces no está de más recordar lo siguiente: la mejor condición que conduce al aprendizaje es la “admisión explícita de la necesidad de aprender. Entrar en un programa de aprendizaje que confiera experiencia es sin duda un signo de modestia”⁶⁹, virtud que ha de exigirse a los que imparten justicia penal.

A efectos de que estas directrices de conducta puedan plasmarse y resultar eficaces en la práctica es necesario que a la plataforma normativa le acompañe una plataforma institucional, que prevea los mecanismos de aplicación y contralor de la misma. Esta plataforma institucional resulta independiente de los caminos tradicionales que ya existen a nivel de la ley procesal, como la vía de recursos a disposición de las partes.

Plataforma institucional:

- (a) organismo de consulta y contralor interno: las decisiones de los jueces no estarán sometidas a un examen o revisión jurídica sino meramente técnico-psicológica

67. Resnik, ob. cit., (1987), p. 4: “The ideals they describe [rational agent], although unattainable in practice, still serve to guide and correct our thinking”.

68. Sobre la advertencia de la *open mind* en la instrucción del jurado Nickerson, ob. cit., (1998), p. 193.

69. Fischhoff, ob. cit., (1982), p. 443.

(de psicología cognitiva y social) por parte de expertos en la materia, para evaluar la objetividad e imparcialidad de la decisión. Es decir, no se trataría de una revisión por parte de otros jueces o pares, sino por parte de personas especializadas o peritos en la materia. En este punto se podría recomendar que los jueces mismos procedieran espontáneamente a la revisión de sus decisiones por parte del organismo (antes de publicitarlas a las partes) ante casos susceptibles de ser afectados por sesgos cognitivos, o bien, ante el pedido de una de las partes del proceso (que no supone un recurso porque la revisión es interna), o, incluso, como un mecanismo obligatorio en todos los casos que resuelven la situación procesal del acusado (sentencias) y, en especial, en aquellos procesos penales mediatizados en donde se juzgan hechos que la opinión pública ya ha sentenciado en las redes sociales o los medios de comunicación han alcanzado a prejuzgar (últimamente sucede este tipo de fenómeno en relación con algunos delitos sexuales y la política de género o feminismo mal entendido).

En la esencia del organismo de consulta y contralor no se encuentra la facultad de alterar la sana crítica o la íntima convicción de los jueces, sino la de detectar determinados elementos argumentativos producto de los sesgos cognitivos, que pudieran estar lesionando evidentemente la objetividad de la decisión. A favor de esta idea se presenta el argumento, que habríamos de modificar el prejuicio del juez infalible y reducir las expectativas del rol de los jueces en relación con la idea de lo justo, asumiéndolos también como personas de racionalidad limitada que se ven condicionadas por sesgos cognitivos y heurísticas.

En todo caso la labor modesta de este organismo, a modo de instancia interna e intermedia, como un observador objetivo especializado, podría amortiguar gran parte de los eventuales recursos de las partes⁷⁰, a través de sus recomendaciones a los jueces⁷¹.

- (b) instancia disciplinaria de corrección y amonestación: como autoridad técnica que funciona como la antesala a prevenir la prevaricación.

Si bien se reconoce que este tipo de propuesta enriquecería la ya de por sí existente buro-

70. Es verdad, que los abogados podrían aprovechar estas instancias intermedias para retardar el proceso y sobre este punto se podrían plantear debates muy interesantes, pero no es menos verdad, que el sistema judicial no puede dejar de mejorarse pensando en que cada reforma podría ser utilizada estratégicamente por las partes interesadas.

71. Podría contemplarse un escalafón de recomendaciones, para medir la gravedad de la sentencia que lesiona la objetividad. Cada uno de los niveles de recomendaciones (por ejemplo, leve, intermedio o grave) tendrían consecuencias diversas. La necesidad de la vinculatoriedad o no de la recomendación presenta el mismo problema que hoy en día presentan las recomendaciones de los organismos internacionales respecto de determinados asuntos mundiales, a las cuales los Estados parte están “obligados” a observarlas.

cracia judicial, no es menos cierto, que a costo de un plazo corto o mediano y a golpe de experiencias, mejoraría sustancialmente el sistema de justicia en uno de sus aspectos más controvertidos para las garantías de las partes en el proceso judicial: la existencia de sesgos cognitivos en los jueces del proceso penal. Por esta sola razón la propuesta resulta en sí sensata y merecedora de alguna consideración.

5. CONCLUSIÓN

Para concluir de una vez, no puede desconocerse que una buena práctica requerirá siempre una mejor teoría acerca de cómo funciona la mente humana y, a la vez, una buena teoría requerirá siempre una mejor práctica, que aclare y combata con las condiciones con las que la mente humana realmente funciona⁷².

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Gallo, Jaime, Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal, 4 *InDret Penal*, 1-30 (2011).

Allen, Derek, Ethical argumentation, objectivity, and bias, 82 *OSSA Conference Archive*, 1-8 (2016).

Allison, Scott y Messick, David, The group attribution error, 21 *Journal of Experimental Social Psychology*, 563-579 (1985).

Bennett, Mark y Plaut, Victoria, Looking criminal and the presumption of dangerousness: afrocentric facial features, skin tone, and criminal justice, 51 (3) *UC Davis Law Review*, 745-803 (2018).

Bernal Sarmiento, Camilo, Cabezas Chamorro, Sebastián, Forero Cuéllar, Alejandro, Rivera Beiras, Iñaki y Vidal Tamayo, Iván, Debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados, 2 (6) *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 49-73 (2012).

Braithwaite, John, Paradoxes of class bias in criminal justice, en: Pepinsky (ed.), *Rethinking Criminology*, Beverly Hills, 61-84 (1982).

Cullen, Francis, Hartman, Jennifer y Jonson, Cheryl, Bad guys: why the public supports punishing white-collar offenders, 51 *Crime, Law and Social Change*, 31-44 (2009).

72. *Fischhoff*, ob. cit., (1982), p. 444: "Good practice will require better theory about how the mind works. Good theory will require better practice, clarifying and grappling with the conditions in which the mind actually works".

Dimitropoulos, Georgios y Hacker, Philipp, Learning and the law: improving behavioral regulation from an international and comparative perspective, 25 (2) *Journal of Law and Policy*, 473-548 (2018).

Fischhoff, Baruch, Debiasing, en: Kahneman, Slovic, Tversky (eds.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge, 422-444 (1982).

Fischhoff, Baruch, For those condemned to study the past: heuristics and biases in hindsight, en: Kahneman, Slovic y Tversky (eds.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge, 335-351 (1982).

Fischhoff, Baruch, Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty, 1 (3) *Journal of Experimental Psychology, Human Perception & Performance*, 288-299 (1975).

Hagan, John y Parker, Patricia, White-collar crime and punishment: the class structure and legal sanctioning of securities violations, 50 (3) *American Sociological Review*, 302-316 (1985).

Haselton, Martie, Nettle, Daniel y Murray, Damian, The evolution of cognitive bias, en: Buss (ed.), *Handbook of Evolutionary Psychology*, 2^{da} ed., New Jersey, 968-987 (2016).

Katz, Jack, The social movement against white-collar crime, en: Bittner y Messinger (eds.), 2 *Criminology Review Yearbook*, Beverly Hills, 161-184 (1980).

Levinson, Justin, Bennett, Mark y Hioki, Koichi, Judging implicit bias: a national empirical study of judicial stereotypes, 69 (63) *Florida Law Review*, 63-113 (2017).

Muñoz Aranguren, Arturo, La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano, 2 *InDret Penal*, 1-39 (2011).

Nickerson, Raymond, Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises, 2 (2) *Review of General Psychology*, 175-220 (1998).

Posner, Richard, Optimal sentences for white-collar criminals, 17 *American Criminal Law Review*, 409-418 (1980).

Prittwitz, Cornelius, Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht? 5 *Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik*, 217-220 (2012).

Pronin, Emily, Lin, Daniel y Ross, Lee, The bias blind spot: perceptions of bias in self versus others, 28 (3) *Personality and Social Psychology Bulletin*, 369-381 (2002).

Rachlinski, Jeffrey, A positive psychological theory of judging in hindsight, 65 (2) *The University of Chicago Law Review*, 571-625 (1998).

- Resnik, Michael, *Choices: an introduction to decision theory*, Minnesota, (1987).
- Rodríguez Celada, Enrique, *La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código penal de 2015 en relación con el delito concursal*, 1 *In-Dret Penal*, 1-41 (2017).
- Ruiz Miguel, Alfonso, *Creación y aplicación en la decisión judicial*, 1 *Anuario de Filosofía del Derecho*, 7-31 (1984).
- Simon, Herbert, *Decision making in business organizations*, 69 (4) *The American Economic Review*, 493-513 (1979).
- Simon, Herbert, *Reason in human affairs*, Oxford, (1983).
- Sutherland, Edwin, *Is 'white-collar crime' crime?* 10 (2) *American Sociological Review*, 132-139 (1945).
- Sutherland, Edwin, *White-collar criminality*, 5 (1) *American Sociological Review*, 1-12 (1940).
- Thorndike, Edward, *A constant error in psychological rating*, 4 *Journal of Applied Psychology*, 25-29 (1920).
- Tversky, Amos y Kahneman, Daniel, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, 185 *Science*, 1124-1131 (1974).
- Valldecabres Ortiz, María Isabel, *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, Valencia, (2004).
- van Slyke, Shanna y Bales, William, *A contemporary study of the decision to incarcerate white-collar and street property offenders*, 14 (2) *Punishment & Society*, 217-246 (2012).
- Varela, Lorena, *¿Garantías para quién en el Derecho penal contemporáneo?*, 9266 *Diario La Ley*, 25 de septiembre, 1-27 (2018).
- Varela, Lorena, *Un esbozo sobre los modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal*, 19 (2) *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-20 (2017).
- Weisburd, David, Waring, Elin y Wheeler, Stanton, *Class, status, and the punishment of white-collar criminals*, 15 (2) *Law & Social Inquiry*, 223-243 (1990).
- Wheeler, Stanton, Weisburd, David y Bode, Nancy, *Sentencing the white-collar offender: rhetoric and reality*, 47 *American Sociological Review*, 641-659 (1982).