
Prisión preventiva, una mirada desde la lógica jurídica

Miguel Rolando López Aquino¹

lostresmigueles1@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2408-7521>

Universidad Sergio Bernal

Christian Hanesh Torres Toledo

torreshanesh@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9741-6226>

Universidad Sergio Bernal

RESUMEN

La exposición de motivos del presente ensayo tiene como objetivo identificar una visión epistemológica de la prueba conducente al dictamen de prisión preventiva para lo cual se requiere contar con estándares que respondan a la lógica jurídica, así como también ponderar la libertad del individuo que no se ha comprobado fehacientemente el hecho punible que se le imputa.

Asumiendo que el mejor modelo para evaluar la prueba en el proceso judicial es el de la probabilidad lógica, es necesario reconocer que el razonamiento judicial en materia de hechos será siempre probabilístico y que ningún conjunto de prueba, por rico y completo que sea, permitirá certezas racionales.

Precisamente las normas de prueba ofrecen criterios para la fase de decisión, al no haber lugar a automatismos, la decisión sobre medidas cautelares personales en el proceso penal debe contener partes internas predefinidas con preceptiva explicación judicial y capítulos para el *fumus comissi delicti* y el *periculum libertatis*.

Palabras claves: Prisión preventiva; lógica jurídica; *fumus comissi delicti* y el *periculum libertatis*.

¹ Autor Principak

Preventive prison, a look from the legal logic

ABSTRACT

The explanatory statement of this essay aims to identify an epistemological vision of the evidence leading to the pretrial detention ruling, for which it is required to have standards that respond to legal logic, as well as to weigh the freedom of the individual who has not been irrefutably proven the punishable act imputed to him.

Assuming that the best model to evaluate the evidence in the judicial process is that of logical probability, it is necessary to recognize that judicial reasoning in matters of facts will always be probabilistic and that no set of evidence, no matter how rich and complete it may be, will allow for certainties. rational.

Precisely the rules of evidence offer criteria for the decision phase, as there is no room for automatism, the decision on personal precautionary measures in criminal proceedings must contain predefined internal parts with mandatory judicial explanation and chapters for the *fumus comissi delicti* and the *periculum libertatis*.

Keywords: *preventive prison; legal logic; fumus comissi delicti and the periculum libertatis.*

Artículo recibido 20 marzo 2023

Aceptado para publicación: 05 abril 2023

INTRODUCCION

Las normas de la Constitución sirven para organizar la vida social. Las reglas de una constitución sobre el proceso penal sirven para regular uno de los principales medios de tutela de los derechos.

El proceso penal, entendido como institución, es el instrumento de determinación de la culpabilidad que existe para dar cuerpo a la función preventiva general de la sentencia. La regla que prevé la presunción de inocencia, que evidentemente es una prescripción, es lógicamente inútil para cualquier actividad descriptiva (que es la que el juez del juicio único), mientras que tiene un papel fundamental en establecer qué reglas del juicio puede establecer el legislador y cuáles puede crear el intérprete, lo que permite ensombrecer las consecuencias negativas que durante la aplicación pueden tener, según Francesco Carrara (1988), nos dice que las "protecciones de la inocencia" también pueden favorecer a los que delinquieron.

Lo que se pretende asegurar es que el juicio se lleve cumpliendo con la presunción de inocencia pero salvaguardar el debido proceso, el predominio, en efecto, asignado por la Escuela Positiva al hombre peligroso ha permitido la creación de una ciencia del sujeto que delinque, donde los otros, los eruditos sólo habían visto el objeto del crimen. Pero la sustitución del análisis del hombre concreto y vivo que peca y expía, puesto bajo el escrutinio de fríos patrones y vacía de crimen y castigo, no debe hacernos olvidar que el anclaje al concepto de peligrosidad social, libre de toda indicación normativa segura, puede generar árbitros fáciles para doblegar el instrumento sancionador penal sujeto por la posición que ocupa en la comunidad y no porque no obedeció el mandato de la ley o porque consciente y voluntariamente la transgredió. (Aponte, 2014)

Por lo tanto, es necesario concluir por la falacia de tal juicio pronóstico, concerniente a un individuo juzgado en un sentido determinista, ya que es casi imposible encontrar herramientas o métodos de investigación capaces de satisfacer la necesidad justificación de la previsibilidad del comportamiento humano. Este último debe ser entendida más bien como el resultado de una libre elección subjetiva e históricamente irrepetible, y por lo tanto no se presta a enredarse en rígidos esquemas regulatorios como el era un fenómeno naturalista, mientras se usaba el mismo para la evaluación procedimientos de generalización y verificabilidad de un fenómeno físico.

Es precisamente en el terreno de la peligrosidad social donde parece que no se puede superar el dualismo entre determinismo y libre albedrío, entre necesidad humana y libertad.

De hecho, algunos criminólogos han afirmado que los diversos factores individuales y sociales cuyo potencial criminogenético había sido identificado no eran simples factores de riesgo o vulnerabilidad pero causas entendidas de manera determinista. La criminología de los años cuarenta y cincuenta del siglo XX es reconocidamente etiológica, es decir, busca las causas del delito, pero la preocupación filosófica no llega a cuestionar si tales causas son "necesarias y suficientes", o al menos no siempre se plantea el problema del margen de maniobra restante individuo en una sociedad anómala o líquida, o cómo puede reaccionar, por ejemplo, en la participación en un conflicto social. Las lecturas deterministas, hacia las cuales también se inclina por el concepto de peligrosidad social, son lecturas responsables para el individuo ya que lo relegan a un mero comportamiento mecánico sin vitalidad.(Vásquez, 2013)

La criminología, en general, nació bajo la bandera del determinismo o al menos ya agobiado por fuertes hipotecas deterministas, tanto en el campo de estudio sobre humanos como delinque, tanto en el sociológico.

En cuanto al determinismo, la posición defendida en esta investigación es la opuesta respecto a la libertad moral plena del hombre. En este sentido, compartimos la posición de quienes quieren la revalorización de la libertad de elección del individuo, aunque no se cree en la figura de un sujeto completamente racional y calculador que actúa como apoyo a la aceptación acrítica de la disuasión general, al rechazo del ideal rehabilitación, o el redescubrimiento demasiado enfático de la mera retribución penal. Más bien, debe considerarse la situación del delincuente en su conjunto para garantizar la aplicación del principio efectivo de igualdad en la aplicación de pena y requisito esencial de la reeducación del autor de delito. (Palacios, 2018)

Más bien, es importante investigar cómo la sociedad se sitúa en relación con el individuo, cómo lo ve, cómo lo interpreta y cómo interactúa con él. Lo cual obviamente no tiene nada que ver con el determinismo social.

En la "voluntad de saber" el mismo filósofo Foucault (1999) afirma cómo sin embargo, la sujeción, siempre sustentada en relaciones de poder, nunca se cierra del todo porque las relaciones de poder no son inmóviles sino reversibles.

Por lo tanto, la sujeción no es un tipo de determinismo de conducta del individuo pero representa una forma muy fuerte de condicionamiento operado de la estructura social receptora, sujeta, sin embargo, a una serie de variables incalculables. Foucault, al respecto, insiste formulando la siguiente afirmación: "donde hay poder hay resistencia ", lo que significa que uno puede resistir la subyugación modificando e interviniendo sobre las mismas relaciones de poder.

La modalidad de castigo inherente al sistema penitenciario en efecto, no sólo ha modificado la práctica judicial pero ha influido en diversos problemas relacionados con la derecho penal. De ahí la importancia otorgada a los aspectos psicológicos de la personalidad del imputado, que se afirma a lo largo del siglo XIX, fue, hasta un cierto punto inducido por una práctica punitiva que se dio a sí misma el propósito de corrección y que no encontró otra cosa que la imposibilidad de corregir. (Sánchez-Vera, 2012)

El uso indiscriminado de la prisión preventiva, lesiona la situación psicológica del imputado, por un proceso que se etapa inicial, donde se están recabando elementos de convicción para llegar a la acusación.

Este sistema parece mantenerse incluso hoy: el juez, de hecho, está cada vez más interesado en conocer el dolo del imputado o el presunto autor de un delito. De aquí se sigue la tendencia a recaer en el juicio penal sobre un conjunto de cualidades tendientes a definir una existencia y un modo de ser del infractor, en lugar de referirse a un acto específico.(Binder, 2021)

Es como inferir en busca de la prueba, sino de buscar el hilo conductor que conlleve a encontrar la culpa del imputado y colocar en escenarios imaginarios de obstrucción de la justicia y peligro de fuga, para mantener al imputado privado de su libertad.(Nanzer, 2021)

La actividad probatoria en el proceso judicial puede describirse desde distintas perspectivas, según el criterio adoptado y el ordenamiento jurídico que se utilice como parámetro. La actividad probatoria se divide en tres momentos: (i) conformación del acervo probatorio; (ii) valoración de la prueba; (iii) decisión sobre la prueba. La suficiencia de esta clasificación, aquí, se deriva de la clara distinción entre

los momentos de valoración de la prueba y adopción de la decisión sobre los hechos probados, lo que pondrá de relieve la necesidad de utilizar estándares de prueba.

Por lo tanto, los estándares de prueba son reglas que determinan el grado de confirmación que debe alcanzar una hipótesis, con base en la evidencia, para ser considerada probada, y su función es distribuir el riesgo de error entre las partes. Evidentemente, es una cuestión política, y no epistemológica, determinar qué riesgo de error parece razonable admitir que cada parte soporta en un proceso judicial. Antes de pensar en un cierto nivel de exigencia para cada decisión, sin embargo, es necesario comprender las funciones que cumplen con los estándares de prueba, para decidir si utilizarlas o no. (Tarrufo, 1992)

La primera función que cumple un estándar de prueba es heurística y de justificación. De esta manera, ofrece criterios que deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar la evidencia, considerando que la decisión dependerá de estos parámetros (función heurística), y que determinan el grado de suficiencia de evidencia a partir del cual una hipótesis puede ser considerada como probada (función de justificación). Los estándares de evidencia hacen posible, asimismo, el control de la corrección del razonamiento probatorio por parte de las instancias superiores.

La segunda función es de garantía para las partes, pues sólo si las partes conocen el umbral de suficiencia probatoria para una determinada decisión podrán tomar decisiones racionales. antes y durante el proceso en cuanto a la estrategia de defensa de sus intereses. Además, el conocimiento previo del estándar de prueba para la condena en un proceso penal permitirá a la fiscalía evaluar la solidez de la denuncia, denuncia que pretende seguir, lo que podría desalentar acusaciones infundadas. (Ortega, 2009)

También vale la pena señalar que la existencia de reglas que determinan los estándares de prueba permite a las partes controlar la corrección de las decisiones, pudiendo alegar errores en la identificación del estándar de prueba aplicable y, cuando correctamente identificado, en su aplicación.

Finalmente, los estándares de prueba cumplen la función de distribuir el riesgo de error entre las partes. Esta es una función compleja porque, en lugar de tener un impacto directo en la distribución de errores, los estándares de prueba determinan para cada tipo de caso de donde grado de exigencia probatoria, estamos dispuestos a aceptar que el riesgo de error recaiga sobre la defensa o sobre el autor. las decisiones judiciales. Como afirma Ferrer (2021), sin contar con estándares de prueba

metodológicamente bien formulados que determinen los umbrales de suficiencia probatoria de manera aceptablemente precisa y subjetivamente controlable, es imposible justificar que el grado de corroboración alcanzado por una hipótesis fáctica a la luz de la prueba presentada en el caso es suficiente. Tener estándares de evidencia y exigir la justificación de la decisión con base en la evidencia presentada y los estándares aplicables son dos condiciones para escapar de la arbitrariedad y hacer posible el debido proceso.

Como se ve, más que contar con normas de prueba, es necesario que se formulen con base en una metodología adecuada, a través de criterios controlables intersubjetivamente, que no apelen a Elementos subjetivos de quienes deciden. De lo contrario, no se cumplirán las tres funciones mencionadas y el estándar de la prueba no permitirá el razonamiento racional de la decisión. (Carlizzi, 2018)

Por lo tanto, es crucial comprender los requisitos necesarios para su construcción, así, para que una regla cumpla la función de norma de prueba, debe cumplir con tres requisitos: (i) apelar a criterios relacionados con la capacidad justificativa del organismo de evidencia sobre las hipótesis en conflicto; (ii) ser capaz de determinar un umbral a partir del cual una hipótesis se considerará probada; (iii) utilizar criterios cualitativos, propios de la probabilidad no matemática.

Con el primer requisito, se excluye el uso de criterios que apelen a elementos subjetivos del juez. Se requiere, por tanto, que los parámetros para indicar el grado de exigencia probatoria requerida se relacionen con la medida en que el acervo probatorio sustente objetivamente las distintas hipótesis, y no con la convicción psicológica del juez. (Baltazar, 2008)

El segundo requisito impone que el estándar de prueba debe expresarse de manera que indique el umbral más preciso del requisito probatorio, minimizando la imprecisión, propia del lenguaje ordinario. Cabe señalar que la conveniencia o no de adoptar este requisito conduce a un debate sobre soluciones universalistas o particularistas.

Coincidimos con la postura de Ferrer Beltrán para este autor, desde la perspectiva de las garantías de los destinatarios de la decisión, la forma particularista de determinar el nivel de suficiencia de la prueba, que deja la decisión enteramente en manos de jueces y jurados, es incompatible con el estado de derecho y con la prueba de derecho como parte del derecho al debido proceso.

El tercer requisito exige que el estándar de prueba se construya sobre la base de la probabilidad inductiva o lógica, es decir, no de las matemáticas. Este es el modelo que mejor se aplica a la estructura general del razonamiento probatorio al momento de la valoración en el proceso judicial, pues, si bien no admite cálculo matemático, permite la calificación y comparación.

El nivel de sustento inductivo que tiene cada hipótesis, es decir, permite una ordenación de hipótesis. Aunque no es precisamente el cuarto requisito para la formulación de un estándar de prueba, Ferrer Beltrán alude a que todo proceso judicial requiere de varios estándares, que deberá establecer umbrales distintos y progresivos de suficiencia de la prueba. La cuestión aquí se refiere a la relación entre los distintos estándares de prueba previstos para las distintas decisiones sobre los hechos que se toman a lo largo del proceso. En este sentido, se entiende que los estándares de la prueba deben seguir una tendencia general ascendente. Y ello no porque, de lo contrario, la decisión inicial consistiría en una anticipación de la decisión final, sino porque sería irrazonable, porque modo de ejemplo, para que la recepción de la denuncia -antes, de la propia instrucción probatoria, realizada en contradictorio- exija un estándar de prueba tan alto como el exigido para la condenación de la gravedad del error para cada tipo de decisión. La prisión preventiva consiste en una grave intervención en la libertad del imputado, por lo que el error de someter a una persona inocente a esta medida es gravísimo.

La decisión que decreta la prisión preventiva del acusado es sustancialmente diferente de quien, por ejemplo, recibe la denuncia. Sin perjuicio de que la prisión preventiva pueda ordenarse antes de recibir la denuncia, es razonable que se exija un grado muy alto de suficiencia probatoria, en contraste con la tendencia general a formularlas, estaríamos en condiciones de entrar el tema de nuestro interés: los estándares de prueba para la decisión que decreta la prisión preventiva de los imputados en el proceso penal. Antes de ello, para despejar algunos malentendidos, es importante analizar, aunque en términos generales, la relación entre la técnica procesal de cognición y los estándares de prueba.

El tema de las medidas cautelares en el proceso penal, especialmente en lo que se refiere a la prisión preventiva, es espinoso y carece de una conceptualización unívoca por parte de la doctrina. A pesar de la enorme relevancia del debate, las discusiones sobre la constitucionalidad y convencionalidad de la prisión preventiva como garantía del orden público y del orden económico y para evitar la reiteración delictiva.

Lo que se pretende evidenciar es la estructura fáctico-jurídica de la sentencia judicial sobre medidas cautelares personales. Para ello consideramos que esta decisión debe tener partes internas predefinidas y de explicación judicial obligatoria, con sus respectivos contenidos vinculados para cumplir, en el caso concreto, los requisitos legales específicos

En cuanto a la estructura interna, la decisión debe estar encaminada a atender, directamente, los puntos relacionados con el *fumus comissi delicti* y *el periculum libertatis*. Respecto del primero, debe prevalecer la verificación objetiva de los hechos demostrados en el procedimiento/proceso y, respecto del segundo, debe prevalecer el examen de proporcionalidad en toda su extensión.

Sobre el *fumus comissi delicti*, el autor Moraes (2017) destaca que la solicitud debe llevar con el mayor grado de demostración posible y por medios lícitos, todos los elementos capaces de indicar qué delito se consideró cometido en todas sus circunstancias y la demostración robusta del nexo que relaciona a un determinado imputado con ese delito.

En cuanto a la materialidad, el juez debe consignar al caso el tipo de infracción penal, todas las circunstancias de su cometido, si el delito estuvo dirigido contra una persona determinada o si fue de destino aleatorio, si el delito se produjo como resultado de una situación específica que desencadena una agresividad específica en el imputado.

En cuanto a la autoría, el juez debe demostrar, de manera clara y coherente, los elementos de derecho que, objetiva y directamente, revelen que fue la conducta imputable al imputado la que provocó el resultado típico, así como individualizando a cada uno de los imputados frente a los cuales se requiere medida cautelar, siendo inconstitucional dictar una decisión con tratamiento en grupo

En síntesis, al tratarse del *fumus comissi delicti*, Moraes argumenta que la decisión debe enfocarse, de manera profunda y específica, a detallar aspectos fácticos específicos de la materialidad e individualizar no sólo la conducta de cada imputado, sino también sus características personales.

En cuanto al *periculum libertatis*, el autor hace una división entre la identificación del peligro probable con la libertad del imputado y la identificación de la medida cautelar adecuada al peligro previamente definido. No obstante que el segundo aspecto, ligado a la regla de proporcionalidad, es sumamente importante y puede requerir un eventual juicio de suficiencia de la prueba.

Según Taruffo (1992), indica que en ausencia de normas o principios que determinen el estándar de confirmación, la decisión sobre si un enunciado fáctico puede considerarse adecuadamente probado debe tomarse de acuerdo con criterios racionales. Cabe señalar, sin embargo, que el legislador, aunque por un golpe de intuición y sin la mejor terminología, no dejó de hacer algún tipo de referencia a la prueba necesaria para identificar el *fumus comissi delictie del periculum libertatis*.

Por ello, el análisis se iniciará de forma descriptiva, a partir de la legislación procesal penal y de la interpretación que la doctrina ha hecho de las disposiciones. Se pretende identificar un criterio político respecto al umbral de suficiencia de la prueba, a partir de este análisis descriptivo inicial se intentará conciliar la interpretación doctrinaria actual de las disposiciones con lo expuesto sobre los estándares de la prueba. Siguiendo este camino, buscaremos proponer estándares de prueba para la prisión preventiva. Si bien puede haber buenas razones para aplicar de inmediato estos estándares de prueba.

La invocación de este ensayo es lograr estándares de la prueba, para garantizar el debido proceso y la libertad del imputado y pueda llevar el proceso en libertad, teniendo la consideración que las cárceles peruanas están sobrepobladas en un 300% por ciento creando hacinamiento, y daños colaterales a los imputados que luego de la investigación preliminar son absueltos.

BIBLIOGRAFÍA

Aponte, A. (2014) La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: hacia una prevalencia del principio de libertad. In: Derecho Penal y Filosofía. Vol. I: Textos Escogidos. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Baltazar, J. (2008) Standards Probatórios no Processo Penal. Revista Jurídica, v. 363.

Binder, A. (2021) Derecho Procesal Penal. Tomo V. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Carlizzi, G. (2018) Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale: storia prassi teoria. Bologna: Bonomo Editore.

Carrara, F. (1988) Consideraciones acerca del Jurado, en Reminiscencia de Cátedra y Foro, Trad. De Jorge Guerrero, Editorial Temis. Bogotá.

Ferrer, J. (2021) Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial.

Foucault M.(1999). La voluntad del saber. Obras esenciales. Barcelona: Paidós.

- Moraes, M. (2017) Decisión judicial y medidas cautelares para las personas: en busca de un modelo ideal de toma de decisiones. Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs.
- Nanzer, A. (2021) La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal. Madrid: Marcial Pons.
- Ortega S. (2009) Proceso, prueba y estándar. Lima: ARA.
- Palacios L. (2018) Detención preventiva y control de convencionalidad: el “peligro para la comunidad” desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sánchez-Vera J. (2012) Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M.(1992) La prueba de los hechos Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta,
- Vázquez, C. (2013) Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons.