

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: Estándares de prueba para la prisión preventiva en los delitos de narcotráfico: ¿un menor umbral?

Alumno: Jeffry José Mora Sánchez

Tutor: Dr. Diego Dei Vecchi

Convocatoria: Abril/2019

«“Cien conejos no hacen un caballo, cien presunciones no constituyen una prueba”, dice el proverbio inglés; así es como habla la razón, pero ¿evita la lucha contra las pasiones! El juez es un hombre, y, por consiguiente, apasionado»

F. Dostoievski, *Crimen y castigo*

Sumario: 1. Introducción. 2. Breviario de un instituto disfuncional. 2.1. Avances y retrocesos. 2.2. ¿Y la presunción de inocencia? No gracias... 2.2.1. La concepción cautelar. 2.2.1.1. Interpretación de los tribunales internos. 2.2.1.2. Interpretación de la CIDH. 3. La justificación de la prisión preventiva. 3.1. La premisa normativa de la prisión preventiva. 3.2. La premisa fáctica de la prisión preventiva. 3.2.1. ¿Indicios o presunciones? 4. Estándares de prueba en la prisión preventiva. 4.1. ¿Estándar? ¿Qué estándar? 4.2. ¿Es posible establecer un estándar probatorio preciso y objetivo? 4.3. ¿Existe una fijación pretoriana de estándares de prueba? 5. Conclusiones. 6. Bibliografía consultada.

I. Introducción

Quienes estén familiarizados con el derecho procesal penal difícilmente encontrarán un tópico tan manoseado como la prisión preventiva¹. Los trabajos sobre este instituto suelen ser abundantes y prolijos, pero estériles. La polarización entre garantistas², abolicionistas y sustantivistas autoritarios en nada se condice con la praxis de la mayoría de los Estados latinoamericanos³, los cuales, abrazando una concepción cautelar (al menos formalmente) de la detención provisional, agradecen la inapetencia de los operadores jurídicos frente a cualquier crítica o cuestionamiento germinado en la fría doctrina. La inconformidad de los expertos constituye poco más que un *brindis al sol*⁴.

El enorme poder inmediato que trae ínsita la prisión preventiva la torna una herramienta demasiado fascinante como para ser obviada en el discurso político. En sociedades abatidas por la desigualdad económica y la inequidad, un panfleto gubernativo cimentado sobre el eficientismo penal y la

¹ Para los efectos de este trabajo, utilizaré indistintamente los términos prisión preventiva, prisión procesal, encarcelamiento cautelar y detención provisional.

² El vocablo garantismo y su correspondiente adjetivación, en el seno de sociedades que han asumido la represión punitiva como *prima ratio* entre los instrumentos de control de la delincuencia, se ha degradado casi al orden de bafa. Claro está, tampoco se estima conveniente sacralizar todo aquello que se repunte garantista, mediante una especie de magia verbal. Con una orientación desmitificadora del garantismo, expuesta de forma inusual pero seria y fundamentada, puede verse: Aguilera, 2018. En sentido similar, Salas ha considerado que el concepto *garantismo* se utiliza como una fórmula vacía, con una finalidad prevalentemente persuasiva, estimando además que la doctrina de Ferrajoli sobre el particular ha contribuido a desviarse de cuestiones fundamentales, considerando al autor italiano, en tono satírico, como un “dreammaker del derecho penal” (2017, p. 278).

³ Por supuesto que el fenómeno no es privativo del subcontinente latinoamericano. Sobre las tasas de encarcelamiento en Europa y Estados Unidos, puede consultarse: Christie, 2004.

⁴ La expresión la tomo de: Nieva Fenoll, 2019.

definición de enemigos no es para nada inusual, pues se ajusta a los requerimientos de una población angustiada y urgida de respuestas. En un escenario como el descrito, aunque el neopunitivismo tiene muchos rostros, sin duda alguna, la detención cautelar se erige como la carta de triunfo⁵.

Dada la aptitud de la prisión preventiva como pieza fundamental en el ajedrez político, cabe preguntarse si el número creciente de presos sin condena, que atiborran las cárceles en todo el mundo⁶, es producto, en alguna medida, de la demagogia estatal y la instauración de una “cultura de la emergencia” (Aponte, 2009, p. 51)⁷, o bien, por el contrario, se ajusta a la regulación procesal de la mayoría de los países y su evaluación, racional o no, por parte de los operadores jurídicos.

Como se verá a lo largo de esta investigación, a partir del estudio de la regulación de la prisión preventiva en Costa Rica, se constata una convergencia de factores que pueden explicar el uso excesivo de este instituto procesal. En primer lugar, se ha afianzado un entorno que estimula a los operadores jurídicos para la aplicación de la prisión preventiva, pues el rechazo de una solicitud de encierro cautelar se asimila socialmente a la impunidad del delito y coloca a los jueces que dispongan la libertad en la mirilla pública.

Como contracara de lo anterior, se vislumbran patentes desincentivos, tanto para mantener al imputado en libertad⁸, como para reflexionar, desde el punto de vista jurídico, sobre la procedencia de la medida limitativa de ese derecho fundamental, lo que explica cierto automatismo y desenfado

⁵ “La materia cautelar, en todo el campo jurídico, parece deglutirse a la decisión sobre el fondo. La cautela va pasando a ser lo principal y la decisión del *juris dicere* lo secundario” (Zaffaroni, 2012, p. 11).

⁶ La extendida utilización de la prisión preventiva se destacó en el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas (2013, pp. 20-21), elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas privadas de libertad, alcanzando, en el caso de Costa Rica, el 25% de la población reclusa. Con respecto a la situación costarricense, puede verse: Cortés Amador, 2016; Mora Sánchez, 2015, pp. 34–35, 2017, pp. 19–22. Sobre la situación en Norteamérica y Europa: Christie, 2004, pp. 79–99.

⁷ No me refiero a la proyección política en la determinación legislativa de las normas procesales, la cual es evidente, sino a la influencia del discurso eficientista de *mano dura*, potenciado desde las agencias represivas estatales, las redes sociales y los medios de comunicación, en la forma en que resuelven *realmente* los jueces.

⁸ Las razones van desde el repudio público hasta la instrucción de procedimientos disciplinarios. Sobre este aspecto, se ha dicho que “los integrantes de la judicatura acuden a criterios como la naturaleza del hecho y la sola penalidad a imponer, los cuales no están previstos por la ley procesal penal para el dictado de tal medida, resultando influenciados por la amenaza de aplicación del régimen disciplinario y la presión de diversos sectores del gobierno, los medios de comunicación y la reacción popular” (Chinchilla Calderón & García Aguilar, 2003, p. 50). En nuestra investigación, un 46% de los entrevistados manifestó que los jueces dictan la prisión preventiva por razones extrajurídicas (alarma social, demagogia, etc.), un 31% estimó que la presión social influye en todos los casos (mientras que un 46% señaló que eso ocurría en la mayoría de los casos o en algunos casos), en tanto un 61% afirmó que en todos o la mayoría de los casos se daban presiones de instancias internas del Poder Judicial, para el dictado de la prisión preventiva, y solo un 8% rechazó esa afirmación.

en las resoluciones judiciales que resuelven la aplicación de la prisión preventiva⁹. Finalmente, alimentadas por los dos aspectos anteriores -populismo y apatía- normas procesales desenfocadas, ambiguas y oscuras, dan lugar a la expansión represiva apuntada.

Si avalamos lo dicho hasta este punto, resultaría evidente que ciertas figuras delictivas, susceptibles de generar mayor alarma social, son mucho más permeables a distorsiones metajurídicas, cuando de evaluación de medidas restrictivas de la libertad ambulatoria se trate. Dentro de los tipos penales referidos, en el ámbito costarricense, tal vez el ejemplo paradigmático sea el narcotráfico¹⁰, en cualquiera de sus múltiples modalidades comisivas¹¹.

La denominada *guerra contra las drogas*, iniciada durante el mandato de Richard Nixon, y canjeada en moneda de sangre en Latinoamérica durante décadas, ha demostrado su rotundo fracaso, lo que ha motivado en algunos países un viraje hacia su legalización, al menos en cuanto al *cannabis*¹². Sin embargo, en Costa Rica parecen no existir visos de retroceso, por el contrario, las agencias de represión estatal se precian de la cantidad de reos preventivos con que cuentan, sin reparar en que los reflectores de la violencia institucional se dirigen sobre los estratos más bajos del engranaje criminal, aquellos miembros prescindibles e intercambiables¹³.

⁹ Evidentemente existen otros factores que afectan, en general, una aplicación óptima del derecho, por ejemplo, la deficiente formación universitaria. Sobre este rubro, narrado de forma anecdótica y sencilla, puede verse: Nieva Fenoll, 2017, pp. 39–42. En cuanto al automatismo en las resoluciones judiciales que determinan medidas cautelares y la posibilidad de aplicación de mecanismos de inteligencia artificial en este tipo de decisiones, véase: Nieva Fenoll, 2018, pp. 61–77.

¹⁰ Considerando que en las causas por narcotráfico la prisión preventiva parece ser la regla y no la excepción: Chinchilla Calderón & García Aguilar, 2003, p. 49; Llobet Rodríguez, 2010, p. 26. En el mismo sentido, en nuestra investigación, un 92% de los entrevistados manifestó que en los delitos de narcotráfico no se efectúa un uso racional de la detención cautelar.

¹¹ Se trata de legislación voluble y exponencialmente represiva. La Ley N° 8204 dispone, solamente en el numeral 58, 16 verbos típicos del delito. La única salvedad, regresiva desde la perspectiva expansionista imperante, se dio con la “Reforma integral a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación capitales y financiamiento del terrorismo, para introducir la proporcionalidad y especificidad de género” (N° 9161), que adicionó el numeral 77 bis, estableciendo una penalidad menor “cuando una mujer sea autora o participe en la introducción en establecimientos penitenciarios de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, siempre que se encuentre en cierta condición de vulnerabilidad. La modificación, efectuada luego de una incesante lucha de diversos actores sociales, es un paso esperanzador, aunque resulta interesante que los argumentos esgrimidos para su vigencia, relacionados con la vulnerabilidad de los agentes, no se haya siquiera intentado trasladar a otras formas de perpetración del delito, con respecto a otros sujetos que también posean una condición de vulnerabilidad, por ejemplo, extrema pobreza, exclusión étnica, etc.

¹² Así, 8 jurisdicciones de los Estados Unidos de Norteamérica, Uruguay y, recientemente, Canadá, permiten el consumo de *cannabis* con fines recreativos, además de otros países, como Holanda, en donde la legalización ha sido parcial (UNODC, 2017, p. 20).

¹³ Como muestra, la actual Fiscal General de la República públicamente ha aportado, con notoria satisfacción y un dejo de orgullo, las cifras de reos preventivos a cargo de la Fiscalía contra el crimen organizado: De un total de 959 casos, 369 corresponden a tráfico local de drogas, 238 a tráfico internacional de drogas y 102 a homicidios relacionados con tráfico de drogas, mientras que la cifra restante se vincula con otro tipo de criminalidad. Del total indicado, 600 personas se encuentran descontando prisión preventiva, es decir, un 62%. Tomado de: https://www.teletica.com/182473_trafico-de-drogas-es-el-delito-mas-comun-que-lleva-a-sospechosos-a-cumplir-prision-preventiva Consultada: 09 de enero de 2019. Por su parte, la tasa de personas sentenciadas por

Las audiencias en que se evalúa la imposición de una medida cautelar, en los procesos penales, se dan en un momento incipiente de la investigación, sin contar con las garantías propias de la etapa de juicio, por ejemplo, en cuanto al examen de la prueba testimonial¹⁴, con escaso tiempo para el ejercicio adecuado de la defensa técnica y siendo previsible que el sujeto imputado se encuentre en un estado de *shock* producto de su aprehensión.

En ese contexto, aunado a los factores que, en delitos como los relativos a la narcoactividad, parecen incidir de manera importante en la disposición de la prisión preventiva, según se ha expuesto, el éxito de la defensa del procesado dependerá de una evaluación razonada y prolija por parte del órgano decisor, pero ¿tienen claridad los jueces en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva? ¿es posible, en ese estado del proceso, desentrañar aspectos tan complejos como la participación criminal o la proyección hipotética de pena? Y de ser posible, ¿es necesario? ¿se hace en la práctica? ¿conocen los jueces cuál es el estándar que debe superarse para acreditar el indicio de comisión de un delito y los riesgos procesales, como presupuesto imprescindible para el encierro cautelar? ¿puede reconocerse un tratamiento diferenciado para los delitos relacionados con el narcotráfico?¹⁵

El presente trabajo tiene como objetivo esencial ensayar una respuesta razonada frente a estas y otras interrogantes, con la finalidad de explorar la forma en que los jueces deciden el destino de personas, protegidas por el principio de presunción de inocencia, pero señaladas como autores probables de un delito que desencadena el clamor público por el rigor sancionatorio, como ocurre con la narcoactividad.

Como parte de la presente investigación se realizó una entrevista semi-estructurada¹⁶, con diferentes tópicos relativos a la aplicación de la prisión preventiva y el delito de narcotráfico.

narcoactividad asciende a 1039 personas, de las cuáles solamente 9 lo fueron por tráfico internacional de drogas. Tomado de: <http://www.mjp.go.cr/Home/Estadisticas> Consultada: 10 de enero de 2019.

¹⁴ En este tipo de audiencias los testigos simplemente se mencionan o se aporta como prueba lo referido por éstos en entrevistas ante el Ministerio Público, sin presencia del imputado ni su defensa, o lo manifestado en sus denuncias o informes de la policía, sin posibilidad de ejercer con amplitud principios fundamentales como la contradicción y la intermediación.

¹⁵ El cuestionamiento es extensible a los demás actores del sistema, fiscales, defensores públicos y litigantes.

¹⁶ Las entrevistas se efectuaron de manera personal o por medio de correo electrónico, entre los días jueves 10 y viernes 19 de enero de 2019, a 43 funcionarios vinculados con la administración de justicia (16 mujeres y 27 hombres), de las provincias de Puntarenas, San José, Heredia y Guanacaste. La composición de la muestra fue la siguiente: 20 personas con cargos (actuales o

Evidentemente no se pretende derivar de la muestra información generalizable, sino simplemente ejemplificativa, a fin de hilvanar de mejor forma el estado de la situación en cuanto a la práctica del encierro cautelar en el país.

2. Breviario de un instituto disfuncional

2.1 Avances y retrocesos

El actual Código Procesal Penal costarricense (en adelante CPP)¹⁷, influido por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988¹⁸, regula la prisión preventiva en forma similar a los demás países del subcontinente¹⁹. La reforma procesal significó en su momento un importante avance hacia un modelo normativo que se ajustase a los instrumentos internacionales vigentes en materia de tutela de los derechos fundamentales, acentuando los rasgos acusatorios en este (Llobet Rodríguez, 2018, p. 590). Sin embargo, la llamada doctrina de la seguridad ciudadana, que ha sido asimilada al denominado *populismo punitivo* (Llobet Rodríguez, 2010, p. 25), ha suscitado una serie de modificaciones tendientes a expandir el uso de la detención cautelar.

La “Ley de penalización de la violencia contra las mujeres”²⁰ incluyó como parte del *periculum libertatis*, requerido para el dictado de la detención cautelar, el “peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo”, mostrándose en esta reforma una feble técnica legislativa²¹. Por su parte,

pasados) en la judicatura, 13 con funciones en la defensoría pública y 10 representantes del Ministerio Público. Si bien es cierto que los datos recabados podrían tener algún sesgo, en virtud de la desproporción entre las funciones que desempeñan los entrevistados o, incluso su género, con una minoría de fiscales y de mujeres, en realidad fue muy complejo obtener una muestra mayor y más equilibrada, dado que muchas personas mostraron reticencia en participar, incluso señalado que no se sentían cómodas contestando algunas preguntas, mientras que otras simplemente no respondieron. Quizá algunas conclusiones puedan derivarse de esa simple situación.

¹⁷ Ley N° 7594, del 10 de abril de 1996, publicada en el Alcance número 31 del diario oficial La Gaceta N° 106 el 04 de junio de 1996. El CPP entró en vigor el 01 de enero de 1998.

¹⁸ De hecho, los numerales 202, 203 y 204 de esta codificación, son prácticamente idénticos a los numerales 239, 240 y 241 del CPP. Debe recordarse que el Código Procesal Penal Modelo fue elaborado, por gestión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, por una comisión de juristas de primer nivel, entre estos Vélez Mariconde y Clariá Olmedo (Maier, 1996). No obstante, se ha observado que uno de los rubros en donde muchos países se apartaron del Código Modelo fue precisamente en la regulación de la prisión preventiva, manteniéndose, en forma extendida, la causal de reiteración delictiva y ciertas prohibiciones excarcelatorias, por ejemplo, en delitos como el tráfico de drogas (Llobet Rodríguez, 2018, pp. 590–591).

¹⁹ Acreditando la uniformidad relativa en la regulación de la prisión preventiva en Latinoamérica: Dei Vecchi, 2015.

²⁰ Ley N° 8589, del 25 de abril de 2007.

²¹ Aunado a que se trata de una causal de naturaleza punitiva, aspecto sobre el que se avanzará en el siguiente capítulo, el principal problema se da en virtud de que, por error del legislador, el texto se añadió como un elemento normativo independiente o requisito material de la prisión preventiva, y no como una causal integrante del *periculum libertatis*. No obstante, la Sala Constitucional costarricense ha señalado que debe interpretarse como una causal y no como un requisito adicional (Llobet Rodríguez, 2017, p. 396).

la denominada “Ley de protección a víctimas y testigos”²² modificó el artículo 238²³ e incorporó el numeral 239 bis al CPP²⁴, disponiendo este último un listado adicional de “causales de prisión preventiva”, de clara orientación punitiva, que constituyen verdaderamente “un vehículo para la prevención general y prevención especial” (Llobet Rodríguez, 2017, p. 396) y que han sido severamente criticadas por la doctrina nacional²⁵.

Mientras tanto, las alternativas para limitar la excesiva aplicación de la prisión preventiva, por ejemplo, con la promulgación de la “Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal”²⁶, que amplió el catálogo de medidas cautelares diversas al encierro preventivo, permitiendo la libertad del encartado sujeto a localización permanente mediante tobillera electrónica, no ha tenido el impacto pretendido.

Por el contrario, se corre el riesgo de que este tipo de vías de control no operen en la práctica como instrumentos reductores de la prisión preventiva, ante la posibilidad de que ésta última medida cautelar se siga aplicando con normalidad y el uso de la vigilancia electrónica se extienda a casos en que antes se contemplaban rutas menos invasivas de la libertad y la privacidad del imputado²⁷.

²² Ley N° 8720, del 04 de marzo de 2009.

²³ Las variaciones implicaron la obligación de conocer la solicitud de prisión preventiva en una audiencia oral, la determinación de un plazo máximo de 24 horas para efectuar la gestión, si el imputado se encontrase detenido, así como plazos máximos para que el órgano decisor convoque la audiencia una vez que el encartado se ponga a su orden y proceda a resolver (48 horas), entre otros aspectos menos relevantes.

²⁴ “**Otras causales de prisión preventiva.** Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política: a) Cuando haya **flagrancia** en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. b) El hecho punible sea realizado **presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas**, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos. c) Cuando se trate de **personas reincidentes** en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas. d) Se trate de **delincuencia organizada**” (el destacado es propio).

²⁵ Debe indicarse que la detención cautelar no ha sido tratada de forma especialmente extensa en Costa Rica. No obstante, quienes se han avocado al tema lo han hecho de forma aguda y crítica, por ejemplo: Chinchilla Calderón & García Aguilar, 2003; Llobet Rodríguez, 2010, 2017; Mora Sánchez, 2015.

²⁶ Ley N° 9271, del 30 de septiembre de 2014.

²⁷ Un análisis pormenorizado de esta normativa se encuentra en: Mora Sánchez, 2017. Para el año 2017, el Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia reportó cifras de presos preventivos que oscilaron entre las 2622 y las 3154 personas (Informe 2017, 2018), cantidad que no dista mucho de las 3248 personas detenidas en esa condición que encontró la Comisión Interamericana en octubre de 2012 (Mora Sánchez, 2015, p. 35). Crítico con respecto a los controles telemáticos: Kent, 2006, pp. 157–176. Sobre la aplicación de las pulseras telemáticas como medida cautelar y en la fase de ejecución, en el ordenamiento jurídico español, véase: Nieva Fenoll, 2009, pp. 703–719.

2.2 ¿Y la presunción de inocencia? No gracias...

La tensión entre la presunción de inocencia, en su concepción moderna, y la prisión preventiva, se remonta hasta los inicios de la primera, durante la ilustración, y, posteriormente, con su expresa regulación en el artículo 9 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789²⁸.

El contenido de la presunción de inocencia no es un aspecto pacífico hasta nuestros días. Empero, Miranda Estrampes reconoce varios significados de la presunción de inocencia, a saber: como regla de tratamiento del imputado, como regla de juicio penal (rubro en el cuál integra el principio de *in dubio pro reo*) y como regla probatoria (en donde incorpora las condiciones de concurrencia de prueba, prueba de cargo, legitimidad, licitud y suficiencia de la prueba) (2004, pp. 11–19). No obstante, es en cuanto a la regla de trato en donde la presunción de inocencia se observa de plano incompatible con el encierro preventivo, pues, al margen de cualquier construcción conceptual que se pretenda sostener, es claro que una persona reducida a prisión se ve sometida al mismo componente aflictivo que un condenado²⁹.

Es precisamente esa característica instrumental-política de la prisión preventiva, que ya adelantaba en la introducción de este trabajo, lo que ha provocado que la evidente incompatibilidad entre el principio en cuestión y el encierro cautelar haya sido consentida y avalada por la mayoría de las legislaciones en el mundo, al no encontrarse un sucedáneo apropiado para apaciguar los humores sociales ante el fenómeno criminal.

Pueden reconocerse al menos tres posiciones diversas frente a la disyuntiva apuntada: las teorías sustantivistas autoritarias, las teorías sustantivistas liberales radicales o abolicionistas y las teorías procesalistas (Mora Sánchez, 2015, pp. 19–20). Mientras que las primeras se relacionan principalmente con las críticas dirigidas por el positivismo criminológico a la escuela clásica de la criminología, tendientes a rechazar o relativizar el principio de presunción de inocencia, lo que elimina cualquier obstáculo para la

²⁸ Un detallado análisis sobre los orígenes de la presunción de inocencia puede verse en: Llobet Rodríguez, 2010, pp. 45–62; Stumer, 2018, pp. 21–48.

²⁹ “La presunción de inocencia como regla de trato del imputado, por su parte, implicaría un verdadero contrapeso, si no obstáculo insalvable, frente a la pretensión de encarcelar a un individuo no declarado culpable: ¿cómo justificar el encarcelamiento de aquél que debe ser tratado como inocente si no ha sido condenado?” (Dei Vecchi, 2015a, p. 26). También Ibáñez sostiene que la presunción de inocencia como regla de trato implica exigencias jurídicas específicas, “siempre muy insuficientemente satisfechas, aquí no cabe engaño” (Ibáñez, 2015, p. 312). Por su parte, Binder señala que “La realidad nos muestra, al contrario, que existe una presunción de culpabilidad y los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones, por defectos del procedimiento, la sociedad “debe dejar salir”, a pesar de que “ya” fueron “condenados”, en la denuncia o por los medios masivos de comunicación” (2014, p. 127).

prisión preventiva³⁰, las segundas participan de una idea diametralmente contraria, observando una discordancia insalvable entre el principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva, considerada esta última como “uno de los institutos más injustos y distorsivos con los que funciona el sistema penal” (Vitale & Nicolás García, 2011, p. 1), por ser incluso más grave que una pena carcelaria³¹.

Pero la posición que se puede considerar imperante en la actualidad es la prolijada por las teorías procesalistas, que llamaré *concepción cautelar*³², la cual surge como una forma para investir de legitimidad un instituto tan cuestionado como la prisión preventiva, desde una visión un tanto ecléctica. Sobre este rubro versará el siguiente apartado.

2.2.1 La concepción cautelar

Desde la concepción cautelar, la legitimidad del encarcelamiento procesal estará supeditada a que, de hecho, la aplicación del instituto responda a la persecución de ciertas finalidades bien determinadas o específicas; mientras que la pena puede dirigirse a la consecución de objetivos preventivos, la detención cautelar solamente podrá orientarse a un propósito de aseguramiento procesal. Para limar las posibles contradicciones entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva se ha invocado el llamado “principio de coherencia del orden jurídico”, para afirmar que el hecho de que, históricamente y hasta la actualidad, se haya regulado, tanto la presunción de inocencia como el encarcelamiento cautelar, implica necesariamente que deban realizarse esfuerzos, no solo para explicar su coexistencia, sino, especialmente, para justificar su compatibilidad, siendo la postura cautelar la solución óptima, al admitir una influencia de la presunción de inocencia sobre la prisión preventiva (Llobet Rodríguez, 2010, pp. 121–129)³³.

³⁰ Se trata de las ideas de autores como Raffaele Garofalo, Enrico Ferri, Vincenzo Manzini, Pedro Dorado y Filippo Grammatica. También pueden considerarse dentro de este rubro las posiciones tendientes a observar la prisión preventiva como sanción procesal o como pena, de acuerdo con el pensamiento de Max Wolff y Jean Bornecque, respectivamente. Sobre el tema puede verse: Llobet Rodríguez, 2010, pp. 70–120.

³¹ “(...) la prisión durante el proceso es aplicada a quien vive una tremenda situación de incertidumbre -propia de todo proceso- y para colmo de males quien la sufre no sabe siquiera por cuánto tiempo perdurará” (Vitale & Nicolás García, 2011, p. 5). Al analizar la prisión preventiva, refiere Binder que “Así como el juicio previo es muchas veces una ficción, el principio de inocencia también suele serlo” (2014, p. 127).

³² El término se toma de: Dei Vecchi, 2015^a.

³³ La doctrina nacional ha avalado esta postura. Por ejemplo, Llobet sostiene que el reconocimiento simultáneo de la prisión preventiva y la presunción de inocencia torna necesario que “por el principio de coherencia del orden jurídico deba buscarse una interpretación compatible con la prisión preventiva” (Llobet Rodríguez, 2010, p. 128). Por su parte, Chinchilla y García, luego de realizar un recorrido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense que avala la prisión preventiva y no observa roces entre ésta y el principio de presunción de inocencia, de forma crítica afirman que “en buena lógica existe una evidente contradicción en la promulgación de un estado jurídico de inocencia con alcances para todo el proceso penal, cuando se admite la posibilidad de restricción de la libertad sin que aún exista una sentencia que decrete la responsabilidad del sujeto en el delito” (2003, p. 97).

Este argumento no resulta convincente, pues parece elegir el *mal menor*, con base en una especie de “ideología normativa disfrazada”³⁴, pues presenta un discurso justificatorio ideal (a partir de una falacia de generalización, haciendo uso del pretendido principio de coherencia) a partir de una práctica normativa estandarizada, pero -en tanto impregnada de intereses de toda índole, habida cuenta del potente instrumento político que resulta ser la prisión preventiva, según se ha visto- susceptible de yerros e interpretaciones erróneas³⁵.

El punto crucial, como lo señala Dei Vecchi, necesario para establecer la legitimidad de la prisión preventiva, específicamente de su premisa normativa, sería determinar si la privación de libertad así dispuesta es o no compatible, desde el punto de vista constitucional y convencional, con los derechos de libertad ambulatoria y de la presunción de inocencia como regla de trato (2013, p. 212)³⁶. Una reflexión en este último sentido es francamente desfavorable hacia las pretensiones de legitimidad del encierro cautelar.

Al margen de lo expuesto, siendo la posición cautelar pacíficamente receptada en el ordenamiento jurídico costarricense, en los siguientes apartados se expondrá someramente la lectura que los Tribunales internos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) han tenido en cuanto a la prisión preventiva así entendida.

2.2.1.1 Interpretación de los tribunales internos

El CPP acoge expresamente la concepción cautelar, al señalar en su artículo 238 que la prisión preventiva solamente se dispondrá “en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley”³⁷. No obstante, de forma inconsecuente, al lado de las causales tradicionalmente admitidas por la doctrina especializada como de *orden procesal* -el peligro de fuga y el peligro de obstaculización- se ha regulado otra tipología de causales que mantienen características marcadamente punitivas, por existir una trasmisión directa de fines del derecho penal preventivo al derecho procesal penal,

³⁴ “(...) al presentar las cosas de una manera distinta -confundiendo el plano del ser con el del deber ser- desvía la mirada de lo que realmente sucede” (Salas, 2017, p. 142).

³⁵ “El hecho de que desde los orígenes mismos de la presunción de inocencia y hasta la fecha se haya aceptado a la prisión preventiva como medida cautelar poco dice (...)” (Dei Vecchi, 2013, p. 212).

³⁶ El autor enfatiza el desenfoque que han tenido las críticas lanzadas por los abolicionistas, relacionadas esencialmente con la idéntica repercusión aflictiva que representa la pena con relación a la prisión preventiva.

³⁷ Debe resaltarse, además, que la regulación de la prisión preventiva se dispone en el Libro IV, Título I del CPP, que se denomina “Medidas cautelares de carácter personal”.

también preventivo, sin ninguna vinculación con la seguridad o eficacia del procedimiento judicial (Maier, 2011, p. 392), por ejemplo, el riesgo de continuidad delictiva y el peligro para la víctima³⁸.

Empero, en diversas resoluciones, la Sala Constitucional (en adelante SC) ha estimado como ajustadas a la Constitución Política la normativización de peligros de tipo punitivo, como sustento para imponer la prisión preventiva, en especial la reiteración delictiva³⁹, sin mayor reflexión sobre sus posibles roces con la concepción cautelar (quizá solo formalmente) imperante.

A pesar de la indolencia de la SC sobre un tema tan relevante como el acá analizado, en los últimos años algunos tribunales han mostrado una sólida resistencia ante la vigencia de los peligros de tipo punitivo, ejerciendo un control difuso de convencionalidad, para ajustar el ordenamiento jurídico a los parámetros establecidos por el *corpus iuris* interamericano, ya sea realizando una interpretación conforme con esos parámetros, o bien, desaplicando las normas, con efectos *inter partes* y *ex nunc*⁴⁰.

2.2.1.2 Interpretación de la CIDH

³⁸ Establece el numeral 239 del CPP: “El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él. b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (**peligro de fuga**); obstaculizará la averiguación de la verdad (**peligro de obstaculización**); o **continuará la actividad delictiva**. c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad. d) Exista **peligro para la víctima**, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no” (el destacado es propio). En cuanto a las demás causales de norte punitivo, véase nota al pie número 24.

³⁹ Ver *inter alia*: voto 7066-II del 31 de mayo, integrada por Jinesta, Castillo, Araya, Cruz, Salazar, Hernández y Armijo; voto 3852-II del 23 de marzo, integrada por Mora, Castillo, Salazar, Armijo, Cruz, Pacheco y Araya. También la SC ha avalado el dictado de la prisión preventiva con fundamento en riesgos de tipo punitivo, arguyendo una finalidad de protección del orden jurídico y el interés de la comunidad; en ese sentido pueden verse los votos 5861-94, integrada por Mora, Castro, Solano, Sancho, Arguedas, Arias y Molina; 7900-2004, del 21 de julio, integrada por Solano, Calzada, Vargas, Jinesta, Molina, Cruz y Castro; 2008-00053; 4382-95, 1438-92; 2048-95. Sobre el peligro para la víctima (considerada en sí misma, sin vinculación con la posible obstaculización del proceso), la SC ha dispuesto su constitucionalidad, señalando, mediante una clara falacia *petitio principii*, que “si bien es cierto que en el caso no es un peligro procesal el que faculta la imposición de la medida restrictiva de la libertad, sino la peligrosidad del sujeto activo del hecho, esa posibilidad ya fue utilizada por el legislador en el artículo 239 del Código Penal, que posibilita la imposición de una prisión preventiva por otra razón de peligrosidad personal, la continuación de la actividad delictiva, sin que ello se haya estimado inconstitucional” (voto 01800-2005, del 23 de febrero, integrada por Solano, Mora, Vargas, Armijo, Jinesta, Alfaro y Batalla; con votos salvados de Solano y Vargas y nota separada de Mora).

⁴⁰ Lo que he llamado posición intermedia o moderada y posición radical positiva del control difuso de convencionalidad, respectivamente (Mora Sánchez, 2015, pp. 180–182). La posibilidad de efectuar un control difuso de convencionalidad, con la intensidad señalada, aún resulta controversial en el ámbito nacional. Cfr. Miranda, 2015, pp. 133–134. Admitiendo un control difuso de convencionalidad, de acuerdo con la postura radical positiva referida, puede verse el voto 2015-665 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José, en donde se dispuso: “No estima procedente, esta Cámara, aludir al peligro de reiteración delictiva porque, por mucho que se encuentre previsto en nuestra legislación y lo haya avalado la Sala Constitucional, el mismo no es aceptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el “Pacto de San José de Costa Rica” (en adelante CADH)⁴¹ y otros instrumentos internacionales que han sido integrados por la CIDH en el llamado *bloque de convencionalidad*, supeditan la restricción de la libertad del imputado únicamente a razones de carácter procesal y siempre de forma excepcional⁴². Esta postura ha sido enfáticamente asumida, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH)⁴³, como por la CIDH.

En el caso de la CIDH, ya se cuenta con una abundante lista de asuntos contenciosos en donde, progresivamente, ha delineado los límites de la prisión preventiva, proscribiendo de manera expresa su aplicación a partir de causas irrelevantes procesalmente y que respondan a finalidades atribuidas a las penas, como lo son la prevención especial o general⁴⁴.

En uno de los últimos casos en que la CIDH valoró la dimensión que debe mantener la prisión preventiva para resultar conforme con el plexo convencional, ante la solicitud de medidas provisionales, en *Milagro Sala vs. Argentina* (resolución del 23 de noviembre de 2017), determinó que “los únicos fines procesales que justifican una privación preventiva de la libertad son: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

⁴¹ Suscrita por Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y ratificada por la Asamblea Legislativa mediante la Ley número 4534, del 23 de febrero de 1970.

⁴² Sin pretensión de exhaustividad, pueden indicarse las siguientes disposiciones: Artículo 7.5 de la CADH; las reglas décimo sexta y vigésima de las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal”, conocidas como “Reglas de Mallorca”; y el principio noveno del “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988). La única excepción se da en las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad”, denominadas como “Reglas de Tokio”, que establecen: “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la **protección de la sociedad y de la víctima**” (el destacado es propio).

⁴³ Por ejemplo, a través del conocido informe 35-07 (caso Peirano Basso vs. Uruguay), que estableció, en lo que interesa “84 (...) se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva”. De acuerdo con Bigliani y Bovino, este informe refleja el estado actual de la opinión de la CoIDH sobre la prisión preventiva y constituye la aplicación concreta de los principios desarrollados en el seno del sistema interamericano (2008, pp. 6–7). También en los siguientes documentos o informes rendidos por la CoIDH se observa una posición similar: documento rendido en el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, denominado “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, específicamente el Principio III, punto 2 *in fine*; Informe presentado en el 146° período de sesiones de la CoIDH (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), denominado “Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas”; Informe sobre prisión preventiva en las Américas (2013, párrafo 146), aunque en este la CoIDH avala que el criterio de reincidencia pueda considerarse como un elemento más en el análisis de procedencia de la medida en el caso concreto; Informe presentado con ocasión del 150° período ordinario de sesiones (Washington, DC, 20 de marzo a 4 de abril de 2014).

⁴⁴ En el caso *Suárez Rosero vs Ecuador* (sentencia del 12 de noviembre de 1997), la CIDH determinó que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, postura que se ha reiterado y ampliado en las siguientes resoluciones: *Acosta Calderón vs. Ecuador* (sentencia del 24 de junio de 2005), *Palamara Iribarne vs Chile* (sentencia del 22 de noviembre de 2005), *López Álvarez vs. Honduras* (sentencia del 01 de febrero de 2006), *Servellón García vs Honduras* (sentencia del 21 de septiembre de 2006), *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (sentencia del 21 de noviembre de 2007), *Bayarri vs. Argentina* (sentencia del 30 de octubre de 2008) y *Barreto Leiva vs. Venezuela* (sentencia del 17 de noviembre de 2009).

Asimismo, este Tribunal ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto⁴⁵; y, aún de forma más reciente, ante la posibilidad de que México amplíe el catálogo de delitos para la aplicación de la prisión preventiva automática, mediante comunicado de prensa 003/19, del 09 de enero de 2019, la CIDH recordó que la prisión preventiva solo puede ordenarse “para evitar razonablemente el peligro de fuga o impedir el entorpecimiento de las investigaciones”.

3. La justificación de la prisión preventiva

Hasta este punto, se tiene claro que existe una palmaria dicotomía entre la concepción cautelar dominante, el marco normativo interno de referencia, la lectura que de este realizan los tribunales nacionales, el bloque de convencionalidad aplicable y el criterio sostenido por la CIDH y otros entes internacionales, con respecto a la prisión preventiva. Dentro de este caos, conviene preguntarse ¿qué es lo que hacen los jueces cuando evalúan la procedencia de la prisión preventiva? Los siguientes acápite procurarán brindar alguna respuesta a esta interrogante.

3.1. La premisa normativa de la prisión preventiva

Siguiendo la nomenclatura utilizada por Dei Vecchi (2013, 2015a, 2015b), conforme con la concepción cautelar, son tres los requisitos materiales de procedibilidad de la prisión preventiva, que constituyen su premisa normativa: El ***fumus commissi delicti***, que implica la probabilidad de que el imputado sea el autor de un delito⁴⁶; el ***periculum libertatis***, determinado por la presencia de una causal de prisión preventiva⁴⁷; y la **indispensabilidad**, que implica que la medida sea condición necesaria para la tutela de los fines del proceso (Dei Vecchi, 2015a, p. 36)⁴⁸. Siendo que

⁴⁵ La CIDH cita, además, en respaldo de lo expuesto, los siguientes casos: J. vs. Perú (sentencia del 27 de noviembre de 2013); Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile (sentencia del 29 de mayo de 2014); Wong Ho Wing vs. Perú (sentencia del 30 de junio de 2015).

⁴⁶ “La afirmación del grado de probabilidad se refiere a que el imputado haya cometido un hecho típico, antijurídico y culpable” (Llobet Rodríguez, 2018, p. 598).

⁴⁷ “(...) probabilidad de frustración de los fines del proceso como contrafáctico del estado de libertad del acusado” (Dei Vecchi, 2013, p. 198).

⁴⁸ En la doctrina costarricense se ha asumido, como tercer requisito material para la procedencia de la detención cautelar, “el respeto al principio de proporcionalidad” (Llobet Rodríguez, 2017, p. 293). En sentido amplio, el principio de proporcionalidad, o de prohibición de exceso, se ve integrado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Aguado Correa, 2012, pp. 123–266), por lo que puede establecerse cierta equivalencia entre este y la noción de indispensabilidad, antes apuntada, especialmente en cuanto a las vertientes de necesidad e idoneidad. Se ha preferido el término indispensabilidad, en tanto se estima que el principio de proporcionalidad en sentido estricto es un correctivo general más que un requisito material, exclusivo de la prisión preventiva.

la premisa normativa de la prisión preventiva expuesta, derivada de la concepción cautelar, estará justificada únicamente en la medida en que dicha noción también lo esté (Dei Vecchi, 2013, p. 199), resulta claro que la detención cautelar así entendida descansa sobre febles bases⁴⁹.

El problema radica en la pretensión de que, al asumir la concepción cautelar, por *fuerza de fe*, se justifica la premisa normativa de la prisión preventiva, aunque, como refiere Dei Vecchi, no se siga de allí aptitud justificativa alguna (2013, p. 201). En la doctrina costarricense, se ha sostenido que la prisión preventiva y la presunción de inocencia “no pueden ser estimadas como incompatibles, aunque la segunda establece límites sobre la primera” (Llobet Rodríguez, 2017, p. 390), con lo que se hace especial referencia a la imposibilidad de que la medida se convierta en una pena anticipada.

En contraposición, estimo inconciliable la vigencia de la detención preventiva y la presunción de inocencia como regla de trato⁵⁰. Desde la concepción cautelar, más que justificar la prisión preventiva, se presenta una solapada renuncia a ello y, en su lugar, lo que se hace es *explicar* cada una de las aristas de su premisa normativa, como fórmulas de mitigación de la detención preventiva. Es decir, cuando se refiere que el *fumus commissi delicti*, como requisito material de la prisión preventiva, es una exigencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto (Llobet Rodríguez, 2018, p. 604), o cuando se afirma que el *periculum libertatis* debe ligarse a fines estrictamente procesales, nada se dice sobre cuáles son las razones que hacen posible el encarcelamiento de personas aún inocentes⁵¹.

3.2. La premisa fáctica de la prisión preventiva

Uno de los aspectos más relevantes en cuanto a la determinación de la procedibilidad de la prisión preventiva es el relativo al establecimiento de “los hechos cuya ocurrencia equivalen a peligrosidad procesal e indispensabilidad” (Dei Vecchi, 2015a, p. 3), al tiempo que los problemas que se presentan con el *fumus commissi delicti* se encuentran generalmente -pero no únicamente-

⁴⁹ Sobre las inconsistencias de la concepción cautelar se remite a lo expuesto en el capítulo 2.

⁵⁰ Un sintético esbozo sobre las razones que avalan esta posición puede verse en: Fernández López, 2004, pp. 218–222.

⁵¹ El abordaje prolijo de este tema excede las pretensiones de este trabajo, por lo que se remite al lector al excelente artículo de Dei Vecchi (2013) sobre el particular.

relacionados con la determinación del estándar de prueba, cuestión que se abordará en el capítulo cuarto.

Al margen de lo anterior, desde ya es preciso efectuar algunas precisiones sobre la justificación de la premisa fáctica del *fumus commissi delicti*. En primer lugar, se asume en este trabajo la postura concebida por Ferrúa, según la cuál el *fumus commissi delicti* es una hipótesis diversa a la premisa fáctica relativa a la decisión final, en tanto, mientras que en el primer caso debe probarse la *probabilidad* de que el proceso culmine con una sentencia condenatoria contra el imputado, es decir, un pronóstico sobre el resultado del proceso en sí mismo⁵², en el segundo, la prueba será dirigida a la acreditación concreta del hecho y la participación del encartado.

Como puede verse, la diferencia radica en que la premisa fáctica del *fumus commissi delicti* (“es probable que el proceso culmine con una sentencia condenatoria contra X”) incorpora una hipótesis probabilística que trasciende los aspectos probatorios relacionados con la justificación de la hipótesis de la sentencia. Al considerar que se trata de proposiciones diversas, se sortea el problema de mantener estándares probatorios idénticos y provocar una “sentencia temprana” (Ferrua, 2018, p. 120) con el dictado de la prisión preventiva⁵³.

La asunción de la concepción cautelar trae consigo, necesariamente, que a la prisión preventiva se le atribuyan las características de instrumentalidad, excepcionalidad, legalidad y jurisdiccionalidad (Dei Vecchi, 2015b, p. 35), siendo a partir de esta última propiedad que se torna imprescindible la justificación, en el caso concreto, de la premisa fáctica de la medida⁵⁴, lo que requiere un ejercicio calificadorio y el despliegue del razonamiento inferencial probatorio⁵⁵.

⁵² Agradezco a Diego Dei Vecchi por sugerir este punto.

⁵³ Ferrúa considera que la determinación de diversos estándares de prueba para distintas fases del proceso penal constituye “una perspectiva inaceptable porque, al disminuir el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, el concepto mismo de probar se omite y se entra en el ámbito de las ilusiones y sospechas” (2018, p. 120; traducción libre).

⁵⁴ De acuerdo con Dei Vecchi, para tener por probada una premisa fáctica se debe: 1. Probar un enunciado acerca de un hecho (acá se imbuyen las categorías de enunciado probatorio e inferencia probatoria); 2. Determinar si ese enunciado es una instancia particular del supuesto de hecho de la premisa normativa (incorpora las categorías enunciado calificadorio y razonamiento calificadorio) (2015b, p. 2).

⁵⁵ Sobre la problemática que entraña la diferenciación entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*, puede verse: González Lagier, 2013, pp. 29–36. El autor señala: “La calificación jurídica opera ciertamente con hechos, pero es una operación interpretativa que no podría realizarse sin normas; y -lo que es más grave y menos evidente- la prueba también está teñida de normatividad” (2013, p. 35).

Según lo señalado, mientras que la justificación del *fumus comissi delicti* coincide parcialmente con la justificación de la decisión final (existencia del hecho y participación del imputado), pero con la relevante diferencia apuntada, relativa a la incorporación de una hipótesis probabilística sobre el resultado del proceso, la gran dificultad que se presenta para justificar adecuadamente el *periculum libertatis* surge de las características del supuesto de hecho previsto en la premisa normativa, pues se trata de un hecho futuro⁵⁶, en donde se evalúa una peligrosidad de segundo orden, dado que es preciso realizar una prognosis sobre la producción de un evento relevante y, además, de la producción de un resultado concreto a partir de ese evento (Dei Vecchi, 2015a, p. 3).

En otras palabras, se trata de una especie de *peligro de peligro*, una hipótesis probabilística doble, en donde el pronóstico no solamente se da con respecto a la creación de cierta secuela, sino también en cuanto al *hecho base* (Dei Vecchi, 2015a, p. 3). Por esta razón, al presentar mayores complicaciones, en lo que sigue nos concentraremos en el análisis de la justificación del *periculum libertatis*.

Partiendo de los peligros procesales regulados en el CPP⁵⁷, sean el peligro de fuga⁵⁸ y el riesgo de obstaculización⁵⁹, la justificación de la premisa fáctica tendría que considerar, por ejemplo, la probabilidad de que “X” intente salir del país para eludir la acción de la justicia, además de la probabilidad de que “X” en efecto salga del país y eluda la acción de la justicia.

Por otro lado, para la reconstrucción de una inferencia probatoria, cualquiera que sea, suele utilizarse el esquema desarrollado por Toulmin, para quien “un argumento es igual a un organismo”

⁵⁶ “La prueba de hechos futuros o los *future dangerousness assessments*, como se les conoce en la doctrina anglosajona, presentan una enorme trascendencia en los procesos penales, principalmente en la determinación de medidas cautelares y prisión preventiva (...) En cualquier caso, se trata de acontecimientos futuros, no susceptibles de prueba directa, que se asientan en la conjetura de su eventual existencia” (Mora Sánchez, 2018). También utilizando esta nomenclatura, véase: Hunter Ampuero, 2015.

⁵⁷ Por no corresponder con la concepción cautelar, se prescindirá en este análisis de los riesgos de tipo punitivo.

⁵⁸ Artículo 240 CPP: “**Peligro de fuga.** Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) **Arraigo en el país**, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga. b) La **pena** que podría llegarse a imponer en el caso. c) La **magnitud del daño** causado. d) El **comportamiento del imputado** durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal” (el destacado es propio).

⁵⁹ Artículo 241 CPP: “**Peligro de obstaculización.** Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la **grave sospecha** de que el imputado: a) Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba. b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos. El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate” (el destacado es propio).

(2007, p. 129)⁶⁰. De acuerdo con este modelo, el punto de partida es la *afirmación* o conclusión, cuyo valor se quiere determinar; los *datos*, que son los elementos justificatorios que sirven de sostén a la afirmación; las *garantías*, que son “enunciados hipotéticos, de carácter general, que actúan como puente” entre la afirmación y los datos; y, finalmente, el *respaldo* de la garantía, que se muestra como “otras certezas, sin las cuales las propias garantías carecerían de autoridad y vigencia” (Toulmin, 2007, pp. 129–153)⁶¹.

Desde esta perspectiva, tal y como lo señala Dei Vecchi, el punto álgido de la discusión es determinar cuándo las razones, entendidas en términos epistémicos, brindadas “en favor de un enunciado fáctico resultan suficientes para aceptarlo como verdadero” (2015a, p. 4). Ubicándonos en la justificación del *periculum libertatis*, supongamos que la afirmación es “X en libertad probablemente intente fugarse y conseguirá evadir el proceso en su contra”; en este escenario, la pregunta sería ¿cuáles son los datos susceptibles de dar soporte a esa afirmación? Y ¿cuál puede ser la garantía y, eventualmente, el respaldo de ésta?

3.2.1 ¿Indicios o presunciones?

Mientras que el numeral 240 del CPP, que regula el peligro de fuga, ofrece un listado de aspectos que el órgano decisor deberá tomar *especialmente* en cuenta para determinar la procedencia del encierro preventivo (existencia de arraigo en el país, expectativa de pena a imponer, magnitud del daño causado, comportamiento del imputado) y además incluye expresamente una “presunción de fuga” cuando exista falsedad, falta de información o de actualización del domicilio por parte del procesado -aunado a que también el artículo 239 del CPP habla de una “presunción razonable” sobre la existencia de los riesgos procesales-, el numeral 241 del mismo cuerpo normativo, que regula el peligro de obstaculización, refiere únicamente algunas conductas que puede desplegar el imputado, consideradas actos de obstaculización, y sobre las cuáles debe existir una “grave sospecha”.

⁶⁰ Siguen el modelo de Toulmin, aunque con algunas variaciones terminológicas: Dei Vecchi, 2015a, p. 4; González Lagier, 2013, pp. 40–51.

⁶¹ El autor también hace referencia a lo que denomina calificativos o *matizadores modales* y condiciones de excepción o de refutación, siendo aspectos que exceden las pretensiones del presente trabajo.

De la forma en que se asuman estos indicadores dependerá la posible realización de una inferencia probatoria, en el sentido requerido por la concepción cautelar. Si se estima que se trata de presunciones jurídicas, éstas operan como una fórmula de distribución de la carga de la prueba⁶², si la presunción es refutable (presunción *iuris tantum*), o como una regla jurídica inderrotable, si la presunción es concluyente (presunción *iuris et de iure*) (Schauer, 2013, pp. 228–232). En cualquier caso, los datos constituidos por los referidos indicadores tendrían como garantía, no un componente fáctico, sino un elemento normativo, que los excluye como genuinas pruebas⁶³.

De esta forma, para que haya una genuina justificación probatoria de la premisa fáctica del *periculum libertatis*, necesariamente deben entenderse los indicadores referidos como presunciones *hominis*, es decir, como indicios⁶⁴ o datos cuyo respaldo se constituye por consideraciones empíricas, por máximas de la experiencia (Dei Vecchi, 2015a, p. 6)⁶⁵.

Sin embargo, dotar a los datos de un respaldo con validez epistémica no es algo para nada sencillo. Efectuar una prognosis de la conducta humana, aún disponiendo de información estadística que relacione ciertos datos con la concreción de un peligro procesal⁶⁶, resulta extraordinariamente complejo.

Incluso desde el plano de la economía de la conducta y la psicología cognitiva se ha puesto en evidencia que las personas, al disponer de una racionalidad limitada, dirigen su comportamiento de

⁶² Sobre la carga de la prueba, de forma crítica, véase: Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán, & Giannini, 2019.

⁶³ “(...) el argumento determinante para descartar las presunciones *iuris*, en cualquier versión, como argumentos aptos para dar por acreditada la peligrosidad procesal tal que el encarcelamiento cautelar es indispensable, está en que esta clase de presunciones no son prueba en absoluto” (Dei Vecchi, 2015a, pp. 5–6).

⁶⁴ “El indicio, por tanto, no es equivalente a una presunción sino que constituye, insistimos, el hecho base de la presunción” (Miranda Estrampes, 1997, p. 227).

⁶⁵ “(...) su idoneidad inferencial en términos probatorios dependerá de que sean aptos como datos indiciarios, lo cual requerirá de la presencia de un respaldo fáctico justificado. En otras palabras, es insoslayable una fundamentación empírica, y no normativa, que cimiente la regla de paso del dato indiciario a la pretensión, tal que esa regla constituya una genuina máxima de experiencia” (Dei Vecchi, 2015b, p. 147). Desde una perspectiva similar, Hunter Ampuero habla de indicios tipo, enfatizando que “deben funcionar como guías y no como reglas” (2015, p. 246).

⁶⁶ Sobre los problemas relativos a la utilización de la estadística como garantía de los datos, se ocupa Dei Vecchi al analizar el sistema estadounidense y la aplicación del *bail denial* (Dei Vecchi, 2015b, pp. 152–156). Por su parte, se han señalado tres problemas en cuanto a la información estadística: 1. No se dispone de esa información; 2. No se dispone de un mecanismo para determinar cuál es la clase de referencia (hombres, pobres, etc.), siendo las posibles combinaciones de factores infinita. 3. Aún disponiendo de información estadística, esta no dice nada sobre el caso concreto a juzgar (Ferrer Beltrán, 2018b, pp. 149–150). Asimismo, Nieva Fenoll, de manera crítica, se ha ocupado de diversos protocolos de predicción del riesgo, como el conocido *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS), que se basan en datos estadísticos de personas que descuentan prisión, considerando que se trata de instrumentos potencialmente racistas y cuya fiabilidad es sumamente cuestionable, en la medida que “[l]as correlaciones prejuiciosas de aquellos que configuran una encuesta obviamente condicionan el resultado” (2018, p. 70).

forma contextual, aspecto que suele ser dejado de lado, máxime cuando se ha planteado que los individuos, en términos generales, suelen valorar positivamente el *statu quo* y mantienen cierta aversión por seleccionar alternativas extremas (Stordeur, 2011, pp. 51–54). Lo expuesto tendría implicaciones de gran relevancia, por ejemplo, al evaluar si una persona estuviera dispuesta a una abrupta ruptura de su modo de vida, al colocarse en estado de prófugo, sea cuales fueran los datos que pretendidamente apunten en esa dirección, sin conocer exactamente su entorno vital⁶⁷.

La escasa claridad en la regulación normativa provoca incertidumbre en los jueces, fiscales y defensores que intervienen en el proceso penal, lo que se demuestra en los resultados de la entrevista semiestructurada realizada⁶⁸. El 77% de los entrevistados afirmó que los indicadores contenidos en los numerales 240 y 241 del CPP eran presunciones *iuris tantum*, el 8% consideró que se trataba de indicios taxativos (que necesariamente debían acreditarse), mientras que solamente un 15% estimó que eran meramente indicios ejemplificativos o guías dispuestas por el legislador.

A partir de la información recabada, se concuerda con Salas en cuanto a que “los tribunales trabajan en este campo con métodos de predicción prácticamente intuitivos y por ello muy dudosos desde un punto de vista científico. La praxis jurídica se orienta acá, más que por la consideración de baremos empíricos, por la intuición forense o por la experiencia personal de los operadores del derecho, lo que redundará, finalmente, en una forma de esoterismo epistemológico, pero con graves consecuencias para los imputados” (2012, p. 202)⁶⁹. Dando cuenta de esta situación, Dei Vecchi refiere, con acierto, que la relación que se da entre los datos y el supuesto de hecho relevante es de carácter interpretativo y no probatorio (2015a, p. 8)⁷⁰.

⁶⁷ A propósito del riesgo de fuga y con relación a la utilización de inteligencia artificial en las resoluciones judiciales, refiere Nieva Fenoll: “[L]o que falta en esta materia es que los psicólogos de la personalidad se empeñen en un estudio como el que sí que han realizado, con todos sus problemas, para la reincidencia (...) Siendo así, es posible que se pudieran establecer variables algo más claras y determinantes de este tipo de riesgo, que sí podrían ser introducidas en un algoritmo” (2018, pp. 76–77).

⁶⁸ Pese a que la doctrina nacional que se ha ocupado del tema ha sostenido que los peligros de fuga y obstaculización deben asumirse como riesgos concretos y no como presunciones. Por ejemplo, con cita de múltiples resoluciones de la CIDH, puede verse: (Llobet Rodríguez, 2018, pp. 611–614)

⁶⁹ Refiere Juliano: “(...) pronosticar el aludido “peligro de fuga” del modo que se registra en la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales, constituye una aventura jurídica de difíciles alcances e imprevisibles consecuencias y que por ello debiera merecer extremados cuidados a la hora de disponer su suministro” (2006, p. 6). En sentido similar, Nieva Fenoll refiere que “el riesgo de fuga pertenece a las más internas ideas de un sujeto y, por más que se pretenda lo contrario, no acostumbra a ser algo que pueda venir descubierto por circunstancia externa de ningún tipo en realidad” (2018, p. 75).

⁷⁰ “Lo que el legislador o los jueces hacen al catalogar los datos a partir de los cuales se tendrá por probada la peligrosidad procesal es entonces, en rigor de verdad, definirlo” (Dei Vecchi, 2015a, p. 8).

4. Estándares de prueba en la prisión preventiva

Siguiendo a Ferrer Beltrán, la determinación de cierto umbral de corroboración de una hipótesis fáctica, que se exija normativamente, depende de la valoración acerca de la distribución de riesgos de error que se considere admisible, según el procedimiento judicial que se trate. Aunque el estándar de prueba, por razones de política pública, puede graduarse de forma diversa, estableciendo distintos umbrales para cuestiones disímiles, esa programación debe disponerse legislativamente y no por vía jurisprudencial (Ferrer Beltrán, 2007, p. 143), si se quiere respetar un elemental principio de seguridad jurídica.

En los procesos penales, la conocida “máxima de Trajano”, *satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis*, reconoce que es preferible la impunidad de un culpable que la condena de un inocente⁷¹, cuestión en la que parece existir acuerdo. Ahora bien, si se parte de las consecuencias nefastas que la prisión preventiva tiene en un individuo, asimilables en todos los aspectos al encierro como pena e incluso con efectos más perniciosos⁷², no existen razones para entender que el brocardo aludido excluya esta modalidad de reclusión, siendo posible efectuar una simple variación modal del precepto, de forma que se entienda que es *preferible la libertad de un sujeto peligroso que el encierro de alguien inofensivo*.

Visto de esa manera, si se enfatizan las consecuencias de un *falso positivo*, sea cual sea la modalidad de encierro, estimo aconsejable la definición de un estándar probatorio riguroso y equivalente, tanto para la pena de prisión como para la detención cautelar, aunque dicha asimilación no se

⁷¹ Sancinetti reconoce un origen aún más remoto a la máxima indicada, en la tradición judeocristiana: la llamada “Intercesión de Abraham”, cuando Dios está a punto de destruir a Sodoma: “¿De verdad vas a aniquilar al justo con el malvado?” (2012). Por su parte, Schauer, con cita de Blackstone, señala que “(...) el derecho sostiene que es mejor que diez personas culpables escapen antes que un inocente sufra”, lo cual este último autor escribió en 1759, reconociendo antecedentes más lejanos en John Fortescue (1471): “(...) debo, en efecto, preferir veinte hombres culpables que escapen por piedad que un inocente condenado injustamente” (2013, p. 225). También Laudan hace un curioso recuento cuantitativo de la formulación del citado brocardo, según el número de culpables libres que cada autor estimase preferible frente a un inocente falsamente inculcado, pasando por Voltaire, Sir Mathew Hale, Blackstone, Fortescue, Benjamín Franklin y Moses Maimonides (2013, p. 103).

⁷² “(...) además de compartir la suerte de los condenados (sobre todo en cuanto a condiciones infrahumanas de alojamiento), sufren restricciones mayores, derivadas de todos los obstáculos que su propia condición les impone” (Bruera, 2011, p. 130).

presente de forma tan clara en los casos de *falsos negativos*, es decir, cuando se absuelve a un culpable o se libera a un *peligroso*⁷³.

En el caso costarricense, normativamente no resulta especialmente claro cuáles son los estándares de prueba que deben franquearse en las diferentes etapas del proceso⁷⁴, salvo la frecuente alusión a la *certeza*, en el caso de las sentencias condenatorias⁷⁵, siendo la noción de *estándar de prueba* un cuerpo extraño en la doctrina y jurisprudencia nacionales⁷⁶. Por otro lado, como se verá en los siguientes apartados, la posibilidad de establecer un verdadero estándar de prueba es un tema controversial en la actualidad, pues, mientras que algunos autores estiman posible e incluso imprescindible la determinación de estándares de prueba a partir de los cuáles se considere probada una hipótesis, otros se decantan por la utilización de reglas de valoración racional de la prueba y por “procurar la distribución de los costes del error por otras vías” (González Lagier, 2018, p. 20), o bien, por la determinación de requisitos que deben cumplir los medios de prueba.

⁷³ Agradezco a Diego Dei Vecchi por la observación. No obstante, si se asume con rigor la concepción cautelar de la prisión preventiva, me parece que, a lo sumo, existiría una divergencia de grado, en la medida que la consecuencia de liberar a un sujeto peligroso será, en cualquier caso, la frustración de los fines del proceso (por fuga o alteración de pruebas), mientras que la absolución de un culpable implica también la no consecución del fin de averiguación de la verdad de los hechos, aunque, formalmente, el proceso culmine de forma exitosa.

⁷⁴ El tratamiento de los umbrales de prueba en el Código Procesal Penal es descuidado y confuso. Por ejemplo, en la regulación del sobreseimiento definitivo en la etapa intermedia, se habla de los supuestos en que “a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de juicio (...)” (artículo 31 I inciso e), de donde parece deducirse que se utiliza la palabra *certeza* como oposición a duda, queriéndose decir que, aunque exista duda (falta de certeza), si no hay base para juicio debe sobreseerse; para la disposición de una medida cautelar se requieren “elementos de convicción suficientes”, mientras que para los riesgos procesales se habla de una “presunción razonable” (artículo 239); para la llamada internación, se requiere “elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que es autor de un hecho punible”, además de una “presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación” (artículo 262); para el dictado del auto de apertura a juicio se necesita “base para el juicio” (artículo 321); mientras que para la sentencia no se establece expresamente ningún umbral, aunque jurisprudencialmente suele hablarse de *alcanzar la certeza* para arribar a una sentencia condenatoria, pretensión absolutamente ilusoria.

⁷⁵ Como bien señala Ferrer Beltrán, “(...) nunca una metodología inductiva nos habilitaría para adquirir certezas acerca de la verdad de una hipótesis” (2007, p. 139). Por su parte, Taruffo afirma que se puede hablar de certeza exclusivamente en términos relativos (2009, p. 179), considerando que esta es “(...) un estado subjetivo, referido a la psicología de quién habla, y corresponde a un grado elevado (o muy elevado, cuando se habla de “certezas absolutas”) de intensidad del convencimiento del sujeto” (2010, p. 102), siendo usual que los conceptos de verdad y certeza se confundan. La Sala Constitucional costarricense, cuyas decisiones son vinculantes *erga omnes*, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de la jurisdicción constitucional, ha señalado que “(...) se torna en una exigencia, para arribar a una sentencia condenatoria, que el tribunal tenga certeza absoluta sobre la existencia del delito y la responsabilidad atribuida al imputado. Ante la duda razonable o la insuficiencia probatoria el tribunal debe pronunciarse a favor de la libertad del imputado en virtud del estado de inocencia que prevalece” (voto 2008-014918; en el mismo sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 00423-2010 y el voto 323-2018, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago), siendo, en todo caso, un lugar común encontrar la referencia a la certeza en sentencias de los tribunales penales en nuestro país, aunque sin mayor reflexión. También la doctrina nacional ha receptado, sin mayor análisis, esa postura. Puede verse, por ejemplo: Llobet Rodríguez, 2012, p. 506.

⁷⁶ De forma concordante con lo dicho, un 38% de las personas entrevistadas afirmó no estar familiarizada con el concepto de estándar de prueba.

En cualquier caso, es preciso marcar la diferencia entre el estándar de prueba, entendido como “el umbral que determina el grado de prueba mínimo necesario para “tener por probado que P”” (Vázquez, 2015, p. 267) y la presunción de inocencia, cuyo contenido apunta esencialmente a la necesidad de superar la duda para determinar la culpabilidad en un proceso penal. Mientras el principio de presunción de inocencia puede considerarse como una obligación derrotable, sin hecho base, asimilable a la carga de la prueba (Ferrer Beltrán, 2018a), nada nos dice sobre el grado de suficiencia probatoria requerido para vulnerar el estatus de inocencia de una persona.

4.1. ¿Estándar? ¿Qué estándar?

En cuanto al *fumus comissi delicti*, el artículo 239 del CPP señala que es necesaria la concurrencia de “elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él”. La utilización por el legislador de vocablos tan vacuos, susceptibles de múltiples interpretaciones, como suficiencia⁷⁷, razonabilidad⁷⁸ o probabilidad⁷⁹, no facilita la comprensión de cuál debe ser el umbral probatorio por superar para imponer la prisión preventiva, lo que ha quedado patente en la investigación realizada⁸⁰.

Sin embargo, se ha considerado que la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado exige un grado mayor de convencimiento que la duda, de forma que los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo por parte del imputado sean francamente superiores a los negativos (Llobet Rodríguez, 2018, p. 394), el llamado criterio de *probabilidad prevaleciente* (Castillo Alva, 2018, p. 233)⁸¹.

Esta posición se estima incorrecta. Ante la indeterminación del estándar probatorio que debe superarse para acreditar el *fumus comissi delicti*, se impone una interpretación que considere la

⁷⁷ La suficiencia se ha entendido, con respecto a la motivación de la prisión preventiva, en el sentido de que “(...) debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla” (Castillo Alva, 2018, p. 184).

⁷⁸ Crítico en cuanto a la noción de razonabilidad, considerando que puede extenderse desmedidamente, hasta el punto de afectar el derecho de defensa, puede verse: Castillo Alva, 2018, p. 194. Al margen de ello, es posible considerar el principio de razonabilidad como “un límite infranqueable a la arbitrariedad” (Aguado Correa, 2012, p. 405).

⁷⁹ Dando cuenta sobre lo polisémico del concepto, aunque en el ámbito del derecho de daños, específicamente en cuanto a las diferencias entre la probabilidad estadística y la probabilidad epistémica o inductiva, véase: Accatino, 2018, pp. 55-64.

⁸⁰ Un 46% de los entrevistados indicó que el estándar de prueba en cuanto al *fumus comissi delicti* y el *periculum libertatis* debía ser menor que el necesario para el dictado de un auto de apertura a juicio, mientras que el 46% afirmó que estos umbrales eran idénticos y solamente un 8% estimó que era mayor el necesario para el dictado de la prisión preventiva.

⁸¹ También puede verse: Gascón, 2018, p.70; Accatino, 2018, p.56.

equivalencia entre el encierro cautelar y la pena de prisión, de manera que se ajuste a la vigencia del principio de proporcionalidad⁸².

Como se indicó en el acápite anterior, si los efectos en el individuo de la prisión preventiva y la pena de prisión son materialmente idénticos, el principio de proporcionalidad⁸³ impone que se efectúe la ponderación entre tal afectación y el fin de la medida, considerando los riesgos de *falsos positivos* o *falsos negativos*. Esta ponderación, de acuerdo con la visión de Alexy, se divide en tres pasos: a. El grado de afectación de uno de los principios; b. La relevancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; c. Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica que se afecte el primero (2012, p. 529).

Desde esta perspectiva, tomando en cuenta las limitaciones intrínsecas del derecho penal para moldear conductas sociales y la inviabilidad de asignarle una *función promocional*⁸⁴, no parece razonable pensar que la afectación concreta del derecho a la libertad ambulatoria deba ceder, sin más, ante la etérea noción de *finis del proceso*, sea cual sea el contenido que se le adjudique⁸⁵.

Por tal motivo, si se toma en cuenta el grado de afectación de la libertad que apareja el encierro, preventivo o como pena, indistintamente, y lo cuestionable que resulta elevar los fines del proceso como un principio de relevancia prevalente con respecto a otros derechos fundamentales, como la libertad, considero que la definición de un estándar probatorio mínimo, que recargue el riesgo de error en el imputado, evidentemente vulnera el mandato de optimización derivado del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, y confronta, siguiendo a Ferrúa, “el concepto mismo de probar”, con lo que se ingresa al “terreno de las ilusiones y sospechas” (Ferrúa, 2018)⁸⁶.

⁸² El principio de proporcionalidad se regula expresamente, en cuanto a las medidas cautelares, en el artículo 10 del CPP, al disponer que la aplicación de éstas “debe ser proporcional a la pena o medida cautelar que pudiera llegar a imponerse”. Sobre este particular puede verse, con referencia concreta al ordenamiento jurídico costarricense: Aguado Correa, 2012, pp. 401–468.

⁸³ Se parte acá de la noción del principio de proporcionalidad asumida por Alexy (Alexy, 2012), integrada por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que determinan el mandato de optimización, conforme con la teoría de los principios delineada por dicho autor.

⁸⁴ Señala García-Pablos de Molina que el “Derecho Penal encauza el cambio social, no lo dirige ni lo impulsa. Su naturaleza subsidiaria, como “ultima ratio” y el principio de “intervención mínima” se oponen a la supuesta función “promocional” que en vano algunos le asignan. El derecho penal protege y tutela los valores fundamentales de la convivencia que son objeto de un amplio consenso social, pero no puede ser el instrumento que recabe o imponga dicho consenso” (2014, p. 197).

⁸⁵ Sobre el tema, de forma detallada, puede verse: Dei Vecchi, 2013, pp. 205–213.

⁸⁶ En el ejercicio de ponderación no solamente debe evaluarse el encierro de forma abstracta, como la limitación de la libertad ambulatoria, sino en atención a las condiciones reales de detención, pues en Latinoamérica, en términos generales, las prisiones constituyen verdaderos “depósitos de personas”, al margen de las más elementales garantías, consustanciales a la dignidad del individuo.

La postura criticada permite la disposición de la prisión preventiva aún en supuestos de prueba exigua, siempre que se entienda superior a los elementos que la refuten y se pruebe el *periculum libertatis*⁸⁷, cuestión que, sin lugar a dudas, coloca en una encrucijada a la persona imputada, obligándola en la práctica a aportar prueba en su favor, con las dificultades que entraña, por ejemplo, la prueba de hechos negativos⁸⁸, operando como una especie de inversión de la carga probatoria, en detrimento de la presunción de inocencia que le asiste al procesado.

En la práctica judicial suele criticarse la excesiva aplicación de la prisión preventiva, por considerarse que las autoridades represivas no investigan para detener a un sujeto, sino que, en una subversión del sistema, detienen para investigar. A mi modo de ver, esta percepción tiene relación, en gran medida, con la instauración de un estándar probatorio en exceso laxo en este rubro, como se indicó, contrario al principio de proporcionalidad⁸⁹.

Por las razones expuestas, se sostiene que el estándar probatorio relativo al *fumus comissi delicti* debe ser del más alto nivel e incluso equivalente al necesario para arribar a una sentencia condenatoria, toda vez que, siguiendo a Ferrúa⁹⁰, la proposición a probar en este caso (probabilidad de haber cometido un delito) es diversa a la proposición a probar necesaria en un fallo definitivo (existencia del delito y responsabilidad del imputado). Con este argumento se superan las críticas que refieren que la exigencia de un estándar idéntico para la pena de prisión y la detención cautelar

⁸⁷ Por ende, es menester otorgar relevancia al *fumus comissi delicti* y no solamente al *periculum libertatis*. Tal y como lo afirma Nieva Fenoll, “[A] la hora de decidir la prisión provisional de un reo, e incluso otras medidas cautelares, no podemos conformarnos simplemente con un pronóstico de riesgo (...) ignorando el presupuesto principal que se está comentando: la constancia de un hecho con caracteres de delito y su prácticamente indudable atribución a una persona. Por tanto, al consistir la prisión provisional en un auténtico avance o adelanto de la pena, no hay otro remedio que determinar la culpabilidad provisionalmente con carácter prematuro” (2018, p. 72).

⁸⁸ Sobre los hechos negativos, puede verse: Hunter Ampuero, 2015, p. 218.

⁸⁹ En el mismo sentido, afirma Castillo Alva: “Un estándar probatorio reducido o mínimo (...) es contrario al principio de proporcionalidad cuando se trata de restringir un derecho fundamental de capital importancia como la libertad personal” (Castillo Alva, 2018, p. 179). Por su parte, Dei Vecchi refiere que “La concepción cautelar de la prisión preventiva permite pensar que para su aplicación es necesario un estándar de prueba elevado: el concebirla como una medida de carácter excepcional parece conducir a una tal conclusión”.

⁹⁰ Citado por: Dei Vecchi, 2015b, p. 127. Destaca el autor que se trataría del equivalente simétrico a los *pericula libertatis*, aunque, más precisamente, estimo que existe una diferencia entre ambos rubros, dado que la hipótesis probabilística referida al *fumus comissi delicti* es, por decirlo de algún modo, sencilla, mientras que en cuanto al *periculum libertatis* es doble, tal y como se expuso en el apartado 3.2.

provocaría que, con la determinación de la segunda, el proceso no tendría necesidad de continuar (Castillo Alva, 2018, p. 231)⁹¹.

En cuanto al *periculum libertatis*, el numeral 239 del CPP refiere la necesidad de que se verifique una “presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular”, con respecto a la fuga, la obstaculización o la continuidad delictiva⁹². Mientras tanto, el ordinal 241 del CPP, requiere una “grave sospecha” con respecto al listado de conductas que incorpora como modos de obstaculizar el proceso. Es factible pensar que se presenta un uso despreocupado y sin rigor técnico del sustantivo “presunción” por parte del legislador, aunque, en cualquier caso, nada dice sobre el estándar probatorio existente. De forma que el umbral de prueba debe colegirse de la mención de la razonabilidad y, únicamente para el peligro de obstaculización, de la “gravedad”⁹³, resultando palpablemente insuficiente para derivar, con la claridad necesaria, dicho estándar.

En este ámbito, debe recordarse lo dicho en el capítulo tercero sobre el carácter no probatorio de las presunciones jurídicas, las dificultades que plantean las presunciones *hominis* y el carácter interpretativo y no probatorio del ligamen entre el supuesto de hecho y los datos (razonamiento calificadorio). Desde esta perspectiva, quizá la razón por la que nadie parece extrañar la precisión normativa de un estándar de prueba en el *periculum libertatis* es porque, en realidad, no existe un razonamiento probatorio que lo requiera.

Precisamente uno de los problemas, generalmente no abordados, pero de amplia constatación en el medio costarricense, es el referido a la inviabilidad de aplicación del llamado “principio de influencia recíproca” en la verificación del *periculum libertatis*, mediante el cual se suelen agrupar distintos peligros (por ejemplo, fuga y obstaculización), para luego, mediante una especie de operación aritmética de suma, tener por superado algo así como un estándar probatorio global de riesgo (Mora Sánchez, 2015, pp. 145–154).

⁹¹ Cfr. Ferrer Beltrán, 2018b, p. 147. Refiere el autor que “(...) el grado de corroboración de la hipótesis de la culpabilidad, a los efectos de acordar la medida de la prisión preventiva no puede ser el mismo que se exija para la condena, por cuanto supondría la anticipación de la decisión final, pero tampoco puede ser reducido al grado de corroboración exigido para iniciar la acción penal por parte de la fiscalía”.

⁹² En cuanto a la causal de peligro para la víctima y las establecidas en el numeral 239 bis, ya mencionado, existe una omisión absoluta en cuanto a cualquier elemento que pudiera interpretarse como un estándar de prueba.

⁹³ Empero, el elemento de gravedad ha sido entendido, con referencia a un elemento de prueba, cuando este “es portador de un gran peso probatorio o es muy importante en la explicación de un hecho o en la intervención de una persona en su comisión” (Castillo Alva, 2018, p. 195), interpretación que implicaría un estándar de prueba especialmente alto.

De cualquier forma, deben reiterarse los argumentos vertidos en cuanto a la necesidad de definir el umbral probatorio más elevado, con respecto al *fumus comissi delicti*, también para la determinación los riesgos procesales, relativos a la ponderación entre el impacto de la medida cautelar de prisión preventiva en el individuo y el pretendido fin de aseguramiento procesal.

4.2. ¿Es posible establecer un estándar probatorio preciso y objetivo?⁹⁴

Partiendo de la premisa de la necesidad de que los umbrales probatorios se establezcan (idealmente) por vía legislativa, es preciso reflexionar sobre la posibilidad de definir un estándar probatorio, para acreditar el *fumus comissi delicti* y el *periculum libertatis* en la prisión preventiva, más preciso y objetivo que la etérea (o inexistente) noción vigente en la actualidad.

¿El establecimiento de tales estándares es realmente posible y necesario? O, atendiendo a la inviabilidad de este tipo de propuestas, ¿debe optarse en su lugar por la determinación de ciertos criterios de valoración de la prueba? Mientras autores como Ferrer Beltrán estiman imprescindible la determinación de estándares de prueba, a partir de los cuáles se considere probada una hipótesis, es decir, el mínimo probatorio requerido para tales fines⁹⁵, otros parten de la dificultad que entraña la precisión de umbrales y se decantan por la utilización de reglas de valoración racional de la prueba y “procurar la distribución de los costes del error por otras vías” (González Lagier, 2018, p. 20)⁹⁶ o la determinación de requisitos que deben cumplir los medios de prueba⁹⁷.

⁹⁴ El título de este acápite se ha tomado del artículo homónimo de González Lagier, 2018.

⁹⁵ De acuerdo con Ferrer Beltrán, la formulación del estándar de prueba debe prescindir de elementos eminentemente subjetivos (psicológicos o mentales) y eliminar la vaguedad, por lo que deben cumplirse tres requisitos: 1. Utilizar criterios que relacionen la capacidad justificativa del acervo probatorio con las conclusiones a las que se arribe, para así obtener una decisión intersubjetivamente controlable; 2. Precisión en la determinación del umbral, que no debe confundirse con la determinación de métodos de valoración; 3. Expresarse mediante criterios cualitativos y no numéricos (2018c, pp. 4–7).

⁹⁶ González Lagier, de manera meramente ejemplificativa, expone 12 criterios de racionalidad epistemológica para la valoración de la prueba, los cuales no aconseja sean determinados legislativamente, sino, a lo sumo, positivizados jurisprudencialmente. Ahora bien, aunque este autor reconoce que los criterios de valoración y los estándares de prueba responden a objetos y finalidades diversas, considera “bloqueada” la vía para formular un estándar de prueba, desde que “aunque sea posible eliminar referencias directamente subjetivas de los estándares que pretenden señalar el grado de prueba exigido, no es posible formularlos de una forma precisa (porque al hacerlo no nos aseguramos escoger la mejor hipótesis) que permita superar su vaguedad intencional y su vaguedad gradual” (2018, p. 19).

⁹⁷ Fernández López señala, con relación al establecimiento de estándares probatorios: “(...) aunque creo inviable una concreción de la regla con validez para todos los casos, sí es posible concretar su alcance poniéndola en relación con los medios de prueba que ha de valorar el juez indicando en cada caso cuáles han de ser los requisitos que éstos han de reunir para constituir prueba de cargo suficiente para condenar” (2007, p. 3).

Ante este panorama, podría admitirse que no es posible marcar los límites precisos que deben rebasarse para determinar la suficiencia probatoria de una hipótesis y conformarnos, siguiendo a González Lagier, con que el estándar que se aplique transmita la “información de si la autoridad jurídica quiere establecer un nivel de exigencia mayor o menor, aunque no logren precisar cuál y, por tanto, si se ha alcanzado suficiente prueba acabe dependiendo de la estimación del juez y su buen criterio” (2018, pp. 19–20). Dicho de otra forma, aunque los estándares de prueba usuales, en el mejor de los casos, representen “una parodia de un sistema de prueba” (Laudan, 2005, p. 104)⁹⁸, pueden tener alguna utilidad si se aparejan a modelos de valoración de la prueba que permitan un control intersubjetivo del nivel de solidez de las inferencias que se realicen.

Sin embargo, sin ahondar en un dilema que rebasa por mucho los fines del presente trabajo, se considera que, al menos desde el punto de vista práctico, es perfectamente posible establecer estándares de prueba (lo suficientemente) precisos y objetivos como para permitir controlar el nivel de exigencia necesario para tener por probada una hipótesis⁹⁹, de una forma más racional que la fórmula intuitiva vigente en la actualidad.

4.3. ¿Existe una fijación pretoriana de estándares de prueba?

⁹⁸ Por ejemplo, con respecto al estándar anglosajón de “más allá de una duda razonable” (BARD), señala con fervor Laudan que en realidad no se trata de un estándar de prueba sino una débil excusa o pretexto para condenar o absolver, cuyo absurdo se puede demostrar en el enunciado “Usted ha proporcionado una prueba de A cuando está firmemente convencido de A” (2005, pp. 105–106). Lo mismo podría decirse del estándar de la certeza costarricense, frecuentemente considerada como umbral para la determinación de una sentencia condenatoria.

⁹⁹ Sobre el particular puede verse: Ferrer Beltrán, 2018c. Se trata, sin duda alguna, de un debate en extremo complejo, cuyo análisis no puede efectuarse acá. Empero, creo que podríamos estar frente a una seudodisputa de carácter semántico, pues la disyuntiva versa más sobre el carácter de “estándar” o no de la regla, que de su utilidad para establecer el nivel de corroboración de la hipótesis. En cualquier caso, el criterio sostenido por Ferrer Beltrán me parece cada vez más seductor. En el Congreso Internacional de Razonamiento Probatorio, celebrado en la ciudad de Oaxaca, durante los días 13, 14 y 15 de mayo de 2019, Ferrer Beltrán, con maestría, mediante la utilización de un sencillo ejemplo, descartó, a mi parecer, una de las más severas críticas a su postura, lanzada por González Lagier y relacionada con la necesidad de que cada uno de los criterios que integren un estándar deban, a su vez, cumplir con un “estándar de cumplimiento” y esto implique una “regresión al infinito” (González Lagier, 2018, p. 16). El ejemplo fue el siguiente: Cuando nos plantemos aprender un nuevo idioma, tendremos, necesariamente, que memorizar palabras, cuyo significado se expresará mediante otras palabras que también debemos aprender, mientras que estas palabras a su vez tendrán un significado que se expresará mediante otras palabras y así puede continuarse hasta el infinito. No obstante, es claro que nadie afirmaría la imposibilidad de aprender una lengua, dado que llega un punto en que la cadena de aprendizaje es suficiente para poder expresarnos con absoluta solvencia. Algo similar ocurre con los estándares de prueba, de forma que, aunque la posición de González Lagier sea correcta, desde el punto de vista lógico, en nada resta valía a la tesis de Ferrer Beltrán, sobre la posibilidad de crear un estándar perfectamente operativo.

Hasta este punto, se han podido constatar las dificultades que, en términos generales, conlleva la aplicación de la prisión preventiva. Previsiblemente todas estas complicaciones se multiplican exponencialmente cuando los reflectores de la opinión pública y la atención mediática se sitúan sobre figuras delictivas que causan agitación social. Cuando la intuición y la arbitrariedad campean, los márgenes de influencia de circunstancias extrajurídicas como las señaladas serán más amplios y probables.

En el caso del narcotráfico, el numeral 239 bis inciso a) del CPP establece una causal de prisión preventiva que contempla la “flagrancia en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas”¹⁰⁰. A pesar de que la SC ha señalado, de manera esquiva y algo confusa, que esta causal no es de aplicación automática¹⁰¹, pues de lo contrario tendría que entenderse como una presunción jurídica, en donde la prueba no tiene lugar, lo cierto es que ya en la práctica tribunalicia esta causal suele ser determinante en muchos casos. En este sentido, un 85% de los entrevistados señaló que el aspecto más discutido en las audiencias de prisión preventiva se relaciona con aspectos de orden procesal, mientras que solamente un 15% con este tipo de causales. Huelga recordar, adicionalmente, que se trata de una causal de raigambre punitiva, que no encaja en la concepción cautelar de la prisión preventiva.

En una interesante investigación realizada por Chinchilla y García (2003), las autoras pudieron constatar un tratamiento desigual de las causas penales por narcotráfico, en donde la “restricción provisional de la libertad de las personas imputadas opera como regla y no como excepción” (2003, p. 49), considerando como factores que incidían en esa situación: el tipo delictivo, la alta penalidad dispuesta, la amenaza de aplicación del régimen disciplinario en caso de ordenar la libertad del

¹⁰⁰ También las causales de continuidad delictiva (artículo 239 CPP), reiteración delictiva presunta y la existencia de delincuencia organizada (artículo 239 bis CPP), suelen invocarse en los casos de narcotráfico. Respecto a la delincuencia organizada, no es infrecuente que se aluda, de forma abstracta, a esta causal, partiendo de que cualquier cuestión de drogas implica una cadena de proveedores estructurada.

¹⁰¹ Mediante resolución N° 9346-2009. Citada por: Llobet Rodríguez, 2017, p. 397.

imputado y la presión ejercida por las agencias de gobierno, los medios de comunicación masiva y la ciudadanía (2003, p. 44)¹⁰².

En nuestra investigación, la información recabada es concordante, ya que el 84% de los entrevistados señaló que había un tratamiento diferente para los casos de narcoactividad y se imponía de forma más regular la prisión preventiva, en tanto un 77% refirió que ese dispar tratamiento no estaba justificado, ni normativamente, ni por razones extrajurídicas.

Por otra parte, la narcoactividad presenta una serie de características que, en rigor, tornan extraordinariamente compleja su evaluación, frente a otro tipo de delitos. Sin pretensiones de exhaustividad, pueden referirse las siguientes dificultades usuales, en este tipo de casos: a. Prueba sobre la finalidad de tráfico (al no ser punible el autoconsumo)¹⁰³; b. Prueba sobre la participación criminal (principalmente en casos en que se afirme la existencia de criminalidad organizada); c. Prueba del dolo (en especial cuando la imputación se da por la ubicación de drogas, no en posesión directa del imputado, sino en una zona o recinto próximos, por ejemplo, vehículos o embarcaciones¹⁰⁴); d. Prueba de delitos conexos de carácter complejo¹⁰⁵; Prueba relacionada con causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad¹⁰⁶; e. Cuestiones no susceptibles de prueba directa (el *periculum libertatis*)¹⁰⁷.

¹⁰² Como parte de la investigación, las autoras entrevistaron a 65 jueces y juezas penales del país, obteniendo resultados reveladores. Por ejemplo, el 90.7 % de los entrevistados señaló que, para ordenar la prisión preventiva, tomaban en cuenta aspectos extrajurídicos como los apuntados.

¹⁰³ Principalmente en casos de “narcomenudeo” y en etapas incipientes del proceso, la valoración de la finalidad de tráfico no es sencilla. Suele partirse de presunciones sobre la cantidad que debe entenderse sobrepasa lo que utilizaría una persona adicta, o bien, a partir del *olfato* policial en cuanto a la percepción de actividades sospechosas de suministro de drogas.

¹⁰⁴ En estos casos de disponibilidad potencial de la droga, en ocasiones puede ser sumamente complejo determinar si la persona imputada conocía que en el vehículo o embarcación en que viajaba se encontraba droga, o acaso ¿debemos revisar acuciosamente cada medio de transporte que abordemos? También se dan problemas de este tipo cuando la droga se encuentra, por ejemplo, en un lugar común (un comedor o la cocina) de una vivienda compartida por varias personas.

¹⁰⁵ El caso paradigmático se presenta con el delito de legitimación de capitales. Existen asuntos en donde se encuentran cantidades de dinero no tan importantes que, no obstante, se ligan a la narcoactividad con pruebas tan débiles como la revisión canina del dinero, con resultado positivo por drogas. Siendo la moneda un objeto destinado a la circulación, poco es el aporte que ese tipo de elementos brindan al fin pretendido. Sobre el tema puede verse: Mora Sánchez, 2013.

¹⁰⁶ En las zonas costeras de Costa Rica no es poco frecuente que se acuse coacción y amenazas hacia pescadores foráneos, que así son obligados a embarcarse con cargamentos de drogas. Este tipo de alegatos merecerían una reflexión mayor.

¹⁰⁷ No solamente en razón de que los hechos futuros, en rigor de verdad, no pueden ser probados (Ferrer Beltrán, 2018b, p. 149), sino porque, especialmente en esta clase de delitos, se dan problemas con la valuación del riesgo de fuga, que colocan al procesado en una verdadera encrucijada. Una de las dificultades más usuales, es la trampa lógica conocida como “paradoja del juego”, que refiere el siguiente brocardo: “Si la ensartas pierdes y, si no, también” (De Gortari, 1988, p. 368). En el proceso penal esta paradoja se relaciona con aquellos casos en que la existencia de recursos económicos por parte del imputado se asume como un factor de riesgo de que eluda el proceso (por ejemplo, saliendo del país y fijando su domicilio en cualquier sitio en el extranjero), pero, si ocurre lo contrario, es decir, que el imputado se encuentre en condición de pobreza, también se considera un factor de peligro de fuga. Entonces ¿Cuál debe ser la condición económica del encartado para eliminar tal riesgo?

Por todo lo expuesto, estimo que la alta tasa de prisiones preventivas en casos de narcoactividad responde, no a una mayor peligrosidad procesal de los imputados (o no necesariamente), sino a una sustantivización de la prisión preventiva y a una automatización de la prueba de los supuestos de procedencia, para ese tipo de casos, reflejándose acá todos los vicios que se han mostrado en los capítulos anteriores, pero con mayor intensidad y crudeza, producto de la alarma social que provoca esta especie delincencial y los factores extrajurídicos ya mencionados que le acompañan¹⁰⁸.

En el delito de narcotráfico, la llamada legislación autoritaria *cool* (Zaffaroni, 2004) se refleja en una marcada prevalencia de aspectos punitivos e intuitivos en la aplicación de la prisión preventiva, avasallando cualquier resquicio de la concepción cautelar y difuminando los -ya de por sí lánguidos- estándares de prueba existentes, avivado por el aumento desmedido de las penas¹⁰⁹, sin distinciones de ningún tipo, olvidando que en la narcoactividad la criminalización de la pobreza presenta su cara más agreste.

El mayor problema se presenta cuando los máximos Tribunales del país han decidido legitimar, a través de generalizaciones meramente intuitivas, un tratamiento diferenciado para el delito de narcotráfico, sin reparar en que la gran mayoría de las personas sobre las que se vuelca el rigor punitivo del Estado, pertenecen a las bases de las organizaciones criminales, agentes intercambiables, insignificantes dentro de su estructura¹¹⁰.

¹⁰⁸ En la investigación realizada, el 31% de los entrevistados señaló que la alarma social era un aspecto importante para el dictado de la detención cautelar, mientras que un 62% identificó el tipo de delito como factor determinante.

¹⁰⁹ “El aumento de escalas penales no importa más penas sino más prisiones preventivas (porque impide la excarcelación), el derecho penitenciario es en gran medida una utopía y la verdadera sentencia condenatoria es el auto de procesamiento: la sentencia definitiva opera como revisión” (Zaffaroni, 2004).

¹¹⁰ Por ejemplo, la SC en el voto N° 2008-00053 dispuso: “Dentro de esa perspectiva, la detención en flagrancia, la instrucción inconclusa (puesto que se investiga el paradero del resto de la droga que se suponía involucrada en la negociación abortada) y la proximidad del debate, en que fundamenta la autoridad judicial recurrida su decisión, son causas -que reiteradamente esta Sala ha admitido como legítimas para mantener en prisión al imputado y así corresponde hacerlo en este caso. No puede dejar de indicarse, a este propósito, que **la experiencia judicial, y particularmente de la justicia constitucional, hace necesario tener presente que la delincuencia de narcotráfico es especial y que también especiales son los autores y sus métodos de trabajo**. Incluso, no puede descartarse como legítimo que haya una mayor rigurosidad en el tratamiento de los sometidos a este tipo de procesos, porque los medios o recursos materiales con que cuentan y la organización (u organizaciones) que generalmente los respalda, hacen que, puestos en libertad, se dificulte la actuación de la justicia...”. (Sentencia N.° 2048-95). El subrayado no es del texto. Como queda de manifiesto en esta sentencia, se ha dado una ampliación a las causas para denegar la excarcelación, expresamente contenidas en el Código Procesal Penal, y esa ampliación corresponde al análisis específico de un determinado tipo de delincuencia: el narcotráfico (...)” (el destacado es propio).

Este último aspecto es de especial relevancia cuando se repara en que, con frecuencia, los argumentos del Ministerio Público, de cara a desplegar el fundamento de sus solicitudes de prisión preventiva, con determinante abstracción enfatizan los aspectos que suelen ligarse al narcotráfico en su modalidad de criminalidad organizada, es decir, el poderío económico, correlativo a la facilidad para brindar una estructura de apoyo que propicie el ocultamiento del imputado o la desaparición de pruebas, así como un comportamiento de desapego a la ley, ajustado al estereotipo del delincuente de las tristemente célebres “narconovelas”, lo que acrecentaría, como es obvio, los riesgos de permanencia de la persona en libertad. Por el contrario, la realidad del “narco” aprehendido, suele distar mucho de esa imagen de opulencia y poder, encontrándose mas bien inmersa en un escenario de miseria y exclusión.

En cualquier caso, teniendo en mente la distinción entre lo que constituye (o debería constituir) un estándar de prueba y los criterios de valoración, se estima absolutamente inadmisibles que, por vía interpretativa, se establezcan este tipo de criterios que, en la práctica, se utilizan para disminuir el nivel de suficiencia probatoria requerido, en cierta tipología delictual, como es el caso del narcotráfico. Dicho de otra forma, fungen como un muro de contención epistémico que se refleja en la privación de las garantías que asisten al imputado, con lo que se opone también a valores (extra epistémicos) que informan el proceso penal, como el principio de legalidad, en su dimensión técnica y política (Chinchilla Calderón, 2010).

La determinación de ciertas pautas o criterios orientativos puede ser relevante para potenciar la racionalidad de la valoración de la prueba, ante la inexistencia de un estándar propiamente dicho, pero nunca puede caerse en una perversa utilización de tales patrones de apreciación como una forma furtiva de imponer un umbral de valoración menor.

Por tanto, no deben confundirse los criterios de valoración con los estándares de prueba, siendo que estos últimos, aunque ajustables (solo) legislativamente, por el momento se ubican en el mismo escalón para cualquier delito que se trate, de manera que, a mi entender, resulta inadmisibles la inmolación de tales umbrales en los altares del populismo punitivo, mediante argucias que no provocan más que inseguridad y un altísimo costo en caso de error.

5. Conclusiones

A partir de los argumentos expuestos en los capítulos precedentes, me parece consecuente esbozar algunas precisiones conclusivas de la investigación:

- a. La prisión preventiva en Costa Rica dista muchísimo de ser un instituto de aplicación excepcional. Su aptitud como vehículo del poder represivo del Estado, en una época de rampante populismo punitivo, aunado a la existencia de estímulos extra jurídicos para que los jueces dispongan el encierro cautelar y la vigencia de normas procesales defectuosas e inconsistentes, facilitan el fenómeno.
- b. Aunque la concepción cautelar de la prisión preventiva puede considerarse como marcadamente asumida en el proceso penal costarricense, desde la promulgación del actual CPP se ha asistido a un franco proceso de involución normativa, con la incorporación de disposiciones de tipo punitivo, como causales del encierro cautelar, provocando una notoria disonancia en un cuerpo legal que se supone coherente. Esta distorsión ha sido justificada por los tribunales internos, con apenas alguna resistencia.
- c. En sentido inverso, existe una consolidada línea jurisprudencial por parte de la CIDH y otros organismos internacionales, en donde se asume la concepción cautelar y se estiman ajustadas al bloque de convencionalidad, como causales de prisión preventiva, únicamente los peligros de obstaculización y de fuga.
- d. En cuanto a la justificación de la premisa normativa de la prisión preventiva relacionada con el *fumus comissi delicti*, se observa un insalvable roce con la presunción de inocencia como regla de trato. Mientras que el *periculum libertatis* merece crítica, desde la concepción cautelar, cuando se pretendan objetivos preventivos, propios de las penas, y no procesales.
- e. El *fumus comissi delicti* es una hipótesis diversa a la premisa fáctica relativa a la decisión final, en la que debe acreditarse un pronóstico sobre el resultado del proceso en sí mismo, no obstante, al existir una coincidencia parcial con la justificación de ambas hipótesis, los mayores inconvenientes surgen con respecto a la definición del estándar de prueba necesario. Los problemas se magnifican entratándose del *periculum libertatis*, dado que se trata de hechos futuros, que implican una peligrosidad de segundo orden y no son susceptibles de prueba en sentido estricto, debiendo presentarse, a lo sumo, una hipótesis probabilística.
- f. Acogiendo el esquema argumentativo de Toulmin, para justificar la premisa fáctica del *periculum libertatis*, necesariamente deben descartarse las llamadas presunciones *iuris*, pues constituyen una garantía de orden normativo y no fáctico, lo que las excluye como pruebas. Por tanto, solamente los indicios o presunciones *hominis* pueden fungir como una garantía con contenido epistémico.
- g. Sin embargo, dada la insuficiencia de la estadística, en conjunción con los problemas para efectuar un pronóstico de la ambivalente conducta humana, tal y como se ha expuesto desde la economía de la

- conducta y la psicología cognitiva, no resulta para nada sencillo y esperable que se dote a los datos relacionados con el *periculum libertatis* de un respaldo con validez epistémica. Por el contrario, parecen ser las intuiciones del juzgador las que juegan un papel preponderante en la determinación del encierro cautelar, pues, en la práctica, lo que hacen los decisores es definir el peligro procesal y no probarlo.
- h. Desde la perspectiva señalada, prohijando la postura sostenida por Dei Vecchi, se considera que solamente es posible probar, en estricto sentido, el *periculum libertatis*, enlazando la noción de riesgo o peligro con la ejecución de acciones concretas (con lo que se asimila el peligro procesal al *fumus comissi delicti*, en cuanto al mecanismo inferencial necesario para probarlo, como una probabilidad de primer orden), pese al coste político evidente que esa asunción acarrearía.
 - i. Ante la escasa claridad de la normativa procesal costarricense, en cuanto a la determinación de los estándares de prueba, se estima que debe imponerse una interpretación que los ubique, tanto para el *fumus comissi delicti* como para el *periculum libertatis*, en el escalafón más riguroso, equiparable al necesario para una condena, tomando en cuenta los efectos perniciosos, también asimilables, tanto de la pena de prisión como de la prisión preventiva. Esta posición no apareja contradicción alguna, desde que las proposiciones a probar son diversas, probabilísticas en la prisión preventiva y concretas en cuanto a la pena.
 - j. Sin duda alguna, los delitos de narcotráfico reciben un tratamiento diferenciado en Costa Rica, presentándose una *sustantivización* de la prisión preventiva y una notoria automatización de la prueba de los supuestos de procedencia, tornándose, más que nunca, en una pena anticipada.
 - k. El cambio normativo es pertinente y necesario, pero utópico. Quedará en manos de los jueces hacer uso de las herramientas jurídicas y argumentativas con las que cuenten para remediar, aunque sean en parte, los excesos de este disfuncional instituto.

6. Bibliografía consultada

- Accatino, D. (2018). Incertidumbre, probabilidad y prueba de la causalidad en el derecho de daños. Análisis de la doctrina del incremento del riesgo a más del doble. In *Hechos y razonamiento probatorio* (pp. 45–66). Editorial CEJL.
- Aguado Correa, T. (2012). *El principio constitucional de proporcionalidad*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Aguilera, E. (2018). El germen contraepistémico del garantismo penal extremo. In *Hechos y razonamiento probatorio* (pp. 85–104). Editorial CEJL.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª; C. Bernal Pulido, Trans.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aponte, A. (2009). *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Ibáñez.
- Bigliani, P., & Bovino, A. (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Binder, A. (2014). *Introducción al derecho procesal penal. Tomo I*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Bruera, M. (2011). La privación de libertad durante el proceso: la banalidad del mal. In *Abolicionismo de la prisión sin*

- condena. *Una corriente latinoamericana en el siglo XXI* (pp. 129–146). Editores del Puerto.
- Castillo Alva, J. L. (2018). El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional. In *Hechos y razonamiento probatorio* (p. 417). México D.F.: Editorial CEJL.
- Chinchilla Calderón, R. (2010). *Principio de legalidad ¿Muro de contención o límite difuso para la interpretación de la Teoría del Delito en C.R.?* San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Chinchilla Calderón, R., & García Aguilar, R. (2003). *Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Christie, N. (2004). *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cortés Amador, E. (2016). *Política criminal y encarcelamiento por delitos relacionados con drogas*. San José: ACEID.
- De Gortari, E. (1988). *Diccionario de la lógica*. México D.F.: Plaza & Janés.
- Dei Vecchi, D. (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista de Derecho*, XXVI(2), 189–217. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502013000200008>
- Dei Vecchi, D. (2015a). La peligrosidad judicial: sobre la justificación de la premisa fáctica de la prisión preventiva en la decisión judicial y algunas críticas no tan frecuentes. *La Ley Penal*, (115), 1–17.
- Dei Vecchi, D. (2015b). *Peligrosidad judicial y encarcelamiento cautelar. Una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Fernández López, M. (2004). *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Universidad de Alicante.
- Fernández López, M. (2007, March). La valoración de pruebas personales y el estándar de duda razonable. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, (15), 1–12. Retrieved from <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2260161&orden=110621&info=link>
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2018a). La distribución del riesgo probatorio. *Máster En Razonamiento Probatorio*. Universitat de Girona.
- Ferrer Beltrán, J. (2018b). Presunción de inocencia y prisión preventiva. In *Hechos y razonamiento probatorio* (p. 417). México D.F.: Editorial CEJL.
- Ferrer Beltrán, J. (2018c). Prolegómenos para una Teoría sobre los Estándares de Prueba. El test case de la Responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, 1–35. Girona.
- Ferrua, P. (2018). La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(01), 81–128.
- García-Pablos de Molina, A. (2014). *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- González Lagier, D. (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Primera Ed). México D.F.: Editorial Fontamara.
- González Lagier, D. (2018). Prueba y argumentación (¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba). *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, 1–12. <https://doi.org/10.15713/ins.mmj.3>
- Hunter Ampuero, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de Derecho Universidad Católica Del Norte*, 22(1), 209–257.
- Ibáñez, P. A. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Informe 2017*. (2018). San José.
- Juliano, M. A. (2006). La naturaleza encubierta del fenómeno de la prisión preventiva. *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, 11-VL.
- Kent, J. (2006). *La cárcel ¿Una evidente decepción? La ejecución penal y sus dilemas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Laudan, L. (2005). *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar* (R. Calvo Soler, Trans.). 28, 95–113. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/132687>
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* (C. Vázquez & E. Aguilera, Trans.). Madrid: Marcial Pons.
- Llobet Rodríguez, J. (2010). *La prisión preventiva (Límites constitucionales)* (3ª edición). San José: Editorial Jurídica Continental.
- Llobet Rodríguez, J. (2012). *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)* (5ª edición). San José: Editorial Jurídica Continental.
- Llobet Rodríguez, J. (2017). *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*. Editorial Jurídica Continental.
- Llobet Rodríguez, J. (2018). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos* (2ª). Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Maier, J. (2011). *Derecho Procesal Pena. Tomo III*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004*. Retrieved from <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/mirandaestampres.pdf>
- Miranda, H. (2015). *Derechos fundamentales en América Latina*. Editorial Jurídica Continental.
- Mora Sánchez, J. J. (2013). *El delito de legitimación de capitales*. San José: ISOLMA.
- Mora Sánchez, J. J. (2015). *Prisión preventiva y control de convencionalidad*. San José: Editorial Juritexto.
- Mora Sánchez, J. J. (2017). *Mecanismos electrónicos de seguimiento ¿entre el panóptico y la prisión electrónica?* San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Mora Sánchez, J. J. (2018). La prueba de hechos futuros. *Revista Firma*.
- Nieva Fenoll, J. (2009). *Jurisdicción y proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2017). *Necesito un abogado. Cómo escoger a un buen abogado y qué puede hacer por ti*. Barcelona: Atelier.
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2019, January 4). Prisión provisional, ¿porqué? *El Periódico*. Retrieved from <https://www.elperiodico.com/es/opinion/20190104/prision-provisional-por-que-por-jordi-nieva-fenoll->
- Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J., & Giannini, L. (2019). *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Salas, M. (2012). *Los rostros de la justicia penal. Ensayos críticos sobre temas fundamentales del derecho procesal penal*. San José: ISOLMA.
- Salas, M. (2017). *Anti-dogmática. El derecho penal en el banquillo de los acusados*. Santiago: Olejnik.
- Sancinetti, M. (2012). Las imputaciones por abuso sexual libradas a la arbitrariedad del denunciante. *Revista Pensamiento Penal*. Retrieved from <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/07/doctrina34309.pdf>
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado* (T. Schleider, Trans.). Madrid: Marcial Pons.
- Stordeur, E. (2011). *Análisis económico del derecho. Una introducción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Stumer, A. (2018). *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos* (W. Reifarth, Trans.). Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, Trans.). Madrid: Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad* (D. Accatino Scagliotti, Trans.). Madrid: Marcial Pons.
- Toulmin, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Barcelona: Ediciones Península.
- UNODC. (2017). *Informe mundial sobre las drogas*. Viena.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial* (Primera ed). Marcial Pons.
- Vitale, G., & Nicolás García, G. (2011). *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Zaffaroni, E. R. (2004). *Buscando al enemigo: de Satán al derecho penal cool*. Buenos Aires: Departamento de Derecho Penal y Criminología UBA.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales* (E. R. Zaffaroni, Ed.). Buenos Aires: Ediar.