El estándar de prueba en la Prisión Preventiva. El caso peruano

Giulliana Aracelli Loza Avalos*

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Sumario: 1. Introducción - 2. ¿Tenemos un estándar probatorio para las medidas cautelares? - 3. La importancia de definir un estándar probatorio en la prisión preventiva – 4. Conclusiones.

Resumen: En este trabajo se explora la necesidad de la determinación de un estándar probatorio para la imposición de una prisión preventiva. Estándar que, si bien ha pretendido una completitud legal y jurisprudencial, sigue siendo abstracta y que genera decisiones basadas en la intuición judicial. ¿se puede medir o cuantificar? ¿Qué se debe considerar para su correcto desarrollo?

Palabras claves: Prisión Preventiva, estándar, sospecha vehemente

1. Introducción

En el proceso penal existen decisiones intermedias que pueden afectar derechos fundamentales. No hay necesidad de esperar la emisión de una sentencia para que se decida, por ejemplo, sobre la libertad del imputado. Este es el caso de la prisión preventiva que, aunque provisionalmente, conlleva privar de la libertad a quien enfrenta un proceso penal y que, incluso, como en el caso peruano, puede producirse desde el inicio de la investigación preparatoria, cuando se formaliza.

La prisión preventiva es una medida con particularidades, en especial porque afecta la libertad de una persona en un proceso que aún no ha concluido y en el que se le considera inocente. Por ello, ha sido y será una de las más debatidas.

Para su imposición se deben cumplir diversos presupuestos. Uno de ellos es que "existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo" (art. 268.a del Código Procesal Penal en adelante CPP). La norma no dice más, no da contenido ni precisa qué debe entenderse por fundados y graves. Lo propio sucedía en su antecedente, el art. 135 del CPP de 1991, cuando hacía referencia a "suficientes elementos probatorios".

Esta imprecisión no es propia de la prisión preventiva, en el ordenamiento procesal penal encontramos similares referencias. Así, por ejemplo, las razones plausibles que se exige para imponer una detención preliminar judicial (art. 261.1 CPP) o los indicios reveladores para formalizar la investigación preparatoria (art. 336.1), entre otros.

* *Abogada penalista de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Con estudios en Litigación Oral en Temple University, California Western y University of San Diego School of Law. Exbecaria en CEJA. Con cursos concluidos en la maestría con mención en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres, y en Sistema de Justicia y Racionalidad en la Universitat de Girona.*

La importancia de un correcto entendimiento de este presupuesto material es mayor, si se tiene en consideración que lo que se debate es la libertad de una persona a quien se le presume inocente y que puede permanecer hasta 36 meses privado de su libertad sin condena[1] decisión judicial que, como muchas, está expuesta a errores. Por ello, la necesidad de establecer un estándar de prueba objetivo, ajeno a criterios subjetivos del juez.

Esta cuestión, tan importante, no se ha discutido a profundidad. El debate en cuanto al cumplimiento del primer presupuesto material de la prisión preventiva se ha centrado en si en la audiencia se puede debatir o no la tipicidad y antijuridicidad de los hechos imputados o la ausencia de imputación necesaria. Aspectos también relevantes, pero se ha descuidado el estándar probatorio que se requiere para su imposición, limitando el debate de este punto a los descargos frente a las pruebas presentadas por la fiscalía.

Sin embargo, ¿es posible establecer un mecanismo de medición concreto?, ¿cómo establecer los umbrales de suficiencia probatoria para imponer la prisión preventiva? Estas y otras serán las interrogantes que trataré de desarrollar en este ensayo. No pretendo arribar a conclusiones definitivas, por el contrario, es el inicio de un largo camino de investigación.

2. ¿Tenemos un estándar probatorio para las medidas cautelares?

Se ha pretendido establecer estándares de exigencias probatorias sobre la base de regulaciones no precisas que lejos de establecer un umbral de suficiencia probatoria presentan abstracciones o vaguedades, sean estas legales o jurisprudenciales. El artículo 268 del CPP establece como primer requisito para imponer la prisión preventiva que "existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo". Esta exigencia probatoria se ha interpretado con la jurisprudencia vertical establecida por la Corte Suprema, con efecto vinculante respecto de todos los operadores del derecho.

En un intento por darle precisión a este enunciado, la Corte Suprema estableció, en la Casación n° 626-2013/Moquegua, que para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, sino que sólo exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria valiéndose de toda información oralizada y acopiada hasta ese momento (fundamento 27).

Sin embargo, el problema se mantenía, ahora, la nueva interrogante que surgió era ¿qué se entendía por alto grado de probabilidad? Más, aún, se establecía que sea mayor al que se obtendría en la formalización de investigación, cuando en muchos casos, sino en todos, las prisiones preventivas se solicitan al momento de formalizarse la investigación preparatoria.

En ese camino, la Corte Suprema, vía Sentencia Plenaria Casatoria n° 1-2017/CIJ-433 (en adelante SPC 1-2017), incorporó determinados niveles de sospecha para determinada etapa procesal y estableció que el estándar que había que arribar en el caso de prisión preventiva era el de sospecha grave. Sin embargo, ese término cambió cuando luego, la propia Corte

[1] Conforme al artículo 272 del CPP, "para los casos de criminalidad organizada el plazo de la prisión preventiva no durará más de 36 meses".

Suprema, emitió el Acuerdo Plenario n° 1- 2019/CIJ-116 (en adelante AP 1-2019) y cambió a sospecha fuerte o vehemente.

El estándar fijado en la SPC 1-2017 fue que:

> Para iniciar diligencias preliminares solo se exige elementos de convicción que sostengan una "*sospecha inicial simple*", para formalizar la investigación preparatoria se necesita "*sospecha reveladora*", para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se precisa "*sospecha suficiente*", y para proferir auto de prisión preventiva se demanda "*sospecha grave*" –la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia–. La sentencia condenatoria requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable" (fundamentos 28.E y F).

Por su parte, la exigencia de una sospecha grave (incluso mayor al que se exige para acusar) requiere, precisó la Corte Suprema en esta SPC, de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (alto grado de probabilidad de una condena). El elemento de convicción dice la Corte Suprema, ha de ser corroborado por otros elementos de convicción o, cuando por sí mismo, es portador de una alta fiabilidad de sus resultados, y además ha de tener un alto poder incriminatorio, esto es, vincular al imputado con el hecho punible (fundamento 24 D). Siendo así, entonces, quedaba entender qué era un alto grado o alto poder. Dejando pues, una vez más, a criterio del juez su correcto entendimiento.

Esto cambió, al menos terminológicamente, con el AP 1-2019, por el que, como dijimos, la Corte Suprema deja la *sospecha grave* y establece la *sospecha fuerte o vehemente*, siempre más intensa en categoría a la *sospecha suficiente* exigida para acusar. Así, se expuso que:

> La verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes-medios de investigación o de las fuentes-medios de prueba lícitos –la licitud es un componente necesario del concepto de prueba– acopiados en el curso de la causa –principalmente por el fiscal, aunque también es de examinar los que puede presentar el imputado y su defensa–, tras cuyo análisis corresponda concluir, desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso; esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que él luego va a ser condenado –el estándar probatorio es particularmente alto, aunque no al nivel de la sentencia condenatoria (fundamento 25).

Y, nuevamente el problema, ¿qué era ahora fuerte o vehemente?, y, como siempre ¿cuándo estamos ante un alto grado de probabilidad? ¿Qué se entiende por sospecha fuerte o vehemente?, es algo que todavía no queda muy claro.

Incluso, el AP 1-2019 dispone que:

> Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes; esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, por cierto, al estándar de convencimiento más allá de

> toda duda razonable, propio de la sentencia condenatoria. (fundamento 25)

Estos también son conceptos si bien menos gaseosos, que no permiten determinar cuánta prueba es necesaria, para entender que estamos ante una sospecha fuerte o vehemente.

Los acuerdos plenarios establecen determinadas categorías, esclarecen ciertos conceptos, pero no establecen qué es lo que se debe entender por las categorías que fija en el estándar probatorio que propone, esa es una tarea pendiente. Estos intentos para establecer un parámetro racional sobre la aplicación de la prisión preventiva y el estándar probatorio son saludables, pero aún insuficientes.

Esto, es de sumo interés, porque de ello dependerá no solo la determinación en la resolución judicial que declare fundada o no la medida cautelar, sino que tiene implicancia en si el fiscal la requiere y del debate que se produzca en las audiencias propias del contradictorio.

3. La importancia de definir un estándar probatorio en la prisión preventiva

No es ajeno sostener que ha existido un uso abusivo de la prisión preventiva cuando se ha impuesto de manera irresponsable o arbitraria. Y ello es producto en gran medida porque no han existido parámetros razonables para su imposición ni para su dosificación o prolongación; este es, pues, un enorme problema. Lo cual ocasiona errores en la decisión. La medida cautelar es capaz de producir una determinada clase de error que podemos llamar "error cautelar", el juez tiene capacidad de generar errores en el escenario cautelar, tal como pueden generarse errores en el escenario de la sentencia definitiva (Valenzuela, 2018).

En una audiencia de requerimiento de prisión preventiva, la fiscalía puede sostener que el estándar puede ser demasiado alto y por lo tanto jamás se impondría prisiones preventivas, puesto que lo que se exige es casi una condena (incluso mayor a la acusación, según lo establecido por la Corte Suprema). Obviamente, del otro lado, la defensa puede sostener que estando recién iniciada la investigación, entonces, lo que corresponde es una sospecha fuerte que necesita de una actividad probatoria, de análisis de legalidad de los elementos y todo lo que conlleva una casi condena.

Un sistema sin estándares de prueba es un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos, lo que hace inútiles muchos derechos procesales *in itinere* del procedimiento (como la presunción de inocencia) y hasta el deber de motivación (Ferrer, 2018, p. 402). Pero sabemos que el derecho no es matemática, no existe una fórmula que pueda determinar con absoluta precisión hasta qué nivel resulta una cantidad necesaria o no para imponer una prisión preventiva.

El tipo de probabilidad capaz de estructurar el razonamiento probatorio no admite cálculo matemático, de modo que estamos frente a una probabilidad inductiva; los estándares de prueba, por tanto, no podrán indicar numéricamente el grado de suficiencia probabilística necesaria para dar por probada una hipótesis (Ferrer, 2018, p. 403). El problema, frente a ello es que se recurre a la lógica argumental y ahí empiezan los problemas porque se vuelve muy impreciso, cuando lo que se desea es dar precisión. Entonces, se ha querido dar precisión con una serie de frases o categorías, que no dicen realmente algo concreto. El AP 1-2019 hace referencia a sospecha vehemente, pero ¿cuándo es vehemente?; no se puede cuantificar lo

vehemente. El umbral de suficiencia probatoria no se establece en base a un sistema numérico sino a través de la utilización de criterios cualitativos. Por lo mismo, tampoco se debe recurrir en su determinación a criterios subjetivos del Juez, el umbral debe ser lo más preciso posible.

No hay una fórmula matemática para dar contenido, la única manera es tener las reglas procesales de juicio precisas y claras. Si no se concentra ello, entonces, el problema de indeterminación ocasionará que el juez pueda determinar qué es alto en atención a lo que él considera que lo es, sin más.

Ahora, independientemente de que no se diga qué es cada cosa porque, obviamente, no hay una balanza que nos permita establecer los distintos niveles objetivos del umbral probatorio, este es un problema que no resulta exclusivo de la prisión preventiva, sino que en sí es un problema transversal que tiene que ver con la concepción del derecho en general.

Esta discusión pudiera resultar infructuosa si entendemos que es imposible de cuantificar, salvo que hubiéramos acogido la teoría bayesiana que determinaba un contenido a través de números. Se debe definir un estándar de valoración de prueba, independientemente de que no hay una medición, reforzando los mecanismos de formación que llevan al juez a esa decisión.

Así, estaremos frente a una sospecha grave si es que ésta es el resultado de un procedimiento donde se han valorado todas las pruebas producto del contradictorio ejercido en la audiencia.

Para ello, se deben generar las garantías para que el debate de las medidas cautelares sea uno que cumpla con los requisitos mínimos del que surja información de calidad que luego sea correctamente valorada.

4. Conclusiones

La preocupación es latente y urgente. Se debe ahondar en el desarrollo del estándar de prueba para la determinación de la prisión preventiva. La función del estándar es la distribución del riesgo del error entre las partes (los falsos inocentes y falsos culpables), lo cual está presente en diversos momentos del proceso en las que el Juez debe asumir decisiones respecto a la suficiencia probatoria.

Entre ellas, la decisión intermedia sobre la prisión preventiva debe responder a un estándar de prueba que permita considerar probada una hipótesis de los hechos atendiendo condiciones concretas que permitan su debida corroboración, producto del debido contradictorio entre las partes.

Lo antes mencionado no pretende definir la situación. Al contrario, es el inicio de un largo camino.

Lima, 22 de marzo de 2021.

Lista de referencias

Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *SSRN*, 13(26), 836-858. https://ssrn.com/abstract=3441886

Ferrer, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por la prisión preventiva errónea. En *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 205-250). Marcial Pons.