

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR
EN EL NUEVO PROCESO PENAL**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ALUMNO: M^o FRANCISCA AGUIRRE DUFFOURC

PROFESOR PATROCINANTE: ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

VALDIVIA, ENERO 2005

Valdivia, enero 17 de 2005

**Señor
Director
Instituto de Derecho Público
Presente.-**

Por medio de la presente nota paso a informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de doña **MARÍA FRANCISCA AGUIRRE DUFFOURC**, titulada "La prisión preventiva como medida cautelar en el Nuevo Proceso Penal".

El trabajo de la alumna parte de un problema jurídico concreto, que se refiere a determinar la legitimidad de la prisión preventiva como medida cautelar personal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho que se sustenta en el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La alumna memorista intenta conciliar en su trabajo la vigencia del derecho fundamental de todo ciudadano a la libertad personal y a la seguridad individual, quien además goza de la garantía de la presunción de inocencia hasta que no se dicte sentencia condenatoria firme en el juicio penal respectivo, con las necesidades propiamente cautelares del éxito de la investigación penal y del posterior juicio penal, además de la seguridad y protección de la víctima y del conjunto de la sociedad.

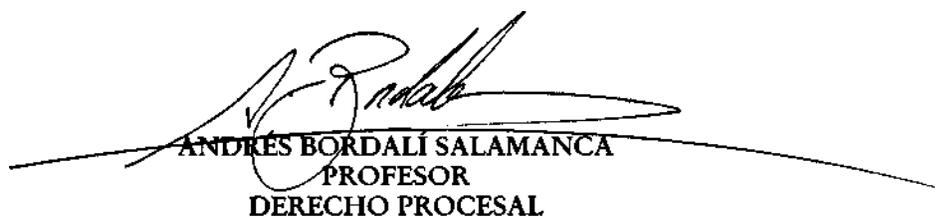
El trabajo se compone de una introducción, tres capítulos y unas conclusiones finales. En el Capítulo Primero la alumna desarrolla el enfoque constitucional del problema tratado. En el Capítulo Segundo analiza el significado de la tutela cautelar y, específicamente, de la prisión preventiva como medida cautelar personal. En el Capítulo Tercero analiza cómo se ha aplicado la prisión preventiva por el Juzgado de Garantía de Valdivia.

Valorando el fondo del tema analizado por la alumna memorista, cabe destacar el análisis constitucional y procesal que realiza, lo cual es especialmente pertinente tratándose de un trabajo de Derecho Procesal Penal, disciplina que pone a prueba constantemente el respeto del Estado de Derecho y los derechos fundamentales por los órganos de persecución penal y por los juzgados con competencia criminal. La prisión preventiva es una institución que pugna muy fuertemente con el derecho a la libertad personal de una persona que está siendo investigada por el Ministerio Público. Es por ello que para que sea procedente, debe estar plenamente justificada y ser razonable. En este sentido, la alumna desarrolla adecuadamente estos aspectos, realizando propuestas que resultan atendibles y, por lo general, bien justificadas. Además, analiza cómo ha funcionado la prisión preventiva ante el Juzgado de Garantía de Valdivia.

El lenguaje utilizado en la memoria, la mayoría de las veces, es adecuado.

En cuanto a la bibliografía utilizada, ésta es relativamente completa y actualizada, y se encuentra bien citada.

De conformidad con lo expresado, informo la presente memoria "Aprobada para empaste" con nota 6.3 (seis coma tres).



ANDRÉS BORDALI SALAMANCA
PROFESOR
DERECHO PROCESAL

Índice

· Introducción	1
· Capítulo Primero:	
1. Enfoque Constitucional.....	2
· 1.1 El Derecho fundamental a la Libertad Personal y a la Seguridad Individual	4
· 1.2 La Garantía al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales: El Principio de Proporcionalidad.....	5
1.2.1. Presupuestos:	8
a) Legalidad	
b) Justificación teleológica	
1.2.2. Requisitos extrínsecos:	9
a) Judicialidad	
b) Motivación	
1.2.3. Requisitos intrínsecos:	10
a) Idoneidad	
b) Necesidad	13
c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	14
c.1) interés de persecución penal	15
c.2) interés de los ciudadanos	16
· Capítulo Segundo:	
2. La Tutela Cautelar.....	18
· 2.1 Referencia a la tutela cautelar.....	19
· 2.2 La prisión preventiva como medida cautelar	22
2.2.1. Requisitos de la prisión preventiva	24
2.2.2. Fines de la prisión preventiva	26
a) protección de la investigación y de los medios de prueba	
b) la seguridad del ofendido	27
c) la seguridad de la sociedad	
c.1) peligro de fuga	29
c.2) peligro de reiteración	30

2.2.3. El principio de proporcionalidad en el proceso penal chileno: límite al uso de medidas cautelares personales	31
· Capítulo Tercero:	
3. Análisis de la aplicación práctica de la Prisión Preventiva en la Provincia de Valdivia.	36
· Conclusiones	40
· Bibliografía	43

Introducción

Con el presente trabajo se pretende analizar qué es la prisión preventiva: ¿Es una medida cautelar personal o en ciertos casos excepcionales se la podría considerar como una especie de pena anticipada?

Además, se quiere intentar demostrar que a pesar de que la prisión preventiva pugnaría contra ciertos derechos fundamentales, específicamente el consagrado en el artículo 19 n° 7 letra b) de la Constitución, en ciertos casos excepcionales la vulneración de la libertad de un individuo se torna necesaria, razonable y legítima.

Ahora bien, para que esta medida de coerción sea considerada razonable y legítima se hace necesario recurrir al principio de proporcionalidad, cuya existencia en nuestro derecho se remonta a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal; y por lo anterior, es que se debe recurrir a la doctrina extranjera – alemana y española entre otras- para poder desarrollarlo cabalmente, ya que en nuestro país su vigencia es muy reciente.

También se pretende comprobar si es que la aplicación práctica de la institución coincide con los fines que se tuvieron en cuenta al momento de elaborar el nuevo Código Procesal Penal, en cuanto a si la aplicación de las medidas cautelares – específicamente respecto a la prisión preventiva – ha disminuido, desde que entró en vigencia la reforma, y para esto se ha recurrido al Juzgado de Garantía de Valdivia y a Gendarmería de Chile.

En definitiva, se pretende realizar un análisis general sobre la prisión preventiva- analizando sus requisitos de procedencia, pero sobre todo los objetivos o fines que persigue, ya que es en esta materia en donde surgen los conflictos- para así poder establecer si es que atenta o no contra determinados derechos fundamentales y si es que la respuesta es positiva, intentar justificar con fundamentos sólidos el por qué se permite y aplica en nuestro sistema penal.

Capítulo Primero:

1.- Enfoque Constitucional

La regulación constitucional de la prisión preventiva en la Constitución Política de la República (en adelante CPR) obedece, propiamente, a la de un sistema inquisitivo donde la tensión entre la pretensión punitiva y la libertad personal se resuelve a favor de la primera. Esto concuerda con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal de 1906, el cual establecía la prisión preventiva como consecuencia inmediata del auto de procesamiento, concibiéndola, por tanto, como la regla general, lo que se ajustaba con lo señalado en la CPR en su artículo 19 N° 7. En consecuencia, lo establecido por la Constitución en materia de prisión preventiva resultaba consistente con las disposiciones legales vigentes y además, parecía no contradecir ninguna obligación del Estado en materia internacional.¹

Sin embargo, esta situación cambia radicalmente el 29 de Abril de 1989, fecha de publicación del decreto promulgatorio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), y posteriormente, con fecha 5 de Enero de 1991 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto N° 873 que mandó cumplir, previa aprobación del Congreso Nacional, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto San José de Costa Rica”(en adelante CADH), los cuales de acuerdo al artículo 5° inc 2° de la CPR se incorporan al derecho interno y consecuentemente con esto, todos los principios y declaraciones de derechos contenidos en dichos tratados pasan a tener rango constitucional, lo que importa a partir de entonces, la existencia de una contradicción de normas del mismo rango², ya que se observan diferencias con la CPR, tanto en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la prisión preventiva; la cual constituye la regla general en la CPR y la excepción en los tratados internacionales, como en consideración a las finalidades legitimantes de dicha institución, las cuales consisten en el éxito de la investigación y peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido en la CPR y, en asegurar la comparecencia del imputado ante la insuficiencia de garantías de dicha comparecencia en los tratados internacionales ratificados por Chile.

Como se puede apreciar, al momento de discutir en nuestro país un nuevo proyecto de Código Procesal Penal, el sistema adolecía de una seria inconsistencia entre las finalidades legitimantes de la prisión preventiva que reconocen los tratados internacionales y las contenidas en la CPR, y aunque el mensaje presidencial que acompañó dicho proyecto

¹ Cfr.López Masle, Julián y Horvitz Lennon, María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002. (p.392-397).

² Cfr.Medina C, *Constitución, Tratados y derechos esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994. (p.39).

sostuvo que tanto la CPR como los tratados enunciados anteriormente, serán los que otorguen los parámetros básicos usados para el diseño del proyecto, lo cierto es que el proyecto del nuevo Código Procesal Penal no satisface íntegramente ni a la CPR ni al propio Código, ya que por una parte, reconoce a la libertad ambulatoria su carácter general y le otorga a la prisión preventiva un tratamiento de excepcionalidad, lo cual coincide con lo exigido por los tratados internacionales. Pero por otro lado, el Código Procesal Penal (en adelante CPP) reproduce en su artículo 140 (requisitos para decretar la prisión preventiva) los mismos objetivos que la CPR consideraba legítimos para denegar la libertad provisional con lo cual estaría reconociendo legalmente finalidades no admitidas en las convenciones internacionales como legitimantes para la prisión preventiva (necesidad para el éxito de la investigación y peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido).³

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el nuevo CPP parece someterse en parte a las convenciones internacionales y en parte a la CPR, en lo que a prisión preventiva se refiere, por lo que el tratamiento legislativo de dicha institución se ve enfrentado a problemas de constitucionalidad, al existir todavía contradicciones entre lo que postulan los tratados internacionales, específicamente, el PIDCP y la CADH, y lo establecido por la CPR en su artículo 19 N° 7; diferencias que no fueron subsanadas por el nuevo Código Procesal, ya que este último autoriza, como se dijo anteriormente, la procedencia de la prisión preventiva sobre la base de finalidades que no están reconocidas por las convenciones internacionales vigentes en Chile, finalidades que solo encuentran sustento en disposiciones de la CPR, muchas de las cuales se encuentran obsoletas como por ejemplo la institución de la libertad provisional (la cual desaparece a nivel legislativo) y las investigaciones del sumario (que son reemplazadas por la investigación preliminar que realiza el ministerio público).

En consecuencia, junto con la entrada en vigencia de un nuevo Código Procesal Penal, el cual tenía como objetivo principal adecuar el derecho interno con lo establecido por los tratados internacionales sobre derechos humanos, debió realizarse también, una reforma a la CPR para que en la actualidad estas contradicciones no le restaran credibilidad al nuevo proceso penal ante los ojos de la opinión pública tanto nacional como internacional.

Además dichas contradicciones no dejan de ser relevantes al existir distintos fines en cuanto a la procedencia o no en un caso determinado de la prisión preventiva la cual como su nombre lo indica, priva de libertad a una persona, libertad personal que se

³ Cfr. López Masle, Julián y Horvitz Lennon, María Inés. Op.cit., (p.396).

encuentra garantizada en la misma Constitución, específicamente en el artículo 19 N°7 letra b), junto a los demás derechos fundamentales reconocidos en la CPR.

1.1.- El Derecho Fundamental a la Libertad Personal y a la Seguridad Individual: (Artículo 19N°7 CPR)

Al analizar la prisión preventiva, inmediatamente se advierte su innegable relación con el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, ya que es precisamente este derecho el que se ve vulnerado al hacer procedente el juez de garantía esta medida cautelar.

Debe recordarse que la Constitución en su artículo 1° declara que “los hombres nacen libres...”, pero en su Capítulo III, el constituyente se dedica a reglamentar sus limitaciones y a garantizar su ejercicio, lo cual nos da a entender que la libertad no es absoluta y que el mismo ordenamiento jurídico se encarga de establecer limitaciones a la misma.⁴

Además, al analizar las sesiones de la C.E.N.C. en las cuales se discutió sobre lo que debía entenderse por libertad personal, queda claro que el hombre tiene libertad, pero lo que el ordenamiento jurídico le garantiza es el derecho a ejercer esa libertad dentro de los márgenes de seguridad para él y para los suyos.⁵

Ahora bien, el derecho a la libertad personal que garantiza el artículo 19 N° 7 asume dos aspectos esenciales de acuerdo con lo señalado por el Sr. Ovalle en la sesión N° 106 de la C.E.N.C.; por un lado, la libertad de movimiento, de trasladarse, de salir y entrar al territorio, y por otro lado, garantiza el derecho a no ser detenido, preso, etcétera, sino en conformidad a la ley.⁶

En consecuencia, cabe observar que el ejercicio de la libertad personal está regulado por lo que preceptúe la ley y por el respeto al derecho de otras personas. Esta misma idea es la que se consagró en la letra b) del artículo 19 N° 7 de la CPR, la cual es parte integrante de la esencia de la garantía; agrega que nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta puede ser restringida sino en los casos y en la forma, o sea, con los requisitos o resguardos que señalen la Constitución y las leyes. Como se puede apreciar, el precepto no sólo se refiere a la privación de libertad, sino que también tutela la eventual restricción de la misma.

De lo expuesto anteriormente, se llega a la conclusión de que a una persona no se le puede ni privar, ni restringir su libertad, salvo en los casos en que la ley lo establezca, como

⁴ Cfr. Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio. *Derecho Constitucional*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. (p. 234).

⁵ Cfr. Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. (p. 202).

⁶ *Ibid...* (p.198).

ocurre precisamente cuando una persona indiciada es sometida a prisión preventiva. En este caso, la privación de libertad se ve justificada, por cuanto el Estado se ve compelido por el propio texto constitucional a proteger el interés general. Por lo tanto, a pesar de estar vulnerando, en principio, un derecho fundamental - como lo es la libertad personal al encontrarse un individuo privado de libertad -, la propia Constitución razonablemente lo permite y entonces no nos encontraríamos frente a un caso de inconstitucionalidad.

Incluso, las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas por Chile, admiten que se puede privar de libertad siempre y cuando las causas estén fijadas en la ley o en las Constituciones de los Estados partes.⁷

Lo anterior constituye una garantía más de que en el evento que se prive a un individuo de su libertad- libertad que no es absoluta por lo expuesto anteriormente-, ésta se hará mediante una resolución fundada en antecedentes calificados y no en simples hechos o presunciones, dictada por un juez competente como consecuencia de un debido proceso.

1.2.- La garantía al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales: El Principio de Proporcionalidad

La garantía al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra consagrada en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 26, el cual se constituye en la protección jurídica del libre ejercicio de los derechos fundamentales y establece que “el legislador a pretexto de interpretar, regular o complementar un derecho constitucional o de limitarlo en los casos en que la Constitución lo autoriza, no puede afectar los derechos en su esencia, porque ello equivaldría a desconocer la garantía y violar la voluntad del constituyente”.⁸ Ahora bien, un derecho es afectado en su esencia siguiendo al Tribunal Constitucional, “cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible”.⁹ Sin embargo, todo lo anterior corresponde a la llamada tesis material o absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, la que postula que los derechos fundamentales tienen un círculo interno, el cual es sustancial, absoluto, estable e inalterable y por tanto, ese contenido preestablecido de la esencia de los derechos,

⁷ Art. 9 PIDCP: 1. ...Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

Art. 7 CADH: 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

⁸ Evans de la Cuadra, Enrique. Op.cit., (p. 298).

⁹ STC Rol N°43.24.02.1987 citada por Evans de la Cuadra, Enrique. Op.cit., (p.302).

se constituye en un límite a la intervención del legislador quién no podrá alterar o intervenir en dicho contenido.¹⁰

Por otro lado, encontramos la tesis relativa¹¹ para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales que es seguida por la minoría de la doctrina en Chile, la cual rechaza la idea de establecer dicho contenido de un modo fijo y preestablecido y apunta por el contrario, a regular la intervención del legislador sobre los derechos fundamentales, de acuerdo a criterios de racionalidad, proporcionalidad o igualdad de dicha intervención y buscan por tanto, controlar los posibles excesos del legislador.¹²

En otras palabras, el contenido esencial de los derechos no es absoluto ni inalterable y el legislador podría entrometerse siempre y cuando dicha intromisión se fundamente en principios consagrados constitucionalmente, tales como el de proporcionalidad que establece que la intervención legislativa “no debe representar una carga excesiva para los afectados”¹³ o el de igualdad que prohíbe en la intervención de los derechos fundamentales medidas discriminatorias.

Así entonces, podemos deducir de la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales establecida en el artículo 19 N°26 de la CPR, el principio de proporcionalidad como un límite establecido al legislador en la intervención de dicho contenido.

La gran expansión de este principio surge después de la Segunda Guerra Mundial y se produce simultáneamente con el reforzamiento y la consecuente reconceptualización de los derechos fundamentales, los cuales dejan de ser meras afirmaciones programáticas para convertirse en derecho directamente aplicable. Los derechos fundamentales pasan a constituir espacios mínimos reservados a la actuación de las personas, espacios que deben ser respetados por todos, y especialmente por el Estado¹⁴. Éste último debe respetar los derechos fundamentales, y por esto es que cualquier invasión de la esfera protegida por éstos se encuentra bajo el mandato de la proporcionalidad, principio que emana del Estado de Derecho y de la esencia misma de los derechos fundamentales.

¹⁰ Cfr. Bordalí Salamanca, Andrés. “La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile: Derecho y Medio Ambiente*, N° especial, Agosto de 1998. (p.157).

¹¹ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. (p.125). “La garantía del contenido esencial es extendida a toda intervención en los derechos fundamentales por las llamadas teorías relativas. Según ellas, una restricción afecta el contenido esencial cuando es desproporcionada, es decir, cuando no es adecuada, no es necesaria o es desproporcionada en sentido estricto, es decir, no se encuentra en una relación adecuada con el peso y la importancia del derecho fundamental. Pero, con ello, la restricción de la competencia del legislador para imponer restricciones se convierte esencialmente en una cuestión de ponderación”.

¹² *Ibid.*... (p.160).

¹³ Gavara, J.C. citado por Bordalí Salamanca, Andrés. “La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental”. *op.cit.*, (p.161).

¹⁴ Cfr. Pedraz Penalva, Ernesto. *Derecho Procesal Penal: Principios de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Editorial Colex, Madrid, 2000. (p. 147).

Es un principio consustancial al Estado de Derecho, en el cual, la aplicación de dicho principio se convierte en un imperativo básico a tener en cuenta cada vez que los derechos y libertades fundamentales puedan verse afectados.

Como puede observarse, el principio de proporcionalidad implica el establecimiento de límites a la intervención estatal en el logro de un equilibrio entre los intereses generales que ha de perseguir y los fundamentales de los individuos que solo justificada y extraordinariamente pueden verse afectados sin lesionar su esencia.

Ahora bien, en nuestro derecho no existe una norma expresa que reconozca el principio de proporcionalidad, pero se podría deducir de nuestra legislación de la siguiente manera:

“La cláusula de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución en su Art. 19 N° 26 habrá de obtenerse por aplicación del Principio de Proporcionalidad, que vendría a indicar la idea de razonabilidad o mesura en la intervención estatal sobre la libertad de las personas, lo que, en todo caso, será determinado en cada situación concreta por un tribunal de justicia y, por ello se puede decir que estamos frente a un principio procesal constitucionalizado.”¹⁵

Lo anterior quiere decir que cuando al legislador y consecuentemente al Estado, les corresponda promover el bien común, o en definitiva, lograr ese bienestar o interés general, deben hacerlo siempre respetando aquellas situaciones indispensables para la libertad individual de las personas, como son, los derechos fundamentales.

Sin embargo, el contenido esencial de los mismos- como mencioné anteriormente- no es absoluto ni inalterable, y por esto es que es necesario tener en cuenta el principio de proporcionalidad- en los momentos en que dicho contenido sea alterado-, ya que este principio, como ya se señaló, deviene como un límite impuesto al poder estatal que en su labor de promoción y búsqueda de los intereses generales, debe respetar los derechos fundamentales de todas las personas y como tal, debe coordinar estos intereses generales con los derechos fundamentales de los individuos.

¹⁵ Bordalí Salamanca, Andrés. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 2003. (p.63).

Esta misma idea la encontramos en Pedraz Penalva, Ernesto. Op.cit., (p.135). “En la bibliografía y jurisprudencia, esencialmente de los países continentales integrantes de la Comunidad Europea se repite como algo ya plenamente aceptado que el principio de proporcionalidad tiene categoría constitucional (sin que con ello pierda su naturaleza procesal, pudiendo considerarse pues que estamos ante uno de los principios procesales constitucionalizados). Asimismo se sostiene que integra de modo determinante el llamado Estado de Derecho.

El principio de proporcionalidad está compuesto por determinados presupuestos y requisitos, los que conjuntamente considerados, constituyen un completo mecanismo de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos en la limitación de los derechos fundamentales.

Los presupuestos sobre los cuales se asienta este principio son dos, uno formal constituido por el principio de legalidad, el cual exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por ley; y el segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material y exige que toda limitación de derechos tienda a la consecución de fines legítimos.

1.2.1- Presupuestos:

a).- Legalidad:

En principio se podría pensar que el principio de legalidad es ajeno al examen de proporcionalidad, pero debe considerarse que es su primer presupuesto porque no tendría sentido enjuiciar la constitucionalidad de una medida, desde la perspectiva de la proporcionalidad, si su inconstitucionalidad resultara ya de la transgresión del principio de legalidad, al cual quedan sometidas todas las restricciones de derechos fundamentales.¹⁶

En el derecho interno chileno, este principio tiene reconocimiento tanto constitucional como legal¹⁷: Así, el artículo 19 N°7 letra b) CPR establece: “*Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes*”; y por su parte, el artículo 5 CPP señala: “*No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes*”.

Como se puede observar, este principio se encuentra consagrado en nuestra legislación, y por lo mismo se debe respetar, pues en caso contrario el principio de proporcionalidad asumiría una función errónea, y serviría como excusa para la adopción de medidas restrictivas de derechos desprovistas de cobertura legal, con lo cual el principio de proporcionalidad se convertiría en una coartada para el quiebre del Estado de Derecho con la consecuente arbitrariedad a que conlleva.

Se hace imprescindible por tanto, considerar primero el principio de legalidad, ya que su inobservancia evita toda discusión posterior sobre el principio de proporcionalidad; en otras palabras, no tendría sentido considerar en un caso determinado el principio de proporcionalidad si es que primero no se respeta el principio de legalidad.

¹⁶ Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás. “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”. *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, 1998. (p.194).

¹⁷ También se puede deducir el principio de legalidad de los artículos 19 N°26, 60 y 62 de la CPR.

b).- Justificación teleológica:

Este presupuesto establece que toda intromisión estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, debe responder a una finalidad legítima para que sea constitucionalmente admisible. El fin del Estado ha de ser el de tutelar bienes protegidos constitucionalmente y socialmente relevantes, ya que si dicho fin es ilegítimo o irrelevante, la medida adoptada tendrá que reputarse de antemano inadmisibles por ser absolutamente arbitraria.¹⁸

Desde la perspectiva del Derecho Procesal es de gran relevancia la aplicación del principio de justificación teleológica a la prisión preventiva, ya que una de las controversias más significativas que existe con respecto a esta medida cautelar se refiere precisamente a los fines que debe perseguir la misma. En todo caso, este problema se desarrollará en el siguiente capítulo.

1.2.2- Requisitos Extrínsecos:

a).- Judicialidad:

Este requisito se basa en el hecho de que son precisamente los órganos judiciales los constitucionalmente previstos para garantizar de forma inmediata la eficacia de los derechos fundamentales y por tanto, queda sometida a su juicio la decisión sobre la proporcionalidad de las medidas limitativas de libertad, desde la perspectiva del caso concreto, lo cual les permite calibrar el peso de los intereses en conflicto.¹⁹

En nuestro derecho interno, el nuevo CPP entrega al juez de garantía la decisión sobre la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares personales, las cuales en mayor o menor medida- dependiendo del caso concreto- privan o restringen de libertad a un individuo.²⁰

b).- Motivación:

Es un requisito formal del principio de la proporcionalidad, según el cual, cada vez que el órgano jurisdiccional dicte una resolución que limite en cierta medida derechos fundamentales, debe plasmar un juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, que justifique la adopción de la medida.²¹ Esto se puede asimilar a lo que en Chile se denomina resolución fundada, la

¹⁸ Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás. "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español". Op.cit., (p.195).

¹⁹ *Ibid.*, (p.197).

²⁰ Art. 70 inc.1º CPP: El juez de garantía llamado por ley a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.

²¹ Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás. "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español". Op.cit., (p.198).

cual es un requisito necesario para cualquier privación o restricción de derechos en el nuevo proceso penal. Ejemplos de esto los encontramos en los siguientes artículos: 1, 36,122 y 143 del CPP.

1.2.3.- Requisitos Intrínsecos:

Una de las principales críticas que se le han hecho al principio de proporcionalidad se basan en su indeterminación y en el subjetivismo al que conduce su falta de precisión semántica. Por esto es que la doctrina alemana- citada en este caso por González-Cuéllar²² - se ha preocupado de aclarar el contenido de este principio, descomponiéndolo en tres subprincipios.

La generalidad de la doctrina se muestra en la actualidad de acuerdo al considerar componentes del principio de proporcionalidad en sentido amplio a los siguientes subprincipios: principio de idoneidad, principio de necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto.²³ Sin embargo, Pedraz Penalva (otro autor español) postula que tanto el Tribunal Federal Alemán como la doctrina especializada distinguen una pluralidad de términos que si en principio son subsumibles bajo la rúbrica proporcionalidad, en verdad son empleados con diverso significado: adecuación, exigibilidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁴

En todo caso, de ahora en adelante expondré estos subprincipios de acuerdo con lo establecido por González-Cuéllar .

a).- Idoneidad:

La idoneidad, dentro del esquema medio-fin (en donde se encuentra plasmado en principio de proporcionalidad en sentido amplio), hace referencia a la causalidad del medio (causa) con relación al fin (efecto). Requiere que la medida adoptada sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto. Una medida es idónea si con su ayuda la satisfacción del fin deseado se acerca o facilita, y no lo es, si la injerencia no despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin.²⁵

²² Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*. Editorial Colex, Madrid, 1990. (p.153).

²³ *Ibid.*, (p.153).

Alexy, Robert. *Op.cit.*, (p.111). “Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”.

²⁴ Cfr. Pedraz Penalva, Ernesto. *Op.cit.*, (p.151).

²⁵ Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás. “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”. *Op.cit.*,(p.200).

La misma idea desarrolla Pedraz Penalva en cuanto a que “un medio es adecuado cuando a través de él puede lograrse el resultado apetecido”²⁶ o bien, alcanzar el fin propuesto.

Ahora bien, la adecuación del medio se debe manifestar *objetivamente* desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo.

Las medidas deben ser, en primer lugar, cualitativa e idóneas para alcanzar el fin previsto, es decir, aptas por su propia naturaleza. Por ejemplo, es cualitativamente adecuado acordar la entrada y registro en un domicilio cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito.²⁷

En todo caso, no es suficiente con que el medio sea cualitativamente adecuado desde una perspectiva abstracta, sino que es preciso que en el caso concreto sea previsible la aptitud del medio para la consecución del fin.

Y en segundo lugar, en relación con la exigibilidad constitucional de adecuación cuantitativa, es necesario destacar lo concerniente a las medidas cautelares personales- específicamente en relación con la prisión preventiva- ya que aunque se demuestre en el caso concreto cualitativamente adecuada, vulneraría el principio de idoneidad y por lo mismo resultaría desproporcionada, si su duración excediera de la duración de la pena privativa de libertad prevista para el delito imputado. La medida adoptada sería inidónea por ausencia de adecuación cuantitativa.

En nuestro derecho, los límites en cuanto a la duración de la prisión preventiva están establecidos sólo en la ley, específicamente en los artículos 122 inc.1º, 145 inc.2º y 152 del nuevo CPP²⁸ y por tanto, no encuentran una consagración constitucional, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Español, específicamente en el artículo 17.2 de la Constitución española.²⁹

La exigencia de la adecuación cuantitativa juega un papel fundamental, al momento de reclamar la limitación de la prisión preventiva en la medida realmente precisa. En este sentido, el artículo 152 inc.1º del CPP establece que: “*El tribunal de oficio o a petición de*

²⁶ Cfr. Pedraz Penalva, Ernesto. Op.cit., (p.152).

²⁷ Artículo 546 de la LECrim. (Ley Española Criminal).

²⁸ Art. 122 inc.1º CPP: Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

Art. 145 inc.2º CPP: Transcurridos 6 meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o su prolongación.

Art. 152 CPP: El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado.

En todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación.

²⁹ El Artículo 17.2 Constitución Española establece que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”.

cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado". Lo expresado en el artículo transcrito deja claro que las medidas restrictivas o privativas de libertad poseen un límite, el cual puede reclamarse por cualquiera de los intervinientes del proceso penal e incluso el tribunal de oficio puede decretar la terminación de ésta medida de coerción, cuando ya no subsistan los motivos que la justificaron, en dónde la exigencia de la adecuación cuantitativa es trascendental al momento de querer limitar la medida cautelar.

A la vez, este principio de idoneidad requiere una adecuación del ámbito *subjetivo* de aplicación de las medidas restrictivas de derechos, en donde resulta estrictamente necesaria la individualización de los sujetos pasivos de las mismas.

Ello significa que los órganos de persecución penal no pueden someter a un conjunto indeterminado de ciudadanos a medidas que afecten sus derechos fundamentales, lo cual es obvio, al encontrarnos frente a un Estado democrático de Derecho, en dónde se prohíbe la extensión indebida de aplicación de medidas restrictivas o privativas de libertad.³⁰

Dentro de la idoneidad, es necesario también preguntarse por la verdadera intención del juez que adopta la medida. El respeto por el principio de idoneidad debe ser reclamado en el caso concreto y en la voluntad de quién decide la restricción de un derecho fundamental, lo que significa que los órganos de persecución penal no pueden perseguir una finalidad distinta de la prevista por ley.

En nuestro país, el artículo 19 N°7 letra e) de la CPR y el artículo 140 letra c) del CPP³¹ son los que establecen cuáles son las finalidades que se persiguen y que por tanto justifican la privación de libertad de un determinado sujeto.

Por lo tanto, si los jueces decretaran la procedencia de medidas que no persiguen los fines que autoriza la normativa habilitadora de la injerencia, dicha medida debiera considerarse inconstitucional, además de ir contra el principio de legalidad y de proporcionalidad (al no cumplir con el principio de idoneidad), sean cuales sean los móviles que haya considerado el juez para decretar la procedencia de dicha medida.

³⁰ Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás. "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español". *Op.cit.*, (p.203).

³¹ Art. 140 letra c) CPP: Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de las diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

b).- Necesidad:

El principio de necesidad, también denominado “ de intervención mínima”, “ de alternativa menos gravosa” o de “subsidiariedad”³², es un subprincipio del principio de proporcionalidad, el cual obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables, para que sean lo suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos; o sea, induce al órgano actuante (juez de garantía o fiscal) a buscar medidas alternativas idóneas o adecuadas. Lo mismo entiende Pedraz Penalva por exigibilidad, en el sentido que un medio es exigible cuando el legislador no habría podido elegir un medio distinto igualmente eficaz, que no limitara, o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental.³³

En otras palabras, la aplicación de este principio se basa en la comparación entre distintas alternativas y en la posterior elección de la menos lesiva para los derechos individuales, siempre que, la medida adoptada asegure la consecución del fin.

En nuestra legislación, este principio se ve reflejado en el artículo 145 inc.1º el cual dispone que:” *en cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en las disposiciones del párrafo sexto de este título*”. Por su parte, el párrafo sexto en su artículo 155 del CPP ³⁴ establece medidas cautelares alternativas, como son: el arresto domiciliario, la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, la prohibición de salir del país, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez, entre otras.

³² Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás. “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”. Op.cit., (p.206).

³³ Cfr. Pedraz Penalva, Ernesto. Op.cit., (p.152).

³⁴ Art. 155 CPP: Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

- a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y
- g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este Párrafo.

En todo caso, dichas normas no hacen más que reiterar lo señalado por el inc.2º del art. 139 del CPP en el sentido que la prisión preventiva es la última de las medidas cautelares personales a las que puede acudir el tribunal para asegurar las finalidades del procedimiento y sólo procederá cuando las demás medidas fueren insuficientes para asegurar dichas finalidades. Ahora, si alguna de las medidas cautelares contempladas en el párrafo sexto es aplicable y cumple con la finalidad de asegurar la comparecencia del imputado o con cualquier otra finalidad que exija el procedimiento, el tribunal debe preferir ésta.

Por tanto, lo fundamental de este principio de necesidad o exigibilidad es que obliga al juez a rechazar las medidas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas- como las que dispone el párrafo sexto del CPP-, con lo cual se disminuye la lesividad de la intromisión en la esfera de derechos y libertades del individuo y se cumple, por tanto, con el principio de proporcionalidad, ya que mediante la búsqueda de la alternativa menos gravosa se tiende a alcanzar un nivel óptimo de respeto por los derechos individuales, los cuales sólo serían limitados en la medida imprescindible para satisfacer la finalidad perseguida.

c).- Proporcionalidad en sentido estricto:

Nicolás González-Cuéllar da el siguiente concepto de proporcionalidad en sentido estricto: “ El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad”.³⁵

Por su parte, Pedraz Penalva establece que la proporcionalidad en sentido estricto implica que “no ha de sobrecargarse al afectado con una medida que para él represente una excesiva exigencia sin que con ella, además se favorezca el interés general o, resultando beneficiada la comunidad, las ventajas sean parangonables con los perjuicios ocasionados al individuo. Medio y fin constituyen dos variables que no pueden estar en desproporción.”³⁶

³⁵ González-Cuéllar Serrano, Nicolás. “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”. Op.cit., (p.208).

³⁶ Pedraz Penalva, Ernesto. Op.cit., (p.153).

En definitiva, estamos frente a un principio que se caracteriza por ser ponderativo, en el sentido de que soluciona la tensión que existe entre los intereses estatales e individuales mediante la ponderación de los valores e intereses involucrados en el caso concreto, operación tras la cual podrá concluirse si el medio se encuentra en razonable proporción con el fin perseguido, por lo tanto, también se produce una ponderación entre fines y medios.

c.1).-El interés de persecución penal:

Al estudiar este principio se debe considerar el interés de persecución penal, el cual impulsa a los órganos del Estado para asegurar la tutela eficaz de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos a través de la aplicación del *ius puniendi*. “El peso del interés de persecución penal, sólo puede ser legítimamente comparado con la relevancia de los derechos fundamentales limitados, si dicho interés es concebido como el interés propio de los órganos de persecución penal, tendente a asegurar la protección final de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, mediante la aplicación de restricciones que en el proceso resultan necesarias, ya tengan una finalidad cautelar, preventiva o de investigación.”³⁷

Ahora bien, una vez definido este interés, es necesario precisar los criterios de medición del mismo, con el fin de compararlo con la relevancia de los derechos fundamentales limitados en el caso concreto.

Estos criterios no pueden establecerse con carácter general, ya que los intereses en conflicto son muy diversos, por lo que la doctrina alemana³⁸ ha propuesto los siguientes indicadores del interés estatal:

El primero de estos criterios es el llamado “criterio de la consecuencia jurídica del delito”, el cual exige tomar en consideración la gravedad de la pena esperada, sobre todo en relación con la prisión provisional. Se le denomina también, “criterio de la pena o medida esperada”.³⁹

El segundo instrumento de medición del interés estatal es el “criterio de la importancia de la causa” consistente en la valoración del interés del público en la persecución penal, basado en la posición del imputado o en la gravedad del hecho.

El tercer criterio a considerar es el “criterio del grado de la imputación” y cuanto más restrictiva sea la medida, mayor será el grado de imputación para el sospechoso.

³⁷ González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*. Op. Cit. (p.251).

³⁸ Degener, citado por González-Cuéllar Serrano, Nicolás. “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”. Op. Cit. (p.209).

³⁹ Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás. “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”.Op. Cit. (p.210).

Y finalmente, el cuarto criterio de medición del interés de persecución penal es el del “éxito previsible de la medida”, o sea, que la medida adoptada sea eficaz en el caso concreto.

En definitiva, mediante la exigencia de aplicación de todos estos criterios se pretende reforzar la necesaria relación medio-fin que se debe observar al aplicar el principio de proporcionalidad.

c.2).-Los intereses de los ciudadanos:

En el otro polo encontramos los intereses individuales, los que en principio se resumen en uno: en el mantenimiento por parte de los particulares del *ius libertatis*. Ahora, una tarea difícil es determinar cuáles son los intereses individuales que deben ser ponderados por los órganos de persecución penal en contraposición con el interés estatal. En todo caso, se ha postulado que el interés individual debiera ser medido tomando en consideración la magnitud de la intervención estatal, según la intensidad y la duración temporal de la medida. Cabe mencionar también que los órganos de persecución penal al valorar los perjuicios ocasionados a los afectados, deben considerar las consecuencias que las medidas procesales penales puedan acarrear en su salud, física y psíquica, y en su vida familiar, social y profesional; y la valoración de dichos efectos adquiere especial relevancia en relación con la prisión provisional.⁴⁰

Una vez efectuada la medición de los intereses públicos y privados enfrentados, el órgano de persecución penal (en nuestro país el juez de garantía) debe ponderar el peso de ambos y decidir cuál resulta preponderante, para así poder decidir si la medida es proporcional o si, por el contrario, resulta desproporcionada. En pocas palabras, en eso consiste el principio de proporcionalidad.

No puedo dejar de mencionar que el principio de proporcionalidad fue incorporado recientemente en nuestra legislación al entrar en vigencia el nuevo Código Procesal Penal, el cual en su Título V de las “Medidas Cautelares Personales”, reconoce este principio de proporcionalidad. Este último fue tomado principalmente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y doctrina alemana, que son los precursores en el estudio y desarrollo de este principio.

En el caso del Derecho alemán o del Derecho español, se entiende plenamente aceptado -por la bibliografía y jurisprudencia de los países continentales integrantes de la Unión Europea- que el principio de proporcionalidad tiene categoría constitucional⁴¹.

⁴⁰ Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás. “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español” Op.Cit. (p.214-215).

⁴¹ Pedraz Penalva, Ernesto. Op.cit., (p.135).

En nuestro país, el principio de proporcionalidad tiene expreso reconocimiento legal, ya que los jueces están obligados por ley a ceñirse a este principio lo que queda demostrado en el artículo 141 del CPP⁴², el cual dispone que la prisión preventiva es improcedente cuando ésta aparezca desproporcionada con respecto a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable con lo que queda clara la intención del legislador con respecto a este principio.

Y en cuanto al reconocimiento de la proporcionalidad como principio constitucional, este último puede extraerse del artículo 19 N° 26 de la CPR, lo que como ya se desarrolló en este trabajo pretende regular la intervención del legislador sobre los derechos fundamentales (intervención que sólo es posible si se sigue la tesis relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales), de acuerdo a criterios de racionalidad, proporcionalidad o igualdad de dicha intervención y que buscan por tanto, controlar los posibles excesos del legislador.

Y también podría entenderse incorporada la proporcionalidad en nuestro derecho, gracias a la incorporación en virtud del artículo 5 inc.2 de la CPR de la presunción de inocencia dentro de la cual se subentiende que si se va a privar a una persona de su libertad-privación que es netamente excepcional, subsidiaria y provisional (ya que no tendría por qué privarse de libertad si es que realmente se presumiera inocente al individuo)-, debe hacerse respetando el principio de proporcionalidad.

Otro punto a tener en consideración, es que no hay Constitución alguna que reconozca *expresamente* el principio de proporcionalidad, sino que se trata más bien de construcciones jurisprudenciales y doctrinales.

En todo caso, el que se haya consagrado el principio de proporcionalidad en el nuevo Código Procesal Penal, ya es un gran paso para acercarnos cada vez más a las legislaciones más avanzadas, sobre todo en cuanto a garantías constitucionales y derechos humanos se refiere.

⁴² Art.141 CPP: *Improcedencia de la prisión preventiva*. No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

No procederá la prisión preventiva:

a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo;

b) Cuando se tratase de un delito de acción privada, y

c) Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.

Sin perjuicio de lo anterior, el imputado deberá permanecer en el lugar del juicio hasta su término, presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los artículos 33 y 123.

Capítulo Segundo

2.-La Tutela Cautelar:

El punto de partida para la comprensión de las medidas cautelares, ya sea en el ámbito civil o penal, es la circunstancia simple e indiscutible de que la realización de un proyecto requiere tiempo. Y cuando esta circunstancia se aplica al proceso penal se traduce en un derecho fundamental que se expresa en el derecho al juicio previo legalmente tramitado.⁴³ En este contexto, las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia y en consecuencia, dilaten indebidamente el proceso. Por tanto, la finalidad de estas medidas a grandes rasgos, radica en asegurar o garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión de las mismas.

Siguiendo a Calamandrei⁴⁴, hoy en día existe consenso en reconocer como elementos uniformes de estas medidas la provisionalidad y la instrumentalidad.

De acuerdo con el mismo autor, la cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares significa “que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal, sino que tienen duración limitada a aquél período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional con la calificación de definitiva”⁴⁵. En otras palabras, las medidas cautelares no tienen vocación de perdurar indefinidamente en el tiempo, sino que son provisionales en su naturaleza y no aspiran jamás a convertirse en definitivas.⁴⁶

Y en cuanto a su instrumentalidad, Calamandrei establece que el carácter verdaderamente típico de las providencias cautelares es que nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la ulterior emanación de una providencia definitiva.⁴⁷ Nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito y una vez que se pronuncia la providencia principal y desarrolla su eficacia ejecutiva, la medida cautelar necesariamente se extingue.

Por otro lado, son dos los presupuestos normativos que deben concurrir para que el tribunal pueda otorgar una medida de esta naturaleza, el *fumus comisi delicti* y el *periculum*

⁴³ Cfr. López Masle, Julián y Horvitz Lennon, María Inés. Op.cit., (p.341).

⁴⁴ Calamandrei, Piero citado por Marín González, Juan Carlos. “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno”. *Revista de Estudios de la justicia, Universidad de Chile*, N°1, 2002. (p.12).

⁴⁵ *Ibid.*, (p. 12).

⁴⁶ Cfr. Marín González, Juan Carlos. Op.cit., (p.12).

⁴⁷ Cfr. Calamandrei, Piero citado por Marín González, Juan Carlos. Op.cit., (p.13).

in mora. El *fumus comisi delicti* en el proceso penal, se configura por la probabilidad de que el sujeto en contra de quién se dirige la investigación haya tenido una participación como autor, cómplice o encubridor en un hecho que reviste caracteres de delito. Y con respecto al *periculum in mora*, es un presupuesto que se conforma por la amenaza de que durante el transcurso del proceso el imputado intente su fuga o intente destruir algún material que pueda usarse como prueba de cargo en el juicio oral.(son situaciones que pueden impedir o dificultar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte).⁴⁸

Habiendo desarrollado en términos muy generales el marco teórico de la tutela cautelar en el proceso penal, ahora me referiré específicamente a la consagración de las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal.

2.1.- Referencia a la tutela cautelar:

Las medidas cautelares personales en el proceso penal, tienen como característica la de acercarse mucho, en cuanto al modo de afectación de los derechos del imputado, a las penas que se le aplicarán al término del proceso, si es que termina en una condena. Por esto es que el tema de la coerción durante el proceso, suele ser uno de los aspectos más polémicos de todos los ordenamientos procesales penales y nuestro país no es la excepción.

En este contexto, hay que tener presente el cambio de paradigma que ha operado desde la entrada en vigencia del nuevo CPP, en relación con las medidas cautelares y específicamente con la prisión preventiva, la cual constituía la regla general en el proceso anterior y se aplicaba como consecuencia inmediata del auto de procesamiento. Se puede convenir con respecto a lo anterior, que en el Código de Procedimiento Penal existía una verdadera relación causa-efecto del auto de procesamiento con la prisión preventiva; por intermedio de éste, el juez declaraba la existencia de un conjunto de antecedentes probatorios como la existencia del delito y presunciones fundadas de participación en el mismo, con lo cual, el imputado quedaba sometido al proceso penal. El problema radicaba en que no se diferenciaban claramente las nociones de proceso y castigo, ya que durante el desarrollo del proceso comenzaba el castigo.

La innovación que introduce el sistema del Código Procesal Penal constituye todo un cambio de paradigma en lo que a prisión preventiva y medidas cautelares se refiere, ya que a partir de este nuevo compendio, las medidas cautelares se abren en un abanico de posibilidades, pasando a ser la prisión preventiva la menos frecuente de todas, y además, deja de ser el efecto automático del auto de procesamiento, el cual desaparece, pasando a constituir medidas excepcionales cuya necesidad requiere ser invocada y acreditada en cada

⁴⁸ Cfr. Marín González, Juan Carlos. Op.cit., (p.14-15).

caso por el fiscal. Estas solicitudes deben ser siempre posteriores a la formalización de la investigación, esto es, debe haberse explicitado formalmente ante el juez por parte del fiscal el contenido de la imputación.

En consecuencia, el cambio de paradigma se traduce en que las medidas cautelares personales (específicamente la prisión preventiva) pasan a ser la excepción y no la regla general y además, se discuten a propósito de una imputación precisa, en el contexto de una audiencia en la que el fiscal deberá aportar los antecedentes que permitan justificar los supuestos que autorizan las medidas que solicita.⁴⁹

Sin embargo, la más grande innovación del nuevo Código Procesal Penal radica en el establecimiento del principio de presunción de inocencia⁵⁰ – bajo la fórmula de presunción de no culpabilidad-, como principio básico del nuevo procedimiento.

El artículo 4° del CPP dispone:” *Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme*”, de lo cual podemos concluir que “es la culpa y no la inocencia la que debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa- y no de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma objeto del juicio”⁵¹. Sobre este principio volveré más adelante.

Otro de los principios básicos consagrados en el Título I del Capítulo I del CPP es el que se refiere a la legalidad de la aplicación de las medidas cautelares, consagrado en el artículo 5°⁵² del cual se desprenden tres grandes principios que dicen relación con: la legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad, la interpretación restrictiva de ellas y la prohibición de su aplicación por analogía; corolario lógico que todo Estado de Derecho debe establecer en resguardo de la libertad de sus ciudadanos. El inc.1° de dicho artículo exige que estas medidas sean aplicadas sujetas a la más estricta legalidad, por tanto, fuera de los casos expresamente previstos en la Constitución y en las leyes, no cabe que se adopten en contra de los individuos ningún tipo de medidas que de una u otra forma afecten su libertad.

Siguiendo con los principios que se desprenden del artículo 5 del CPP, encontramos la interpretación restrictiva de las normas que autorizan la privación o restricción de libertad u otros derechos del imputado, es decir, el límite de la interpretación está marcado

⁴⁹ Cfr. Riego Ramírez, Cristián. “Prisión Preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo Proceso Penal”. *Colección de Informes de Investigación*, N° 9, Año 3, 2001. (p.4).

⁵⁰ En todo caso, el principio de presunción de inocencia posee un reconocimiento previo en sede constitucional como parte del derecho fundamental al debido proceso.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, 3° Edición, Editorial Trotta, Madrid, 1998. (p.549).

⁵² Art. 5 CPP: *Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad*. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.

por una restricción que obliga al intérprete a ceñirse fielmente a la letra y espíritu de la ley, limitando sus efectos e impidiendo el alcance extensivo de los mismos.

Y el tercer principio se refiere a la prohibición de la aplicación por analogía de las normas que privan o restringen la libertad o derechos de los imputados. Lo que se pretende es impedir que se aplique un principio jurídico, un mandato o una sanción que la ley ha establecido en esta materia para un hecho determinado, a otro hecho no regulado por ley, pero jurídicamente similar al primero.

Ahora bien, se hace necesario, sino imprescindible, relacionar la legalidad de la aplicación de estas medidas con el artículo 122 cinc.1º⁵³ del CPP el cual autoriza la aplicación de éstas únicamente cuando fueren absolutamente indispensables para los fines del procedimiento y sólo mientras dure dicha necesidad, con lo cual impone límites en cuanto a su procedencia, ya que dicha norma establece el carácter excepcional de estas medidas, y por otro lado, en cuanto a su prolongación, que no debe extenderse más allá de lo necesario, con lo cual se establece el carácter provisional de las mismas, debiendo cesar tan pronto desaparezca la situación que se tuvo en vista para concederla.

Y por otro lado, el inc.2º del artículo 122 dispone: *‘Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada’*, lo que debe necesariamente relacionarse con otro principio básico consagrado en el artículo 9⁵⁴ el que establece que toda actuación del procedimiento que prive, restrinja o perturbe los derechos que la Constitución asegura al imputado, requerirá autorización judicial previa, la cual de acuerdo con el inc.2º del artículo 122 debe ser fundada, esto es, debe contener una justificación que de a conocer por qué se ha considerado oportuno por el tribunal decretar alguna de estas medidas que afectan seriamente la libertad ambulatoria del imputado, por lo que el tribunal debe justificar plenamente la procedencia de éstas, lo que constituye una forma de protección de los derechos fundamentales involucrados, sobre todo el de la libertad individual.

Ahora bien, el por qué de estas normas, las primeras ubicadas en el Título I entre los Principios Básicos y la segunda encabezando el Título V de las Medidas Cautelares Personales, radica precisamente en que las medidas cautelares constituyen el punto más crítico del equilibrio entre el respeto a los derechos y garantías del imputado y la eficacia de la investigación.

⁵³ Art.122 inc.1º CPP: *Finalidad y alcance*. Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

⁵⁴ Art.9 CPP: *Autorización judicial previa*. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

2.2.- La prisión preventiva como medida cautelar:

Al analizar la prisión preventiva, no se puede dejar de considerar que ésta aparece claramente en tensión con el principio de inocencia y consecuentemente con la posibilidad de privar a una persona de su libertad personal pendiente el procedimiento de persecución penal. En otras palabras, si la pena privativa de libertad sólo puede imponerse después de haber sido dictada por una sentencia judicial y si por otro lado, el imputado debe ser considerado y tratado como inocente en tanto no exista dicha sentencia condenatoria, lo cierto es que la sola posibilidad de encarcelamiento pendiente el juicio, implica una contradicción que es difícil de justificar, pero no imposible.

En doctrina, existen dos corrientes de signo opuesto que buscan resolver esta contradicción. La primera de ellas resuelve el problema a favor de la prisión preventiva, declarando el principio de inocencia como un absurdo conceptual. El representante más destacado de esta tendencia es Manzini, para quién no existe “nada más burdamente paradójico e irracional”⁵⁵ que la presunción de inocencia. Establece que la imputación de un hecho determinado que tiene por presupuesto unos suficientes indicios de delincuencia, debería por lo menos constituir una presunción de culpabilidad. ¿Cómo admitir entonces que equivalga, en cambio, a lo contrario, esto es, a una presunción de inocencia? Y en consecuencia, si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él? Y además, ¿de qué inocencia se trata? ¿se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o que no sea imputable moralmente de él? ¿o lo uno y lo otro a la vez?⁵⁶

En definitiva, se trata de una persona indiciada y por tanto, al no estar seguros de la culpabilidad de una persona indiciada, significa necesariamente dudar de su inocencia y por lo mismo no puede nunca equivaler a presumir en él la inocencia.

Por otro lado, encontramos a Ferrajoli que es uno de los representantes de esta posición, quién ante la misma situación postula que hasta que la prueba no se produzca, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena, ya que se presume la inocencia del imputado hasta prueba en contrario, sancionada por la sentencia definitiva de condena, lo que según Lucchini “es la primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano”.⁵⁷

⁵⁵ Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, EJE, Buenos Aires, 1951. (p.253-254).

⁵⁶ Jara Müller, Juan Javier. “Principio de inocencia: El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, N° especial, 1999. (p.50). “Con todo, se hace necesario distinguir el *estado natural* de inocencia, que es una calidad moral que posee el hombre en su etapa originaria, fase anterior al fenómeno jurídico, del *estado jurídico* de inocencia, el que representa una condición inherente a la persona que, en tanto sujeto de derecho, puede ser objeto de persecución penal por existir probabilísticamente la posibilidad infinitesimal de ser culpado de un delito”.

⁵⁷ Lucchini, Luigi citado por Ferrajoli, Luigi. *Op.cit.*, (p.549).

En consecuencia, nos encontramos frente a posturas inconciliables. Por un lado, autores como Manzini postulan que si existen suficientes indicios de delincuencia para la imputación de un delito, debería constituir por lo menos una presunción de culpabilidad respecto del imputado y otros autores como Ferrajoli postulan la presunción de inocencia hasta que se acredite lo contrario, por lo que sostiene la ilegitimidad e inadmisibilidad de la prisión preventiva del imputado antes de la condena.

Por lo anterior, es que la mayoría de la doctrina procesal penal ha evitado ubicarse en uno de estos dos extremos y ha optado por otra solución. Esta parte de la doctrina ha centrado la discusión en el análisis de los fines de la prisión preventiva, entendiendo que la posibilidad de coexistencia entre ésta última y la presunción de inocencia, está condicionada por los fines que se le reconozcan a la primera. En este contexto, el derecho a la presunción de inocencia sería respetado en la misma medida que la prisión preventiva estuviere fundada en el cumplimiento de finalidades de carácter estrictamente procesal.⁵⁸ En esta línea encontramos a Beccaria para quién la prisión preventiva es una especie de pena, y por tanto, la privación de libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga. Por tanto, la medida coercitiva no debe ser más que la necesaria para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos.⁵⁹ Para Carrara, en cambio, la prisión preventiva responde a una necesidad de justicia (para impedir la fuga del reo), a una necesidad de verdad (para impedirle enturbiar las investigaciones), y a una necesidad de defensa pública (para impedir que mientras dure el proceso continúen ataques al derecho ajeno).⁶⁰ Como se puede observar en este caso, la prisión preventiva ya no sólo sirve a finalidades procesales, sino que se constituye en un instrumento de prevención y defensa social para evitar la comisión de delitos futuros por parte del imputado (peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido).

En definitiva, la doctrina comparada⁶¹, salvo contadas excepciones, defiende la aplicación de la prisión preventiva durante el desarrollo del proceso, y la justifica sólo en los casos en que sus fines son de carácter exclusivamente procesal (asegurar la presencia

⁵⁸ López, Masle, Julián y Horvitz Lennon, M^o Inés. Op.cit., (p.391).

⁵⁹ Beccaria. *De los delitos y de las penas*, citado por Ferrajoli, Luigi. Op.cit., (p.552). Beccaria después de haber estimado a la prisión preventiva como “necesaria” contra el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas, llegó a considerarla “una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito”.

... En definitiva, aunque en nombre de “necesidades” diversas y a veces invocadas cada una como exclusiva sólo el peligro de fuga, sólo el riesgo de obstaculización de las pruebas, ambos peligros a la vez, o la simple gravedad del delito imputado y la necesidad de prevención, o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal-, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico.

⁶⁰ Carrara citado por Ferrajoli, Luigi. Op.cit., (p.552).

⁶¹ Y al parecer también la chilena. Ver López Masle, Julián. . *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

del imputado a la vista del juicio oral y a la ejecución de la pena, y evitar la alteración, destrucción o modificación de alguno de los medios de prueba).

Ahora, pese a este consenso doctrinal acerca de los fines procesales que debe cumplir esta medida, la realidad nos muestra que los distintos ordenamientos comparados, junto con estos fines cautelares, también reconocen otros fines que alteran la naturaleza procesal de la medida.

Por lo controvertido de esta materia, es que ahora me referiré a los distintos requisitos y fines que persigue la prisión preventiva en nuestro país.

2.2.1.- Requisitos de la prisión preventiva

La situación normal durante el proceso es que el imputado pueda ejercer plenamente sus derechos constitucionales, mientras no exista una sentencia condenatoria que le prive de esos derechos. Sin embargo, el tema de la coerción surge como la situación excepcional de afectar el estatuto normal del imputado, eso sí con fines cautelares. Y estas medidas cautelares requieren, para que sean autorizadas, la concurrencia de dos supuestos:

1º El supuesto material que dice relación con la existencia de una imputación respaldada en antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización de un juicio y una eventual sentencia condenatoria, lo que se traduce en la necesaria concurrencia de antecedentes que justifiquen la existencia de un delito y además, la existencia de antecedentes que permitan presumir fundadamente la participación del imputado en el delito como autor, cómplice o encubridor.⁶²

En otras palabras, consiste en la razonada atribución de un hecho punible a una persona determinada, respecto de quién concurren indicios de participación y en este sentido, se exige al órgano jurisdiccional que al adoptar una medida cautelar personal, realice un cálculo preventivo de probabilidad sobre aquello que podrá ser el contenido de la sentencia que ponga fin al proceso. Lo anterior significa que el juez debe realizar una apreciación temprana de la información recopilada por el fiscal hasta ese minuto, y si de esta exposición, el juez llega a la conclusión de que el fiscal cuenta con material que aparentemente le permitiría promover la realización de un juicio con una buena

⁶² Art. 140 CPP: *Requisitos para ordenar la prisión preventiva*. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Respecto de las demás medidas cautelares personales establecidas en el art.155 se requieren similares requisitos para decretarlas.

probabilidad de éxito, entonces se puede dar por satisfecho el elemento material necesario para las medidas cautelares.⁶³

Cabe señalar eso sí, que el artículo 140 letras a) y b) del CPP, contempla las expresiones “existencia de un hecho punible” y “presunciones fundadas de participación del imputado”, las cuales fueron tomadas del antiguo Código de 1906 y resultan bastante confusas en el contexto del nuevo sistema, ya que, el Código anterior consagraba un sistema de prueba tasada en el cual, las expresiones precedentes eran utilizadas para cumplir con las exigencias de prueba necesarias para la dictación del auto de procesamiento y por tanto, se entienden como un estándar inferior al de plena prueba requerido como regla general para la condena. En cambio, en el nuevo sistema se consagra un sistema de libre valoración de la prueba, en donde las expresiones ya citadas se podrían considerar como estándares propios de una condena y queda claro, que interpretarlo así es inapropiado.⁶⁴

En definitiva, el juez debe efectuar un juicio de probabilidad en donde aprecia los antecedentes expuestos por el fiscal, de un modo preliminar y superficial para determinar si en definitiva dan cuenta de un caso sólido, y si es así, tenemos entonces un caso que requiere ser discutido en un juicio y por tanto, se encuentra satisfecho el supuesto material.

2º La necesidad de cautela es el segundo supuesto de las medidas cautelares y exige que el juez pondere la necesidad de las medidas solicitadas por el fiscal. Se trata de un supuesto subjetivo, en donde se toman en cuenta las características personales del imputado.

El juez de garantía debe ponderar la real necesidad de las medidas solicitadas por el fiscal, esto es, que considere cual es el riesgo de que el comportamiento del imputado constituya una amenaza para el adecuado desarrollo del proceso y la aplicación de la sentencia, como asimismo, la efectiva utilidad de la o las medidas solicitadas para evitar o disminuir ese riesgo.⁶⁵ Dicho riesgo tendrá que ver con el delito de que se trata y sus circunstancias, el grado de participación del imputado, la concurrencia de agravantes o atenuantes eventuales, la pena probable que recibiría en caso de ser condenado, la posibilidad de optar a medidas alternativas de cumplimiento, el arraigo social del imputado, entre otras cosas.

Este supuesto en materia de prisión preventiva tiene un carácter particularmente conflictivo, ya que dice relación directa con los fines de la prisión preventiva como institución - establecidos en nuestro país en el artículo 140 letra c) del CPP- respecto de los cuales no existe consenso en el derecho comparado y tampoco en nuestro país, donde el

⁶³ Cfr. Riego, Ramírez, Cristián. . “Prisión Preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo Proceso Penal”. *Colección de Informes de Investigación*, N° 9, Año 3, 2001. (p.6).

⁶⁴ Cfr. Duce, Mauricio, Riego, Cristián. *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2002. (p.247).

⁶⁵ *Ibid.*, (p.250).

problema se presenta con particular fuerza, ya que, como se dijo en el primer capítulo, los fines reconocidos a la prisión preventiva a nivel legal no resultan del todo consistentes con los establecidos en la Constitución, los que a su vez, están en contradicción con los fines consagrados en las declaraciones de derechos humanos ratificadas por Chile y que se encuentran vigentes.

Ateniéndose al criterio establecido en la Constitución, el CPP mantiene las tres causales actualmente vigentes como justificación de la prisión preventiva que son: la existencia de peligro para el ofendido, el peligro de afectación de la investigación y el peligro para la seguridad de la sociedad, los cuales desarrollaré a continuación.

2.2.2.- Fines de la prisión preventiva

a) Protección de la investigación y de los medios de prueba:

El juez de garantía podrá decretar medidas cautelares sobre el imputado en la hipótesis de peligro para la investigación cuando estime que existen sospechas graves y fundadas que éste intentará obstaculizar la investigación, como por ejemplo, destruyendo antecedentes que puedan ser usados como prueba en un juicio en su contra o influir sobre los testigos para que declaren falsamente.⁶⁶

En efecto, el CPP ha precisado el alcance de esta causal, enfatizando su excepcionalidad y vinculando claramente su utilización con el peligro de actos concretos y dolosos del imputado destinados a atentar contra el desarrollo de la actividad investigativa o probatoria.⁶⁷

Esta excepcionalidad se deja ver, en la exigencia de acreditar que “existen antecedentes calificados” para considerar a la prisión preventiva indispensable para el éxito de las “diligencias precisas y determinadas de la investigación”, y el criterio de que estos dos últimos caracteres solo se cumplen cuando existiere “sospecha grave y fundada” de obstaculización de la investigación.

Lo anterior deja en evidencia que no es suficiente una mera afirmación del ministerio público en un caso como éste, ni la simple posibilidad de que la investigación se obstaculice, sino que el fiscal debe demostrar por qué motivo cree que el imputado va a obstaculizar la investigación y de qué manera. Además, si es que en definitiva, se declara la prisión preventiva basada en la justificación de éxito de la investigación, ésta última se decretará por un lapso breve, esto es, el estrictamente necesario para obtener los

⁶⁶ Art. 140 inc.2° CPP: “Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”.

⁶⁷ Cfr. Duce, Mauricio y Riego, Cristián. *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Op.cit., (p.253).

antecedentes probatorios que estuvieren en peligro, lo cual demuestra nuevamente el carácter excepcionalísimo y provisional de esta medida de coerción.

En resumen, lo que se pretende con este requisito es tratar de erradicar el peligro jurídico concreto de que el imputado estando libre, realice maniobras tendientes a ocultar la verdad, es decir, que impida que se descubran los hechos reales para poder aplicar, en definitiva, la ley penal sustantiva.

b) La seguridad del ofendido:

Señala la ley que el juez de garantía deberá decretar la prisión preventiva en la hipótesis de peligro para la seguridad del ofendido cuando existan antecedentes que permitan presumir que la libertad del imputado puede significar un riesgo para la integridad de la víctima, de su familia o de sus bienes.⁶⁸ (la extensión que se realiza a la protección de los bienes de la víctima, es una innovación del nuevo Código Procesal Penal).

Por antecedentes calificados debe entenderse que sean concretos y específicos y que constituyan una prueba de que el sujeto llevará a efecto tal acción y que hagan presumir el peligro del atentado; si no es así, no puede el juez decretar la prisión preventiva.

En todo caso, esta causal se considera la menos problemática de todas, al aceptar que la protección de la víctima constituye un objetivo legítimo del nuevo proceso, sobre todo en cuanto a la relevancia otorgada a sus intereses y al deber de los fiscales de proteger a las mismas. Sin embargo, no existe consenso en este punto y para algunos autores⁶⁹, esta causal se aleja de los fines cautelares y lo que existiría es una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha de que el sujeto puede cometer nuevos delitos en contra de la víctima, su familia o sus bienes.

c) Peligro para la seguridad de la sociedad:

Esta causal es sin lugar a dudas, la más problemática para la prisión preventiva, porque resulta evidente que en este caso, deja de ser una medida cautelar para convertirse en un instrumento de control social, lo que pone en crisis su legitimidad, y aunque en Chile aparece reconocida constitucionalmente en el artículo 19 N°7 letra e), se trata de una norma cuya vigencia es discutible, al no estar reconocida como una finalidad legítima de la

⁶⁸ Art.140 inc.final CPP: “ Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquel, o en contra de su familia o de sus bienes”.

⁶⁹ Marín, Juan Carlos. “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno”. *Revista de Estudios de la justicia, Universidad de Chile*, N°1, 2002. (p.39)... Al respecto, Ferrajoli ha observado “que equivale de hecho a una “presunción de culpabilidad”; y al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo de la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida “procesal”, o “cautelar”, y en consecuencia, “ no penal” , en lugar de una ilegítima pena sin juicio”. Ferrajoli, Luigi. Op.cit., (p.553).

prisión preventiva por los tratados internacionales sobre derechos humanos y en consecuencia, al poseer estos últimos rango constitucional, al entrar en vigencia en Chile en virtud del artículo 5 inc.2º CPR, vigencia que es posterior a la CPR, no cabe sino concluir que la disposición del artículo 19 Nº7 letra e) se encuentra tácitamente derogada.

Por lo tanto, no podríamos ampararnos en que esta causal está consagrada constitucionalmente para justificar su procedencia y en definitiva otorgarle a la prisión preventiva fines ya no cautelares, sino más bien de prevención general.

Al respecto, Ferrajoli a observado que “la perversión más grave del instituto ha sido su transformación de instrumento exclusivamente procesal, dirigido a “estrictas necesidades” sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”.⁷⁰

Ahora bien, el artículo 140 inc.1º letra c) faculta al tribunal para decretar la prisión preventiva cuando el solicitante acredite que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la libertad del imputado es peligrosa para la sociedad, y en su inc.3º entrega al juez los criterios que debe considerar para establecer la existencia de la causal. En este sentido, hay que tener claro que en este nuevo proceso el legislador establece en el artículo 140 inc.3 ⁷¹ una serie de parámetros a tener en cuenta al momento de decretar o no la prisión preventiva, pero a pesar de ello, lo más trascendente en la práctica es el criterio por el cual se va a regir el juez en cada caso concreto.

En otras palabras, a pesar de que el legislador estableció las causales de peligrosidad que el juez debe considerar, en la práctica va a depender de cada juez la procedencia o no de la medida cautelar basada en la causal de peligro para la sociedad y también hay que tener en cuenta el caso a caso, ya que se puede tratar por ejemplo de un delito grave que merezca una pena de 5 años y un día, caso en el cual es casi automática la solicitud de prisión preventiva por parte de la Fiscalía, pero si hay antecedentes suficientes que aseguren la comparecencia del imputado al juicio como por ejemplo arraigo familiar, la medida de coerción no debiera concederse a criterio de algunos jueces; en cambio para otros jueces la prisión preventiva sería procedente por la gravedad del delito.

Como dije anteriormente, va a depender del criterio utilizado por el juez y del caso concreto. Y es en este preciso momento en que los jueces deben considerar el principio de

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi. Op.cit., (p.553).

⁷¹ Art.140 inc.3º CPP: Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataban, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

proporcionalidad ya que es en este momento en el cual realizan una ponderación de los factores en juego.

c.1) Peligro de fuga:

Al analizar dichos criterios, queda claro que esta causal contiene la circunstancia del peligro de fuga, esto es, el riesgo de que el imputado no comparezca a las actuaciones futuras del proceso, principalmente al juicio oral y al cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria. Esta circunstancia debiera ser la más importante en cuanto a su consideración para el establecimiento de medidas cautelares (además de ser la única causal que los tratados internacionales permiten para subordinar la libertad del imputado)⁷² porque la principal condicionante de la viabilidad de un proceso será la garantía de comparecencia del imputado. Su fuga o falta de comparecencia impide la realización del juicio y lo deslegitima a los ojos del público y genera todo tipo de problemas organizativos y finalmente contribuye a elevar la presión hacia el uso de la prisión preventiva.

La mayoría de los elementos específicos que el nuevo Código señala - como son: la gravedad de la pena, la gravedad del delito, el número de delitos, la existencia de procesos pendientes, etc...- permiten ponderar con cierta efectividad la necesidad o no de adoptar medidas coercitivas que cautelen la comparecencia del imputado. Las posibilidades de que alguien se fugue son menores si es que muestra mayor arraigo social y económico al lugar en donde se desarrolla el proceso (por ejemplo, si cuenta con vínculos familiares, laborales, comunitarios, si tiene propiedades, etc...) y por lo tanto, los costos de fugarse son mayores por la pérdida de todos estos elementos que constituyen los aspectos centrales de la vida de una persona. A la vez, la gravedad del delito y todas las circunstancias que elevan la pena, constituyen también elementos que podrían llegar a incentivar la fuga para evitar el riesgo de una eventual condena.

Y otro conjunto de factores a ser ponderados dicen relación con la existencia de contactos anteriores con el sistema de justicia criminal, ya que dichos antecedentes otorgan al juez una visión acerca de la predisposición del imputado a acatar o no las reglas legales y sociales y en consecuencia fundar un pronóstico acerca de la disposición del sujeto a someterse al proceso.⁷³

En todo caso, cabe hacer presente que todos estos criterios deben ser siempre considerados en el caso concreto, lo que requiere que las partes desarrollen un debate muy concreto que permita al juez ponderar cada uno de los factores que le harán posible hacer

⁷² Art.9.3 PIDCP: ... La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y en su caso, para la ejecución del fallo.

Art.7.5 CADH: ... Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

⁷³ Riego, Ramírez, Cristián. "Prisión Preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo Proceso Penal". Op.cit., (p.13).

un juicio acerca del comportamiento futuro del imputado en el proceso. Lo anterior es muy importante para evitar el abuso de las medidas cautelares y la vulneración masiva de la presunción de inocencia.

Esto es lo que constituye una de las grandes ventajas del nuevo proceso, ya que el juez tiene la oportunidad de interactuar con las partes personalmente y así poder decidir basándose en el comportamiento de éstas durante el proceso. Por ejemplo, si a un imputado se le cita a declarar y comparece voluntariamente, no hay necesidad de solicitar ni decretar medidas cautelares en su contra.

c.2) Peligro de reiteración:

Este segundo objetivo consiste en evitar que el imputado pueda cometer delitos durante el desarrollo del proceso. Desde un punto de vista teórico es altamente debatible que este fin se encuentre entre aquellos que justifican la adopción de medidas cautelares en su contra, primero porque este objetivo no aparece explicitado en el Código y en segundo lugar, porque se trata de una medida de seguridad dictada con el propósito de prevención especial y su determinación en forma previa a la condena vulnera la presunción de inocencia y una serie de garantías procesales y penales. Además, los tratados internacionales sobre derechos humanos admiten en su texto, sólo la causal de peligro de fuga o el aseguramiento de la comparecencia futura del imputado, y no incluyen en la causal de peligro para la seguridad de la sociedad la hipótesis de peligro de continuación de la actividad delictiva por parte del imputado.

Sin embargo, en la práctica, este fin tiene gran aplicación debido a la presión pública, que exige respuestas inmediatas frente a cierto tipo de situaciones que generan gran preocupación en la población.

En este sentido, lo que justificaría su procedencia sería la consideración por parte del juez del interés de la sociedad en general para privar a un individuo de su libertad, basándose en la causal de peligro para la sociedad y específicamente en este aspecto de peligro de reiteración, ya que, no se trata aquí de que el juez considere que el interés social prima por sobre el individual, sino que en ciertos casos concretos, se debe recurrir al principio de ponderación y consecuentemente al principio de proporcionalidad, en virtud del cual se podría vulnerar en determinados casos la libertad personal de un individuo indiciado en pro de la seguridad ciudadana.

En definitiva, se puede apreciar que la mayoría de los criterios que se contemplan para decretar la prisión preventiva coinciden con los fines procesales que la doctrina reconoce a esta institución. Si bien el concepto de peligro para la seguridad de la sociedad en su hipótesis de peligro de reiteración se aleja de esta situación, ello se ve moderado por la inmediata aplicación de una serie de principios que rigen en esta materia, y particularmente por la aplicación de los principios de excepcionalidad y de

proporcionalidad que son la clave a la hora de determinar la aplicación de esta medida cautelar.⁷⁴

2.2.3.- El principio de proporcionalidad en el proceso penal chileno: límite al uso de medidas cautelares personales

La prisión preventiva es la medida de coerción más grave dentro de las medidas cautelares personales que recoge el actual CPP. Es la forma de intervención estatal más intensa en el ámbito de la libertad de las personas, pero a su vez se justifica como medida de coerción procesal por ser la forma más efectiva para asegurar la persona del imputado, evitando que siga causando daños y asegurar el resultado de la investigación. Frente a estas dicotomías es que el legislador procesal moderno opta por reconocer la necesidad de la existencia de la prisión preventiva, ya que el no aplicarla produce daños tal vez más graves que el hecho de aplicarla. Pero a su vez, busca otorgar el máximo de garantías a las personas sujetas a esta medida de coerción sobre la libertad, de manera que no se convierta en una forma anticipada de castigo sin sentencia condenatoria.

En el mismo sentido, la prisión preventiva es una situación que supone un mal a la persona del imputado, ya que trae consigo la limitación y restricción de sus derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente- en el caso de la prisión preventiva se vulnera específicamente el derecho a la libertad individual consagrado en el artículo 19 N°7-; en tal caso, la limitación o restricción de la libertad y de los demás derechos fundamentales, sólo podrá efectuarse en la medida en que sea imprescindible y necesaria para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales y en la medida en que sea proporcionada a la ofensa cometida a esos bienes jurídicos, no habiendo otro tipo de medidas menos graves para el individuo que las sufre.⁷⁵

Por tanto, “la prisión preventiva supone el enfrentamiento entre dos intereses: el público y el privado, el individual y el colectivo, los intereses del individuo y el respeto a su libertad, y los intereses de la sociedad y el derecho a la seguridad”. Y es aquí donde entra en juego el regulador y mediador entre los dos polos sobre los que se sostiene la prisión preventiva: el principio de proporcionalidad.⁷⁶

Ahora bien, este principio es clave en la regulación de la prisión preventiva, en el sentido que se constituye en la medida que logra equilibrar la necesidad de mantener y respetar el orden social, con el derecho y el respeto a la libertad y ámbito individual de la persona del imputado; equilibrio que se obtiene al realizar una ponderación de los intereses

⁷⁴ Cfr. Marín González, Juan Carlos. Op.cit., (p.39).

⁷⁵ Cfr. Barona Vilar, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*, Librería Bosch, Barcelona, 1988. (p.18).

⁷⁶ *Ibid.*, (p.15).

en juego en el caso concreto, ya que, la desproporción nos lleva a situaciones injustas que no son propias de un Estado de Derecho.

En definitiva, el principio de proporcionalidad logra la adecuada síntesis entre dos funciones igualmente importantes para el ordenamiento jurídico, proteger a la persona y asegurar y garantizar el orden social.

Ahora bien, en casi todos los ordenamientos jurídicos se contiene una u otra disposición que supone la introducción del principio de proporcionalidad como el presupuesto por excelencia de la prisión preventiva y el resto de las medidas cautelares alternativas que pueden adoptarse en sustitución a la primera.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una disposición expresa que consagre este principio, pero al analizar el articulado de nuestro Código Procesal Penal, específicamente el Título V, puede deducirse que el legislador incorporó el principio de proporcionalidad, sobre todo a la hora de determinar si procede o no decretar la prisión preventiva.

En nuestra ley procesal, la consideración de este principio determina la aplicación preferente de las medidas cautelares personales menos gravosas para la libertad del imputado, lo que se encuentra consagrado en los artículos 124 y 139 del CPP.⁷⁷

El artículo 124 del Código contempla la exclusión de medidas cautelares cuando se trata de faltas o de delitos a los que la ley no sancione con penas privativas de libertad, o bien haciéndolo, cuando estas penas no superan el presidio o la reclusión menores en su grado mínimo, y por su parte el artículo 139 establece el principio de subsidiariedad según el cual, la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas sean insuficientes para asegurar los fines del procedimiento, con lo cual queda claro que la prisión preventiva constituye en este nuevo sistema la *última ratio*.

Y lo anterior, está en íntima relación con lo establecido en el artículo 122 del CPP, en cuanto éste exige que la medida adoptada sea la “absolutamente indispensable para asegurar la realización los fines del procedimiento” que se pretende cautelar.

Asimismo, este principio determina también, la existencia de casos en que las medidas cautelares pueden resultar improcedentes por importar una forma de privación de libertad desproporcionada en relación con la que importaría una eventual sentencia condenatoria, habida consideración de la gravedad del delito. En otra palabras, el Código

⁷⁷ Art.124 CPP: *Exclusión de otras medidas*: Cuando la imputación se refiere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedieren las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.

Art.139 CPP: *Procedencia de la prisión preventiva*. Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

La prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.

señala expresamente los casos en que no procederá la prisión preventiva, estableciendo como criterio rector el principio de proporcionalidad que implica que la prisión preventiva deberá ser proporcional a la gravedad del delito, sus circunstancias y la sanción probable, o sea, la privación de libertad no puede exceder la pena esperada, menos aún cuando es probable que ésta no genere dicha privación.

Lo mismo puede decirse de aquellos casos en que es previsible que el imputado, en caso de ser condenado, cumplirá los requisitos para optar a algún beneficio alternativo al cumplimiento de la pena.

Esta situación de improcedencia de la prisión preventiva la encontramos en el artículo 124 del CPP expuesto precedentemente, y en el artículo 141 del CPP ⁷⁸ que establece la exclusión específica de la prisión preventiva, la que en ningún caso puede decretarse cuando el delito imputado se sancione solamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con penas privativas o restrictivas de libertad que no superen a la de presidio menor en su grado mínimo o cuando se trate de un delito de acción privada. Y en su letra c), señala que no procederá la prisión preventiva “cuando el tribunal considere que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad y este acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social”.

Aquí trata de evitarse el desacierto de mantener a una persona privada de libertad durante el proceso, para que luego se le conceda una medida alternativa para que cumpla su condena en libertad; en este caso no se justifica su privación de libertad.

Y finalmente, en cuanto a la limitación temporal de las medidas cautelares personales, el principio de proporcionalidad se encuentra en la base de toda obligación que tiene el juez - establecida en el artículo 152 inc.2 ⁷⁹ - de revisar la prisión preventiva

⁷⁸ Art.141 CPP: *Improcedencia de la prisión preventiva*. No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. No procederá la prisión preventiva:

a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo;

b) Cuando se tratase de un delito de acción privada.

c) Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.

Sin perjuicio de lo anterior, el imputado deberá permanecer en el lugar del juicio hasta su término, presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los artículos 33 y 123. Podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva en los eventos previstos en el inciso segundo cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el párrafo 6° de este Título o cuando el tribunal considere que el imputado pudiere incumplir lo establecido en el inciso precedente. Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no hubiere asistido a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia a petición del fiscal o del querellante

⁷⁹ Art.152 CPP: *Límites temporales de la prisión preventiva*. El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado.

decretada cuando su duración hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes. Este artículo 152 del CPP consagra también otro límite temporal en su inc.1 al establecer que el tribunal decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la justificaban, con lo cual queda consagrado el principio de provisionalidad de las medidas cautelares.

Ahora bien, hay que tener presente también el artículo 145 del CPP ⁸⁰, el cual establece en su inciso 2º otro límite a la prisión preventiva, en el caso en que ya hubieran transcurrido seis meses desde que ésta se hubiere ordenado o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido; caso en el cual, el tribunal citará de oficio a una audiencia con el fin de considerar su cesación o su prolongación.

En este contexto, desde el punto de vista del juez y del sistema judicial, la mantención de medidas coercitivas tiene siempre un alto costo en términos de legitimidad del proceso, ya que estas siempre vulneran la presunción de inocencia, se aplican a quién legal y constitucionalmente debe ser tenido como inocente y que puede además resultar absuelto. Por tanto, los jueces siempre están interesados en su acortamiento y en la resolución pronta del conflicto.⁸¹

En el mismo sentido, el juez, al momento en que el fiscal solicite la prisión preventiva, debe ponderar primero si existe un caso serio (supuesto material), si es que es necesario asegurar la realización del juicio y sus resultados (necesidad de cautela), y además debe estimar en concreto el tiempo que medie entre la solicitud de la medida cautelar y el momento en que la necesidad de cautela desaparezca; esto en virtud del principio de proporcionalidad y de que no se pueden discutir adecuadamente las medidas cautelares si es que no se considera el factor tiempo en concreto y por anticipado.

Además de todo lo anterior, el juez debe considerar también todas aquellas circunstancias no ya del asunto en sí, sino incluso las personales y particulares del individuo, ya que puede que se den todos los presupuestos legales para decretar la prisión preventiva, pero ello resultará injusto si existen otras personas involucradas, como los familiares del imputado que por ejemplo, tienen derecho a percibir alimentos de él,

En todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación.

⁸⁰ Art. 145CPP: *Substitución de la prisión preventiva y revisión de oficio*. En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá substituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en las disposiciones del Párrafo 6º de este Título.

Transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación.

⁸¹ Cfr. Riego, Ramírez, Cristián. . “Prisión Preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo Proceso Penal”. Op.cit., (p.17).

beneficio al que no podrán acceder estando el jefe de familia privado de libertad⁸². Por lo que en este caso, es evidente que el juez de garantía debe ponderar si la prisión preventiva es proporcionada a los fines de justicia en términos generales. En este caso, la facultad discrecional del juez deberá examinar si la prisión preventiva sería en este supuesto concreto proporcionada a los fines de justicia en general, porque la prisión preventiva que pudiera acordarse en un supuesto concreto podría ser desproporcionada con la situación de prisión preventiva ocasionada, produciéndose situaciones de absoluta injusticia.

De ahí que se hace necesario que el juez determine cuando la prisión preventiva y el resto de las medidas cautelares personales deben o no aplicarse teniendo en cuenta los presupuestos legales del artículo 140 del CPP y las circunstancias fácticas del supuesto concreto, aplicando la ley caso a caso, interpretando según su criterio la proporcionalidad o no de la prisión preventiva, la necesidad o no de la misma, así como las consecuencias en cada caso concreto.

⁸² Cfr. Barona Vilar, Silvia. Op.cit., (p.71).

Capítulo Tercero:

3.- Análisis de la aplicación práctica de la Prisión Preventiva en la Provincia de Valdivia:

Al comenzar este trabajo planteé que uno de los objetivos del mismo era determinar si la aplicación de la prisión preventiva en la práctica coincide con los principios que se tuvieron en vista al momento de elaborar el nuevo Código Procesal Penal.

En este sentido, uno de los objetivos centrales perseguidos por la reforma en materia de garantías individuales ha sido racionalizar el uso de las medidas cautelares personales, sobre todo de la prisión preventiva que constituye la medida de coerción que vulnera en mayor medida la libertad de las personas.

Ahora bien, en cuanto al uso de la prisión preventiva en el nuevo proceso, lo primero que hay que tener en cuenta es que ésta última ha desaparecido tratándose de delitos menos graves (casos de mediana o baja gravedad como por ejemplo hurtos o lesiones), especialmente tratándose de imputados que no cuentan con antecedentes penales previos⁸³. Con el nuevo proceso este grupo de personas pasa directamente al sistema de medidas cautelares alternativas del artículo 155 del CPP, sin haber estado privados de libertad por un lapso de tiempo relevante (sólo durante el período de la detención que va entre 24 horas o menos y cuatro días como máximo).⁸⁴

También habría disminución en el uso de esta medida tratándose de casos que podrían ser sancionados con penas privativas de libertad equivalentes o superiores a tres años como por ejemplo en los casos de robo por sorpresa o las lesiones graves, respecto de los cuales el sistema estaría generando una mayor discusión acerca de la procedencia de la prisión preventiva, lo que se traduce en que en un porcentaje importante de estos casos no se decreta, a diferencia de lo que ocurría en el proceso antiguo. Lo trascendente aquí es que denota al menos una discusión o debate acerca de la procedencia o no de la medida de coerción y no se decreta casi en forma automática por el solo hecho de tener en cuenta la gravedad de la pena asignada al delito.⁸⁵

Y finalmente, en donde no pareciera haber cambios es respecto de los delitos más graves con penas superiores a cinco años y un día.

Tratándose de estos delitos casi no hay espacio para la discusión de optar por otras medidas que no sea la prisión preventiva, la cual es concedida en casi la totalidad de los

⁸³ Aquí habría que tener en cuenta el art.141 del CPP que establece casos de improcedencia de la prisión preventiva.

⁸⁴ Cfr. Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2003. (p.188).

⁸⁵ *Ibid.*, (p.189).

casos sin existir un verdadero debate acerca de su necesidad; en todo caso, va a depender del criterio adoptado por el juez de garantía o de su grado de discrecionalidad y del caso concreto.

Sin embargo, se produce un efecto de racionalización importante respecto al tiempo de su duración. Por ejemplo, los jueces solicitan plazos más estrictos para el cierre de la investigación. Además esta medida debe ser revisada de oficio por los jueces cuando hayan transcurrido seis meses y además, nunca puede alcanzar la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse una sentencia condenatoria. En definitiva, en los casos de delitos graves no se ha avanzado en la disminución del uso de la prisión preventiva, pero si se ha producido una racionalización en cuanto a la proporcionalidad de la misma.

En estos casos, los delitos más frecuentes por los cuales se solicita y concede la prisión preventiva son: robo con intimidación, robo con violencia, robo en lugar habitado y no habitado, tráfico ilícito de estupefacientes, receptación, violación, homicidio y parricidio, al menos en la provincia de Valdivia.⁸⁶

Ahora revisaremos cifras sobre la materia para comprobar si es que en comparación al antiguo proceso se ha racionalizado el uso de medidas privativas de libertad.

Cuadro N°1⁸⁷

Período	Total Población Penal	Total Procesados/Imputados en prisión preventiva.	%
Diciembre 2003	682	235	34 %
Diciembre 2004	577	59	10,2 %

El cuadro anterior muestra el porcentaje total de imputados en prisión preventiva al 13 de diciembre, tanto del año 2003 (antiguo proceso) como del 2004 (nuevo proceso) en el recinto penitenciario de Valdivia.

De este cuadro se puede deducir claramente que existe una disminución significativa en la cantidad de imputados en prisión preventiva después de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, lo que se refleja en que sólo un 10 % de la población penal se encuentra en prisión preventiva, por lo cual se estaría cumpliendo hasta el

⁸⁶ Fuente: Visitas de cárcel del Juzgado de Garantía de la Provincia de Valdivia. (documento inédito).

⁸⁷ Fuente: Estadísticas de Gendarmería de Chile, Provincia de Valdivia. (documento inédito).

Hay que tener presente que el número de imputados por prisión preventiva incluye tanto los del Juzgado de Garantía como los del tribunal oral en lo penal de Valdivia.

momento con los objetivos de la misma. La disminución de imputados en prisión preventiva podría deberse a que los fiscales la han solicitado sólo cuando es estrictamente necesaria y por tanto habrían racionalizado su uso o también puede ser que los jueces de garantía tengan más cuidado en concederla y la decreten sólo cuando estén realmente seguros de que el proceso va a terminar con una sentencia condenatoria. Las estadísticas anteriores también dan cuenta de que no sólo han disminuido los imputados en prisión preventiva, sino que también ha disminuido la población penal en general.

Cuadro N° 2 ⁸⁸

Período	N° audiencias de formalización de la investigación.	N° imputados en prisión preventiva.	%
1er semestre 2004	126	55	43.6 %
2do semestre 2004	166	49	29.5 %
Total al 13 diciembre 2004	292	104	35.6 %

Con respecto al cuadro N°2 se debe mencionar que se tomó en cuenta el número de audiencias de formalización de la investigación con resolución favorable de formalización en el período que va desde el 1 de Enero del 2004 al 13 de Diciembre del 2004.

En todas estas audiencias se formalizó concretamente la investigación y por tanto procedería, eventualmente, la solicitud de medidas cautelares personales. Y bajo este supuesto, de todas las medidas cautelares personales solicitadas, sólo un 35.6 % corresponden a prisión preventiva y por tanto, puede deducirse que el 64.4 % restante corresponde a las medidas alternativas del artículo 155 del CPP. Lo anterior da cuenta de que en la práctica la prisión preventiva se estaría aplicando excepcionalmente o como *ultima ratio*, ya que sólo en aproximadamente un tercio de los casos de imputados que se encuentran con su caso formalizado, se encontrarían actualmente en prisión preventiva.

Lo otro que se puede desprender de lo anterior es que además de cumplir con el fin de racionalizar el uso de la prisión preventiva, se cumple con otro objetivo del procedimiento cual es el de utilizar herramientas para asegurar los fines del procedimiento pero sin afectar en forma tan grave los derechos fundamentales de los imputados, para lo cual se crearon las medidas cautelares alternativas, las cuales en la práctica, como puede

⁸⁸ Fuente: Estadísticas del Juzgado de Garantía de la provincia de Valdivia.

Se debe considerar que el número de imputados en prisión preventiva se refiere a individuos que ya cumplieron con esta medida cautelar o que en el caso de diciembre todavía se encuentran privados de libertad. (al 13 de diciembre del 2004 hay 23 imputados en prisión preventiva que corresponden al Juzgado de Garantía).

deducirse del cuadro anterior, tienen mayor aplicación que la prisión preventiva; en otras palabras, los actores del nuevo procedimiento están reemplazando la prisión preventiva por medidas alternativas que lesionan en menor medida la libertad de los individuos, lo cual estaría acorde con los fines de este nuevo sistema.

En todo caso, un obstáculo para un mayor uso de estas medidas se encuentra en la inexistencia de un sistema de control que pudiera entregar una mayor certeza en su cumplimiento.

A la luz de los antecedentes empíricos revisados (Juzgado de Garantía y Gendarmería de la Provincia de Valdivia), parece posible concluir que la reforma efectivamente estaría produciendo un efecto de racionalización en el uso de la prisión preventiva, lo que se puede observar en que sólo un 10 % del total de la población penal se encuentra en prisión preventiva y además en que sólo un 35 % de todas las medidas cautelares que se solicitan por el Ministerio Público corresponden a prisión preventiva, lo cual comparado con el antiguo sistema, refleja porcentajes muy inferiores.

Como punto aparte, un factor a tener en cuenta cada vez que se realice un análisis de lo ocurrido en la práctica, radica en las situaciones en que existe presión pública a través de los medios de comunicación en casos específicos para que los imputados estén presos, o incluso a nivel más general, en momentos en los que existan demandas genéricas de mayor protección de la seguridad ciudadana. El comportamiento de jueces y fiscales en situaciones de presión pública daría cuenta que ellos no están dispuestos a seguir una política de racionalización del uso de medidas cautelares a todo evento, ya que inevitablemente influyen en sus decisiones la presión de la opinión pública, la presión por parte de sus superiores jerárquicos (Corte de Apelaciones) en el caso específico de los jueces y los intereses de las víctimas en el caso de los fiscales.⁸⁹

De esta forma, si los fiscales y jueces no funcionan con niveles de independencia respecto de la opinión pública, ello podría afectar severamente los resultados obtenidos hasta ahora.

⁸⁹ Cfr. Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. Op.cit., (p.195).

Conclusiones

1.- Al pretender adecuar las garantías constitucionales con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, se deben zanjar claramente las discrepancias que existen sobre el tema si es que creemos que el Estado tiene que privilegiar alguna de estas garantías en distinta forma que en los tratados internacionales, como ocurre al establecer el CPP finalidades legitimantes de la prisión preventiva distintas a las contempladas por los tratados internacionales. Se deben zanjar claramente las discrepancias para que no nos quedemos con un grado de inseguridad jurídica como ocurre en la actualidad con respecto a las finalidades legitimantes de la prisión preventiva.

2.- Otro punto que debe tenerse presente es que la libertad en concreto no es absoluta, y que el propio ordenamiento jurídico se encarga de establecer limitaciones a la misma, ya sea en virtud de la Constitución o las leyes, por lo que, se llega a la conclusión de que a una persona no se le puede ni privar, ni restringir su libertad, salvo que la ley o la Constitución establezcan los casos y forma en que ésta puede ser restringida, como ocurre precisamente cuando una persona indiciada es sometida a prisión preventiva.

3.- En relación con lo anterior, incluso las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas por Chile, admiten que se puede privar de libertad siempre y cuando las causas estén fijadas en la ley o en las Constituciones de los Estados partes. Ahora bien, el problema surge cuando se priva de libertad en virtud de causales que los tratados internacionales no contemplan o autorizan como es el caso de las causales peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido, las cuales en nuestro país se encuentran reconocidas -tanto en la CPR como en el CPP- como legítimas para la procedencia de la prisión preventiva. Con respecto a esto, creo que es legítimo que se tenga en cuenta la seguridad del ofendido como finalidad de la prisión preventiva, ya que uno de los objetivos del nuevo sistema es la protección de la víctima, sobre todo en cuanto a la relevancia otorgada a sus intereses y al deber de los fiscales de proteger a las mismas.

Y en cuanto a la seguridad de la sociedad, pienso que a pesar de perseguir fines de prevención y no fines estrictamente cautelares, ésta se torna necesaria en una sociedad como la nuestra, en donde existe un alto nivel de delincuencia y también un alto nivel de reincidencia. Por tanto, la seguridad de la sociedad se torna un fin legítimo a perseguir, siempre y cuando sea entendida dentro de dos hipótesis: como peligro de fuga (la cual es reconocida internacionalmente) y como peligro de reiteración (que consiste en evitar que el imputado pueda cometer delitos durante el desarrollo del proceso). Este último no está consagrado en el CPP ni en los tratados internacionales, sin embargo, lo que justificaría su procedencia sería la consideración por parte del juez del interés de la sociedad en general para privar a un individuo de su libertad, ya que, no se trata aquí de que el juez considere

que el interés social prima por sobre el individual, sino que en ciertos casos concretos, se debe recurrir al principio de ponderación y consecuentemente al principio de proporcionalidad, en virtud del cual se podría vulnerar en determinados casos excepcionales la libertad personal de un individuo indiciado en pro de la seguridad ciudadana, que es precisamente lo que sucede en los casos en que se invoca la seguridad de la sociedad para decretar la prisión preventiva.

4.- En relación con el punto anterior, no se puede dejar de mencionar que el concepto de la seguridad sigue entregado a la superior interpretación de los jueces, y si éstos no tienen buen criterio, el sistema no funciona correctamente y por tanto, eventualmente podrían circular personas peligrosas para el medio social, o por el contrario, podrían haber personas inocentes privadas de libertad.

5.- Es importante también, mencionar que se produce una cierta contradicción en cuanto a la consagración del principio de presunción de inocencia en nuestro ordenamiento, ya que, ¿por qué entonces el legislador establece en el artículo 140 letra c) del CPP una serie de parámetros que dan cuenta de la peligrosidad del sujeto a los cuales se deben ceñir los jueces de garantía antes de decretar la prisión preventiva si es que se presume la inocencia del mismo?

6.- La prisión preventiva es una medida excepcional que debe aplicarse de manera residual, la cual se encuentra limitada en su aplicación, por una serie de principios como son: el principio de presunción de inocencia (artículo 4 CPP), el principio de legalidad (artículo 5 CPP), principio de excepcionalidad (artículo 139 CPP), el principio de proporcionalidad (artículo 141 CPP), entre otros.

En consecuencia, el marco legal precedentemente señalado es el primer parámetro que debe considerar el juez a la hora de resolver sobre alguna solicitud de prisión preventiva y si a pesar de todo lo anterior aún la estimare procedente, deberá cumplir adicionalmente con los requisitos del artículo 140 del CPP los cuales se constituyen en un supuesto material lo que supone que el juez debe efectuar un juicio de probabilidad en donde aprecia los antecedentes expuestos por el fiscal, de un modo preliminar y superficial para determinar si en definitiva dan cuenta de un caso sólido que podría terminar en condena. Y por otra parte, tenemos la necesidad de cautela en donde el juez de garantía debe ponderar la real necesidad de las medidas solicitadas por el fiscal y la efectiva utilidad de las mismas para evitar el riesgo de que el comportamiento del imputado constituya una amenaza para el adecuado desarrollo del proceso y la consecuente aplicación de la sentencia.

Basta entonces leer tales normas para entender el carácter excepcionalísimo que tiene la prisión preventiva.

7.- Siguiendo con el punto anterior, podemos concluir que el problema no es la correcta y excepcional aplicación de la prisión preventiva cuando la ley la permite, sino que es el abuso de ésta. Y para que esto no se produzca se deben distinguir las actuaciones del legislador legítimas, justas o razonables, de las que son excesivas, abusivas e injustas para la libertad de las personas, lo cual se puede lograr al aplicar los jueces de garantía, el principio de proporcionalidad.

8.- El principio de proporcionalidad debe ser el pilar fundamental en la regulación de la prisión preventiva (teniendo en cuenta los presupuestos y requisitos para su procedencia), ya que en virtud de éste, es que la aplicación de esta medida cautelar se torna razonable y legítima. En este sentido, los jueces deben efectuar un juicio de ponderación entre los intereses públicos y los derechos fundamentales, y decidir según su criterio, cual de éstos resulta preponderante en cada caso concreto, para así poder decidir si la medida es proporcional, o si por el contrario, resulta desproporcionada.

Y en esta ponderación deben tener en cuenta tanto los presupuestos legales como las circunstancias fácticas del caso concreto, aplicando la ley caso a caso, lo cual es una de las grandes ventajas de este principio.

9.- Como quedó comprobado en el tercer capítulo, la reforma efectivamente está produciendo un efecto de racionalización en el uso de la prisión preventiva en la provincia de Valdivia, pero además es posible observar que se está produciendo un reemplazo de esta medida de coerción por otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, con lo cual se cumple otro de los objetivos de la reforma cual es asegurar los fines del procedimiento sin afectar en forma tan grave los derechos individuales de los imputados.

Bibliografía

Libros:

- 1.- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- 1.- Barona Vilar, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- 2.- Baytelman, Andrés; Duce, Mauricio. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2003.
- 3.- Bordalí Salamanca, Andrés. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 2003.
- 4.- Duce, Mauricio, Riego, Cristián. *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2002.
- 5.- Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- 6.- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, 3º Edición, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- 7.- González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*. Editorial Colex, Madrid, 1990.
- 8.- López, Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- 9.- Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, EJE, Buenos Aires, 1951.
- 10.- Pedraz Penalva, Ernesto. *Derecho Procesal Penal: Principios de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Editorial Colex, Madrid, 2000.
- 11.- Piedrabuena Richard, Guillermo. *Introducción a la reforma procesal penal*, Editorial Fallos del mes, 2000.
- 12.- Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio. *Derecho Constitucional*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

Artículos :

- 13.- Bordalí Salamanca, Andrés. “La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, N° Especial, 1998.
- 14.- González-Cuéllar Serrano, Nicolás. “ El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”. *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, 1998.

- 15.- Jara Müller, Juan Javier. “Principio de inocencia: El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, N° especial, 1999.
- 16.- Marín, Juan Carlos. “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno”. *Revista de Estudios de la justicia, Universidad de Chile*, N°1, 2002.
- 17.- Maturana Miquel, Cristian. “ La prisión preventiva y libertad provisional; Análisis desde una perspectiva procesal constitucional en relación con las realidades del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo”. *Revista de Derecho Público, Universidad de Chile*, Vol. n° 64, 2002.
- 18.- Riego Ramírez, Cristián. “Prisión Preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo Proceso Penal”. *Colección de Informes de Investigación*, N° 9, Año 3, 2001.
- 19.- Vial Alamos, Jorge. “Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol.29 N°2, 2002.