

Resumen

El presente trabajo aborda el tema de la regulación de las medidas cautelares personales en el nuevo procedimiento penal, particularmente la situación de la prisión preventiva, desde el punto de vista del completo cambio de paradigma que importa el nuevo sistema. Este cambio repercute en la noción y trascendencia de las medidas cautelares en el proceso, teniendo en especial consideración la fricción que existe entre la privación de derechos del imputado, especialmente su libertad y su condición de inocente mientras se desarrolla el procedimiento.

Es así como este trabajo revisa los elementos necesarios para apreciar las medidas cautelares personales desde un nuevo punto de vista, incluyendo en el debate de estas los supuestos que las hacen procedentes, proponiendo criterios de interpretación acordes con la lógica y principios del nuevo sistema y, finalmente, tomando una posición sobre los límites y pertinencia en la aplicación de estas medidas.

PRISIÓN PREVENTIVA Y DEMÁS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Cristián Riego Ramírez

COLECCIÓN INFORMES DE INVESTIGACIÓN
Número 9 / Año 3 / Junio de 2001
23 págs.

Registro de Propiedad Intelectual N° 120.822

Prisión preventiva y demás medidas cautelares personales en el nuevo Proceso Penal

Cristián Riego Ramírez

Profesor e Investigador
del Centro de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales

Este trabajo aborda el tema de las medidas cautelares personales en el nuevo Proceso Penal. Esto es, el problema de si es o no posible, y en caso de serlo bajo qué supuestos y con que límites, aplicar formas de coerción que recaigan sobre la persona del imputado durante el transcurso del proceso penal.

Las formas de coerción procesal que normalmente son parte de la discusión tienen como característica la de asemejarse mucho en cuanto al modo de afectación de los derechos del imputado a las penas que se aplicarán al término del proceso si es que este termina en una condena. En general, en nuestro sistema legal tanto las medidas adoptadas durante el proceso como las penas descansan muy masivamente en la privación de libertad como instrumento principal. En las últimas décadas se han venido desarrollado, aunque más tímidamente que en otras latitudes, una serie de respuestas alternativas a la privación de libertad y más recientemente en el ámbito de la coerción procesal. No obstante la similitud entre ambas se mantiene, claro que ahora en un espectro más amplio de posibilidades.

Este tema, de la coerción durante el proceso, suele ser uno de los aspectos más polémicos de todo ordenamiento procesal penal, y el caso de nuestro país no ha sido la excepción. Como veremos, las reglas que regulan esta posibilidad han sido modificadas en numerosas ocasiones en los últimos años y tanto su contenido como su práctica se encuentran permanentemente bajo cuestionamiento desde diversos sectores de opinión.

En nuestra opinión, la razón de esta casi permanente polémica acerca de la coerción procesal reside precisamente en la similitud antes indicada, es decir, la posibilidad de ampliar la coerción procesal implica siempre la forma más rápida y menos exigente de extender la respuesta punitiva, sobre la base de lo que podemos calificar como un fraude de etiquetas. Esto es: apliquemos más penas de manera más rápida y menos exigente, pero con otro nombre.

Este trabajo pretende explorar con cierta detención las concepciones que creemos están detrás de los debates sobre medidas cautelares y de la evolución de su régimen en nuestro derecho, deteniéndose especialmente en la reforma al régimen de coerción incorporado en el nuevo Código Procesal Penal y en general en el nuevo sistema procesal penal. También pretendemos proponer una cierta concepción de la dinámica que debieran tener las discusiones acerca

de la coerción procesal en el funcionamiento concreto del nuevo sistema, con miras a quitarle a esta la centralidad que hoy presenta en la discusión respecto de la expansión de las respuestas punitivas a la criminalidad, para llevarlas a su lugar natural que es el de los debates referentes a las sentencias y penas.

Esta concepción que proponemos ha tenido algún impacto sobre las definiciones legislativas del nuevo sistema procesal penal en las que pudimos participar, pero más importante que eso, ha tenido alguna influencia, hasta ahora difícil de evaluar en su alcance, en el modo en que concretamente se están comenzando a instalar las prácticas del nuevo sistema procesal penal. Esta influencia se ha producido a través de nuestra intensa participación en la capacitación de los diversos actores del nuevo sistema y en especial en el desarrollo del llamado programa de capacitación interinstitucional, que reunió a todos ellos y que pretendió precisamente instalar una visión común de las prácticas fundamentales del nuevo sistema.

I. EL CAMBIO DE PARADIGMA

La prisión durante el proceso, así como las demás formas de coerción, juegan en el sistema inquisitivo un rol que ha evolucionado con el tiempo y que es necesario esclarecer con el fin de comprender el verdadero alcance del cambio que el nuevo Código Procesal Penal representa en esta materia.

Hasta antes del año 1976 existía en Chile un régimen de delitos inexcusable, esto es, en los procesos por aquellos delitos considerados más graves, la prisión preventiva era necesaria a lo menos por un cierto plazo, no estando autorizado el juez a levantarla. En ese año el gobierno militar introdujo el acta constitucional N° 3 que estableció que la prisión preventiva podía en todo caso ser otorgada por el juez, suprimiendo por esta vía los delitos inexcusable. Ese mismo criterio fue incorporado a la Constitución de 1980 y posteriores reformas fueron ampliando la posibilidad de otorgar la libertad provisional, haciendo cada vez más claro que la facultad de decidir entre esta y la prisión preventiva era una facultad judicial que no podía ser restringida por la ley¹.

No obstante, la importante evolución que representó el paso desde un régimen de delitos inexcusable a otro en que la decisión entre libertad provisional y prisión preventiva es una facultad judicial, el sistema del Código de Procedimiento Penal continúa funcionando hasta hoy sobre la base de lo que podemos calificar como un sistema de coerción necesaria. Esto es, que el proceso penal supone en todo caso y necesariamente un régimen de coerción sobre el imputado, sea por la vía de la prisión preventiva (régimen de coerción cerrado) o por la de la libertad provisional (régimen de coerción abierto). La coerción constituida por la primera es obvia, ya que se traduce en la privación de libertad, pero la segunda también es una forma de coerción, ya que quien está en libertad provisional no está en libertad plena como el resto de los

ciudadanos, sino sujeto a una serie de restricciones: no puede salir del país, no puede ejercer derechos políticos, recibe una anotación en su prontuario, así como una serie de otros detrimentos en sus facultades.

El eje del sistema de coerción en el Código de Procedimiento Penal está constituido por el sometimiento a proceso. Esta resolución juega en el sistema tradicional una función determinante. Por su intermedio, el juez declara la existencia de un conjunto de antecedentes probatorios en contra del imputado; está acreditada la existencia del delito y existen presunciones fundadas de su participación. A partir de esta declaración, el imputado queda sustraído al régimen general de libertades propias de todo ciudadano y sometido al proceso penal en uno de sus dos regímenes de control posibles: la prisión preventiva o la libertad provisional. Estos dos regímenes se comienzan a aplicar necesariamente una vez que el proceso ha alcanzado este estadio y dan cuenta de una concepción propia del sistema inquisitivo en que no aparecen claramente separadas las nociones de proceso y castigo. En esta forma de organizar el proceso penal, durante su desarrollo importa también el comienzo del castigo.

En esta lógica resulta comprensible que el proceso conlleve siempre formas de control, así como que estas no deban justificarse en objetivos cautelares, es decir, en objetivos destinados a proteger el desarrollo del proceso y la posibilidad de que este consiga sus objetivos. Aquí la cautela no constituye el fundamento de la coerción, puesto que habrá siempre coerción, haya o no necesidad de cautela, ya que esta se fundamenta en el delito, que aparece justificado en principio y declarado en el auto de procesamiento. En consecuencia, la existencia de objetivos cautelares o siquiera la discusión acerca de ellos se refiere más bien al producto de las reformas de las últimas dos décadas y a la decisión acerca de cuál de los dos regímenes de control se ha de preferir.

En el sistema del Código Procesal Penal, en cambio, las medidas cautelares dejan de ser el efecto automático del auto de procesamiento, que desaparece, pasando a constituir medidas excepcionales cuya necesidad requiere ser invocada y acreditada en cada caso por el fiscal. Estas solicitudes deben ser siempre posteriores a la formalización de la instrucción, esto es, debe haberse explicitado formalmente ante el juez por parte del fiscal el contenido de la imputación. Conforme a lo dicho, las medidas cautelares se discuten a propósito de una imputación precisa, en el contexto de una audiencia en la que el fiscal deberá aportar los antecedentes que permitan justificar los supuestos que autorizan las medidas que solicita.

II. LOS SUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

De acuerdo con la presunción de inocencia, el estatuto normal del imputado durante el proceso es el pleno goce de sus derechos constitucionales, es decir,

mientras no exista una sentencia que establezca la existencia de los supuestos de la responsabilidad penal, el imputado debe en principio ser tratado como cualquier otro ciudadano. Precisamente el objetivo del proceso es el de esclarecer por medio de una sentencia si se dan o no las condiciones que habilitan la afectación de los mismos por medio de una pena².

El tema de la coerción surge entonces como la posibilidad excepcional de afectar esa situación normal y general con fines cautelares. Esto es, podría resultar justificable que para poder llevar adelante el proceso y para asegurar el cumplimiento de la decisión que se tome en la sentencia, se deban adoptar medidas de resguardo que signifiquen formas de coerción intensas sobre el imputado.

Las medidas cautelares personales, que vienen entonces a romper la lógica general de la presunción de inocencia, requieren, para que sean autorizadas, la concurrencia de dos supuestos. El primero, comúnmente conocido como supuesto material, dice relación con la existencia de una imputación suficientemente seria, respaldada en antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización de un juicio y una eventual sentencia condenatoria. El segundo, es lo que podemos llamar necesidad de cautela, esto es, que se justifique la necesidad de adoptar medidas de coerción para evitar que el imputado efectúe actos que puedan impedir la realización del juicio o la aplicación de la sentencia.

El Código regula la prisión preventiva como elemento central del sistema de cautela, y la mayor parte de sus reglas resultan aplicables de modo general al conjunto de las otras medidas cautelares, como veremos más adelante.

1. El supuesto material

De acuerdo con el artículo 140 del Código Procesal Penal, para que el juez pueda ordenar la prisión preventiva, debe considerar que los antecedentes presentados demuestran la existencia de un hecho punible y dan cuenta de presunciones fundadas de participación del imputado³. Estas expresiones fueron tomadas del antiguo Código de Procedimiento Penal, y la verdad es que resultan bastante confusas en el contexto del nuevo sistema.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal, que consagra un sistema de prueba tasada, estas expresiones –que esté acreditado el hecho punible y que existan presunciones fundadas de participación– son utilizadas para describir las exigencias de prueba necesarias para la dictación del auto de procesamiento y se entienden como un estándar claramente inferior al de plena prueba requerido como regla general para la condena. En el nuevo sistema del Código Procesal Penal, en cambio, que consagra un sistema de libre valoración de la prueba, las expresiones “que se encuentre acreditado el cuerpo del delito y que existan presunciones fundadas de participación” se podrían incluso considerar estándares propios de una condena, esto es, si al

término del juicio oral podemos describir la percepción de los jueces considerando que está acreditada la existencia del delito y que es posible construir presunciones de participación del imputado, diríamos que parece claro que están en condiciones de condenar.

Es claro que esta interpretación del requisito establecido por la ley es inapropiada, puesto que lo que el nuevo Código buscó al mantener las expresiones tradicionales fue conservar un estándar conocido y utilizado diariamente por los actores del sistema procesal penal y que significa la exigencia de la existencia de cargos serios, debidamente fundamentados, que justifican la realización de un proceso para su apropiado juzgamiento.

Por eso es que más allá del significado que las palabras utilizadas pueden llegar a tener en un contexto distinto, es necesario entender su sentido, y este nos indica que lo que se requiere es que el juez frente a la solicitud de medidas cautelares por parte del fiscal verifique primero la seriedad de los cargos. Es decir, que en una apreciación temprana, la información con que cuenta el fiscal tenga los elementos necesarios que permitan fundamentar los cargos de un modo suficientemente convincentes en términos de prever que habrá de llevarse adelante un juicio en el que la prueba será examinada pormenorizadamente y que luego será valorada en la sentencia.

En la práctica, el nuevo sistema exige que el fiscal le cuente al juez cuáles son los antecedentes que fundamentan los cargos que formula. Si de esta exposición, que se realiza en la audiencia y que puede ser controvertida por la defensa, el juez llega a la conclusión de que el fiscal cuenta con un material que aparentemente le permitiría promover la realización de un juicio con una buena probabilidad de éxito, entonces puede dar por satisfecho el elemento material necesario para las medidas cautelares⁴.

El juez no puede a estas alturas saber ni entrar a indagar qué tan buenos son los testigos de la fiscalía, qué tan sólidos son sus peritos, ni cómo construirá sus presunciones; tampoco puede el juez contar con la versión de la defensa y no sabe cómo esta última afectará los antecedentes proporcionados por el fiscal. En este momento le basta al juez con saber que existen determinados testigos, peritos o documentos que aparentemente permitirán acreditar determinados hechos en el juicio oral. Si apreciados estos antecedentes de un modo preliminar y necesariamente superficial percibe el juez que ellos dan cuenta de un caso sólido, entonces tenemos un caso que requiere ser discutido en un juicio y se encuentra satisfecho el supuesto material.

El modo en que el juez forma su juicio acerca de este elemento es muy dinámico y depende mucho de las circunstancias concretas del caso y de la dinámica del debate entre las partes; además, está también condicionado por las medidas cautelares que se pidan y su duración. Parece evidente que mientras más graves sean estas medidas y mayor su duración proyectada,

mayor será la exigencia del juez en torno a aquilatar la fortaleza del caso que se le plantea.

Pongamos un ejemplo: supongamos que el fiscal formaliza la investigación por un delito contra la propiedad ocurrido en la vía pública, y pretende obtener la prisión preventiva del imputado. En el momento de demostrar la existencia del delito y las presunciones fundadas de participación, el fiscal describirá sucintamente los medios de prueba con que podría contar en un futuro juicio. Señalará entonces que cuenta con la declaración de la víctima, la que informa de la intimidación con un arma, de la apropiación del objeto robado y que reconoce al imputado como la persona que perpetró el hecho. Dirá también que cuenta con la declaración del policía que realizó el arresto, quien relata haber visto al imputado huir del lugar del hecho y que al detenerlo encontró las especies en su poder, las que también le servirán como prueba. Supongamos que frente a este planteamiento la defensa responde que si bien es cierto que hay un reconocimiento, este no es claro, porque la víctima al describir al asaltante en su primera declaración le atribuyó características diversas a las del imputado.

Frente a un caso como este, el juez puede entonces tener bastante claro cuáles son los fundamentos de la imputación e incluso anticipar sus posibles debilidades. En el caso concreto tenemos un reconocimiento, que probablemente va a ser impugnado en el juicio, y tenemos la declaración del policía y las especies encontradas en poder del imputado, elementos estos últimos que también podrán ser impugnados en el juicio pero que por ahora no han sido cuestionados. ¿Existe aquí un caso sólido? Aparentemente sí, hasta cierto punto: hay un testigo presencial y otro que corrobora algunos aspectos de su historia. Si ambos testigos comparecen al juicio, declaran lo que se anuncia y lo hacen de un modo coherente y creíble, la fiscalía tiene una alta probabilidad de ganar el caso, pero sin duda se trata de una apreciación muy provisional, porque no sabemos qué va a pasar y qué tan convincente va a resultar esa prueba en el juicio o qué otras pruebas pudieran presentarse.

Cuando analizamos los fundamentos de esta decisión provisional, tenemos que tener muy presente que ni el juez en el caso particular, ni el sistema como conjunto, quieren abrir una discusión en profundidad sobre la prueba; hacerlo significaría anticipar el juicio oral y dar a la decisión provisional mayor consistencia y con ello potencialmente mayor permanencia. De lo que se trata, en cambio, es de avanzar lo más rápidamente posible al juicio y de resolver las cuestiones cautelares con la mínima información necesaria para la verificación de los supuestos exigidos por la ley.

2. La necesidad de cautela

Este segundo supuesto de las medidas cautelares personales exige que el juez pondere la necesidad de las medidas solicitadas por el fiscal. Esto es, que considere, por una parte, cuál es el riesgo de que el comportamiento del

imputado constituya una amenaza para el adecuado desarrollo del proceso y la aplicación de la sentencia, y por otra, la efectiva utilidad de la o las medidas solicitadas para evitar o disminuir ese riesgo. Lo anterior, solo una vez que se estime que se ha cumplido el supuesto material, ya que de no ser así, aunque aparezca de manifiesto la necesidad de cautela, es improcedente discutir acerca de la posibilidad de decretar la prisión preventiva.

La Constitución en su artículo 19 N° 7 letra e) y el Código en el artículo 140 letra c) establecen en forma taxativa cuáles son los objetivos procesales que pueden ser objeto de protección, y frente a qué tipo de riesgos precisos de afectación de esos fines se puede reaccionar con la adopción de medidas de coerción. Dicho de otra manera, la ley establece cuáles son las justificaciones que pueden legítimamente invocarse para solicitar medidas cautelares personales. A su vez, en la lógica del nuevo sistema acusatorio se establece que la carga de su petición y prueba corresponden siempre al fiscal.

Es importante resaltar aquí que si bien el sistema del Código Procesal Penal funciona con las mismas causales establecidas en la Constitución, cambia fundamentalmente el escenario de la discusión, al desaparecer el auto de procesamiento y sus consecuencias automáticas, es decir, es el fiscal quien debe plantear la discusión sobre las medidas que le parezcan necesarias y el que debe probar al juez su necesidad por medio de la exposición de los hechos que la justifican, y de la argumentación acerca de cómo estos hechos permiten establecer el o los peligros que las medidas cautelares pretenden contrarrestar. En consecuencia, el incumplimiento de parte del fiscal de estas cargas procesales elimina la posibilidad de que se decreten medidas cautelares.

Ateniéndose al criterio establecido en la Constitución Política del Estado, el nuevo Código Procesal Penal mantiene las tres causales actualmente vigentes como justificación de la prisión preventiva, que son la existencia de peligro para el ofendido, el peligro de afectación de la investigación y el peligro para la seguridad de la sociedad, desarrollándose con mayor extensión el contenido de estas⁵.

2.1 La seguridad del ofendido

El juez de garantía deberá decretar la prisión preventiva **en la hipótesis de peligro para la seguridad del ofendido** cuando existan antecedentes calificados que permitan presumir que la libertad del imputado puede significar un riesgo para la integridad de la víctima, de su familia o de sus bienes⁶. Esta es sin duda la causal de cautela que menor desarrollo tiene en nuestra práctica tradicional, lo cual es una expresión del poco protagonismo que los intereses de la víctima han tenido en nuestro sistema procesal penal. Probablemente en el futuro esta situación ha de cambiar debido a la relevancia que el nuevo sistema procesal penal le otorga a los intereses de las víctimas y más específicamente al deber de los fiscales de procurar la protección de las mismas⁷. Esta mayor importancia de la protección de la víctima se acentuará

debido a que en general será necesaria su comparecencia como testigo al juicio oral y, por lo tanto, será necesario otorgarle alguna seguridad frente a amenazas o atentados; de no hacerse, no solo se la dejará insatisfecha, sino que se perderá un medio de prueba normalmente indispensable para el caso del fiscal.

En nuestra opinión esta causal no resulta demasiado problemática en cuanto se acepte que la protección de la víctima constituye un objetivo legítimo del proceso y en especial en cuanto el nuevo Código Procesal Penal es bastante preciso en establecer de manera restrictiva las condiciones para su utilización. Sin embargo, hay un aspecto sobre el cual es necesario poner especial atención. Nos referimos a las consideraciones que deberá tomar en cuenta el juez para estimar el peligro para la seguridad del ofendido. El inciso final del artículo 140, además de establecer que el juez debe considerar, para evaluar que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad del ofendido, la existencia de antecedentes calificados que permitieren presumir que este realizará atentados graves contra el ofendido o contra su familia (consideraciones que estaban contempladas en el anteproyecto de Código), establece que debe considerar también la posibilidad de que el imputado realice atentados graves contra los bienes del ofendido. En nuestra opinión, esta ampliación de consideraciones para evaluar el peligro para la seguridad del ofendido puede presentar problemas, especialmente cuando no aparezca un peligro manifiesto y se prive de libertad al imputado en atención a circunstancias que por su gravedad o carácter no justifiquen la imposición de una medida tan lesiva de los derechos del imputado como es la prisión preventiva.

2.2 Protección de la investigación y de los medios de prueba

El juez de garantía podrá decretar medidas cautelares sobre el imputado **en la hipótesis de peligro para la investigación** cuando estime que existen sospechas graves y fundadas que este intentará obstaculizar la investigación, como por ejemplo, destruyendo antecedentes que puedan ser utilizados como prueba en un juicio en su contra⁸.

Esta segunda causal resulta más problemática que la anterior, debido fundamentalmente a la práctica del sistema inquisitivo, en donde ha sido común que la prisión preventiva se decrete invocando la existencia de “diligencias pendientes” de manera casi automática en las primeras etapas de estudio de una investigación con el objeto de facilitar el desarrollo del sumario, contando así con la segura disponibilidad del imputado. Nos referimos a los numerosos casos en que durante los primeros días de la investigación, en donde es necesario recopilar algunos antecedentes básicos del caso como puede ser interrogar a los testigos principales, por ejemplo, y contrastar sus declaraciones con el imputado, realizar ciertos exámenes al imputado o conseguir antecedentes sobre su comportamiento anterior, se decreta la prisión del imputado sin que existan elementos que permitan

atribuirle intenciones de impedir esas diligencias, para procurar su más rápida realización y garantizar que participe en ellas de modo más colaborativo. No se trata entonces de cautelar verdaderamente al proceso frente a posibles actos fraudulentos de su parte, sino de disponer del imputado para la investigación de los hechos.

Es en virtud de las prácticas descritas que el nuevo Código ha precisado el alcance de la causal de peligro para la investigación, enfatizando su excepcionalidad y vinculando claramente su utilización con el peligro de actos concretos y dolosos del imputado destinados a atentar contra el desarrollo de la actividad investigativa o probatoria. El solo desarrollo de la investigación no puede autorizar a restringir o privar de libertad al imputado para facilitar esta labor, sino que para hacerlo se requieren antecedentes específicos que hagan sospechar su intención de intentar impedir el normal desenvolvimiento del proceso. Tampoco es posible decretar medidas cautelares para proteger la investigación cuando los actos que se sospecha pudiera desarrollar el imputado puedan quedar abarcados dentro de su derecho a la defensa. El alcance de este criterio resulta problemático en cuanto a su exacta delimitación, debido a que la actitud que se espera del imputado en un sistema inquisitivo es diversa de la que se espera en un sistema acusatorio.

En el fondo, la amplia utilización que en el sistema tradicional se hace de la causal de peligro para la investigación corresponde a la idea de que el imputado tiene muy pocos derechos y está básicamente “a disposición” del sumario. En el nuevo sistema del Código Procesal Penal, en cambio, el principio general es que el imputado es un sujeto autónomo, que no está obligado a colaborar en la persecución, salvo las cargas que de modo preciso le impone la ley, y solo tiene un deber de lealtad en la litigación equivalente al de cualquier otro actor en un proceso. Las medidas cautelares entonces se vinculan con este deber que lo obliga a no atentar contra la posibilidad de que se desarrolle un proceso honesto, pero no pueden afectar sus facultades defensivas que suponen su derecho a guardar silencio, a diseñar su estrategia de defensa y a comportarse conforme a ella y, sobre todo, a exigir que la carga de la persecución y la prueba recaigan sobre el fiscal.

En la práctica, uno de los comportamientos más típicos que pudieran caer bajo esta causal es el del imputado que busca intimidar a los testigos del hecho para que no colaboren con las autoridades encargadas de la persecución penal. En el caso de que esta conducta se refiera específicamente a la víctima, podrá ser objeto de medidas tanto por esta causal como por la mencionada en el número anterior. Como se puede ver del propio texto de la descripción que el inciso segundo del artículo 140 hace de la causal, las conductas que quedan incluidas en ella pasan a ser más bien excepcionales y requieren que el peligro de su ocurrencia se fundamente en antecedentes que otorguen indicios bastante específicos de su existencia.

2.3 Peligro para la seguridad de la sociedad

El juez de garantía autorizará la prisión preventiva **en la hipótesis de peligro para la sociedad** cuando estime que la libertad del imputado constituye un riesgo para la seguridad de la sociedad. La determinación del exacto contenido de esta causal y de los mecanismos para su determinación en cada caso concreto resulta bastante problemático y de hecho en las dos últimas décadas hemos asistido a un intenso debate legislativo acerca de su desarrollo, el que se ha traducido en diversas modificaciones al texto legal que la regula.

La causal de peligro para la sociedad fue introducida por el acta constitucional N° 3 y fue luego recogida en la Constitución de 1980. En el ámbito legal fue introducida al Código de Procedimiento Penal por medio de la Ley 2.186 de 1978. En ese primer texto legal resultaba absolutamente claro que el contenido de la causal se refería a dos situaciones distintas, una era la de peligro de que el imputado eludiera la acción de la justicia y la segunda la de que continuara delinquiriendo⁹.

En el año 1991, y en el contexto de la transición del régimen militar al nuevo orden democrático, se dictó la Ley 19.047, como parte de un paquete legislativo destinado a adecuar algunos aspectos especialmente problemáticos del sistema penal chileno al nuevo régimen político que se instalaba y, en general, a la necesidad de respetar los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales vigentes en Chile. En ese contexto se cambia la regulación de la prisión preventiva, enfatizándose su excepcionalidad, estableciéndose mayores requisitos para la resolución del juez que la adopte y suprimiéndose el antiguo desarrollo de la letra c), quedando entonces la causal de peligro para la seguridad de la sociedad completamente abierta a la interpretación judicial. Nuestra interpretación de esa modificación legal es que habiéndose dictado la Ley 19.047 con el explícito propósito de adecuar la legislación a los tratados internacionales de derechos humanos y admitiendo estos en su texto solo la causal de peligro de fuga o el aseguramiento de la comparecencia futura¹⁰, se debe entender excluida de la causal de peligro para la seguridad de la sociedad la hipótesis de peligro de continuación de la actividad delictiva por parte del imputado. No obstante, hay que reconocer que muy probablemente gran mayoría de los jueces siguió interpretando la causal de peligro para la seguridad de la sociedad como referida principalmente al peligro de reiteración.

Con posterioridad, a fines de la década de los noventa, se introdujeron dos modificaciones al texto del artículo 363 en cuanto a la regulación del peligro para la seguridad de la sociedad. Estos cambios fueron efectuados con propósitos muy diferentes, se trataba ahora de endurecer la respuesta estatal frente al crimen y frente a la percepción de que el régimen de otorgamiento de la libertad provisional era muy benigno.

Estas dos modificaciones, la primera contenida en la Ley 19.503 de 1997 y la segunda en la Ley 19.661 del año 2000, se discutieron y aprobaron durante la

tramitación del nuevo Código Procesal Penal y en ambos casos se acordó que a lo menos en sus aspectos sustanciales los acuerdos a que ellas dieran lugar se incorporarían al texto del nuevo Código, lo que efectivamente se hizo. Ambas normas pretendieron dar señales a los jueces en el sentido de ser más rigurosos en cuanto al otorgamiento de la libertad provisional, aceptando, no obstante, que esta decisión está entregada por la Constitución a los jueces en forma exclusiva. Con este estrecho espacio que los legisladores reconocieron tener, la primera de las modificaciones se limitó a sugerir a los jueces un conjunto de criterios destinados a ponderar la concurrencia o no de la causal¹¹. La segunda, intentó dar mayor fuerza a los elementos a ser ponderados, abandonado el tono de sugerencia por uno más imperativo e introdujo algunos elementos adicionales a los que aparecían en el texto anterior¹².

Como es posible apreciar de la descripción del contenido de las reformas, estas no se pronunciaron acerca del exacto contenido de la causal de peligro para la seguridad de la sociedad, con lo cual se ha traspasado al nuevo Código la ambigüedad en cuanto al mismo¹³.

2.3.1 Peligro de fuga

Tanto por la historia de esta causal en nuestro derecho, como por alusiones de otros artículos del Código Procesal Penal¹⁴, resulta claro que esta causal contiene sin lugar a dudas la circunstancia del peligro de fuga, esto es, el riesgo de que el imputado no comparezca a las actuaciones futuras del proceso, principalmente al juicio oral y al cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria.

Esta circunstancia debiera ser la más importante en cuanto a su consideración para el establecimiento de medidas cautelares porque la principal condicionante de la viabilidad de un proceso será normalmente la garantía de comparecencia del imputado. Su fuga o falta de comparecencia impide la realización del juicio, y aunque el sujeto sea luego capturado y el juicio se lleve a efecto más tarde, esto eleva los costos del sistema, lo deslegitima a los ojos del público, genera todo tipo de problemas organizativos y, finalmente, contribuye también a elevar la presión hacia el uso de la prisión preventiva como anticipación de pena. Es por esta razón que desde la primera comparecencia deben los jueces, a petición de los fiscales, prestar mucha atención al modo como garantizarán la comparecencia futura del imputado.

La mayoría de los elementos específicos que el nuevo Código señala permiten ponderar con cierta efectividad la necesidad o no de adoptar medidas coercitivas que cautelen la comparecencia del imputado. Las posibilidades de que alguien se fugue son menores si es que muestra mayor arraigo social y económico al lugar donde el proceso se desarrolla. Es decir, si cuenta con vínculos familiares, laborales, comunitarios, si tiene propiedades o cualquier tipo de expectativas positivas. Por otra parte, los costos de fugarse son

mayores por la pérdida de todos estos elementos, que normalmente constituyen los aspectos centrales de la vida de cualquier persona.

La gravedad del delito y todas las circunstancias que condicionen una elevación de la pena que eventualmente haya de aplicarse constituyen también elementos que teóricamente incentivan el estímulo a evitar el riesgo de la condena.

Otro conjunto de factores a ser ponderados tienen que ver con la existencia de contactos anteriores con el sistema de justicia criminal. Estos, junto con otros antecedentes sobre la vida anterior del sujeto, pueden otorgar al juez una visión acerca de su predisposición a acatar o no las reglas legales y sociales y, en consecuencia, fundar un cierto pronóstico acerca de la disposición del sujeto a someterse al marco del proceso con lealtad y respetar su obligación de comparecencia.

Los mencionados son algunos criterios que permiten, siempre de manera precaria, apreciar la necesidad o no de cautela para el aseguramiento de la comparecencia futura; no obstante, todos estos elementos y otros deben ser siempre considerados en concreto, esto es, si en las circunstancias precisas del caso, este determinado individuo aparece dando o no garantías suficientes de comparecencia futura. Para resolver esta cuestión se requiere que las partes desarrollen un debate muy concreto que permita al juez ponderar cada uno de los factores que le harán posible hacer un juicio acerca del comportamiento futuro del imputado en el proceso.

Cabe señalar que esta decisión es muy importante para el conjunto del sistema de justicia penal; para evitar, por una parte, el abuso de las medidas cautelares y la vulneración masiva de la presunción de inocencia y, por otra, la generalizada incomparecencia con todas sus consecuencias negativas. Es debido a esto que la experiencia comparada indica la necesidad de apoyar técnicamente la ponderación de factores que es necesario hacer en cada caso. Existen diversas alternativas para ello, pero en general debiera procurarse la realización de un informe técnico muy temprano, elaborado por profesionales especialmente entrenados y que apoyaran ya sea la petición de medidas y su fundamentación en el caso de los fiscales, o directamente la decisión de los jueces. La profesionalización de esta tarea permite reducir la arbitrariedad en la decisión, introducir elementos técnicos que mejoren la obtención de la información y otorgar seguimiento al pronóstico efectuado, facilitando el aprendizaje y la posibilidad de corregir su formulación para casos posteriores.

2.3.2 El peligro de reiteración

Este segundo objetivo, que tradicionalmente ha estado vinculado a esta causal de peligro para la sociedad, es el de evitar que el imputado pueda cometer delitos durante el desarrollo del proceso. En efecto, el texto del Código de Procedimiento Penal que estuvo vigente hasta los años ochenta establecía que esta causal de peligro para la seguridad de la sociedad contemplaba además

de la posibilidad de que el imputado “eluda la acción de la justicia”, la de que “continúe su actividad delictiva”.

Desde el punto de vista teórico es altamente debatible que este fin, evitar que el imputado cometa otros delitos, esté entre aquellos que justifican la adopción de medidas cautelares en su contra. En primer lugar, desde el punto de vista de las normas del Código, este objetivo no aparece explicitado y se podría entender, como se ha explicado, que cuando se derogó el desarrollo de la causal en 1991 este objetivo dejó de formar parte de la misma. Además, las reformas más recientes incorporadas al Código nuevo, que explicitan los elementos a ser ponderados por el juez, podrían perfectamente ser entendidas como una enumeración de los elementos que permiten evaluar el riesgo de fuga.

Ahora bien, desde el punto de vista de los principios, una medida de coerción contra el imputado dictada en virtud del riesgo de comisión de otros delitos no constituye en realidad una medida cautelar, puesto que no es este un objetivo del proceso. Se trata, por el contrario, de una medida de seguridad dictada con el propósito de prevención especial y su determinación en forma previa a la condena vulnera flagrantemente la presunción de inocencia y el conjunto de garantías procesales y penales.

No obstante lo señalado, pensamos que en la práctica esta finalidad tiene mucha aplicación en la determinación de medidas cautelares y seguirá probablemente teniéndola en el futuro debido a la presión pública por respuestas inmediatas frente a algunos tipos de situaciones bastante comunes que generan gran preocupación en la población. Esta causal opera en la práctica frente a lo que podemos caracterizar como delincuentes habituales o profesionales, principalmente en la criminalidad de mediana gravedad contra la propiedad y en materia de drogas. Estas personas se presentan muchas veces frente al sistema procesal con antecedentes penales en delitos similares y sus circunstancias dan cuenta de que en el caso de ser mantenidos en libertad durante el proceso, muy probablemente continuarán delinquiriendo, porque este es su medio de vida y no hay posibilidades reales de un cambio de actividad.

En algunos casos la aplicación o no de una medida cautelar basada en este criterio no es demasiado problemática debido a que los elementos que permiten evaluar el riesgo de que el sujeto siga delinquiriendo son los mismos que permiten ponderar el riesgo de que viole su obligación de comparecer al juicio y a la aplicación de sentencia; se trata en ambos casos de un pronóstico de comportamiento que recae sobre el respeto a las reglas legales.

El problema de la aceptación o no del peligro de reiteración se presenta de manera clara; sin embargo, cuando por la baja cuantía de la pena, por las circunstancias de arraigo del imputado o por su comportamiento anterior es poco probable que se fugue, es muy probable que continúe delinquiriendo. Un

buen ejemplo de ese tipo de situación se da en caso de mujeres jefas de hogar que por razones de supervivencia se involucran en el tráfico de drogas. En estos casos la responsabilidad de la familia sirve tanto para descartar la fuga como para prever la continuación del comercio ilegal como modo de generar ingresos para la misma familia. En este caso, parece poco realista pretender la exclusión de medidas cautelares; no obstante, dado el carácter precario de su justificación, debiera tenderse a una utilización muy restrictiva y a procurar el juzgamiento en plazos especialmente breves con el fin de evitar la masiva utilización de las medidas cautelares como medidas de seguridad de duración indeterminada.

III. LOS LIMITES AL USO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Como ya hemos dicho, la mayor o menor amplitud para la aplicación de medidas cautelares suele ser el debate más intenso de cualquier sistema procesal penal. Como también hemos visto, el desarrollo concreto de este debate en el ámbito legislativo propende más bien hacia la ampliación de las posibilidades del uso de la cautela que hacia su restricción. Es por esa razón que nos parece de creciente importancia que frente a esta tendencia de mayor amplitud en cuanto a las justificaciones de las medidas cautelares, se establezcan con mayor claridad sus límites, muy en especial los que dicen relación con la duración de las medidas. De hecho, pensamos que es en esta área donde se ofrecen las mejores posibilidades de lograr avances importantes destinados a restringir los excesos en el uso de las medidas cautelares y especialmente de la prisión preventiva.

1 El principio de proporcionalidad

Definido el carácter accesorio de las medidas cautelares¹⁵, el siguiente paso lógico es el de reconocer que estas medidas no pueden nunca trascender los fines a los que están ordenadas. Esto es, si se trata de medios para permitir la discusión y decisión sobre la procedencia de una pena, no pueden de ningún modo anticipar la aplicación ni menos superar el monto de la pena que se discute, porque esto significaría poner los medios por sobre los fines y hacer irrelevante el proceso mismo, dado que su eventual consecuencia habría sido resuelta de facto por anticipado.

Las consecuencias concretas de esta idea son dos: por una parte, que las medidas cautelares en general o alguna en particular deben ser excluidas cuando se trata de procesos de delitos de baja gravedad en que, de seguro, o muy probablemente, la pena será inferior en su monto a cualquier medida que se adopte. Por la otra, que la duración de las medidas cautelares debe ser siempre limitada, teniendo en consideración el monto de la pena arriesgada por el imputado, no solo en cuanto las medidas cautelares no pueden superar ese monto, sino que ni siquiera deben aproximarse a él, porque en tal caso

quitan relevancia a la sentencia, la que vendría a pronunciarse sobre algo ya resuelto de facto.

La primera expresión de esta consecuencia del principio de proporcionalidad aparece recogida en el nuevo Código Procesal Penal en tres ocasiones: por una parte, el artículo 124 del Código contempla la exclusión de medidas cautelares cuando se trata de faltas o de delitos a los que la ley no sancione con penas privativas de libertad, o bien haciéndolo, cuando estas penas no superan el presidio o la reclusión menores en su grado mínimo. En estos casos no puede imponerse ninguna medida cautelar al imputado a excepción de la citación¹⁶. En segundo término, el artículo 141 del Código establece la exclusión específica de la prisión preventiva, la que en ningún caso puede decretarse cuando el delito imputado se sancione solamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con penas privativas o restrictivas de libertad que no superen a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o cuando se trate de un delito de acción privada¹⁷. Finalmente, el artículo 141 letra c) del Código señala que no procederá la prisión preventiva “cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y este acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social”. Se trata aquí de evitar el contrasentido que significaría mantener a una persona privada de libertad durante el proceso, para luego conceder una medida alternativa de cumplimiento de la condena en libertad, toda vez que justamente al otorgarle este beneficio se reconoce la inconveniencia de mantener a esa persona privada de libertad¹⁸.

En cuanto a la segunda consecuencia del principio, esto es, la limitación temporal de las medidas en relación con el monto de la pena, la regla establecida en el proyecto original del nuevo Código fue suprimida en la discusión parlamentaria. Esta regla expresaba que la prisión preventiva en ninguna caso podía exceder de la mitad del monto de la pena probable del caso en cuestión¹⁹. El Código, sin embargo, solo mantuvo una norma²⁰ que impone al juez la obligación de citar a una audiencia con el fin de considerar la cesación o prolongación de la prisión preventiva, una vez que el imputado estuviere en prisión preventiva la mitad del tiempo que podría prolongarse la pena privativa de libertad en caso de sentencia condenatoria. Pensamos que no obstante esta supresión, los principios generales obligan a los jueces a considerar la proporcionalidad, aplicando un criterio de duración máxima similar al que la regla planteaba, de lo contrario estarán haciendo incurrir al sistema en una contradicción que deslegitima la fuerza de sus instituciones y resoluciones más importantes, esto es, el juicio y la sentencia.

2 Las medidas cautelares personales en el tiempo

Desde el punto de vista del juez y del sistema judicial, la mantención de medidas coercitivas tiene siempre un alto costo en términos de la legitimidad

del proceso, en cuanto estas siempre vulneran la presunción de inocencia, se aplican a quien legal y constitucionalmente debe ser tenido como inocente y que puede además resultar finalmente absuelto. Por lo tanto, los jueces estarán siempre interesados en su acortamiento y la resolución pronta del conflicto por la vía de la sentencia.

Desde el punto de vista del imputado, la prolongación de la prisión preventiva pone en juego su derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad, establecido en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile²¹.

El proyecto original del Código Procesal Penal contemplaba dos límites temporales concretos a la duración de la prisión preventiva que fueron suprimidos por la Cámara de Diputados, estos eran: la existencia de un plazo máximo absoluto de 18 meses y una expresión concreta del principio de proporcionalidad como límite según la cual la prisión preventiva no podía exceder en ningún caso el tiempo equivalente a la mitad de la pena por el delito objeto del proceso²².

Pensamos que la supresión de estos criterios legales de limitación temporal de la coerción es muy criticable y nos llevan a la necesidad de intensificar el rol de los jueces en cuanto al control de esta variable. En nuestra opinión, los jueces deben desarrollar una intensa actividad de supervisión procurando permanentemente limitar al máximo la duración de estas medidas, intentando acelerar la obtención de una sentencia que resuelva el conflicto de una manera cierta. A nuestro juicio, en la práctica es muy probable que esta sea la, o al menos una de las funciones de control más importante que los jueces realicen, puesto que una de las violaciones más flagrantes y generalizadas a los derechos básicos de los imputados es precisamente la prolongación excesiva de las medidas cautelares y en especial de la prisión preventiva y su uso como pena anticipada.

No se trata propiamente de la fijación de un plazo judicial, en un sentido formal, facultad que el juez tiene en relación con la investigación, exista o no medida cautelar, sino solo de que el juez condicione el uso de su facultad para decretar y mantener medidas cautelares y a que el fiscal abrevie lo más posible la etapa de preparación y proceda directamente a la acusación y al juicio. El juez ejerce esta presión como parte de su tarea de articular los intereses en juego: el éxito de la persecución y la presunción de inocencia. Esto, por cuanto cualquier arreglo provisional que se alcance entre estos dos intereses tiende a deslegitimarse fuertemente con el paso del tiempo. Así, por ejemplo, una prisión preventiva que por un delito determinado parece razonable en un momento, puede seguirlo pareciendo transcurridos quince días, pero puede empezar a parecer dudosa cuando pasan dos meses y francamente abusiva transcurridos cuatro o seis meses.

Lo que proponemos es que al momento de discutirse la prisión preventiva y al ponderarse los diversos elementos en juego que ya hemos examinado, se integre también la discusión sobre el plazo. Esto es, el juez debe ponderar si existe un caso serio (supuesto material), si es necesario asegurar la realización del juicio y sus resultados (necesidad de cautela), pero esta ponderación la debe hacer estimando en concreto el tiempo entre la solicitud de la medida cautelar, normalmente en la audiencia de formalización, y el momento en que la necesidad de cautela desaparecerá, normalmente el momento de la realización del juicio. Sostenemos que solo es posible discutir adecuadamente acerca de las medidas cautelares integrando el factor tiempo en concreto y por anticipado.

Se trata de construir en un caso dado un régimen de cautela apropiado para asegurar la viabilidad del proceso por un lapso de tiempo determinado.

Miremos esto desde otro punto de vista. Si la discusión sobre prisión preventiva excluye el factor tiempo, sus objetivos cautelares desaparecen. Esto parece claro cuando se observa el siguiente ejemplo. Supongamos que existen dos casos similares por delitos de igual gravedad, en ambos el juez considera que existen antecedentes serios y también en ambos sospecha que el imputado puede huir. En el primer caso, llamémoslo A, todo indica que el juicio se podrá realizar en aproximadamente tres meses y el juez cree que es un plazo que resulta aceptable desde el punto de vista de la proporcionalidad con el delito y de las demás circunstancias del hecho. En cambio en el segundo caso, que llamaremos B, existen circunstancias que hacen prever que el juicio no se podrá hacer antes de, digamos, un año y el juez cree que este es un plazo excesivo porque en ningún caso se justificaría tener a esta persona privada de libertad por más de seis meses.

Si excluimos la consideración del plazo en concreto, ambos casos debieran ser resueltos de la misma manera, probablemente otorgándose la prisión preventiva. En el primer caso la prisión preventiva es una medida cautelar eficaz porque efectivamente es posible y legítimo mantener al sujeto privado de libertad por tres meses y esta medida previene eficazmente su fuga. En el segundo caso, en cambio, si se decretara la prisión preventiva, esta no cumpliría sus fines cautelares, puesto que debiera cesar a los seis meses quedando todavía otros seis en que el imputado puede fugarse. En el caso B el objetivo cautelar se frustra y, en consecuencia, apreciado *ex post*, desaparece la justificación de los primeros seis meses de prisión preventiva, la que podría ser percibida como arbitraria, puesto que no era idónea para cumplir con los objetivos para los que la ley la autoriza.

III. EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En lo que dice relación con el procedimiento para decretar las medidas cautelares, este se traduce en la discusión de la solicitud que el fiscal plantea

en una audiencia pública a la que comparecen todos los intervinientes, debiendo en todo caso estar presente el imputado y su abogado defensor²³.

Generalmente, el inicio del caso coincide con la práctica de una detención por parte de la policía. Esta detención deberá ser siempre objeto de control por el juez de garantía dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a menos que con anterioridad el fiscal haya resuelto la liberación del imputado por no haber cargos en su contra²⁴.

Esta primera comparecencia puede transformarse en una audiencia y formularse en ella las solicitudes de medidas cautelares siempre que se cumplan dos condiciones: que el fiscal se disponga a formular cargos en ella, encontrándose preparado al efecto y que se halle presente el defensor del imputado²⁵. De no darse estas condiciones, podrá el fiscal solicitar que se convoque a una audiencia posterior con el fin de formular los cargos y podrá solicitar que con el fin de asegurar la comparecencia del imputado a esa audiencia, se prolongue su detención hasta por tres días más. En esta segunda audiencia podrá entonces procederse a la llamada formalización de la investigación, que consiste en la expresión de cargos concretos por parte del juez y el imputado, en lo que constituye un acto destinado a garantizar el conocimiento de la imputación por parte del imputado y la posibilidad del ejercicio de su defensa frente al juez.

Una vez que el fiscal ha dado cumplimiento a la presentación de cargos formales queda habilitado para la presentación de solicitud de medidas cautelares. La presentación de los antecedentes que fundamentan las medidas cautelares en la audiencia no está regulada, recordemos que en estas audiencias preliminares no rigen las reglas de prueba del juicio oral. El método de presentación de estos antecedentes es variable y depende fundamentalmente del curso del debate y sobre todo del criterio del juez: deberán entonces presentarse los antecedentes del modo que convengan al juez de la seriedad de los cargos de que se trate.

Normalmente, en la audiencia el fiscal relatará al juez los antecedentes y dará breve cuenta de su contenido. Si el defensor no hace mayores objeciones, probablemente el juez no requiera más que eso. Puede pasar, en cambio, que el juez requiera que se le muestren registros donde consten las declaraciones que se invocan y quiera revisarlos con cierto detalle, o por último, puede ser que en casos excepcionales exija el juez que ciertos testigos importantes sean traídos a su presencia con el fin de determinar con mayor precisión el contenido de su declaración. El criterio judicial en cuanto a la exigencia del modo en que los antecedentes le sean exhibidos dependerá probablemente de diversos elementos, entre ellos, la gravedad de la medida solicitada, la duración que se prevé para la misma, la actitud de la defensa y también la credibilidad de quien los invoca.

Cabe reiterar aquí lo dicho con anterioridad en el sentido que elevar las exigencias probatorias en esta etapa conduce a anticipar el juzgamiento, dando en definitiva mayor legitimidad y estabilidad a la decisión sobre prisión preventiva, efecto que conspira contra la presión que siempre debe existir en términos de buscar un juzgamiento en un plazo razonable.

Un problema del nuevo Proceso Penal en esta materia dice relación con el control y las resoluciones que pueda ser necesario tomar con respecto a las medidas cautelares una vez que el juez de garantía ha dictado el auto de apertura del juicio oral y ha traspasado el conocimiento del caso al tribunal del juicio oral. De acuerdo a lo que establece el artículo 18 b) del Código Orgánico de Tribunales²⁶, el tribunal competente para dicha materia es el tribunal oral²⁷. Esta situación puede ser contradictoria con el fin de preservar la incontaminación y la imparcialidad del tribunal de juicio oral para conocer del fondo de la cuestión. Esto debido a que si el tribunal se pronuncia sobre el fondo de las medidas cautelares, es decir, si realiza un análisis intenso de la configuración del presupuesto material, estará, por una parte, conociendo los hechos constitutivos del caso con anterioridad al juicio y, por la otra, estará manifestando una evaluación sobre los mismos al momento de tomar una decisión sobre la medida cautelar.

Creemos que existe una manera de evitar o al menos aminorar este problema, la que tiene que ver con la forma (procedimiento) y la materia sobre la cual debe pronunciarse el tribunal oral en estos temas. En principio, la obligación de conocer de estas solicitudes en audiencia es solo cada dos meses según veremos, por lo que los tribunales orales debieran ocupar solo ese procedimiento en esos casos y resolver de plano en el resto. Es más, nos parece que una práctica aconsejable es que el juez de garantía siempre controle las medidas cautelares en la audiencia de preparación del juicio oral, a fin de entregarle a partir de ese momento el plazo de dos meses al tribunal oral para resolver de plano las solicitudes que puedan presentársele en la materia. En segundo lugar, nos parece que la resolución de una solicitud de revocación de medida cautelar no debe pronunciarse a esta altura respecto de la existencia del presupuesto material. Como ya hemos visto, este presupuesto exige la existencia de un caso suficientemente serio como para pensar que iría a juicio oral, cuestión que a esta altura siempre se cumple. Si esto es así, el tema relevante de análisis es solo la necesidad cautelar, lo que lleva a focalizar el debate potencial en aspectos distintos a los elementos de fondo del caso, impidiendo al tribunal oral contaminarse con información más específica acerca del mismo.

Una vez decretadas las medidas cautelares, las solicitudes de revocación pueden ser en general resueltas por el tribunal de plano y su decisión en esta materia no es apelable. Con todo, el juez estará obligado a realizar una audiencia cuando hubieren transcurrido dos meses desde el último debate oral sobre la medida (art. 144 inciso segundo del Código Procesal Penal). Junto con lo anterior, si han transcurrido seis meses desde que se hubiera decretado la

prisión preventiva o del último debate oral en que ella se hubiere decidido, el juez de garantía, de oficio, deberá citar a una nueva audiencia que deberá contar con la asistencia de todas las partes involucradas, a fin de considerar su cesación o prolongación (art. 145 inciso segundo del CPP). Tratándose de resoluciones dictadas en audiencias, estas sí serán apelables ante la Corte de Apelaciones respectiva (art. 149 CPP).

V. EJECUCION DE LA PRISION PREVENTIVA

La prisión preventiva constituye en el sistema tradicional del Código de Procedimiento Penal un elemento principalísimo del mismo y en la práctica se ha transformado en el eje de la respuesta estatal a la criminalidad.

En el nuevo sistema del Código Procesal Penal esta centralidad de la prisión preventiva aparece morigerada y la expectativa que en él se ha puesto consiste en restablecer la centralidad de la pena asignando a la prisión preventiva un carácter accesorio y cautelar que ya hemos analizado, por una parte y, por otra, estableciéndola como solo una de las alternativas de cautela en un marco más amplio de posibilidades que exploraremos más adelante.

No obstante, todo este nuevo marco de regulación de la prisión preventiva sigue siendo en el nuevo Código un elemento importante y en esa medida es merecedora de una regulación precisa en cuanto a su ejecución, debido fundamentalmente a su radicalidad en cuanto a la afectación de derechos del imputado.

El Código Procesal Penal establece una serie de garantías y reglas especiales destinadas a la protección de quienes hayan de ser objeto de la misma con miras a intentar brindar protecciones mínimas a los afectados. El eje de esta regulación protectora está en el reconocimiento de que quienes se encuentran sujetos a esta medida gozan de la presunción de inocencia y, por lo tanto, el carácter de su privación de libertad es fundamentalmente distinto del de las medidas que afectan a aquellos que se encuentran cumpliendo condenas. Es así como el Código señala que la prisión preventiva debe ejecutarse en establecimientos especiales, diferentes a los que se utilizan para los condenados, o en lugares absolutamente separados, cuando deban estar en un mismo recinto²⁸. A su vez, a pesar de que la prisión preventiva cuestiona severamente la presunción de inocencia, no la suprime, y es por eso que el imputado debe ser tratado en todo momento como inocente, y la medida debe cumplirse sin que adquiera las características de una pena, ni provoque más limitaciones que las que sean necesarias para evitar que el imputado se fugue o para garantizar la seguridad de las demás personas que se encuentren en el recinto. Deberá además el tribunal adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger la integridad del imputado, especialmente la separación de los jóvenes y no reincidentes frente a la población carcelaria de mayor peligrosidad. Finalmente, es el tribunal que conoce de la causa en que se ordena la medida el órgano competente para supervisar la ejecución de la

misma, y le corresponde conocer de todas las solicitudes y presentaciones con relación a ella.

1 La fianza²⁹

En el sistema tradicional del Código de Procedimiento Penal la fianza opera como un requisito general de la libertad provisional, con pocas excepciones, que en la práctica tiene bastante poco significado.

Salvo en los casos de algunas reglas especiales (delitos tributarios y ley de cheques) en que la ley impone fianzas altas vinculadas al monto de lo defraudado, la fianza se determina procurando evitar que su monto se constituya en un obstáculo para la concesión de la libertad. De esta manera, normalmente en la mayoría de los casos de delincuencia común en que los imputados carecen de medios económicos, la fianza corresponde a montos mas bien simbólicos, que en el mejor de los casos pueden servir para resarcir parcialmente a la víctima de los daños sufridos.

El Código Procesal Penal nuevo define la fianza de un modo mucho más específico, intentando ordenarla de acuerdo al criterio estrictamente cautelar con el que se regulan estas medidas³⁰. Se establece entonces que la fianza es un instrumento destinado a reemplazar a la prisión preventiva como medida cautelar, en aquellos casos en que efectivamente cumpla ese propósito, es decir, cuando fijándose una fianza se pueda cumplir de otro modo el objetivo buscado por la prisión preventiva. Para esto, se establece claramente que la fianza no sirve para reemplazar a la prisión preventiva en todos los fines cautelares que esta pueda tener, sino solo en la cautela del peligro de fuga, que es aquel en que puede funcionar como un sustituto apropiado.

La segunda idea que la ley plantea con miras a lograr esta mayor especificidad es que la fianza debe consistir en una garantía económica relevante para producir el efecto cautelar que se busca, esto es, por su monto y modalidad, debe constituir un estímulo suficientemente fuerte para el imputado, que lo condicione a comparecer en las futuras actuaciones en que se lo requiera. Por lo tanto, si el imputado no está en condiciones de ofrecer una caución con estas características, entonces la fianza no sirve para cumplir los propósitos que la ley le asigna y debe ser descartada como opción.

VI. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISION PREVENTIVA

Otra innovación del proyecto está constituida por la creación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva que deben ser utilizadas con preferencia a esta, cuando el objetivo perseguido pueda ser cumplido razonablemente con restricciones a la libertad de menor intensidad. De este modo, cuando, por ejemplo, la razón para solicitar una medida cautelar sobre la persona del imputado consista en amenazas que este haya proferido contra

la víctima y el temor de que estas puedan concretarse, el juez podrá decretar medidas como la prohibición al imputado de acercarse al domicilio de la víctima o a lugares que esta frecuenta, reservándose la prisión preventiva para casos extremos o para cuando el imputado no respete las restricciones impuestas.

Otras medidas cautelares alternativas contenidas en el proyecto, establecidas en el artículo 155, son: el arresto domiciliario; la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante otra autoridad que se determine; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares, y la prohibición de comunicarse con ciertas personas, siempre que esto no afecte el derecho a defensa.

En general se trata de que el juez construya una combinación de medidas que constituya un cierto marco de restricciones al imputado, que razonablemente permitan cautelar los objetivos procesales que se invoquen entre el momento en que la necesidad surge y el momento en que esta concluye, que normalmente será el juicio y la sentencia.

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Procesal Penal estas medidas están sujetas a los mismos requisitos y controles que la prisión preventiva³¹. No obstante, creemos que esta regla debe ser aplicada con cierta flexibilidad por los jueces especialmente en lo que dice relación con la exigencia del supuesto material, esto es, con la presencia de antecedentes que acrediten la existencia del delito y la participación del imputado. Como lo examinamos previamente, esta cláusula debe ser llenada de un nuevo contenido, el que depende mucho de las circunstancias del caso, pero también de la intensidad de las medidas que se soliciten; es obvio que para un juez no es lo mismo una solicitud de prisión preventiva que una de arraigo o una de prohibición de acercarse a la víctima. Todas las medidas cautelares suponen afectaciones a la presunción de inocencia y, por lo tanto, requieren un fundamento fuerte; no obstante, la intensidad de la afectación evidentemente condiciona su propio fundamento. Por lo tanto, es probable que en el caso de medidas de muy baja intensidad el juez se conforme con un caso menos fuerte y eso nos parece razonable.

En cuanto a las causales que determinan la existencia o no de la necesidad de cautela, el Código introduce una variación respecto de la regulación general, que es la de la prisión preventiva. Tratándose de las otras medidas cautelares regula expresamente las causales y lo hace por medio de la pura enunciación de los tres motivos de cautela más tradicionales, que son el peligro de fuga, la protección de la víctima y la protección de la investigación³². Esta regulación específica y su diferenciación respecto de la utilizada para el caso de la prisión preventiva tiene, en nuestra opinión, dos connotaciones: por una parte se excluye claramente el peligro de reiteración. Por la otra, se libera a las causales que se reconocen de las rigideces y las modalidades específicas de

peligro que exige la regulación de la prisión preventiva. Esto nos parece muy lógico, puesto que tratándose de una medida tan grave como la prisión preventiva se requiere no solo acreditar los peligros generales que se plantean en la Constitución, sino que se exige que estos revistan modalidades específicas como son, por ejemplo, el que el peligro para la investigación se traduzca en la posibilidad concreta o la amenaza de atentados dolosos contra los medios de prueba, o en el caso del peligro de fuga que este pueda ser apreciado por medio de elementos muy concretos, como los antecedentes penales o procesos pendientes. En cambio, tratándose de estas medidas más blandas que no afectan tan radicalmente la presunción de inocencia, se otorga al juez mayor flexibilidad para apreciar el tipo de peligro o su fundamento.

Finalmente, cabe señalar que este conjunto de medidas requiere para su plena y masiva aplicación de la implementación de sistemas de apoyo adecuados, tanto para la determinación inicial de cuál o cuáles de ellas son idóneas para la cautela de los diversos objetivos en cada caso concreto, como para la adecuada supervisión de su cumplimiento. Este apoyo profesional puede ser el mismo del que ya hemos hablado al referirnos a la evaluación de las perspectivas de conducta del imputado en cuanto a su futura comparecencia. Se trata en ambos casos de apoyar con un conocimiento más específico y sistemático una decisión judicial muy compleja, puesto que recae sobre el comportamiento futuro del imputado.

- ¹ Así, el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución, actualmente establece que “la libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”.
- ² El artículo 4° del Código Procesal Penal señala: “*Presunción de inocencia del imputado.* Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.
- ³ El artículo 140 del Código Procesal Penal establece, en atención al supuesto material: “*Requisitos para ordenar la prisión preventiva.* Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que 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.
- ⁴ En otros sistemas legales de tipo acusatorio se usan diversos estándares que resultan relativamente equivalentes, así, por ejemplo, en el sistema alemán se exige que exista una “sospecha vehemente” de que el imputado ha cometido el hecho punible, ver Roxin, Klaus: *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, página 259. En el sistema norteamericano el estándar es el de “Causa Probable” de la ocurrencia del hecho delictivo y de la participación del imputado en el mismo. Ver Thaman, Stephen C.: “Detención y Prisión Provisional en los Estados Unidos”, en *Detención y Prisión Provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, página 203.
- ⁵ El artículo 140 del Código Procesal Penal establece en la letra c), refiriéndose a los requisitos de la prisión preventiva: “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”. En los incisos siguientes se profundiza sobre el significado de estos requisitos.
- ⁶ El artículo 140 del Código Procesal Penal establece en el inciso final: “Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que este realizará atentados graves en contra de aquel, o en contra de su familia o de sus bienes”.

- ⁷ La ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público señala en el artículo 1º que es a este organismo al que le corresponde adoptar medidas para proteger a víctimas y testigos en el proceso.
- ⁸ Al referirse a este punto, el artículo 140 señala: “Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”.
- ⁹ La letra c) del texto del artículo 363 introducido por la Ley 2.185 decía: “No se concederá la libertad del detenido o preso cuando la detención o prisión sea considerada por el juez, en resolución someramente fundada, estrictamente necesaria: (...) c) para la seguridad de la sociedad por haber antecedentes graves de que tratará de eludir la acción de la justicia o continuará su actividad delictiva.
- ¹⁰ El artículo 9 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: (...) 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 en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del Fallo. La Convención Americana de Derechos Humanos por su parte establece en el N° 5 del artículo 7 que “Su libertad (del imputado) podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio”.
- ¹¹ El texto introducido por la Ley 19.503 al inciso segundo del artículo 363 decía: El juez podrá estimar que la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la sociedad tomando en consideración alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios contemplados en la Ley 18.216, y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que se tratasen”.
- ¹² El nuevo texto del inciso segundo del artículo 363 introducido por la Ley 19.661 decía: Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el juez deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios contemplados en la Ley 18.216; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que se tratasen, y el haber actuado en grupo o pandilla”.
- ¹³ El texto del inciso 3º del artículo 140 señala: “Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito imputado; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que se tratase y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla”.
- ¹⁴ Entre otros, se encuentra el artículo 146 del Código Procesal Penal que establece: “*Caución para reemplazar la prisión preventiva.* Cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará”.
- ¹⁵ El artículo 122 del Código contiene el principio general en cuanto a las medidas cautelares personales estableciendo que: “Las medidas cautelares personales solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y solo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación”.
- ¹⁶ El artículo 124 del Código de Procedimiento Penal señala que: “Cuando la imputación se refiere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, o bien cuando estas no excedieren las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33”.
- ¹⁷ El artículo 141 del Código Procesal Penal dispone: “*Improcedencia de la prisión preventiva.* No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

- No procederá la prisión preventiva: a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo”.
- ¹⁸ La ley establece, sin embargo, que el juez igualmente puede decretar la prisión preventiva en estos casos cuando el imputado, no obstante ser acreedor de una eventual medida alternativa en caso de condena, hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el párrafo 6º del Título V o cuando el tribunal considere que el imputado pudiere ausentarse del lugar del juicio antes de su término, no concurriendo de esta forma a los actos del procedimiento o en su caso a la ejecución de la sentencia.
- ¹⁹ El artículo 183, inciso 2º del Proyecto original señalaba: “El juez estará asimismo obligado a ordenar la cesación de la prisión preventiva cuando su duración alcanzare la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria o la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes. La prisión preventiva no podrá exceder en caso alguno de dieciocho meses, a menos que se hubiere dictado sentencia condenatoria”.
- ²⁰ Artículo 152.
- ²¹ La regla de juzgamiento en un plazo razonable en relación con la prisión preventiva se encuentra consagrada en el artículo 9 N° 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En la Convención Americana de Derechos Humanos una regla similar se encuentra consagrada en el artículo 7 N° 5.
- ²² Ver cita 17.
- ²³ Artículo 142 del Código.
- ²⁴ Así, el artículo 131 inciso segundo del Código establece: “Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiera practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado”.
- ²⁵ Artículo 132 del Código.
- ²⁶ Esta disposición fue introducida por la Ley 19.708 publicada en el Diario Oficial el 5 de enero del 2.001 y señala expresamente “b) Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición”.
- ²⁷ Cabe señalar que hasta antes de la dictación de esta norma del Código Orgánico de Tribunales, la determinación del tribunal competente era un tema bastante ambiguo y polémico en el nuevo Código Procesal Penal y en el propio COT.
- ²⁸ Artículo 150 del Código.
- ²⁹ El Código Procesal Penal regula esta materia en los artículos 146-148.
- ³⁰ El inciso primero del artículo 146 del Código Procesal Penal establece: “*Caución para reemplazar la prisión preventiva.* Cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará.”
- ³¹ Artículo 155 inciso tercero.
- ³² Artículo 155: “Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o a la ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación, el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas: (...)”.

Informes de Investigación publicados:

Nº 1 La Modernización de la Justicia Militar, un Desafío Pendiente.

Autor: JORGE MERA FIGUEROA

Nº 2 Poder Judicial y Mercado: ¿Quién debe pagar por la Justicia?

Autores: JORGE CORREA S.
CARLOS PEÑA G.

JUAN ENRIQUE VARGAS V.

Nº 3 Recursos Destinados a la Justicia en Chile: Análisis de su evolución y productividad.

Autor: JUAN ENRIQUE VARGAS V.

Nº 4 La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso.

Autor: GASTÓN GÓMEZ

Nº 5 Racionalización de la Posesión Efectiva.

Autores: JORGE CORREA SUTIL
ALEJANDRA AGUAD DEIK

Nº 6 Problemas en Torno a la Reconfiguración del Ministerio Público en América Latina.

Autor: MAURICIO DUCE

Nº 7 Leyes de Desacato y Libertad de Expresión.

Autor: FELIPE GONZÁLEZ

Nº 8 Discriminación en Contra de la Mujer

Autor: GASTÓN GÓMEZ
RODOLFO FIGUEROA