



**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**  
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales  
Escuela de Derecho

## **LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACIÓN EN LA CIUDAD DE VALDIVIA.**

**Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Autor:**

Carla Catalán Sánchez.

**Profesor Patrocinante:**

Juan Quintana Ojeda.

**Valdivia, enero de 2007**



## INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

### LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACIÓN EN LA CIUDAD DE VALDIVIA

CARLA CATALÁN SANCHEZ

En conformidad al Reglamento para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, el profesor que suscribe informa la memoria de que da cuenta el epígrafe.

La introducción de la tesis nos anuncia que ella se dirigirá, tras una revisión general de los fundamentos teóricos de las medidas cautelares, a indagar sobre la tensión existente entre el principio de inocencia y la aplicación de una medida cautelar tan gravosa, como es la prisión preventiva, con causales basadas en criterios de peligrosidad de quien, en principio, debe ser considerado inocente para posteriormente adentrarse en una investigación de campo sobre la forma en que proceden los jueces en la ciudad de Valdivia al decretar la prisión preventiva.

El capítulo primero de la tesis está dedicado a revisar nociones generales, fundamentos doctrinarios, presupuestos y características de las medidas cautelares personales en general.

El capítulo segundo, por su parte, hace una revisión crítica de la regulación chilena de las medidas cautelares personales en general.

El capítulo tercero, está dedicado al estudio específico de la medida cautelar de prisión preventiva, el que es abordado desde una perspectiva teórica, y relacionado con la regulación internacional existente en materia de derechos humanos, para posteriormente adentrarse en el estudio de esta medida de acuerdo a nuestra legislación.

El capítulo cuarto, sin dudas el mas interesante de esta tesis, se dedica a una pequeña investigación empírica realizada por la tesista en la que se analizan las audiencias del *Juzgado de Garantía de Valdivia* en las que sus jueces decretaron la medida cautelar en estudio. Este estudio, implicó para la investigadora escuchar y analizar cada una de estas audiencias y las alegaciones y resoluciones de los intervinientes, para posteriormente darles una sistematización.

Es así como, gracias a esta investigación es posible conocer los tipos de delitos y las causales de necesidad de cautela por las que los jueces de Valdivia decretan esta medida cautelar. La constatación que resulta mas interesante, a juicio de quien suscribe, es que en un 59% de los casos en que fue concedida esta medida durante el año 2006, la necesidad de cautela establecida por el juez fue el peligro para la seguridad de la sociedad, esto es, la causal mas cuestionada por la doctrina. Resulta mas interesante esta investigación cuando conocemos que, de los tres jueces analizados, uno de ellos, por cuestiones jurídicas que fundamenta, no concede nunca la causal de peligro para la seguridad de la sociedad.

La investigación de la tesista no se queda en un marco cuantitativo de análisis, sino que, fundamentadamente, hace un análisis cualitativo y crítico de las alegaciones tanto del Ministerio Público como la defensa y de la fundamentación de los jueces, levantando algunas opiniones propias que son dignas de tener en consideración por su adecuada motivación.

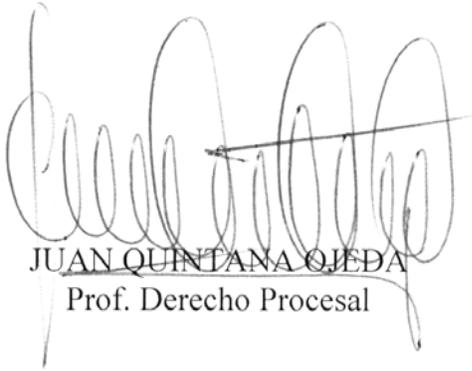


Universidad Austral de Chile  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

En cuanto al manejo bibliográfico, este es adecuado, con una buena revisión de textos de la doctrina chilena y extranjera en materia de medidas cautelares y bibliografía disponible en internet.

En síntesis se trata de una memoria que aborda un problema jurídico de gran trascendencia teórica y práctica, al que debe, a mi juicio, prestársele permanente atención con un abordaje práctico y de estudio cuantitativo y cualitativo, como es el caso.

En merito de las consideraciones expuestas el profesor que suscribe es partidario de calificar la Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado de doña Carla Catalán Sánchez, con nota 6,0 (seis coma cero) y autorizar para empaste la misma.



JUAN QUINTANA OJEDA  
Prof. Derecho Procesal

## INDICE.

<b><u>INTRODUCCIÓN.</u></b>	<b>3</b>
-----------------------------	----------

<b><u>CAPITULO I: LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN LA DOCTRINA PROCESAL.</u></b>	<b>5</b>
--	----------

<b>1.- Nociones Generales.</b>	<b>5</b>
<b>2.- Concepto.</b>	<b>7</b>
<b>3.- Presupuestos.</b>	<b>8</b>
<b>4.- Características.</b>	<b>9</b>
a) Legalidad	9
b) Instrumentabilidad	9
c) Excepcionalidad	10
d) Provisionalidad	10
e) Jurisdiccionalidad	10
f) Proporcionalidad	10

<b><u>CAPITULO II LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO.</u></b>	<b>11</b>
---	-----------

<b>1.- Nociones generales.</b>	<b>11</b>
<b>2.- Clases.</b>	<b>13</b>
2.1.- Citación.	14
2.1.a. Presupuestos para su aplicación.	14
2.2 La detención.	16
2.2.1. Clases de detención.	17
a) Detención judicial	17
b) Detención en caso de flagrancia	17
c) Detención decretada por cualquier tribunal	18
2.3. Otras medidas cautelares personales.	18

<b><u>CAPITULO III: LA PRISIÓN PREVENTIVA.</u></b>	<b>21</b>
--	-----------

<b>1.- Nociones generales.</b>	<b>21</b>
<b>2.- Prisión preventiva en el sistema procesal penal chileno</b>	<b>24</b>
<b>3.- Presupuestos de la prisión preventiva.</b>	<b>25</b>

<b><u>CAPITULO IV. APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CIUDAD DE VALDIVIA.</u></b>	<b>27</b>
<b>1.- Cuestiones preliminares.</b>	<b>27</b>
<b>2.- Tipos de delitos por los que se aplica la prisión preventiva.</b>	<b>28</b>
<b>3.- Causales utilizadas para aplicar la prisión preventiva y forma de proceder por los intervinientes.</b>	<b>31</b>
<b><u>CONCLUSIONES.</u></b>	<b>36</b>
<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b>	<b>39</b>

## INTRODUCCIÓN.

Dentro del proceso penal confluyen diversos intereses, por una parte el interés del Estado en el sentido de la represión de los delitos, y por otro lado los derechos del imputado, los cuales deben ser debidamente resguardados durante el transcurso de todo el procedimiento, a través de herramientas como la presunción de inocencia que les favorece, estado que se debe mantener y que sólo cesa al momento de la dictación de una sentencia condenatoria.

No obstante, la importancia de la presunción de inocencia en todo el proceso penal, esta no ha sido aplicada de manera absoluta, existen ciertas situaciones excepcionales dentro del proceso penal que autorizan la restricción y hasta la privación de derechos durante el transcurso del procedimiento, para garantizar sus fines.

En este contexto es que nacen las medidas cautelares, materia muy delicada, por la afectación a los derechos individuales que su aplicación conlleva.

La presente investigación abordará el tema de las medidas cautelares en general, y particularmente de la medida cautelar más gravosa para los derechos del imputado, la prisión preventiva.

Para introducirnos en el tema de la prisión preventiva, se hará referencia a las medidas cautelares dentro de la doctrina procesal penal, para luego ver el tratamiento que le da nuestro sistema a estas medidas.

La prisión preventiva será examinada en profundidad, comenzando con una aproximación teórica a fin de dar cuenta de la tensión que ha nivel dogmático ha generado la aplicación de esta medida, principalmente en atención a los presupuestos que autorizan su aplicación dentro del proceso penal, la procedencia de la prisión preventiva fundada en criterios de peligrosidad del imputado, en el sentido que su libertad es peligrosa para la sociedad, entendiéndose que volverá a cometer delitos en circunstancias que a los imputados se les presume inocentes, el estimar que volverá a delinquir es la transgresión mas grave del principio ¿Cómo se podría justificar este criterio de peligrosidad si no sabemos si el imputado es realmente responsable en la comisión de un delito?.

Finalmente se expresará como ha sido aplicada esta medida cautelar en la ciudad de Valdivia, durante el año 2006, lo que se llevará a cabo a través de los archivos de audio correspondientes a las audiencias de formalización de la investigación, donde se decretó la prisión preventiva, los cuales fueron proporcionados por el Juzgado de Garantía de Valdivia.

Al efecto, se destacarán ciertos puntos relativos a la forma como se decreta esta medida, en este sentido, la clase de delitos por los cuales procede la prisión preventiva, la entidad y gravedad de los mismos, los criterios utilizados por los distintos jueces a la hora de determinar si resulta procedente la aplicación de esta medida tan gravosa, y en el caso de estimar si procede, precisar los argumentos que se esbozan en los casos concretos para justificarla, las causales esgrimidas por el Ministerio Público al momento de solicitar esta medida, y en definitiva adentrarnos en el debate que se genera entre los intervinientes, tanto jueces, como fiscales y defensores, con motivo de la misma.

# CAPITULO I: LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN LA DOCTRINA PROCESAL.

## 1.- Nociones Generales.

Un tema delicado dentro del proceso penal sin duda, es el relativo a las medidas cautelares personales. Esto por cuanto en la aplicación de las mismas confluyen dos intereses presentes dentro de todo Estado de Derecho: por una parte, la necesidad del Estado en la represión de los delitos, y por otra, el deber de garantizar y respetar los derechos del imputado, particularmente a la presunción de inocencia<sup>1</sup>.

“En una concepción ideal del proceso penal, la posibilidad de afectar los derechos personales del imputado con anterioridad a la sentencia condenatoria debiera ser un problema secundario o marginal en el estudio del derecho procesal penal, ya que si la legitimidad de la pena surge de la declaración de la culpabilidad contenida en la sentencia, la *restricción o limitación de los derechos personales propias de las sanciones penales, sólo debería tener lugar en virtud de la dictación del fallo* y por lo tanto, en principio, sería inadmisibles que durante el desarrollo del proceso penal pudieran decretarse medidas que anticipen los efectos propios de la pena”<sup>2</sup>.

Sin embargo, y siguiendo a GOMES FILHO, “hay circunstancias especiales de riesgo para la efectividad de la tutela jurisdiccional que autorizan excepcionalmente el examen prematuro de los fundamentos de la acusación, a objeto que el juez pueda decretar medidas destinadas a la conservación de situaciones actuales, y asimismo para garantizar anticipadamente el resultado que se espera del proceso”<sup>3</sup>.

Esta posibilidad de riesgo es la que legitima en la mayoría de los sistemas penales<sup>4</sup> la adopción de mecanismos represivos durante el transcurso del proceso, respecto de quienes

---

<sup>1</sup> Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del Nuevo Procesal Penal: Cuestiones y Casos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005. p. 401.

<sup>2</sup> DURÁN FUICA, Rodrigo. *Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Proceso Penal*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2003. pp. 89-90. La cursiva es nuestra.

<sup>3</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva*. Editorial Conosur Santiago, 1995. p 63.

<sup>4</sup> A modo de ejemplo: Ley Enjuiciamiento Criminal, España, Título VI “De la Citación, de la Detención y de la Prisión Provisional” Artículos 486 y ss. Código Procesal Penal, Perú, Libro II, Sección III “Medidas de Coerción Procesal” Artículos 253 y ss. Codice di Procedura Penale, Italia, Libro IV “Misuri Cautelari”, Artículos 272 y ss. Código Procesal Penal, Costa Rica, Libro IV “Medidas Cautelares” artículos 235 y ss.

aparecen imputados en la comisión de un determinado delito<sup>5</sup>. Ya sostenía CARNELUTTI que “el drama del procedimiento penal consiste en tener que castigar para saber si hay que castigar”<sup>6</sup>.

Sostenemos que su aplicación conlleva necesariamente una restricción en los derechos de la persona que se le imputa la comisión de un delito, y en ciertos casos la privación de un derecho, cuando la medida adoptada es la prisión preventiva, restricciones o privaciones que recaen en uno de los derechos más preciados de toda persona, el derecho a la libertad individual, derecho principalmente afectado por esta forma de coerción procesal.

El derecho a la libertad individual se manifiesta en materia procesal penal, a través del principio de inocencia, o también llamado, derecho a la presunción de inocencia<sup>7</sup>, o simplemente, como presunción de no culpabilidad<sup>8</sup>, el cual consiste, sea como se le denomine, en que el estado de inocencia se presume durante la realización del proceso, y en virtud del cual nadie puede ser considerado culpable hasta que no lo declare una sentencia definitiva de condena<sup>9</sup>.

Sus consecuencias más importantes están dadas específicamente por la regla *in dubio pro reo*<sup>10</sup> y por la carga de la prueba, la que corresponderá exclusivamente a la acusación, esto por cuanto la inocencia se presume<sup>11</sup>.

Este principio ha sido universalmente reconocido, tanto a nivel constitucional como legal, en los diversos ordenamientos<sup>12</sup>, como también a nivel internacional, así tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que lo incluye expresamente entre los

---

<sup>5</sup> Cfr. DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* p. 90.

<sup>6</sup> CARNELUTTI, Francesco. Cit por DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* p. 90.

<sup>7</sup> Constitución Española, art. 24.2 “(...) todos tienen *derecho* al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la *presunción de inocencia*”

<sup>8</sup> Constitución Italiana, art. 27.2 “El acusado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme”

<sup>9</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta. Madrid, 1998. p. 549.

<sup>10</sup> LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. *Derechos Humanos y Justicia Penal*. Editorial Temis S.A, Bogota, 1988. p. 175. “(...) la duda que aflora en el proceso penal, siempre debe resolverse a favor del destinatario de la norma penal, en cualquiera de las etapas procesales”

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p.611, “Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación”

<sup>12</sup> A modo de ejemplo, esta consagrado en la constitución de: España, art. 24.2; Italia, art. 27.2; Argentina, art. 18; Bolivia, art. 16 I; Brasil, art. 5. Y a nivel legal: Colombia, Código Procedimiento Penal, art. 7°.

derechos fundamentales de las personas<sup>13</sup>, Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos<sup>14</sup>, Convenio de Roma<sup>15</sup>, Convención Americana de Derechos Humanos<sup>16</sup>

No obstante, la importancia de la presunción de inocencia, esta garantía no es absoluta. El Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, se ve en la necesidad de restringir los derechos de las personas a las que se les atribuye la comisión de un delito, principalmente el derecho a la libertad individual<sup>17</sup>. En este sentido ROXIN ha sostenido que “para llevar a cabo el derecho penal son indispensables las injerencias en la esfera individual, tanto para asegurar el procedimiento como asegurar la ejecución penal”<sup>18</sup>.

El problema se presenta ante la necesidad del Estado de aplicar el derecho penal, pero a su vez respetar los Derechos Fundamentales de las personas, equiparar esta situación, y evitar que con el objeto de aplicar el derecho penal se restrinja o se prive de libertad a un inocente<sup>19</sup>.

## 2.- Concepto.

Un concepto de medidas cautelares personales es el que nos da Julio MEIR, según este autor coerción personal es aquella practicada antes de la decisión de un juicio, que no representa la sanción a la desobediencia del ordenamiento jurídico, sino una garantía de la realización del derecho material que necesita ineludiblemente, que los fines del procedimiento se cumplan<sup>20</sup>.

Los fines del proceso penal están dados por la averiguación de la verdad real para la correcta aplicación de la ley sustantiva, las medidas cautelares están destinadas a asegurar

---

<sup>13</sup> Declaración Universal Derechos Humanos, Art. 11 n° 1. “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

<sup>14</sup> Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos, Art. 14 n° 2. “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

<sup>15</sup> Convenio de Roma, Art. 6 Derecho a un proceso equitativo n° 2. “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

<sup>16</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8 Garantías Judiciales n° 2. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”

<sup>17</sup> Cfr. DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* p. 92.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000. p 249.

<sup>19</sup> Cfr. PELÁEZ SANZ, Francisco. & BERNAL NETO, Juan. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*. [online]. Abril de 1999 [citado 15 enero 2007]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.juridicas.com>

<sup>20</sup> MEIR, Julio. Cit por WASHINGTON ABALOS, Raúl. *Derecho Procesal Penal Tomo III*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1993. p. 2.

estos fines, como también, asegurar la presencia del imputado a los actos del procedimiento, y eventualmente, para la ejecución de su condena<sup>21</sup>.

“Tradicionalmente se ha definido a las medidas cautelares personales como aquellos medios de coerción personal que limitan, restringen o privan la libertad personal del imputado, y cuyo objetivo es asegurar la presencia de éste durante al desarrollo del proceso penal, y en último término, la efectividad de una posible sentencia condenatoria”<sup>22</sup>.

Son diversas las formas de coerción estatal, algunas cuya aplicación conlleva mínimas restricciones de derechos y otras mucho más graves y de larga duración, y en consecuencia, mucho más atentatorias y perniciosas.

La citación, la detención y la prisión preventiva, son los modos tradicionales que las leyes procesales regulan para que los jueces puedan efectivizar las medidas coercitivas necesarias para someter al imputado a los fines del proceso penal<sup>23</sup>.

El tratamiento de las medidas cautelares en particular será estudiado en el capítulo siguiente, baste por ahora señalar los presupuestos que autorizan su aplicación y características generales, todo lo cual debe estar expresamente establecido por el legislador, ya que, de acuerdo a GOMES FILHO, “no se puede aceptar en materia penal un poder general de cautela, a través del cual el juez pueda aplicar al acusado restricciones que no estén expresamente previstas por el legislador, tratándose de limitaciones a la libertad, es indispensable la expresa autorización legal”<sup>24</sup>.

### **3.- Presupuestos.**

Respecto a los presupuestos de las medidas cautelares personales, CALAMANDREI señala que “para que estas medidas puedan ser decretadas por el órgano jurisdiccional, es necesaria la existencia de dos presupuestos: la apariencia del derecho y el riesgo derivado del retraso”<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. WASHINGTON ABALOS, Raúl. *Op.Cit.* p. 2

<sup>22</sup> DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* pp. 95-96

<sup>23</sup> Cfr. WASHINGTON ABALOS, Raúl. *Op.Cit.* p. 1.

<sup>24</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Op. Cit.* p. 64.

<sup>25</sup> CALAMANDREI, Piero. Cit. por DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* p. 93.

La apariencia del derecho o *fumus boni iuris*, siguiendo a Gonzalo CRUZ<sup>26</sup>, consiste en la razonada atribución de un hecho punible a una persona determinada, respecto de quien concurren indicios de participación. En este sentido indica un juicio de probabilidad sobre el hecho punible y la participación. “No se requiere la certeza acerca de la existencia del derecho (ya que esta certeza solo la declarará la resolución definitiva), sino que exista un juicio de probabilidad o de verosimilitud respecto del derecho de que se reclama”<sup>27</sup>.

En cuanto al segundo presupuesto, esto es el riesgo derivado del retraso o *periculum in mora*, CRUZ señala que últimamente, sobre todo la doctrina española habla más bien de *periculum libertatis*, por cuanto se considera que la libertad del acusado sería peligrosa para la seguridad del éxito de diligencias de la investigación, de la sociedad y/o del ofendido<sup>28</sup>.

#### 4.- Características.

Según la doctrina procesal las principales características<sup>29</sup> que diferencian a las medidas cautelares de otras medidas coercitivas son las siguientes:

**a) Legalidad:** consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas cautelares que implican formas de restricción o privación de libertad<sup>30</sup>.

**b) Instrumentabilidad:** según Manuel ORTELLS y María Pía CALDERÓN, la instrumentabilidad sería la característica esencial de las medidas cautelares, desde que no constituyen una finalidad en si mismas, sino que se hayan necesariamente vinculadas a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal<sup>31</sup>, por la función de garantizar su seguridad y su efectividad practica. Al ser esta la característica esencial de las medidas cautelares, surgen como consecuencia las demás, en el sentido que solo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> CRUZ, Gonzalo. “Medidas Cautelares en el Proceso Penal”. En Congreso *Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal*, [online]. Octubre 2001 [citado 12 Febrero 2007], p. 2. Disponible en la World Wide Web: [Http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/gonzalo\\_cruz.doc](http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/gonzalo_cruz.doc).

<sup>27</sup> DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* pp. 93-94

<sup>28</sup> Cfr. CRUZ, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 4.

<sup>29</sup> Cfr. DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* pp. 104-114.

<sup>30</sup> Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. p. 350.

<sup>31</sup> CALAMANDREI, Piero. Cit por. DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* p. 107. “La relación de instrumentabilidad se da entre la medida cautelar y la resolución final cuya efectividad práctica aseguran preventivamente”.

<sup>32</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Cit por CRUZ, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 5.

c) **Excepcionalidad:** no se debe olvidar que la libertad individual es la regla general. Si bien, las medidas cautelares son necesarias dentro del proceso penal, también lo son el respeto por los Derechos Fundamentales del imputado, específicamente la garantía de la presunción de inocencia. Por lo tanto, las medidas cautelares no deben adoptarse necesariamente dentro del procedimiento, sino que tienen un carácter eventual, deben decretarse sólo cuando resulten indispensables, para asegurar los fines del proceso penal<sup>33</sup>.

d) **Provisionalidad:** las medidas cautelares no son definitivas, estas deben mantenerse solo mientras subsista la necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente sirven<sup>34</sup>.

e) **Jurisdiccionalidad:** dice relación con la exigencia que únicamente el órgano jurisdiccional es el facultado por la constitución y por la ley para poder decretarlas.<sup>35</sup> Sin embargo, existen ciertas excepciones, en este sentido ROXIN ha señalado que “en casos urgentes puede ser necesario la privación de libertad inmediata a través de la fiscalía, funcionarios policiales o de personas privadas sin que sea posible obtener con anterioridad la orden de detención escrita por el juez. Una detención semejante, no dispuesta por el juez, solo es admisible como medida provisional”<sup>36</sup>.

f) **Proporcionalidad:** esta supone principalmente dos cosas. Por una parte que la medida cautelar sea idónea, es decir, que contribuya a satisfacer los fines del proceso penal. Y por otra parte, que la restricción de derechos sea la estrictamente necesaria, esto es, que no constituya un exceso<sup>37</sup>. Respecto a esta característica, parte de la doctrina ha sostenido que “el grado de idoneidad de un medio suficientemente apto no es igual al de un medio excesivo. Ambos son idóneos, pero el último, justamente por la confianza que ofrece el exceso en que incurre, es de hecho más seguro para la satisfacción de la finalidad que trata de alcanzarse”<sup>38</sup>. A pesar de la confianza que ofrece una medida excesiva, se hace necesario adoptar dentro del proceso penal la alternativa menos gravosa, a fin de alcanzar un nivel óptimo de respeto por los derechos individuales, los cuales solo serían limitados en la medida imprescindible para satisfacer la finalidad perseguida<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Op. Cit.* p. 352.

<sup>34</sup> Cfr. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *El Código Procesal Penal. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia.* Editorial L.O.M, Santiago, 2003. p. 109.

<sup>35</sup> Cfr. CRUZ, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 6.

<sup>36</sup> ROXIN, Claus, *Ob. Cit.* p. 278.

<sup>37</sup> Cfr. DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* pp. 113-114.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal.* Editorial Colex, Madrid, 1990. p. 197.

<sup>39</sup> Cfr. *Ibidem.* pp. 199-200.

## **CAPITULO II LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO.**

### **1.- Nociones generales.**

El nuevo sistema de justicia penal que rige en todo el país desde diciembre del año 2005<sup>40</sup> responde a la necesidad de modernizar el sistema de administración de justicia<sup>41</sup>, modernización que se ha pretendido llevar a cabo, a través de la incorporación de ciertos principios básicos<sup>42</sup>, los cuales están destinados a garantizar el respeto por los derechos individuales de los imputados dentro del proceso penal<sup>43</sup>.

El tema de la adopción de medidas cautelares dentro del proceso penal se encuentra en estrecha relación con estos principios básicos, particularmente con el derecho al juicio previo<sup>44</sup>, a la presunción de inocencia<sup>45</sup> y la legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad<sup>46</sup>. La efectiva aplicación de estos principios es esencial durante toda la realización del proceso penal, y en concreto en la aplicación de las medidas cautelares, lo cual en definitiva, se traduce en la manifestación del mandato constitucional del derecho a la libertad personal<sup>47</sup> y en este sentido el cumplimiento efectivo de respeto y resguardo de esta garantía constitucional.

---

<sup>40</sup> El Código Procesal Penal (en adelante CPP) estableció una aplicación gradual, consagrada en el artículo 484 CPP y reiterado en el artículo 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N° 19.640. según la cual entraría en vigencia progresivamente en las diversas regiones del país, teniendo vigencia plena en todo el territorio nacional en diciembre de 2005.

<sup>41</sup> Mensaje del Ejecutivo del año 1995. Contenido en Código Procesal Penal, Versión estudiante, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p.11.

<sup>42</sup> También para ello se han instaurado nuevas instituciones y procedimientos.

<sup>43</sup> Los principios básicos se refieren casi exclusivamente a ellos, consecuencia lógica de que el proceso penal se dirige contra ellos.

<sup>44</sup> Artículo 1° inciso 1° primera parte CPP “Juicio previo y única persecución. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial (...)”.

<sup>45</sup> Artículo 4° CPP “Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

<sup>46</sup> Artículo 5° inciso 1° 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”.

<sup>47</sup> Artículo 19 n° 7 Constitución Política de la República (en adelante CPR).

A través de la reforma procesal penal se pretendió reestructurar toda la normativa referente a las medidas cautelares<sup>48</sup>. En el mensaje presidencial del nuevo Código se señaló que la exigencia del juicio previo se encontraba directamente vinculado a la presunción de inocencia, y precisamente para dar aplicación a la presunción es que se hizo necesario rediseñar las medidas cautelares aplicables a quienes se encuentran en calidad de imputados<sup>49</sup>.

Este rediseño o reestructuración de las medidas cautelares se basa en la afirmación de su excepcionalidad y en su completa subordinación a los objetivos del procedimiento<sup>50</sup>, lo cual se encuentra reconocido en el Código a nivel de principio, así señala el artículo 122 “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” agregando en su inciso segundo que “Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”

Según BAYTELMAN Y DUCE “uno de los objetivos centrales perseguidos por la reforma en materia de garantías individuales ha sido racionalizar el uso de las medidas cautelares personales, lo cual se pretende lograr a través de la reserva del uso de estas medidas para los casos en los cuales ellas resultan estrictamente indispensables para cumplir con necesidades concretas de cautela del procedimiento. (...) Al intentar racionalizar el uso de estas medidas, agregan estos autores, se pretende cumplir con el principio de excepcionalidad que debe inspirar a un sistema cautelar en un proceso penal respetuoso de los derechos individuales y, particularmente, de la presunción de inocencia”<sup>51</sup>.

De lo señalado se puede concluir que la excepcionalidad e instrumentabilidad son las características esenciales de las medidas cautelares de nuestro sistema procesal penal, no obstante, compartir las demás características comunes a todas estas medidas, las cuales han sido mencionadas en el capítulo anterior, y sobre las cuales volveremos al momento de tratar cada una de las medidas cautelares personales consagradas en el CPP.

---

<sup>48</sup> DEL RÍO FERRETI, Carlos y ROJAS RUBILAR, Francisco. *De la Reforma Procesal Penal*. Editorial Conosur Ltda. Santiago, 1999. p. 51

<sup>49</sup> Mensaje Presidencial, p. 17.

<sup>50</sup> *Loc. Cit.*

<sup>51</sup> BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Evaluación de una Reforma Procesal Penal. Estado de una Reforma en Marcha*. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2003. p 187.

## 2.- Clases.

El CPP regula las medidas cautelares personales en el Título V del Libro Primero, y estas son las siguientes:

- La citación.
- La detención.
- La prisión preventiva.
- Otras medidas cautelares personales, también llamadas medidas cautelares personales de carácter general.

La enumeración dada por el Código ha sido criticada por Julián LÓPEZ MASLE “en cuanto no respeta un orden de graduación por niveles, inspirada en los principios de excepcionalidad o proporcionalidad”<sup>52</sup>.

Por nuestra parte, compartimos la crítica que realiza el autor, esto porque resulta evidente que las medidas que el Código agrupa en el párrafo 6º como otras medidas cautelares resultan menos lesivas para la libertad individual que la prisión preventiva, por lo tanto deberían preceder en su tratamiento a la prisión preventiva<sup>53</sup>.

Para nuestro estudio de las medidas cautelares que regula el Código alteraremos el orden establecido por éste<sup>54</sup>.

En este punto de nuestra investigación corresponde referirse a cada una de las medidas cautelares que contempla el Código, para lo cual se hará una mención general en cuanto a la citación, la detención y a las otras medidas cautelares, para posteriormente centrarnos y ver en forma más detenida la prisión preventiva como medida cautelar personal dentro de nuestro sistema procesal penal<sup>55</sup>.

De este modo en nuestro estudio alteraremos el orden establecido por el Código en esta materia. Lo cual no genera inconvenientes desde que no se verá en detalle el procedimiento aplicable a cada una de ellas.

---

<sup>52</sup> HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Op cit.* p. 355.

<sup>53</sup> Cfr. *Ibidem.* p. 355

<sup>54</sup> Esto con a finalidad de realizar un estudio más armónico de las medidas cautelares, comenzando con aquella que es más leve, terminando con la más gravosa.

<sup>55</sup> Se profundizara respecto de esta medida en el capítulo siguiente.

## 2.1.- Citación.

En la discusión del proyecto del CPP en la Cámara de Diputados se dijo que la citación era “la medida cautelar de menor intensidad dentro del sistema” “es una convocatoria que hace el tribunal”<sup>56</sup>.

En relación a la naturaleza cautelar de la citación, siguiendo a LOPEZ MASLE, “es claramente una medida cautelar personal desde el punto de vista normativo, ya que así lo indica inequívocamente su ubicación en el párrafo 2º del Título V Libro Primero del CPP”<sup>57</sup>. No obstante, se ha señalado “que en cuanto orden de comparecencia dirigida al imputado ella no constituye propiamente una medida cautelar personal, toda vez que no se orienta a garantizar los fines del procedimiento (...) si bien, agrega el autor, la incomparecencia ante la citación puede dar lugar al arresto, lo cierto es que en tal caso es esta modalidad de detención, y no la citación, la que verdaderamente opera como medida cautelar”<sup>58</sup>.

El Código no define esta medida, nosotros seguiremos el concepto dado por Julián LOPEZ MASLE, quien señala que la citación, en términos generales, es una orden de comparecencia emanada de las autoridades de la persecución penal pública, y dirigida a cualquier persona cuya presencia sea necesaria para la realización de un acto o procedimiento<sup>59</sup>.

Esta orden puede dirigirse a un testigo, a un perito o a un imputado, independientemente de la gravedad del hecho que se investigue y de la autoridad de la cual emana<sup>60</sup>. Sin embargo, sólo será medida cautelar propiamente tal si se refiere al imputado<sup>61</sup>.

### 2.1.a. Presupuestos para su aplicación.

Esta medida cautelar será utilizada cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal<sup>62</sup>, y solo será procedente cuando la imputación se refiere a faltas o delitos que

---

<sup>56</sup> PFEFFER, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001. p.146.

<sup>57</sup> HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Op cit*. p. 357.

<sup>58</sup> MORENO CATENA cit por HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Op cit*. p.356. .

<sup>59</sup> *Loc. Cit*.

<sup>60</sup> Cfr. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *Op. Cit*. p. 111.

<sup>61</sup> En el caso de citarse a testigos o peritos, el acto constituirá una medida de coerción procesal. Cfr. CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Editorial Lexis Nexos Conosur, Santiago, 2002. p. 222.

<sup>62</sup> El artículo 123 del CPP señala Oportunidad de la citación judicial. Cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, éste dispondrá su citación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.

la ley no sancione con penas privativas ni restrictivas de libertad (artículo 124 CPP). En este sentido, la citación constituye un límite a la aplicación de medidas privativas de libertad, excluyendo la detención y la prisión preventiva cuando la imputación se refiere a delitos de menor gravedad<sup>63</sup>.

En consecuencia nuestra legislación prohíbe expresamente la adopción de medidas cautelares distintas a la citación “salvo que el imputado legalmente citado no comparezca, caso en el cual el tribunal puede decretar el arresto, la detención o la prisión preventiva, conforme a lo dispuesto en los artículos 124 inciso 3º, 127 inciso 2º y 141”<sup>64</sup>, o bien, tratándose de la detención en caso de flagrancia por alguno de los ilícitos donde sólo sería procedente la citación”<sup>65</sup>.

“Está nueva reglamentación le otorga a la citación un ámbito de aplicación más amplio, ya que será la única medida coercitiva de la libertad del imputado que podrá decretarse si la imputación se refiere a faltas o delitos menores, estando terminantemente excluida la posibilidad de decretar otras medidas cautelares respecto de la persona del imputado, salvo los casos de incomparecencia injustificada y los casos contemplados en el inciso 4º del artículo 134”<sup>66</sup>.

Por último, cabe mencionar que la exclusión de otras medidas más gravosas se debe fundamentalmente a que se trata de delitos de poca gravedad, lo que en definitiva no es otra cosa que la expresión del principio de proporcionalidad de las medidas cautelares<sup>67</sup>. En este sentido, la citación constituiría un medio suficientemente idóneo para satisfacer la finalidad perseguida, logrando establecer un equilibrio entre los fines del procedimiento y un nivel óptimo de respeto por los derechos individuales del imputado<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *Op cit.* p.111.

<sup>64</sup> DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* p 134.

<sup>65</sup> CARROCA PERÉZ, Alex. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Jurídica la Ley Ltda. Santiago, 2003. p. 154.

<sup>66</sup> DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* p. 131.

<sup>67</sup> Cfr. *Ibidem.* p.132.

<sup>68</sup> Cfr. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Op cit.* pp. 199-200.

## 2.2 La detención.

El Código, al igual que con la citación, no define esta medida<sup>69</sup>, sino que consagra tres tipos, atendida la autoridad o persona que la decreta o realiza. Así tenemos la detención judicial, la detención en caso de flagrancia y la detención decretada por cualquier tribunal<sup>70</sup>.

En sentido amplio la detención es “toda privación de la libertad ambulatoria de una persona distinta de la prisión provisional o de la ejecución de una pena privativa de libertad, ejecutada bajo invocación de un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico”<sup>71</sup>.

La detención, como medida cautelar personal, es “aquella en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento”<sup>72</sup>.

Por la importancia de la libertad personal reconocida en nuestro ordenamiento jurídico dentro de las bases de la institucionalidad, es la propia Constitución la que autoriza la detención (artículo 19 número 7° CPR), lo cual se materializa en el proceso penal en términos similares a lo establecido en la Carta Suprema (artículo 125 CPP).

El principio fundamental de procedencia de la detención se encuentra establecido en el artículo 125 del CPP, que expresa “Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley, y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendido en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere”.

Este principio concuerda con el establecido, en similares términos, en el artículo 19 número 7 letra c) de la CPR<sup>73</sup>.

Desde el punto de vista formal como lo establecen las letras b) y c) del número 7 del artículo 19 de la CPR, y el artículo 125 del CPP, y sin perjuicio de la detención por flagrancia,

---

<sup>69</sup> Artículo 252 del Código De Procedimiento Penal señalaba: Por la detención se priva la libertad por breve tiempo a un individuo contra quien aparecen fundadas sospechas de ser responsable de un delito, o a aquel contra quien aparece motivo que induzca a creer que no ha de prestar a la justicia la cooperación oportuna a que lo obliga la ley, para la investigación de un hecho punible.

<sup>70</sup> Cfr. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Op cit.* p. 225.

<sup>71</sup> SENDRA, Gimena. Cit por HORVITZ LENNON, Maria Ines y LÓPEZ MASLE, Julián, *op cit.* pp. 362-363

<sup>72</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, cit por HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *op cit.* p. 364

<sup>73</sup> CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Op cit.* p.225.

la detención debe emanar de funcionario público expresamente facultado por la ley y la orden que la decreta debe ser intimada en forma legal al imputado.

### 2.2.1. Clases de detención.

**a) Detención judicial:** en el nuevo procedimiento, corresponde al fiscal solicitar al tribunal que despache una orden de detención en contra del imputado, para que sea conducido a la presencia del representante del Ministerio Público, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse dificultada o demorada, y no se trate de alguno de aquellos hechos presuntamente constitutivos de un delito que sólo haga procedente la citación<sup>74</sup>.

“También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada”<sup>75</sup>.

**b) Detención en caso de flagrancia:** “se trata de la detención que puede realizar cualquier persona que sorprendiere a otra en *delito flagrante*<sup>76</sup> para poner al detenido a disposición del juez con el objeto de que celebre la audiencia en que ha de formalizarse la investigación en su contra”<sup>77</sup>.

La detención, en caso de flagrancia, constituye una facultad para los particulares, la policía, en cambio está obligada a detener en estos casos. Así el artículo 129 señala “La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena, al que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas”<sup>78</sup>.

Cabe precisar que la detención en flagrancia practicada por particulares o por la policía sin orden previa, es por regla general por un delito de acción penal pública, y excepcionalmente por un delito de acción penal pública previa instancia particular cuando se

---

<sup>74</sup> CARROCA PERÉZ, Alex. *Op cit.* p.156.

<sup>75</sup> Artículo 127 inciso segundo del CPP.

<sup>76</sup> “Delito flagrante es el que se esta cometiendo actualmente o que acaba de cometerse”. CARROCA PERÉZ, Alex. *Op cit.* p. 159.

<sup>77</sup> HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *op cit.* p. 372.

<sup>78</sup> Artículo 129 inciso 4° CPP, modificado por la ley N° 20.074, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2005.

trate de aquellos delitos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quater del Código Penal<sup>79</sup>.

Por último, cabe señalar que la detención practicada por la policía o por cualquier persona en caso de delito flagrante, constituye una excepción a la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares. Sin embargo, con el objeto de prevenir posibles arbitrariedades, la ley impone la obligación de conducir al detenido ante la autoridad judicial o ante el fiscal, en su caso, lo más pronto posible<sup>80</sup>.

**c) Detención decretada por cualquier tribunal:** se trata de una situación similar a la detención por flagrancia en la que se faculta a cualquier tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal para dictar órdenes de detención contra las personas que dentro de su sala de despacho, cometan algún crimen o simple delito (artículo 128 CPP).

Esta es la única situación en que el juez puede despachar de oficio una orden de detención, en los demás casos la adopción de esta medida depende de la iniciativa del Ministerio Público, a cuyo cargo se encuentra la persecución penal pública de los delitos<sup>81</sup>.

### **2.3. Otras medidas cautelares personales.**

“Las medidas cautelares personales de carácter general son medidas restrictivas de la libertad personal de aplicación preferente a la medida de prisión preventiva, que pueden ser decretadas por el tribunal durante la substanciación de un proceso penal, a petición del Ministerio Público, el querellante o la víctima, con el objeto de asegurar los fines del procedimiento”<sup>82</sup>.

Su aplicación preferencial deriva del carácter excepcional de la prisión preventiva y la incorporación de estas medidas constituye una de las innovaciones más trascendentales que se introducen en el nuevo proceso penal chileno<sup>83</sup>, cuyo propósito principal es ampliar el espectro de medidas cautelares que puede decretar el juez, dejando abierta la posibilidad de adoptar restricciones menos severas a la libertad personal que la prisión preventiva<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *op cit* .p. 373.

<sup>80</sup> Cfr. DURÁN FUICA, Rodrigo. *Op. Cit.* p. 171.

<sup>81</sup> Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *op cit* .p. 367.

<sup>82</sup> CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *Op cit.* p. 152.

<sup>83</sup> Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Op. Cit.* p 254.

<sup>84</sup> Cfr. CARROCA PERÉZ, Alex. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Jurídica la Ley Ltda. Santiago, 2003. p. 153.

El mensaje del Código, al referirse al establecimiento de estas medidas observó que debían ser aplicadas cuando resulten adecuadas para asegurar los objetivos del procedimiento<sup>85</sup>, dando cumplimiento, en principio, a las finalidades propias de toda medida cautelar<sup>86</sup>. No obstante la ley 20.074 incorporó, dentro de los presupuestos para su aplicación, el peligro para la seguridad de la sociedad<sup>87</sup>, lo cual con anterioridad a la reforma del Código era una causal exclusiva de la prisión preventiva.

En cuanto a su denominación bajo la noción de “Otras medidas cautelares” como su ubicación en el Código, se ha señalado que esta resulta absolutamente errónea, esto porque pareciera que se tratara de medidas alternativas o subsidiarias a la prisión preventiva, en circunstancias que el sistema impone exactamente la operación inversa. Se trata de medidas de carácter general y preferente, cuya procedencia se debe discutir con anterioridad a la prisión preventiva, y ver si la finalidad cautelar perseguida se puede alcanzar con algunas de estas medidas<sup>88</sup>.

El Código enumera estas medidas en el artículo 155, y estas son las siguientes:

- a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, 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.

---

<sup>85</sup> Mensaje presidencial, p. 17.

<sup>86</sup> Las que están destinadas exclusivamente a los fines del procedimiento.

<sup>87</sup> Causal muy cuestionada por cuanto persigue fines propios de la pena y no del procedimiento.

<sup>88</sup> Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Op cit.* pp. 434-435.

El tribunal puede imponer una o más de estas medidas, según lo estime adecuado al caso (artículo 155 inciso 2° CPP).

En cuanto a su procedencia, requisitos, impugnación, duración y ejecución, estas medidas se rigen por las mismas disposiciones aplicables a la prisión preventiva, esto por cuanto el párrafo 6° del Título V del Libro I no contiene norma especial diversa<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Op cit.* p. 436

## CAPITULO III: LA PRISIÓN PREVENTIVA.

### 1.- Nociones generales.

No cabe duda que dentro de todo proceso penal el tema de las medidas cautelares es una cuestión delicada por cuanto como ya se ha señalado su aplicación conlleva una restricción a los derechos individuales del imputado. Situación que se ve particularmente acentuada con la aplicación de la prisión preventiva, desde que esta medida constituye la afectación más grave de estos derechos, la privación de libertad del imputado.

La aplicación de esta medida ha sido objeto de extensas discusiones en la doctrina procesal penal, discusión que se genera por el carácter de esta medida que implica privar de libertad a una persona que se presume inocente, estado que se presume hasta la dictación de una sentencia condenatoria que declare lo contrario.

En este sentido FERRAJOLI ha sostenido que “si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”<sup>90</sup>.

Asimismo se ha dicho que al recaer sobre una persona inocente, tal limitación constituye un verdadero despojo, el robo de la libertad de un inocente<sup>91</sup>.

Dentro del sistema penitenciario, el subtema de los presos sin condena es el más alarmante, por cuanto se trata de personas que no han sido formalmente condenados, pero que están cumpliendo, materialmente, una condena, aunque un gran número de ellos sea posteriormente declarado inocente<sup>92</sup>.

No obstante las críticas efectuadas por la doctrina en relación a la aplicación de esta cautelar, entendiendo que la libertad del imputado es la regla general dentro del proceso penal, lo cierto es que se admite excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias que este derecho sea

---

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op Cit.* p. 549.

<sup>91</sup> Cfr. FALCONE, Roberto. “La prisión preventiva frente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la ley procesal penal”. *Revista Procesal Penal*. N° 27, Noviembre 2004. p.27.

<sup>92</sup> Cfr. CARRANZA, Elias. “Estado Actual de la Prisión Preventiva en América Latina y Comparación con los Países de Europa” *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. [online]. Mayo 1999, Año 11 N° 16 [Citado 15 enero 2007]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2016/carran16.htm>

restringido antes de que exista sentencia condenatoria, la cual no puede tener otro propósito que los fines mismos del proceso, sin que en caso alguno pueda representar una pena anticipada<sup>93</sup>.

Como sabemos los fines del proceso penal están dados por la averiguación de la verdad real y por el aseguramiento de la persona del imputado a los actos del procedimiento y, eventualmente para la ejecución de su condena<sup>94</sup>.

Para ROXIN la prisión preventiva sirve para tres objetivos: a) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, b) garantizar una investigación de los hechos en debida forma, por los órganos de la persecución penal, y c) asegurar la ejecución penal. Agrega que la prisión preventiva no sirve para otros fines<sup>95</sup>.

Este carácter instrumental de la prisión preventiva en tanto su único objetivo sería asegurar los fines del procedimiento, los cuales podrían estar en riesgo ante la eventual falta de comparecencia a las diligencias del procedimiento y el peligro de obstaculización, entendido principalmente como ocultación de pruebas, son las únicas circunstancias que legitimarían la aplicación de esta medida tan gravosa, y así se ha entendido desde antaño. Al respecto ya habría reconocido BECCARIA como únicas justificantes de la prisión preventiva el peligro de obstaculización y el peligro de fuga<sup>96</sup>.

A nivel internacional se ratifica lo señalado por la doctrina procesal en relación a los objetivos que debe perseguir la prisión preventiva. Así el Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.1 señala “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*”.

Por su parte, y en términos similares a como lo establece el Pacto, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7.5 dispone “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. *Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*”.

---

<sup>93</sup> Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, *Op.Cit.* p. 405.

<sup>94</sup> Cfr. WASHINGTON ABALOS, Raúl. *Op.Cit.* p. 2.

<sup>95</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Op. Cit.* p. 257.

<sup>96</sup> Cfr. BECCARIA cit por FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 552.

Si bien la prisión preventiva como medida cautelar solo estaría llamada a garantizar los fines del proceso penal, lo cierto es que se le reconoce además, y es aquí donde deviene el mayor problema que presenta esta medida, un fin preventivo o material, en el sentido de evitar la comisión de delitos, lo cual es un fin propio de la pena, no así de las medidas cautelares, las cuales tienen un carácter puramente instrumental no penal, desnaturalizando de esta forma el sentido de la misma<sup>97</sup>.

Doctrinariamente se ha fundamentado que la prisión preventiva no es una pena sino una medida cautelar, sin embargo en lo material es una pena, en el sentido de restricción de derechos, es por ello que las legislaciones establecen en forma generalizada que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se imputa como parte de la condena<sup>98</sup>. “De esta forma la prisión preventiva de instrumento procesal se transformó en instrumento de prevención y defensa social, motivada por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”<sup>99</sup>.

El peligro de reiteración entendido como un peligro para la seguridad de la sociedad es la más polémica de las causales, ya que esta cumple una función de protección del orden jurídico, convirtiéndose a la prisión preventiva en una pena anticipada con un muy lamentable resultado<sup>100</sup>.

En relación a este punto seguiremos a ZAFFARONI, para quien la prisión preventiva equivale a la condena, y la sentencia definitiva tras el juicio, se asemeja a la revisión del proceso, mediante la cual se resuelve si debe dejarse al imputado en libertad o si por el contrario, este debe continuar cumpliendo la pena<sup>101</sup>.

Pues bien, habiendo esbozado en términos generales el tema de la prisión preventiva, corresponde ahora ver el tratamiento que le da nuestro sistema procesal a esta medida cautelar.

---

<sup>97</sup> Cfr. SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. “La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. [online]. Diciembre 1997, Año 9 N° 14 [Citado 15 enero 2007]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2014/sanch14.htm>

<sup>98</sup> Cfr. CARRANZA, Elías. *Op. Cit.*

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op Cit.* p. 552.

<sup>100</sup> Cfr. SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. *Op cit.*

<sup>101</sup> ZAFFARONI L cit por FALCONE, Roberto. *Op cit.* pp. 29-30.

## 2.- Prisión preventiva en el sistema procesal penal chileno.

En nuestro sistema procesal penal se pretendió optar por un sistema que fuera el justo medio, ni tan garantista ni tan regresivo. En este sentido, Garrido MONTT señaló que “se prefiere que se mantenga un justo término medio, donde estén presentes las ideas garantistas, por un lado, para evitar excesos y, por otro lado, la preocupación también para garantizar la tranquilidad ciudadana”<sup>102</sup>.

Como una forma de otorgar mayores garantías al imputado durante el proceso, se estableció el carácter excepcional de estas medidas, limitando así su procedencia a aquellos casos en que las demás medidas resultaren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento, y subordinando su duración exclusivamente a la subsistencia de las necesidades de su aplicación<sup>103</sup>.

Destacaremos nuevamente que el espíritu de la Reforma Procesal Penal, fue racionalizar el uso de las medidas cautelares, en especial, el de la prisión preventiva, para lo cual se les otorgó el carácter de excepcionalidad y sujetas a los fines del procedimiento<sup>104</sup>.

En este orden de ideas el artículo 139 del CPP al establecer cuando era procedente la prisión preventiva ratificaba lo establecido en el artículo 122 del CPP, norma que consagra el principio informador de las medidas cautelares en nuestro sistema.

El artículo 139 dispone “la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”.

La ley 20.074, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre del año 2005, le ha restado la pretendida excepcionalidad a la prisión preventiva, desde que incorporó como presupuesto para aplicarla la seguridad del ofendido o de la sociedad, causales que ya se encontraban establecidas en el artículo 140 letra c) como requisitos para ordenar la prisión preventiva, lo que vino a reforzar la procedencia de esta medida fundada en esta causal, así como también armonizar las normas de los artículos 139 y 140 del CPP.

---

<sup>102</sup> MONTT, Garrido, cit por MEDINA, Rodrigo. “La prisión preventiva en la historia fidedigna del establecimiento del Código Procesal Penal. Algunas reflexiones sobre la relación prisión preventiva y pena”. *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco*. N° 3, Diciembre 2002. pp. 29-30.

<sup>103</sup> Esto se desprende de lo establecido en los artículos 122, 139 y 152 del CPP.

<sup>104</sup> BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Op cit.* p. 187.

Esto porque antes de la reforma existía una evidente contradicción entre el artículo 139 y 140, desde que el primero señalaba que procedía la prisión preventiva solo para asegurar fines del procedimiento, por su parte en cuanto a los requisitos para poder ordenarla se establecía el peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Por otro lado, el carácter puramente instrumental propio de las medidas cautelares en nuestro sistema no se cumple, al menos no con la prisión preventiva, como tampoco con las medidas cautelares del artículo 155, ya que la mencionada ley las afecta de igual forma<sup>105</sup>.

### **3.- Presupuestos de la prisión preventiva.**

Solo una vez formalizada la investigación, el Ministerio Público o el querellante particular, pueden solicitar al tribunal que decrete la prisión preventiva, debiendo acreditar que se cumplen las exigencias legales.

Los requisitos para poder decretar la prisión preventiva están establecidos en el artículo 140 del CPP, y estos son:

- a) Que existen antecedentes que justificaren 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.

Las letras a) y b) corresponden al presupuesto material exigido para decretar la prisión preventiva, y la letra c) constituye la necesidad de cautela, presupuesto que el juez evaluará en cada caso en atención a los antecedentes expuestos por el fiscal. Lo que se requiere es que ante una solicitud de prisión preventiva el juez verifique si los antecedentes presentados en esta etapa del procedimiento son lo suficientemente convincentes en términos

---

<sup>105</sup> Artículo 155 inciso primero primera parte del CPP “Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia...”

de prever que habrá de llevarse adelante el juicio en el que la prueba será examinada pormenorizadamente y que luego será valorada en la sentencia<sup>106</sup>.

Respecto de la necesidad de cautela, el peligro para la seguridad de la sociedad ha sido la más cuestionada por la doctrina, ya que esta ha sido entendida en el sentido de peligrosidad del imputado, como peligro de reiteración.

Se postula que esta idea constituye una verdadera infracción a la presunción de inocencia, ya que “la idea de prevención, de evitación de la comisión de ulteriores delitos, basada en la supuesta peligrosidad extraída de anteriores ilícitos penales, parte de una presunción de culpabilidad, siendo que la prisión provisional se adopta en un momento procesal anterior a la sentencia, única resolución capaz de destruir, con las debidas garantías, el mencionado derecho constitucional”<sup>107</sup>.

Por último, cabe hacer presente que en esta materia, seguramente más que en cualquier otra del Código, el legislador trata de determinar las máximas de la experiencia que el juez debe utilizar para decidir si procede o no la prisión preventiva, restringiéndose drásticamente la libertad del juzgador, no obstante, esto siempre será relativo porque la apreciación del contenido de cada circunstancia siempre dependerá de él<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Cfr. RIEGO, Cristián. *Prisión Preventiva y Demás Medidas Cautelares en el Nuevo Proceso Penal*. Colección Informes de Investigación. Junio de 2001. p. 5.

<sup>107</sup> ASENSIO MELLADO, José María. Cit por. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La Libertad Personal y Las Dos Caras De Jano En El Ordenamiento Jurídico Chileno” en *Revista de Derecho Valdivia*, volumen 13, diciembre de 2002. p. 179.

<sup>108</sup> CARROCA PERÉZ, Alex. *Op cit.* p. 165.

## **CAPITULO IV. APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CIUDAD DE VALDIVIA.**

### **1.- Cuestiones preliminares.**

En esta parte de nuestra investigación examinaremos cual ha sido la aplicación de la prisión preventiva en nuestra ciudad durante el año 2006<sup>109</sup>. Este propósito se llevará a cabo a través del registro de las audiencias de formalización que fueron proporcionadas para tal efecto por el Juzgado de Garantía Valdivia.

Cabe señalar que de la totalidad de audiencias de formalización realizadas durante el año 2006, el presente estudio está destinado a analizar aquellas en que se decretó la medida cautelar personal prisión preventiva, de esta manera todo lo que se expondrá más adelante se circunscribe exclusivamente al tratamiento que se ha dado por los actores a esta medida.

De los archivos de audio se obtuvo diversa información relativa a los tipos de delitos por los que se formalizó y decretó la medida, las causales más frecuentemente utilizadas tanto por el Ministerio Público, al momento de solicitar la aplicación de la medida, como por los jueces a la hora de decretarla.

A continuación se verá con mayor detalle los diferentes delitos que han sido objeto de formalización decretándose la prisión preventiva, la actuación desplegada por cada uno de los intervinientes en la audiencia, así el rol del Ministerio Público a la hora de acreditar los presupuestos materiales y la necesidad de la prisión preventiva, y en este sentido, las causales que se invocan para fundar la necesidad de cautela, por otra parte, se hará referencia a la forma de proceder de los jueces, estableciendo principalmente los criterios que utilizan a fin de argumentar su resolución, y por último, se hará mención al rol que ha tenido la defensa en cuanto a esta materia.

---

<sup>109</sup> De un total inicial de 139 RIT obtenidos del archivo Excel de visitas de cárcel, todos correspondientes al año 2006, los efectivamente obtenidos son 123, los 16 restantes, que no se registran en esta investigación se debe a diversos factores: a) dos de ellos no fueron proporcionados por el juzgado, las causas RIT 172-2006 y 423-2006, en atención a que no fueron encontrados; b) las causas RIT 96-2006; 164-2006; 272-20006; 804-2006; 884-2006; 1398-2006; 1675-2006; 2221-2006; 2225-2006; y 2415-2006, corresponden a audiencias en las que se decretó alguna medida del artículo 155 del CPP; c) la causa RIT 188-2006 la audiencia no correspondía al imputado que figuraba en el archivo Excel; d) la causa RIT 237-2006 correspondía a una revisión de la prisión preventiva; e) la causa RIT 1154-2006 correspondía a una ampliación del plazo de detención; y f) la causa RIT 2581-20006 la audiencia de formalización derivó en un procedimiento abreviado.

## 2.- Tipos de delitos por los que se aplica la prisión preventiva.

Respecto a los delitos por los cuales se decretó la prisión preventiva (ver tabla N° 1) podemos decir que la mayoría de ellos corresponden a delitos graves, lo cual no significa necesariamente que la adopción de la medida se encuentre justificada, pero sí que en términos generales se estaría dando cumplimiento al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 141 en relación al artículo 139 del CPP, en este sentido, de la norma se desprende que la prisión preventiva será procedente cuando estemos en presencia de delitos graves, teniendo en consideración las circunstancias de comisión del ilícito y la sanción probable.

**Tabla N° 1.**

Tipo de delito	Cantidad de formalizaciones con prisión preventiva	Porcentaje %.
Delitos contra la propiedad	93 <sup>110</sup>	75,609
Violación.	4 <sup>111</sup>	3,252
Abuso sexual.	2 <sup>112</sup>	1,626
Homicidio.	11 <sup>113</sup>	8,943
Lesiones.	3 <sup>114</sup>	2,439
Tráfico ilícito de estupefacientes.	5 <sup>115</sup>	4,065
Microtráfico.	1 <sup>116</sup>	0,813
Tenencia y porte ilegal de arma de fuego.	3 <sup>117</sup>	2,439
Incendio.	1 <sup>118</sup>	0,813
Total	123.	100%

<sup>110</sup> Se encuadran todos los delitos que afecten el patrimonio. Y se analizarán detalladamente por separado en la Tabla N° 2.

<sup>111</sup> 145-2006; 228-2006; 274-2006; y 2306-2006.

<sup>112</sup>.284-2006 y 1208-2006.

<sup>113</sup> 79-2006; 174-2006; 204-2006; 268-2006; 974-2006; 985-2006; 1238-2006; 1659-2006; 1871-2006; 2168-2006; y 2239-2006.

<sup>114</sup> 480-2006; 1134-2006; y 2103-2006.

<sup>115</sup> 695-2006; 901-2006; 954-2006; 1243-2006; y 2042-2006.

<sup>116</sup> 662-2006.

<sup>117</sup> 687-2006; 969-2006; y 2064-2006.

<sup>118</sup> 956-2006.

En la presente tabla se refleja lo antes dicho, pues en su gran mayoría se trata de delitos a los cuales la ley asigna altas penas. No obstante como se ha señalado el criterio de la gravedad del delito no es el único contemplado en la ley para poder decretar la prisión preventiva, lo cual se manifiesta en la formalización por el delito de microtráfico, donde si bien en principio podemos estimar que la prisión preventiva resulta excesiva en razón a la pena aplicable<sup>119</sup>, en el caso particular la medida fue decretada, fundando la necesidad de la misma en un eventual peligro de fuga en razón de los antecedentes penales de la imputada, la cual presentaba dos condenas anteriores por delitos de igual naturaleza.

Si bien en este caso el juez argumentó su resolución en una causal contemplada en la ley, a mi juicio no resulta del todo convincente, toda vez que no se generó una completa discusión de todas las circunstancias que harían presumir fundadamente que existe un real peligro de fuga, en este sentido solo se hizo mención a las condenas anteriores, que en definitiva harían improcedente, en principio, alguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216, sin acreditar, entre otros, la falta de arraigo social y económico. En consecuencia, sostenemos que en este caso era necesaria una discusión más extensa en cuanto a la necesidad de cautela, ya que no olvidemos que se trata de la aplicación de la medida más gravosa para los derechos del imputado.

En atención a que la prisión preventiva en su gran mayoría ha sido decretada por delitos contra la propiedad, el 75%, a continuación se presenta de forma más detallada los diferentes tipos penales que protegen la propiedad.

**Tabla N° 2.**

Delitos contra la propiedad	Cantidad de formalizaciones con prisión preventiva	Porcentaje %.
Robo en lugar habitado.	15 <sup>120</sup>	16,129
Robo en lugar destinado a la habitación.	15 <sup>121</sup>	16,129
Robo en lugar no habitado.	6 <sup>122</sup>	6,451
Robo con violencia e intimidación.	12 <sup>123</sup>	12,903

<sup>119</sup> El artículo 4° de la ley 20.000 establece para el delito de microtráfico la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, y multa de 10 a 40 Unidades Tributarias Mensuales.

<sup>120</sup> 192-2006; 199-2006; 381-2006; 661-2006; 900-2006; 1143-2006; 1299-2006; 1671-2006; 1710-2006; 1931-2006; 1933-2006; 1946-2006; 2055-2006; 2519-2006; 2528-2006; y 2586-2006.

<sup>121</sup> 97-2006; 189-2006; 757-2006; 788-2006; 789-2006; 827-2006; 1095-2006; 1220-2006; 1302-2006; 1304-2006; 1420-2006; 1668-2006; 1746-2006; y 1819-2006.

<sup>122</sup> 1083-2006; 1252-2006; 1661-2006; 1665-2006; 1934-2006; y 2057-2006.

Robo con violencia.	18 <sup>124</sup>	19,354
Robo con intimidación.	5 <sup>125</sup>	5,376
Robo por sorpresa.	7 <sup>126</sup>	7,526
Robo en bienes nacionales de uso público.	6 <sup>127</sup>	6,451
Robo en dependencias de lugar habitado.	1 <sup>128</sup>	1,075
Hurto.	3 <sup>129</sup>	3,225
Receptación.	3 <sup>130</sup>	3,225
Estafas.	2 <sup>131</sup>	2,150
Total.	93.	100%

La tabla N° 2 confirma lo señalado en relación a la tabla N° 1. Se repite la tendencia en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva respecto de aquellos tipos penales más graves dentro del universo de delitos contra la propiedad. Pues considerando los robos en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias, y los robos con violencia e intimidación, que son los que tienen asignadas las más altas penalidades, estos representan aproximadamente un 70% del total de delitos contra la propiedad en que fue decretada la prisión preventiva.

En cuanto a los delitos de hurto, receptación y estafas, los cuales tienen asignadas penas menores, en términos generales la medida se decreta teniendo en consideración los antecedentes penales que presenten los imputados, tanto condenas anteriores como procesos pendientes, incumplimiento de medidas cautelares generales, etc., justificando, en la mayoría de los casos, la necesidad de la prisión preventiva en la causal peligro para la seguridad de la sociedad o peligro de fuga, dependiendo del criterio de cada juez.

<sup>123</sup> 202-2006; 233-2006; 256-2006; 424-2006; 1037-2006; 1038-2006; 1083-2006; 1424-2006; 1460-2006; 1466-2006; 2102-2006; y 2184-2006.

<sup>124</sup> 153-2006; 422-2006; 627-2006; 806-2006; 945-2006; 1033-2006; 1043-2006; 1219-2006; 1272-2006; 1518-2006; 1870-2006; 1935-2006; 2047-2006; 2058-2006; 2135-2006; 2182-2006; 2390-2006; y 2572-2006.

<sup>125</sup> 121-2006; 236-2006; 1075-2006; 1132-2006; y 2183-2006.

<sup>126</sup> 1036-2006; 1463-2006; 1809-2006; 1901-2006; 2038-2006; 2039-2006; y 2202-2006.

<sup>127</sup> 1282-2006; 1766-2006; 1896-2006; 2526-2006; 2578-2006; y 2610-2006.

<sup>128</sup> 1156-2006.

<sup>129</sup> 125-2006; 1560-2006; y 2395-2006.

<sup>130</sup> 123-2006; 1574-2006; y 1917-2006.

<sup>131</sup> 1687-2006 y 1784-2006.

### **3.- Causales utilizadas para aplicar la prisión preventiva y forma de proceder por los intervinientes.**

En este punto de nuestra investigación se efectuará un examen relativo a las causales que autorizan la procedencia de esta medida cautelar, expresando de este modo, de acuerdo a nuestro estudio, cuales son las más frecuentemente utilizadas a la hora de acreditar los presupuestos que permitan tener por justificada la necesidad de la medida, los criterios sostenidos por los distintos jueces del Juzgado de Garantía de Valdivia durante el transcurso del año 2006, por último se hará mención a la actuación desplegada por la defensa durante la audiencia de formalización.

Comenzaremos nuestro análisis haciendo referencia a la labor que han realizado los fiscales al momento de solicitar al juzgado que se decrete la prisión preventiva.

En la audiencia de formalización el fiscal en primer lugar da a conocer al o los imputados que se encuentra actualmente realizando una investigación en su contra por la comisión de uno o más delitos determinados, para lo cual procede a exponer los hechos de los cuales dispone en esta etapa de la investigación.

Con posterioridad a la formalización en la misma audiencia solicita al tribunal se decrete la prisión preventiva en contra de el o los imputados. El tribunal en virtud de la solicitud ordena al fiscal acreditar tanto el presupuesto material como la necesidad de cautela.

Respecto al presupuesto material, los fiscales generalmente cumplen con este requisito dando lectura al parte policial, que es el documento donde consta la denuncia, declaraciones de la víctima y testigos, actas de reconocimiento por parte de la víctima o testigos, etc.

La tarea del fiscal es presentar toda la información con la que cuente, la que debe ser suficiente para configurar la existencia del delito y la participación del imputado.

En cuanto a la necesidad de cautela, y conforme a lo dispuesto por el artículo 140 letra c) del CPP, el fiscal establece en que forma la libertad del imputado puede constituir un peligro para que los fines del procedimiento se cumplan, para lo cual no basta que lo señale, sino que debe presentar antecedentes específicos en cuanto a que el imputado no comparecerá a los actos del procedimiento o que pudiera verse obstaculizada su investigación, o bien que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

En relación a las causales, en la mayoría de los casos los fiscales para acreditar la necesidad de cautela invocan la causal de peligro para la seguridad de la sociedad, que es precisamente la causal más criticada por la doctrina procesal. En este sentido se debe hacer presente que esta causal contempla diversas hipótesis que permiten decretar la prisión preventiva. Por lo tanto el fiscal al momento de solicitar la aplicación de esta medida tiene altas probabilidades de conseguir su propósito.

Por otra parte, muchas veces no se acredita de qué manera la libertad del imputado resultaría peligrosa para la seguridad de la sociedad, limitándose a repetir los criterios contenidos en el artículo 140 del CPP, si bien se cumple formalmente con la disposición, en mi opinión, y en virtud de una interpretación sistemática de los principios que regulan las medidas cautelares personales, es imprescindible ir un paso más allá en la argumentación, así lo adecuado sería establecer en qué forma es un peligro para la seguridad de la sociedad un imputado que, por ejemplo, cuente con condenas anteriores, de manera que si en concreto no se pudiera establecer dicha peligrosidad debe necesariamente aplicarse una de las medidas generales del artículo 155 del CPP.

En atención a las audiencias de formalización de la investigación se puede establecer que la causal más frecuentemente utilizada, tanto para solicitar la prisión preventiva como para decretarla, es precisamente a la que nos venimos refiriendo.

En este punto es necesario establecer cuales han sido las causales utilizadas para decretar la prisión preventiva, información proporcionada a través de la siguiente tabla demostrativa.

**Tabla N° 3.**

Fundamento	Cantidad	Porcentaje %
Peligro para la seguridad de la sociedad.	73	59,349
Peligro de fuga.	28	22,764
Peligro para la seguridad de la víctima.	1	0,813
Peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima.	6	4,878
Peligro para la seguridad de la víctima y peligro de fuga.	5	4,065
Peligro para la seguridad de la sociedad y peligro de fuga.	6	4,878
Peligro para la sociedad y obstaculización.	1	0,813
Diligencias pendientes.	2	1,626

Peligro para la seguridad de la sociedad y diligencias pendientes.	1	0,813
Total.	123	100%

De lo que se ve en la tabla, diremos en primer lugar que de los tres jueces que decretaron prisiones preventivas durante el año 2006, dos de ellos ordenan la prisión preventiva casi en la totalidad de los casos sometidos a su conocimiento bajo la causal de peligro para la seguridad de la sociedad. Por su parte, el tercer juez nunca utilizó esta causal, es más estima que bajo ésta no se puede decretar la prisión preventiva, por lo cual ante la solicitud de esta medida estima si se configura la causal de peligro de fuga, y en virtud de los antecedentes aportados por el Ministerio Público resuelve, pero siempre por peligro de fuga.

Lo anterior resulta interesante por varias razones, pero principalmente por dos. En primer lugar, porque queda demostrado, a mi juicio, que la reforma procesal penal no fue del todo clara respecto a esta materia, y el pretendido carácter excepcional y puramente instrumental de las medidas cautelares, principalmente en la prisión preventiva no se cumple, o no se entiende y en consecuencia no se cumple. Resulta que la nueva normativa, como se señaló, pretendió racionalizar el uso de esta medida, racionalización que corresponde especialmente a los jueces, ellos son los principales destinatarios de la norma, y el hecho de que de los tres jueces del Juzgado de Garantía de Valdivia, dos utilizan en la mayoría de los casos esta causal, que por lo demás es la más amplia (encuadrando muchas veces los hechos no en todas las situaciones del artículo 140 letra c), sino en algunas, y también en ciertos casos en una sola, como por ejemplo la gravedad de la pena asignada al delito), vulnera claramente los principios inspiradores del CPP, y en mayor medida la presunción de inocencia.

En segundo lugar cabe destacar que no obstante los reparos en cuanto a la procedencia de la prisión preventiva, bajo esta causal, entendida como peligro de reiteración, que comparte fines propios de la pena y no de una medida cautelar, los jueces que no cuestionan el carácter cautelar de esta medida, y que la han aplicado reiteradamente han mantenido un criterio uniforme respecto al tema, estimando siempre las mismas circunstancias para delitos similares, tal vez alguno con mayor fuerza y argumento que el otro, pero lo que se puede resaltar es que se han mantenido firmes en sus razonamientos, no obstante las constantes críticas que hace la defensa cada vez que el Ministerio Público solicita prisión preventiva por esta causal.

El tercer juez, también ha mantenido el criterio para poder decretar la prisión preventiva, así ha señalado reiteradamente que la prisión preventiva no se puede ordenar por peligro para la seguridad de la sociedad, porque esta no es un fin propio de la prisión

preventiva sino más bien de la pena, que el aceptar esta medida significaría vulnerar el principio de inocencia establecido en el artículo 4° del CPP, así como también el artículo 19 número 3° de CPR, y los tratados internacionales sobre la materia que Chile ha suscrito, ratificado, y que se encuentren vigentes. Por otro lado, decretar la prisión preventiva por esta causal significaría entender que en nuestro sistema existen delitos inexcusables, ya que no se podría reemplazar la prisión preventiva, por el pago de una caución económica, esto porque el artículo 146 del CPP no contempla esta causal para reemplazar la prisión preventiva, sólo se refiere a los casos en que la medida ha sido decretada por fines del procedimiento.

Si bien los jueces 1 y 2, en términos generales mantienen un criterio uniforme en cuanto a la causal utilizada para decretar la prisión preventiva, se han presentado situaciones donde el imputado no tiene antecedentes en su extracto de filiación, pudiendo ser beneficiado por alguna de las medidas de la ley 18.216, en estos casos para los jueces es más difícil encuadrar el hecho en la causal del artículo 140 letra c), recurriendo a la causal del peligro de fuga en atención a la gravedad de la pena asignada al delito, o considerando que él imputado no ha acreditado contar con arraigo familiar o social, en circunstancias que en general no toman en cuenta estas circunstancias para decretar la prisión preventiva. Pareciera que estos jueces realizan un razonamiento inverso, o sea, primero ven si la pueden ordenar por peligro para la seguridad de la sociedad (peligro que como se ha señalado constantemente, no se condice con el carácter instrumental de las medidas cautelares, ya que ésta, entendida como un peligro de reiteración constituye un fin propio de la pena), y solo si a su juicio esta causal no procede (lo que rara vez ocurre) se centran en la posibilidad de que la libertad del imputado constituya un peligro de fuga, causal que si es propia de las medidas cautelares.

Ahora bien, la uniformidad del criterio establecido por el juez 3, si bien al menos formalmente respeta el sentido que se le debe atribuir a la prisión preventiva, no queda claro a mi juicio que siempre exista un peligro de fuga, si bien el magistrado siempre argumenta en términos suficientes y claros en cuanto a la improcedencia de la prisión preventiva fundada en el peligro para la seguridad de la sociedad, no mantiene esta argumentación suficiente, en el sentido de que toda persona pueda entender por que se estimó que existía un peligro de fuga, estableciendo este peligro muchas veces en la mismas circunstancias que se invocan, por lo otros jueces, para configurar la causal de peligro para la seguridad para la sociedad.

Siguiendo con la fundamentación efectuada por los jueces en esta materia, cabe señalar que todos comparten un rasgo común, cual es una argumentación primordialmente formal, en este sentido se hace extensivo lo señalado para el Ministerio Público sobre el mismo punto, pero en este caso es evidentemente más cuestionable la situación toda vez que

es el Juez de Garantía el encargado de velar, dentro del proceso penal, por el adecuado respeto de los derechos fundamentales del imputado

Por otra parte, el Ministerio Público en su petición de prisión preventiva tampoco utiliza una única causal (no obstante ser la más usada el peligro para la seguridad de la sociedad) variando las causales según quien sea el juez que dirija la audiencia de formalización, así con los jueces 1 y 2 siempre la causal invocada será el peligro para la seguridad de la sociedad, situación que cambia muchas veces cuando le corresponde conocer de la formalización al juez 3, donde la causal invocada ya no es solamente el peligro para la seguridad de la sociedad, sino que también el peligro de fuga.

En cuanto a la defensa, señalaré que ante una formalización por delitos graves, como por ejemplo el caso de robo o tráfico de droga, tiene, a mi juicio, muy pocas probabilidades de convencer al tribunal de que la prisión preventiva no resulta procedente y que en definitiva resultaría suficiente para garantizar los fines del procedimiento con una medida menos gravosa de aquellas establecidas en el art. 155 del CPP. La afirmación anterior cobra sentido por que en la mayoría de las formalizaciones analizadas los imputados presentaron condenas anteriores, existencia de procesos pendientes, ya se les había concedido algún beneficio de la ley 18.216, o ya se encontraban sujetos a alguna de las medidas del artículo 155 del CPP.

La defensa, como es lógico, ante la solicitud de prisión preventiva siempre se opone, y sus argumentos se refieren básicamente a que la prisión preventiva no puede ser decretada bajo la causal de peligro para la seguridad de la sociedad, apoyándose en la constantes críticas que realiza la doctrina procesal mayoritariamente, en cuanto al carácter atribuido a esta causal.

Lo cierto es que muchas veces discute de muy buena manera la solicitud del Ministerio Público, no obstante ante esta entidad de delitos todos los intervinientes pueden presumir que se va a ordenar la prisión preventiva, y esto porque la gravedad de la pena asignada al delito y su forma de comisión tiene un gran peso a la hora de resolver esta solicitud.

Para terminar resulta a lo menos curioso, por así decirlo, el hecho de que precisamente la causal más criticada sea la más utilizada, así en nuestra ciudad en el 59,34% de la totalidad de las audiencias analizadas se decretó la prisión preventiva exclusivamente por esta causal, situación que parece muy normal a los ojos de los intervinientes (jueces y fiscales), resultando criticable, como es obvio, únicamente por la defensa. Parece que la crítica realizada no es más que una cuestión meramente dogmática, careciendo de importancia en la práctica jurídica.

## CONCLUSIONES.

1.- La aplicación de las medidas cautelares personales en general, conlleva una restricción de las garantías individuales del imputado, restricción que sólo se justifica en la medida en que estén destinadas a satisfacer los fines del procedimiento.

2.- La limitación de derechos que genera su adopción choca con el principio de inocencia, en virtud del cual toda persona debe ser considerada inocente hasta la dictación de una sentencia condenatoria.

3.- Con la intención de no hacer inoperante el principio de inocencia, es que en la mayoría de las legislaciones, como también en la nuestra, se postula por la excepcionalidad de las mismas, debiendo aplicarse solo cuando resultaren absolutamente indispensables, no existiendo otra forma más adecuada para realizar los fines del procedimiento.

4.- Las características comunes a toda medida cautelar son la instrumentabilidad, excepcionalidad, legalidad, provisionalidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad.

5.- Los presupuestos para su aplicación están dados por el *fumus boni iuris*, esto es la razonada atribución de un hecho punible a una persona determinada, respecto de quien concurren indicios de participación, y el *periculum in mora*, esto es, que la libertad del acusado sería peligrosa para la seguridad del éxito de las diligencias de la investigación, de la sociedad o del ofendido.

6.- La Reforma Procesal Penal significó una completa reestructuración en relación a las medidas cautelares personales, estableciéndose como principio inspirador de las mismas su carácter excepcional, es decir, la libertad del imputado es la regla general dentro de todo el proceso penal, y las medidas cautelares personales sólo serán procedentes en la medida que resulten absolutamente indispensables para asegurar los fines del procedimiento.

7.- En nuestro sistema procesal penal, las medidas cautelares personales que se podrán adoptar en contra del imputado son la citación, la detención, la prisión preventiva y las demás medidas cautelares de carácter general establecido en el artículo 155 del CPP.

La citación constituye la forma de coerción procesal más leve, desde que solo consiste en una orden de comparecencia, expedida por el tribunal, para que el imputado concurra a su presencia cuando esta fuere necesaria para diligencias de la investigación.

La detención es la privación de libertad de una persona a quién se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento. En nuestro sistema existen tres clases de detención, la detención judicial, la detención por flagrancia y la detención practicada por cualquier tribunal.

8.- Con la reforma se incorporó un nuevo grupo de medidas cautelares menos gravosas que la prisión preventiva, las que deben ser aplicadas de forma general y preferentemente a la prisión preventiva.

9.- La prisión preventiva constituye la medida cautelar más gravosa del sistema, desde que implica una privación de libertad, por un lapso prolongado de tiempo, la cual en atención a su afectación de derechos solo se justifica por fines puramente instrumentales.

No obstante, su pretendido carácter puramente procedimental, nuestra legislación le atribuye a esta medida finalidades propias de la pena, al establecer como presupuesto de procedencia el peligro para la sociedad.

10.- En la aplicación de la medida en nuestra ciudad se corrobora este carácter material propio de una pena, ya que los jueces en la gran mayoría de los casos ordenan la prisión preventiva fundamentando su resolución en que existiría un peligro para la seguridad de la sociedad.

11.- De los criterios de los jueces analizados en la ciudad de Valdivia, sólo un juez ha criticado reiteradamente esta causal de peligro para la seguridad de la sociedad, estimando que ella vulneraría el principio de inocencia, el artículo 19 número 3° CRR, y los tratados internacionales sobre la materia suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

12.- Cuando se alega como necesidad de cautela el peligro para la seguridad de la sociedad, no existe una real discusión ni argumentación, por parte del Ministerio Público para solicitar se aplique la prisión preventiva, se presentan antecedentes para poder acreditar los presupuestos, tanto el material como la necesidad de cautela, pero no se establece porque la libertad del imputado resultaría peligrosa.

s

13.- Pareciera que ante ciertos delitos, los intervinientes llegan presumiendo de antemano que se va a decretar la prisión preventiva, esto se refleja en gran medida en las formalizaciones por delitos contra la propiedad.

14.- La labor de los jueces tampoco es la adecuada respecto al tema, la fundamentación desplegada para ordenar la prisión preventiva es muy breve, tanto quienes la decretan, por peligro para la sociedad, como por peligro de fuga, a mi juicio se presume sin mayores antecedentes que la libertad del imputado implica un peligro para la seguridad de la sociedad o un peligro de fuga.

15.- Los fiscales en atención al criterio uniforme que han mantenido los jueces con respecto al tema de la prisión preventiva, fundamentan su solicitud en una u otra causal según quien sea el juez que vea la formalización.

16.- Por último, las expectativas de la defensa ante una solicitud de prisión preventiva, estimo son probablemente bajas, especialmente ante una formalización por robo, incluso muchas veces realizan una buena discusión y argumentación para tratar de convencer al juez de que la prisión preventiva es una medida extremadamente gravosa, de ultima ratio, que se podrían asegurar los fines del procedimiento mediante la aplicación de alguna de las medidas del artículo 155 del CPPP, no obstante los argumentos esgrimidos no tienen mucho valor por las consideraciones ya señaladas.

## BIBLIOGRAFÍA

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Evaluación de una Reforma Procesal Penal. Estado de una Reforma en Marcha*. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2003.

CARRANZA, ELIAS. “ESTADO ACTUAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA Y COMPARACIÓN CON LOS PAÍSES DE EUROPA” *REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA*. [ONLINE]. MAYO 1999, AÑO 11 N° 16 [CITADO 15 ENERO 2007]. DISPONIBLE EN LA WORLD WIDE WEB: [HTTP://WWW.PODER-JUDICIAL.GO.CR/SALATERCERA/REVISTA/REVISTA%2016/CARRAN16.HTM](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2016/CARRAN16.HTM)

CARROCA PERÉZ, Alex. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Jurídica la Ley Ltda. Santiago, 2003

CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *El Código Procesal Penal. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia*. Editorial L.O.M, Santiago, 2003

CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Editorial Lexis Nexos Conosur, Santiago, 2002

CRUZ, Gonzalo. “Medidas Cautelares en el Proceso Penal”. En Congreso *Evaluación y Desafíos Futuros de la Reforma Procesal Penal*, [online]. Octubre 2001 [citado 12 Febrero 2007], Disponible en la World Wide Web: [Http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/gonzalo\\_cruz.doc](http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/gonzalo_cruz.doc).

DEL RÍO FERRETI, Carlos y ROJAS RUBILAR, Francisco. *De la Reforma Procesal Penal*. Editorial Conosur Ltda. Santiago, 1999

DURÁN FUICA, Rodrigo. *Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Proceso Penal*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2003

FALCONE, Roberto. “La prisión preventiva frente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la ley procesal penal”. *Revista Procesal Penal*. N° 27, Noviembre 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta. Madrid, 1998

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva*. Editorial Conosur Santiago, 1995 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta. Madrid, 1998

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Editorial Colex, Madrid, 1990

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. *Derechos Humanos y Justicia Penal*. Editorial Temis S.A, Bogota, 1988

MEDINA, Rodrigo. “La prisión preventiva en la historia fidedigna del establecimiento del Código Procesal Penal. Algunas reflexiones sobre la relación prisión preventiva y pena”. *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco*. N° 3, Diciembre 2002

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La Libertad Personal y Las Dos Caras De Jano En El Ordenamiento Jurídico Chileno” en *Revista de Derecho Valdivia*, volumen 13, diciembre de 2002

PELÁEZ SANZ, Francisco. & BERNAL NETO, Juan. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*. [online]. Abril de 1999 [citado 15 enero 2007]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.juridicas.com>

PFEFFER, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. “La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. [online]. Diciembre 1997, Año 9 N° 14 [Citado 15 enero 2007]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2014/sanch14.htm>

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del Nuevo Proceso Penal: Cuestiones y Casos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005

WASHINGTON ABALOS, Raúl. *Derecho Procesal Penal Tomo III*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1993.