

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CHILE: EL IMPACTO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL Y DE SUS CAMBIOS POSTERIORES

MAURICIO DUCE Y CRISTIÁN RIEGO¹

1. INTRODUCCIÓN

Chile, al igual que la mayoría de los países de la región², emprendió en la última década un proceso de transformación muy significativa de su proceso penal, estableciendo un nuevo sistema de carácter acusatorio que se implementó gradualmente a contar del mes de diciembre del año 2000 y que se encuentra funcionando en todo el país desde junio del año 2005³. Uno de los objetivos centrales de dicho proceso de cambio ha sido el garantizar de una forma efectiva los derechos básicos de las personas sujetas a la persecución penal, de manera de superar problemas estructurales que tenía el sistema inquisitivo anterior en la materia⁴. Dentro de estos aspectos

¹ Los autores son profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en Santiago de Chile. Cristián Riego es, además, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y Mauricio Duce es Director de Programas de la misma institución.

² Una revisión general de los procesos de reforma en 15 países de la región puede verse Julio Maier/Kai Ambos/Jan Woischnik (coordinadores), *Las Reformas Procesales en América Latina*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, 896 p. Sobre resultados empíricos de la misma se sugiere Cristián Riego (autor informes comparativos) y Juan Enrique Vargas (editor), *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Santiago 2005, 229 p. y *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Santiago 2007, 362 p.

³ Para más detalles sobre el proceso de gestación e implementación de la reforma chilena, así como de sus principales resultados hasta el año 2007 puede revisarse Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2007, 583 p. (ver especialmente pp. 37 a 88).

⁴ Sobre la contradicción estructural del sistema anterior a la reforma con las garantías básicas del debido proceso véase Cristián Riego, *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos Vol. I*, Cuaderno de Análisis Jurídico serie especial Nro. 4, Facul-

problemáticos, uno de los principales desafíos ha sido el corregir lo que era percibido como un uso muy amplio de la privación de libertad en el proceso, particularmente la prisión preventiva.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto exponer los principales impactos que ha tenido la instauración de un nuevo sistema procesal penal en Chile en el uso de la prisión preventiva como medida cautelar personal durante el desarrollo de los procesos penales. Se pretende examinar si la reforma ha sido una herramienta efectiva para racionalizar el uso de la privación de libertad en el proceso penal chileno. Es decir, si dicho cambio ha sido capaz de generar una práctica consistente con los valores internacionalmente reconocidos debieran guiar el uso de esta medida cautelar, fundamentalmente su excepcionalidad y el derecho a la presunción de inocencia.

Para cumplir con el objetivo propuesto, el trabajo se divide en dos capítulos además de esta introducción. En el primero de ellos analizaremos sintéticamente la situación de la prisión preventiva con anterioridad al proceso de reforma de manera que el lector pueda comprender los alcances de los cambios propuestos a nivel normativo por el nuevo sistema procesal penal, a la vez que tenga una imagen acerca de la realidad en su aplicación que pueda servir de línea de base para contrastar con los resultados obtenidos con posterioridad al cambio de dichas reglas. El segundo capítulo estará destinado a analizar el impacto de la reforma en el uso de la prisión preventiva en nuestro país. Para ello será dividido en tres secciones. En una primera haremos referencia a los principales cambios que a nivel normativo se introdujeron en la regulación de la prisión preventiva en el nuevo sistema procesal penal. En segundo término analizaremos los principales impactos tenidos por este nuevo sistema en el uso de esta medida cautelar personal. Finalmente, la tercera sección estará destinada a analizar un conjunto de reformas legales que se han realizado a la prisión preventiva en los últimos años orientadas a facilitar o ampliar su uso (en los casi 8 años de vigencia de la reforma se han modificado parcialmente estas reglas en tres oportunidades), y, a explorar si dichos cambios han producido algún impacto en los resultados del sistema o en las prácticas de los actores del mismo. En esta misma sección se pretende analizar

dad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1994, 166 p. Véase también Cristián Riego, El Sistema Procesal Penal Chileno frente a las Normas Internacionales de Derechos Humanos, en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuaderno de Análisis Jurídico serie especial Nro. 6, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1996, pp. 241 a 342.

algunos de los problemas que motivan que una reforma aparentemente exitosa haya sido objeto de tantos cambios y de tanta crítica y, además, plantear cuáles son los desafíos que enfrenta el sistema procesal penal si se pretende evitar que la regresión experimentada continúe el camino que hasta ahora ha seguido.

2. LA PRISIÓN PREVENTIVA ANTES DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

La regulación de la prisión preventiva durante la vigencia del sistema inquisitivo no fue completamente homogénea en Chile. Durante buena parte del siglo XX, hasta 1976, existió un régimen de inexcusabilidad. Esto significaba que en una gama relativamente amplia de delitos que eran considerados muy graves, el legislador establecía que la prisión preventiva era considerada necesaria y, por lo mismo, el juez no estaba autorizado para levantarla y otorgar la libertad provisional a los imputados. Como se puede comprender, la consecuencia natural de este escenario era que un alto porcentaje de las personas sometidas a proceso (en el caso de esos delitos graves todos los procesados) fueran objeto de la prisión preventiva, al menos durante un tiempo de la duración del proceso.

En 1976, mediante el acta constitucional Nro. 3, se abrió la posibilidad de que la libertad provisional pudiera ser otorgada en todos los casos por parte del juez, lógica que fue reafirmada posteriormente en la Constitución de 1980. Desde entonces la Constitución ha establecido un sistema basado en tres causales generales que habilitan la prisión preventiva: la protección de la víctima, la protección de la investigación y una muy amplia y ambigua causal referida al peligro para la seguridad de la sociedad⁵. En esta nueva lógica, se pretendía que la prisión preventiva no fuera una respuesta automática del sistema, sino que el juez evaluara caso a caso la concurrencia de los supuestos constitucionales que autorizaban a su procedencia.

Estos cambios constitucionales se expresaron también en reformas al Código de Procedimiento Penal de la época⁶. No obstante, la es-

⁵ El artículo 19 Nro. 3 letra e) actual (en lo sustancial inalterado en el tema que nos interesa) que la libertad del imputado “procederá a menos que sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”.

⁶ A nivel legal fue el Decreto Ley Nro. 2185 de 1978 el que realizó la adecuación

estructura del sistema inquisitivo hizo que este cambio normativo tan sustancial no tuviese un impacto muy fuerte en la práctica del sistema. Más allá de las definiciones normativas y múltiples reformas sucesivas en el tiempo⁷, el sistema siguió funcionando sobre la base de una aplicación bastante generalizada y automática de la prisión preventiva en los casos que superaban una cierta gravedad.

Las características del sistema inquisitivo que contribuían a hacer de la prisión preventiva una situación generalizada estaban vinculadas, en primer lugar, a la figura del juez de instrucción; esto es, al hecho de que un mismo funcionario concentrara sobre sí las funciones principales de persecución y la de resolver sobre la prisión preventiva. Esto se traducía en que, aun cuando este funcionario pudiera contar con algún margen de discrecionalidad para liberar al imputado, en la práctica no tuviese los incentivos para usarlo puesto que esta medida de encierro constituía a su vez un instrumento útil para el desempeño de su función persecutoria. Ello se veía potenciado con una interpretación extensiva de las tres causales en las que prácticamente podían caber todos los casos.

De igual modo, en el sistema inquisitivo se daban otras condiciones que favorecían la situación descrita, en especial el formalismo del procedimiento escrito y la falta de límites operativos para su duración hacían que los procesos se prolongaran por largo tiempo con lo cual la posibilidad de aplicar una pena no aparecía como una posibilidad real en una oportunidad razonable y, en consecuencia, la prisión preventiva aparecía como la única respuesta oportuna frente al delito. Esto llevo a que en varias oportunidades la doctrina constatará que la prisión preventiva fuera utilizada con fines punitivos y no cautelares⁸.

Desde el punto de vista del diseño procesal, el Código de Procedimiento Penal regulaba a la prisión preventiva como la consecuencia natural y automática, aunque no necesaria, en el evento que una persona fuera sometida a proceso, salvo que se tratara de una in-

de las normas del Código de Procedimiento penal a las nuevas exigencias contenidas en el Acta Constitucional Nro. 3 y luego recogidas en la carta de 1980.

⁷ Una revisión de las principales modificaciones legales experimentadas por la prisión preventiva entre los años 1976 y 2000 efectuadas al Código de Procedimiento Penal de la época pueden verse en Patricia Arias y Gabriel Ríos, Libertad Provisional y Prisión Preventiva: La Experiencia del Sistema Chileno, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios Nro. 5, noviembre de 2002, pp. 113 a 119.

⁸ Entre otros véase los trabajos contenidos en el volumen: Libertad Provisional, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Fundación Paz Ciudadana, Santiago 1998, 29 p.

fracción de menor entidad⁹. En consecuencia, dándose el supuesto material que autorizaba a dictar el auto de procesamiento en el sistema antiguo se daba lugar a la prisión preventiva¹⁰. De esta forma, en la práctica, la persona sometida a proceso tenía la carga de obtener la “excarcelación” acreditando que no se encontraba en ninguno de los supuestos constitucionales que habilitaban al uso de la prisión preventiva. La consecuencia práctica de esta lógica era que la mayoría de las personas sometidas a proceso, aun por delitos de mediana entidad, cumplían un período en prisión preventiva, sin perjuicio de obtener con posterioridad la “excarcelación” o libertad provisional. No obstante que las normas del Código de Procedimiento Penal fueron modificadas en diversas ocasiones, en varias de ellas con el objetivo explícito de matizar la situación descrita a favor de reforzar los derechos de las personas procesadas, la lógica central del sistema se mantuvo¹¹.

Por las razones brevemente descritas, hasta 1999 (último año de vigencia plena del sistema inquisitivo) la prisión preventiva en Chile se mantuvo funcionando de acuerdo con un modelo tradicional de carácter inquisitivo o sea en donde un alto porcentaje del total de las personas presas lo era en espera de su juicio y no como producto de una condena penal. En la realidad del sistema, durante todo ese tiempo, aproximadamente la mitad de las personas que se encontraban en las prisiones chilenas lo hacían si estar condenadas. La Tabla n° 1 muestra la evolución de personas en prisión y su estatus en los últimos 20 años de vigencia del sistema inquisitivo en Chile.

⁹ Sobre esta regulación véase con mayor detalle Enrique Paillás, *Derecho Procesal Penal Vol. II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986, p. 49 y siguientes.

¹⁰ El art. 274 de dicho cuerpo legal exigía para que se pudiera dictar el auto de procesamiento que el juez considerare justificada la existencia del delito y que existieren presunciones fundadas para estimar la participación del procesado en el mismo en calidad de autor, cómplice o encubridor.

¹¹ El caso más paradigmático estuvo constituido por la Ley Nro. 19.047 dictada el año 1991, al inicio de la transición democrática, con el objetivo explícito de mejorar la situación de los derechos individuales en el sistema inquisitivo chileno. Con todo, también existieron diversas modificaciones y esfuerzos orientados a introducir restricciones a la posibilidad de obtener la libertad provisional en el antiguo sistema. Solo desde el año 1991 hasta la entrada en vigencia de la reforma es posible identificar seis modificaciones relevantes a las reglas que regulaban la prisión preventiva, además de varios proyectos presentados que no prosperaron. Estas leyes que introdujeron modificaciones son: Ley Nro. 19.047 de 1991, Ley Nro. 19.055 de 1991; Ley Nro. 19.164 de 1992, Ley Nro. 19.385 de 1995, Ley Nro. 19.503 de 1997, Ley Nro. 19.661 de 2000. Un análisis crítico de algunos de esos proyectos y debates puede verse en Mauricio Duce, *Políticas Públicas Libertad Provisional y Seguridad Ciudadana en Chile*, en *Nueva Doctrina Penal 2000A*, Buenos Aires 2000, pp. 325 a 362.

Tabla 1

PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA SEGÚN SU ESTADO PROCESAL EN PROMEDIO DIARIO 1980-1999

Año	Detenidos		Procesados		Condenados		Total	
	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%
1980	1.836	12,1	7.272	47,7	6.122	40,2	15.230	100
1981	1.853	12,6	7.110	48,3	5.763	39,1	14.726	100
1982	1.950	11,7	7.750	46,7	6.898	41,6	16.598	100
1983	2.052	11,1	8.542	46,1	7.931	42,8	18.525	100
1984	2.081	10,8	8.617	44,8	8.524	44,3	19.222	100
1985	2.081	10,3	8.550	42,3	9.604	47,5	20.235	100
1986	2.248	10,5	9.395	44,0	9.705	45,5	21.348	100
1987	2.283	10,0	10.715	47,0	9.815	43,0	22.813	100
1988	2.330	9,6	11.204	46,0	10.820	44,4	24.354	100
1989	2.423	9,9	10.751	43,9	11.323	46,2	24.497	100
1990	2.356	10,4	9.438	41,8	10.799	47,8	22.593	100
1991	2.265	10,9	9.435	45,2	9.172	43,9	20.872	100
1992	2.121	10,5	10.283	50,8	7.854	38,8	20.258	100
1993	2.245	11,0	10.425	50,9	7.820	38,2	20.490	100
1994	2.224	10,6	10.414	49,7	8.324	39,7	20.962	100
1995	2.022	9,2	10.886	49,4	9.119	41,4	22.027	100
1996	1.920	8,1	10.699	45,4	10.948	46,5	23.567	100
1997	1.798	7,2	11.029	43,9	12.310	49,0	25.137	100
1998	1.887	7,0	11.762	43,8	13.222	49,2	26.871	100
1999	2.270	7,6	12.787	42,6	14.994	49,9	30.051	100

Fuente: *Estadísticas Gendarmería de Chile.*

Según se puede observar, desde el año 1980 hasta mediados de los años noventa cerca de la mitad de los presos en las cárceles chilenas lo estaba como consecuencia de la prisión preventiva. Si a ello se suma el porcentaje de personas detenidas en ese mismo período, se observa que el total de presos sin condena se mantuvo constante en una cifra cercana al 60% del total de presos. Esta situación solo se revirtió con alguna consistencia porcentual entre los años 1996 y 1999, en todo caso en un contexto en donde la población penitenciaria aumentó en más de un 35%, es decir, en donde el número absoluto de presos sin condena siguió aumentando a pesar de bajar su porcentaje del total de presos.

Un segundo dato que da cuenta del uso extendido de la prisión preventiva antes de la instalación de la reforma procesal penal, puede obtenerse revisando los escasos estudios empíricos efectuados en la década de los noventa del siglo pasado y a principios de 2000 en

los que se indagó acerca de la utilización de esta medida cautelar. El primero de ellos es un estudio exploratorio realizado el año 1993 en la ciudad de Santiago en el cual se analizaron un total de 100 expedientes de 10 tribunales del crimen de la misma ciudad terminados ese mismo año en delitos de robo y hurto¹². Dicha muestra permitió identificar 125 procesados. De estos, 115 (un 92%) fueron sometidos a prisión preventiva al momento en que se dictó el auto de procesamiento en su contra, es decir, la resolución por la cual se les sometía formalmente a proceso en una etapa preliminar de la fase de investigación. En tanto que 10 de los procesados (8% de la muestra) no fue sometido a esa medida. Esto da cuenta que el hecho de existir un proceso en contra de una persona significaba una buena probabilidad que esta debiera pasar algún tiempo privado de libertad en espera de la sentencia. Pensemos, además, que el delito de hurto contenido en la muestra en estudio en la legislación penal chilena sanciona como delito algunas hipótesis de muy baja gravedad y, en consecuencia, con una pena privativa de libertad mínima.

Estos mismos hallazgos son ratificados por los resultados de un estudio empírico llevado adelante por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales entre los años 1992 y 1994¹³. En dicho estudio se recogió una muestra aleatoria de 180 expedientes obtenidos de seis juzgados del crimen de la ciudad de Santiago concluidos con una sentencia definitiva. Dicho estudio arrojó como resultado que en el 100% de los casos los procesados estuvieron sometidos a prisión preventiva durante algún momento en el desarrollo del proceso, no obstante que en un 14% de los casos de dicha muestra la sentencia que en definitiva se dictó en el caso fue absolutoria.

Un tercer estudio que resulta ilustrativo del tema fue elaborado por la Fundación Paz Ciudadana durante el año 2001 con casos del sistema antiguo. Este estudio consistió en la revisión de 2.990 casos terminados con sentencia condenatoria en cuatro regiones del país y en siete categorías de delitos considerados como los de más alta connotación social: robos, hurtos, tráfico de drogas, homicidio, violación, abuso deshonesto y lesiones¹⁴. En consecuencia se trata

¹² Véase Luis Barros, Radiografía del Proceso Penal, en Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago 1994, pp. 131 a 237.

¹³ Véase María Angélica Jiménez, El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos: Vol. II Estudios Empíricos, Cuaderno de Análisis Jurídico serie especial Nro. 4, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1994, 276 p.

¹⁴ Véase Paula Hurtado y Francisca Jünemann, Estudio Empírico de Penas en Chile,

de un estudio de mayor representatividad nacional pero con un universo más restringido de casos, solo los concluidos con sentencia condenatoria. Si bien se trata de un universo distinto a los anteriores, los resultados son bastante consistentes con los de los estudios previos ya citados. Uno de los aspectos que cubrió este estudio fue el uso de la prisión preventiva en dichos casos. La tabla nº 2 muestra los resultados obtenidos.

Tabla 2
PORCENTAJE DE CASOS EN QUE EL IMPUTADO ESTUVO O NO EN PRISIÓN PREVENTIVA DURANTE EL PROCESO

Tipo delito	No estuvo en PP	Sí estuvo en PP	Total
Robos y Hurtos	11	89	100
Tráfico de Drogas	5	95	100
Homicidio	1	99	100
Violación	3	97	100
Abuso Deshonesto	3	97	100
Lesiones	51	49	100

Fuente: *Fundación Paz Ciudadana*¹⁵.

Se puede observar que, salvo el delito de lesiones, en las otras categorías porcentajes cercanos al 100% de los condenados estuvieron presos en prisión preventiva durante el desarrollo de su proceso¹⁶. Incluso en situaciones de baja gravedad como normalmente lo constituyen los hurtos es posible apreciar un uso extendido de la prisión preventiva.

Todas estas cifras dan cuenta que, en la lógica del sistema inquisitivo, en los delitos de cierta gravedad, los imputados llegaban al momento de la sentencia después de períodos importantes de prisión preventiva. Esto hacía que normalmente fueran condenados a penas que ya tenían en gran parte cumplidas. Asimismo, esta práctica hacía que las absoluciones fueran difíciles ya que resultaba complicado para los jueces justificar privaciones de libertad extendidas en el tiempo si luego las personas eran absueltas. Con todo, en el estudio

Fundación Paz Ciudadana, Santiago 2001, 276 p.

¹⁵ Ib. 38.

¹⁶ Cabe señalar que en Código Penal chileno, el delito de lesiones abarca hipótesis diversas que van desde situaciones de menoscabo a la salud muy menores hasta hechos que dejan consecuencias graves y permanentes en la víctima. Los primeros son sancionados con penas privativas de libertad muy menores e incluso en algunos casos se les puede sancionar con penas no privativas de libertad.

de la Universidad Diego Portales ya citado un 14% de la muestra de expedientes obtuvo una sentencia absolutoria, no obstante lo cual se trató de casos en los que de todas maneras hubo prisión preventiva en contra del imputado¹⁷.

Las cifras revisadas permiten explicar una información de prensa publicada durante la vigencia del sistema inquisitivo. Según dicha publicación, del año 1998, un 32% de todos los procesados, en todo tipo de delitos, se encontraba en prisión preventiva, en tanto que un 68% en libertad¹⁸. Se trataba de un número muy significativo, ya que la cantidad de procesados incluía delitos de muy variada gama (desde infracciones menores que aun cuando hubieran sido castigadas no lo habrían sido con privación de libertad hasta delitos de penas altas) y procesos en muy distintos estados de desarrollo. En consecuencia, que de ese total un 32% se encontrara en prisión preventiva permitía proyectar que un porcentaje mucho mayor del total de procesados efectivamente era objeto de privación de libertad durante alguna parte del desarrollo del proceso.

Un segundo problema grave del uso de la prisión preventiva en el sistema anterior a la reforma se vinculaba con los períodos de duración de la misma. El estudio de Paz Ciudadana que hemos revisado incluye información sobre la duración de la prisión preventiva que arroja información importante para cuantificar este tema. La tabla n° 3 resume esta información.

¹⁷ María Angélica Jiménez, ob. cit., p. 109.

¹⁸ Véase, Dos de cada Tres Procesados Están Libres, *La Tercera*, 29 de julio de 1998.

Tabla 3

PROMEDIO GENERAL DE DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR CATEGORÍA DE DELITOS

	Robos y Hurtos	Tráfico de Drogas	Homicidio	Violación	Abusos-deshonestos	Lesiones
Menos de 1 mes	32%	5%	5%	7%	16%	54%
Entre 1 y 6 meses	40%	34%	35%	34%	60%	32%
Entre 6 meses y 1 año	17%	41%	37%	29%	18%	10%
Entre 1 y 2 años	9%	20%	18%	28%	4%	4%
Más de 2 y años	2%	0%	5%	2%	2%	0%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Promedio	5 meses	8,4 meses	9,5 meses	4 meses	5 meses	2,6 meses

Fuente: *Fundación Paz Ciudadana*¹⁹.

De acuerdo a estos resultados, es posible apreciar que la prisión preventiva tendía a extenderse por períodos relevantes de tiempo, que aumentan en la medida en que se refieren a los delitos más graves (homicidio y tráfico de drogas). La mayoría de los delitos concentraba las privaciones de libertad en períodos que fluctuaban entre 6 meses y un año. En los delitos más leves dicho período tendía a bajar. Así, por ejemplo, en los delitos de lesiones es posible constatar que un 54% de las personas sometidas a prisión preventiva lo estuvo por períodos inferiores a los 30 días. La utilización de la prisión preventiva por períodos tan breves tiende a indicar la irracionalidad en el uso de este instrumento ya que en esos plazos se hace difícil comprender que haya cumplido un rol de aseguramiento de los resultados en el proceso en casos que como promedio duraban alrededor de diez veces más que dicho plazo²⁰. Como ya se ha mencionado, ello daba cuenta de una utilización de esta medida cautelar con fines distintos a los del aseguramiento de la comparecencia de la persona procesada. En el extremo superior llama la atención el 20%, 18% y 28% de personas que estuvieron entre uno y dos años en prisión preventiva en los delitos de tráfico de drogas, homicidios y violación respectivamente. Incluso tratándose de homicidios un 5%

¹⁹ Ib. 39.

²⁰ Estudios empíricos disponibles de la época daban cuenta que en el año 1987 la duración promedio de los procesos penales en las grandes ciudades del país eran cercanos o superiores a los dos años. Véase Mauricio Duce y Cristián Riego, *La Reforma Procesal Penal en Chile, en Proceso Penal en América Latina y Alemania*, Konrad Adenauer, Caracas 1994, p. 160.

estuvo más de dos años. Esto hace que como promedio en estas tres categorías de delitos cerca de un 25% del total de la población, es decir, uno de cada cuatro procesados, haya estado períodos superiores a un año. Resultados similares a los del estudio de Fundación Paz Ciudadana presentan los otros dos estudios que hemos revisado (de Luis Barros y de la Universidad Diego Portales). Debido a que se trata de estudios más antiguos y con muestras más pequeñas no parece pertinente presentar en detalle sus resultados²¹.

Otra de las críticas que se realizaron al uso de la prisión preventiva en el sistema antiguo tenía que ver con un uso punitivo distinto y distante a las finalidades propias de esta medida cautelar. Su uso extendido por lapsos breves que mencionamos en el párrafo anterior es un indicador de este fenómeno. Este puede ser complementado por los resultados obtenidos por un estudio realizado por el Ministerio Público y el Vera Institute of Justice el año 2004²² que nos permiten reforzar esta conclusión. Como parte de ese estudio se hizo un seguimiento por 15 meses de 1.900 casos ingresados a dos juzgados del crimen de la ciudad de Santiago entre los meses de enero y febrero de 2002. En dicha muestra se pudo establecer que no obstante en un 14,5% de los casos se había iniciado con una persona detenida, solo un 6,9% de ellos considerados como un universo total había sido condenado a quince meses de su inicio estando la mayoría concluidos por otros motivos²³. Esto quiere decir que a 15 meses de iniciado el proceso la gran mayoría de los detenidos –que probablemente estuvieron algún tiempo en prisión preventiva de acuerdo a lo que podemos concluir de los estudios que ya hemos citado– o no eran condenados todavía o habían sido objeto de un sobreseimiento o absolución. Es decir, en donde la sanción que había aplicado el sistema en la práctica era el período de privación de libertad producto de la detención y la prisión preventiva.

Estas conclusiones se ven reforzadas con los resultados a entrevistas a jueces del crimen de Santiago que incluye el estudio de la Universidad Diego Portales. Así, en relación a la pregunta acerca de los criterios utilizados por ellos para denegar la libertad provisional, el 70% de los jueces entrevistados manifestó que el principal criterio utilizado por ellos para dejar a una persona privada de libertad en

²¹ Véase María Angélica Jiménez, ob. cit. p. 109 y Luis Barros, ob. cit. p. 161.

²² Véase Ministerio Público y Vera Institute of Justice, *Analizando la Reforma a la Justicia Criminal en Chile: Un estudio comparativo entre el nuevo y el antiguo sistema penal*, Lom, Santiago 2004, 28 p.

²³ *Idem* p. 19.

el proceso era la naturaleza o gravedad del delito, un 60% la posible reincidencia y el peligro para la sociedad y/o la peligrosidad del delincuente²⁴.

Si bien no es el foco de nuestro estudio debe mencionarse la situación de los detenidos en el sistema inquisitivo ya que explicaban un porcentaje no despreciable de las personas privadas de libertad en la cárcel. Estamos hablando de personas que eran arrestadas en alguna de las hipótesis autorizadas por la ley con el objetivo que el juez del crimen determinara su situación procesal. Naturalmente esta situación se refiere a privaciones de libertad de corto plazo que podrían transformarse en prisiones preventivas con posterioridad a la decisión judicial.

Según se puede observar de la tabla 1, el porcentaje de detenidos dentro del total de personas privadas de libertad entre los años 1980 y 1999 oscilaba entre un 12% y un 7%²⁵. Si bien a fines de los años noventa el porcentaje de detenidos había bajado significativamente respecto a lo que ocurría a inicios de la década de los ochenta, se trataba de una porción muy relevante dentro de las personas privadas de libertad. Este alto porcentaje se explicaba en la forma y plazos en los que operaba la detención policial. La policía disponía de 24 ó 48 horas para poner a una persona detenida a disposición del tribunal (dependiendo si era originada por un delito flagrante u otra causal), plazo que normalmente se cumplía dejando al detenido en un recinto penitenciario a “disposición del juez”. El juez luego tenía un plazo de cinco días para tomar una decisión respecto a la persona detenida (ya sea para someterlo a proceso o para dejarlo en libertad incondicional). Esto hacía que un porcentaje muy importante de personas detenidas estuvieran seis o siete días (en algunos casos incluso más) privados de libertad en recintos penitenciarios²⁶.

²⁴ María Angélica Jiménez, ob. cit. pp. 138 y 139.

²⁵ Si la medición se realiza considerando el estatus jurídico de todas las personas que pasaron por la cárcel en un año determinado (no en el promedio diario como lo hace la tabla nº 1) el número de detenidos era por lejos la mayor cantidad, precisamente derivado de su alto flujo por los plazos breves de su detención. Así, por ejemplo, en el año 1980 de un total de 138.381 personas que estuvieron privadas de libertad en algún momento de dicho año en las cárceles chilenas, 62.111 (un 45% aproximadamente) lo estuvo en calidad de detenidos. En el año 1993 de un total de 183.948 personas, 121.505 (un 66% aproximadamente) estuvo en calidad de detenido. Datos entre los años 1980 y 1993 pueden verse en María Angélica Jiménez, ob. cit. p. 108.

²⁶ Un análisis más detallado sobre la regulación normativa y el uso en la práctica de la detención en Chile durante la vigencia del sistema inquisitivo puede revisarse en Felipe González y Cristián Riego, *Las Garantías de la Detención en*

Este uso de la privación de libertad por corto tiempo también daba cuenta de un uso bastante irracional de este recurso que debiera haber sido excepcional.

3. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

Como ya señalábamos, uno de los objetivos centrales perseguidos por la reforma en materia de garantías individuales ha sido racionalizar el uso de las medidas cautelares personales. La racionalización se pretende lograr a través de reservar el uso de estas medidas para los casos en los cuales ellas resultan estrictamente indispensables para cumplir con necesidades concretas de cautela del procedimiento. Este objetivo se da especialmente respecto del uso de la prisión preventiva, que constituye la medida cautelar personal más intensa o que importa un nivel mayor de restricción a los derechos individuales. Al intentar racionalizar el uso de estas medidas 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. Tal como ha sido explicado, este objetivo surge como reacción frente a un diagnóstico muy crítico del uso extensivo que el sistema inquisitivo realiza de la prisión preventiva, la que constituyó la medida cautelar central de dicho sistema, según ya se tuvo oportunidad de revisar. De hecho el mensaje con que el Ejecutivo envía al Congreso el proyecto de nuevo Código Procesal Penal plantea de manera explícita como uno de sus objetivos el superar la situación deficitaria generada por el uso extensivo de la privación de libertad en el contexto del sistema inquisitivo previo²⁷.

Chile, en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación, Santiago 1994, pp. 195 a 239.

²⁷ El mensaje señala “En los cinco años transcurridos desde el año 1987 hasta 1991 –un período que cubre gobiernos distintos– el promedio de causas ingresadas a los tribunales del crimen en relación a las detenciones efectuadas es de un 60.6 por ciento, de manera que el cuarenta por ciento del total de quienes son detenidos en Chile –una media anual de 750.000 personas– son privados de libertad, aunque sea por breve lapso, sin ingresar al sistema jurisdiccional. Ocuparse de la reforma procesal penal para, a través de ella, fortalecer las garantías, constituye, así, una tarea exigida por los principios en materia de derechos fundamentales. La reforma al proceso penal importará, por lo mismo, un mayor goce cotidiano de los derechos humanos.” Más adelante el mensaje agrega “En fin, las fuentes primarias disponibles y diversas fuentes de carácter secundario, indican que la mayor parte de quienes están reclusos en las prisiones del país son personas que se encuentran detenidas o procesadas y solo la menor parte condenadas. A lo lar-

En este capítulo analizaremos el cómo la reforma ha intentado cumplir este objetivo, tanto desde su diseño normativo como en los resultados concretos. A su vez, daremos cuenta del intenso debate que ha existido en nuestro país en relación a la materia, lo que se ha traducido en diversas reformas legales al estatuto de la prisión preventiva en el nuevo sistema procesal penal, intentando verificar si dichos cambios han tenido también algún impacto en la práctica del sistema.

3.1. Los principales cambios impuestos por la reforma:

Para enfrentar la situación descrita el nuevo sistema procesal penal contuvo diversas modificaciones, tanto de diseño o estructura del sistema como a nivel de normas de regulación específica de esta institución, con el objetivo de racionalizar el uso de la prisión preventiva. En esta sección revisaremos someramente los principales cambios propuestos, teniendo presente que la idea no es realizar un análisis dogmático exhaustivo de las diversas instituciones sino entregar la información de contexto que permita al lector comprender la estrategia seguida y las herramientas diseñadas para ello.

a) *El cambio de lógica o de paradigma*

Una de las principales apuestas de la reforma que explica buena parte de las modificaciones introducidas por el nuevo sistema procesal penal en la materia se orientan a producir un cambio de lógica en la operativa de las instituciones, lo que se esperaba debía tener un impacto directo en el uso de las medidas cautelares personales. Es así como en ambos sistemas se contemplan reglas que reconocen de manera expresa la presunción de inocencia, pero como hemos visto la lógica general del sistema inquisitivo anterior a la reforma, sumado a elementos de diseño normativo, tendían a excluirla en la práctica.

Como se mencionó, el eje del sistema de coerción en el Código de Procedimiento Penal estuvo constituido por el sometimiento a proce-

go de la década del ochenta y en lo que va del noventa, la población condenada nunca supera el cuarenta y nueve por ciento de la población privada de libertad). Se trata, pues, de un sistema que posee formas deficitarias de división del trabajo, obsoleto y deficiente en su gestión. La reforma al proceso penal debe traducirse, entonces, en una mejora en la gestión jurisdiccional del Estado". Véase Mensaje Nro. 110-331 de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Nuevo Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, Santiago, 9 de junio de 1995.

so. Esta resolución jugó en el sistema inquisitivo antiguo una función determinante. Por su intermedio, el juez declaraba 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 quedaba 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 comenzaban a aplicarse necesariamente una vez que el proceso ha alcanzado este estadio y daban cuenta de una concepción propia del sistema inquisitivo, en que no aparecen claramente separadas las nociones de proceso y castigo. En este modelo la cautela no constituía el fundamento de la coerción, puesto que siempre había coerción con o sin necesidad de cautela. El núcleo central de su procedencia era la existencia del delito, que aparece justificado en principio y declarado en el auto de procesamiento.

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 respecto de un imputado protegido por la presunción de inocencia, cuya necesidad requiere ser invocada y acreditada en cada caso por el fiscal²⁸. Estas solicitudes deben ser siempre posteriores a la formalización de la investigación²⁹, esto es, debe haberse explicitado formalmente ante el juez por parte del fiscal el contenido de la imputación. En consecuencia, 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. Si se produce esa imputación, pero el fiscal no solicita o no puede justificar los supuestos de procedencia de la prisión preventiva (en forma autónoma a la propia imputación), la persona objeto de investigación en principio quedará en un régimen de libertad sin restricción de derechos alguna.

²⁸ La excepcionalidad en el uso de las medidas cautelares y particularmente de la prisión preventiva, se regula en dos disposiciones del Código Procesal Penal: artículos 122 y 139 respectivamente.

²⁹ De acuerdo al artículo 229 del Código Procesal Penal la formalización de la investigación "...es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados". Según el artículo 230 del mismo cuerpo legal, si el fiscal desea obtener que un juez decrete la prisión preventiva de un imputado necesariamente debe haberse formalizado la investigación en su contra en forma previa.

b) *La separación de funciones entre jueces y fiscales*

Un segundo cambio estructural en la lógica del nuevo sistema emana del hecho que la reforma ha significado una clara separación de funciones entre el órgano responsable de la persecución penal (encargado de evaluar la necesidad y luego solicitar las medidas cautelares personales) y el órgano jurisdiccional (encargado de decretarlas). El hecho que la reforma haya creado a fiscales con responsabilidades de llevar adelante la persecución penal con un rol claro ha permitido que los jueces se encuentren en una posición institucional que garantiza de mejor manera su independencia e imparcialidad para resolver la procedencia de las medidas cautelares. En este sentido una gran ventaja o garantía de este nuevo esquema procesal está en el hecho que el juez no se encuentra comprometido con los intereses de la persecución penal y, por lo mismo, se encuentra en una posición de mucho mayor libertad para rechazar solicitudes de prisión preventiva presentadas por un fiscal que no satisfagan las exigencias establecidas por la ley para proceder. Dicha intervención judicial se produce en momentos muy tempranos en caso que una persona haya sido detenida, por lo que la garantía de intervención judicial se hace operativa de forma rápida.

Cabe destacar que un elemento central del diseño del Código establecido para reforzar la función de garantía del juez en materia de prisión preventiva ha sido el establecimiento de la audiencia como metodología para las decisiones sobre la misma. En efecto, la discusión acerca de la procedencia de la prisión preventiva siempre se realiza en una audiencia oral, pública y contradictoria. Con ello no solo se asegura el contacto directo del juez con las partes y el imputado, sino que también se activan otros mecanismos (como por ejemplo la defensa) que garantizan que el debate acerca de la procedencia de la prisión preventiva se dé en un entorno mínimo de resguardos para los derechos del imputado.

c) *Restricciones en las hipótesis de procedencia*

A pesar de estos cambios en la lógica del nuevo sistema y en la división de funciones de los actores que intervienen en él, en una primera lectura de las reglas generales que establecen las causales de procedencia de la prisión preventiva se puede concluir que se han mantenido en términos generales en forma muy similar al sistema anterior. Esto se produjo como consecuencia de la imposibilidad de avanzar en un cambio constitucional en la materia debido a la falta de consensos en la materia. Al no alterarse la normativa cons-

titucional, el texto legal debió mantener la lógica de un sistema de causales relativamente abiertos y con implicancias que van más allá de la pura necesidad de asegurar la comparecencia del imputado al proceso. Así, el Código, en el artículo 140 letra c), establece en forma taxativa (siguiendo al texto constitucional en su artículo 19 Nro. 7 letra e) cuáles son los objetivos procesales que pueden ser objeto de protección³⁰. Dicho de otra manera, el Código establece cuáles son las justificaciones que pueden legítimamente invocarse para solicitar medidas cautelares personales.

En este contexto, la pregunta es en qué sentido desde el punto de vista de las causales de procedencia de la prisión preventiva la reforma significó una restricción a lo que ocurría en el sistema antiguo. La respuesta es que ello se intentó por medio de darle un contenido específico a cada causal restringiendo el alcance que tradicionalmente habían tenido en la jurisprudencia del sistema antiguo y por esa vía reducir su utilización. Por ejemplo, la causal necesidad de la investigación, que había sido interpretada tradicionalmente como el hecho que existieren diligencias pendientes y que por lo mismo era generalmente invocada como justificación de la prisión preventiva en las primeras etapas de la investigación en forma bastante amplia fue acotada por la redacción original del nuevo código. Así, el artículo 140 c) exigía para su procedencia la existencia de antecedentes calificados que permitan presumir al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, entendiendo por aquello en el inciso segundo de dicho artículo que "...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". Algo similar ocurrió con la causal de protección de la víctima. Menos avance hubo en la causal de protección de seguridad de la sociedad. Con todo, hubo un esfuerzo por dotar de contenido más específico a cada causal y elevar el estándar de justificación exigido por un tribunal al decretar la procedencia de la prisión preventiva.

³⁰ En la tercera sección de este capítulo revisaremos los cambios que ha tenido esta norma del Código Procesal Penal. Para los efectos de esta parte nos basta con consignar que la norma original del artículo 140 mantuvo las tres causales constitucionales ya reproducidas.

d) Establecimiento de un sistema de respuestas alternativas

Otro cambio relevante que estableció el nuevo sistema se refiere a la regulación de un catálogo de medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva (reguladas en el artículo 155 del código) con el objetivo de establecer mecanismos menos afectadores de la libertad individual que la prisión preventiva pero igualmente idóneos para asegurar los fines del procedimiento. La idea era que la persecución penal pudiera recurrir al uso de estos mecanismos en vez de la prisión preventiva en los casos en los que se evaluara como necesaria una medida de restricción de derechos para asegurar los fines del procedimiento, pero sin que para ello fuera necesaria una restricción tan intensa de la libertad personal de la persona investigada.

De esta forma, la idea del nuevo sistema fue la de evitar el uso de la prisión preventiva para casos en los cuales se podrían lograr sus objetivos por medios más sencillos ya que estas medidas cautelares alternativas debían 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 frecuente, reservándose la prisión preventiva para casos extremos o para cuando el imputado no respete las restricciones impuestas. Si en cambio la razón pro la cual se solicitaba la prisión preventiva era el peligro de fuga, se podía adoptar un arraigo nacional o territorial de la persona para asegurar su comparecencia sin necesidad de utilizar la privación de libertad.

Otras medidas cautelares alternativas contenidas en el Código, 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 defensa³¹.

³¹ El artículo 155 del Código regula las siguientes medidas: arresto domiciliario; la

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Procesal Penal, estas medidas están sujetas a los mismos requisitos y controles que la prisión preventiva. 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 para la seguridad de la sociedad, la protección de la víctima y la protección de la investigación³².

e) Regulación del principio de proporcionalidad y límites temporales al uso de la prisión preventiva

Hasta el momento los cuatro cambios revisados intentaron tener un impacto evitando que casos en donde no era necesario o conveniente se utilizara la prisión preventiva. Con todo, como hemos visto, los problemas del sistema antiguo no eran solo acerca de su amplia procedencia, sino que también en muchos casos acerca de la extensa duración de la prisión preventiva. Esto requería establecer una limitación adicional en aquellas situaciones en donde a pesar de los límites anteriores esta medida cautelar se hiciera procedente. De esta forma el nuevo Código intentó avanzar estableciendo un conjunto de límites temporales al uso de la prisión preventiva.

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 durante su tramitación legislativa, 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 proceso.

sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez u otra autoridad que este designe; el arraigo nacional, regional o local; la prohibición de asistir a ciertos recintos públicos o de visitar ciertos lugares; la prohibición de comunicarse con personas determinadas; y la prohibición de acercarse al ofendido o su familia y, en su caso, de abandonar el hogar común.

³² Artículo 155: “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 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...”.

No obstante que dichas reglas no quedaron en el Código definitivamente aprobado, sí se instaló con claridad la noción de que la prisión preventiva debía limitarse temporalmente para lo cual se reguló el principio de proporcionalidad³³. Las consecuencias concretas de esta idea fueron 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 otra parte, 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 aparecía recogida en el Código Procesal Penal original en tres ocasiones: por una parte, se contemplaba la exclusión de medidas cautelares cuando se trata de faltas o de delitos a los que la ley no sancione con penas privativas ni restrictivas de libertad, y en esos casos no puede imponerse ninguna medida cautelar al imputado, a excepción de la citación³⁴. Esta expresión del principio de proporcionalidad fue objeto de la reforma de la Ley 19.789 que excluyó de esta regla a ciertas faltas. En segundo término, el artículo 141 letras a) y b) del Código establecía 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 cuando se tratase de delitos de acción privada³⁵. El alcance de esta limitación se redujo por la Ley 20.074.

³³ Una de sus principales manifestaciones se reguló en el texto original del artículo 141 inciso primero que señalaba "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". Dicho inciso fue eliminado con posterioridad por la Ley Nro. 20.074 de 14 de noviembre de 2005.

³⁴ El artículo 124 del Código Procesal Penal señalaba en su redacción original que: "Artículo 124.- Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedieren las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33."

³⁵ El artículo 141 inciso segundo del Código Procesal Penal señalaba en su redacción original que "Artículo 141.- Improcedencia de la prisión preventiva. No procederá la prisión preventiva:

Finalmente, el artículo 141 letra c) del Código señalaba que no procedería la prisión preventiva en el evento que la pena privativa de libertad que se pudiere imponerse no fuera de cumplimiento efectivo y el imputado acreditare arraigo social o familiar³⁶. Dicha regla fue luego reemplazada por la Ley Nro. 20.074³⁷.

En cuanto a la segunda consecuencia del principio de proporcionalidad, esto es, la limitación temporal de las medidas en relación con el monto de la pena, como ya mencionamos 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 cuestión³⁸. El Código, sin embargo, mantuvo una norma 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 condenatoria³⁹.

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

b) Cuando se tratare de un delito de acción privada, y..."

³⁶ El artículo 141 letra c) del Código Procesal Penal señalaba en su redacción original que: "c) Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y este acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social."

³⁷ El artículo 141 c) actual del Código Procesal Penal dispone: "*Improcedencia de la prisión preventiva*. No se podrá ordenar la prisión preventiva: c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6º, podrá solicitarlas anticipadamente, de conformidad a las disposiciones de este Párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad".

³⁸ 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".

³⁹ El artículo 152 inciso 2º dispone: "En todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación".

f) Las detenciones policiales

Finalmente, un último cambio normativo relevante que es necesario mencionar se refiere al régimen de las detenciones. Como hemos visto ellas explicaban un porcentaje relevante del total de personas presas en el sistema antiguo. Las dos reglas relevantes que se introdujeron en esta materia fueron una relativa a los plazos de detención y otra referente al lugar de detención. En materia de plazos el nuevo Código Procesal Penal estableció una regla mucho más estricta que en el sistema anterior. En efecto el artículo 131 estableció que toda persona detenida debía ser llevada inmediatamente ante el tribunal o a más tardar dentro de las 24 horas siguientes. Con esto se redujo notablemente el tiempo para tomar decisiones acerca de la privación de libertad de un detenido, ya que de conformidad al artículo 132 del código la regla general del sistema en que en esa primera audiencia que se realiza en el plazo de 24 horas el fiscal debe comunicarles los cargos al imputado y señalar si requerirá la prisión preventiva u otra medida cautelar personal⁴⁰. Una segunda norma relevante que complementó este régimen fue la del artículo 133 que estableció que el ingreso de personas detenidas a recintos penitenciarios solo puede hacerse en virtud de órdenes judiciales. Esto significa que en la práctica los detenidos no son ingresados a las cárceles sino con posterioridad a la audiencia dentro de las 24 horas en donde normalmente se decide si es procedente la prisión preventiva. En el tiempo intermedio entre la detención y la conducción al tribunal las personas son mantenidas en los cuarteles policiales por regla general⁴¹.

3.2. El impacto de la Reforma Procesal Penal en el uso de la prisión preventiva

En esta sección revisaremos los principales impactos tenidos por el cambio de sistema en relación al uso de la prisión preventiva en Chile. Cabe señalar que daremos cuenta de las principales tendencias en el funcionamiento de los casi ocho años de vigencia del nuevo sistema procesal penal chileno. Con todo, no creemos que estas tendencias deban ser tratadas linealmente como procesos

⁴⁰ El artículo 132 inciso 2º dispone que excepcionalmente el fiscal puede pedir una ampliación del plazo de la detención hasta por tres días más para formular cargos y solicitar medidas cautelares personales.

⁴¹ Con un poco más de detalle sobre el régimen legal de las detenciones puede verse Jôrg Stippel, *Las Cárceles y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile*, LOM Ediciones, Santiago 2006, pp. 38 a 48.

inmutables o prácticas plenamente asentadas. Nuestra experiencia indica que es posible que varias de ellas se modifiquen en el tiempo y de hecho en el período de funcionamiento de la reforma es posible constatar cómo algunas prácticas han ido cambiando en razón a una variada gama de factores. Dejaremos para la siguiente sección un análisis de los potenciales impactos que habrían tenido los cambios normativos que el régimen de la prisión preventiva regulado en la reforma ha experimentado y el análisis de algunos desafíos que se enfrentan en esta materia.

Para cumplir con los objetivos de esta sección nos valdremos de diversos estudios de evaluación acerca del funcionamiento de la reforma que se efectuaron durante los primeros años de esta, como también de los datos estadísticos disponibles en la materia. Como tendremos oportunidad de revisar, si bien la reforma ha producido una cantidad de información estadística que no se disponía con anterioridad, todavía los datos que reúnen las instituciones son bastante generales lo que dificulta obtener conclusiones muy específicas en varios ámbitos de nuestra investigación. Es necesario tener presente estas limitaciones ya que creemos a futuro debiera diseñar una metodología de trabajo que permita profundizar los hallazgos que somos capaces de mencionar con la información disponible en este momento.

3.2.1. El impacto general:

El proceso de implementación del nuevo sistema procesal penal en Chile se ha caracterizado por su fortaleza y por constituir –en la práctica– un cambio muy radical del modo de funcionamiento del sistema. Los cambios normativos planeados en la reforma se implementaron de un modo que favoreció su impacto sobre la realidad. La reforma procesal chilena fue puesta en marcha de modo muy sistemático a través de un proceso que duró cinco años y que supuso un enorme incremento del aparato judicial, además de múltiples actividades de capacitación destinadas a promover entre los operadores los valores de la reforma⁴². En general cabe destacar que gran parte de los actores del nuevo sistema fueron personas jóvenes, reclutadas especialmente para el proceso de cambio, con alta motivación que se identificaron fuertemente con el proceso de reforma y que, además, fueron entrenados intensamente para el mismo.

⁴² Con un poco más de detalle sobre el proceso de implementación véase Mauricio Duce y Cristián Riego, ob. cit.

La expresión de todo esto en materia de prisión preventiva ha sido muy importante. A continuación revisaremos las distintas dimensiones de este cambio.

a) *Disminución en el uso de la prisión preventiva*

Un primer impacto que es claramente posible de ser identificado en relación al uso de la prisión preventiva en el nuevo sistema dice relación con la frecuencia que esta se utiliza. Como vimos, los datos del sistema antiguo muestran que ella fue utilizada en una gran mayoría de los casos, aun en períodos breves. Los datos del nuevo sistema en cambio demuestran que solo una baja proporción del total de imputados a quienes se les ha formalizado una investigación se ven sometidos a esta medida cautelar personal.

Los tres estudios empíricos de evaluación realizados en los primeros años de funcionamiento de la reforma coinciden en que el principal impacto de esta en materia de prisión preventiva ha sido el de producir una reducción sustancial en su uso. Así, un estudio realizado al año de puesta en marcha concluía “Como se puede apreciar, la utilización de la prisión preventiva ha disminuido ostensiblemente”⁴³. En la misma dirección se pronuncian dos estudios realizados a dos años de la puesta en marcha del sistema⁴⁴. Las mismas conclusiones también son expuestas por otro estudio destinado a medir el impacto de una de las reformas legales realizadas al antiguo Código de Procedimiento Penal en forma paralela a la vigencia del nuevo sistema⁴⁵.

Estas conclusiones son ratificadas cuando se realiza un análisis de los datos estadísticos disponibles. De acuerdo a los anuarios es-

⁴³ Andrés Baytelman (redactor), Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena, Facultades de Derecho Universidad Diego Portales y Universidad de Chile, Santiago 2002, p. 95.

⁴⁴ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago 2003, pp. 187 a 201 y Andrés Ritter, Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena desde la perspectiva del Sistema Alemán, Sociedad Alemana de Cooperación Técnica (GTZ), Santiago 2003, pp. 58 y 59.

⁴⁵ Véase Patricia Arias y Gabriel Ríos, ob. cit. págs. 120 y 121, en donde sostienen analizando las cifras de Gendarmería de Chile del año 2001 en las regiones que se puso en marcha la reforma que “se ha observado una disminución de la cantidad de personas que se encuentran en prisión preventiva”.

tadísticos interinstitucionales de los años 2004⁴⁶, 2005⁴⁷ y 2006⁴⁸ se puede apreciar que una proporción menor al 20% del total de imputados respecto de quienes se formalizó la investigación fueron sometidos a prisión preventiva.⁴⁹ La tabla Nro. 4 presenta los resultados de ambos años.

Tabla 4

IMPUTADOS SOMETIDOS A PRISIÓN PREVENTIVA AÑOS 2004, 2005 Y 2006

Año	Nro. imputados sometidos a Prisión Preventiva	% imputados sometidos a Prisión Preventiva
2004	10.376	19,1
2005	14.603	18,6
2006	16.426	11,7

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos anuarios estadísticos interinstitucionales.

Se puede ver una constante entre los años 2004 y 2005 un poco menor al 20% del total de imputados formalizados en procedimientos ordinarios. Llama la atención que el año 2006 esta cifra tiene una baja muy significativa. Desconocemos con exactitud la razón que pueda explicar este fenómeno salvo especular que se puede deber al impacto que pudo haber tenido la puesta en marcha de la Región Metropolitana (Santiago) a mediados del año 2005 y que se reflejó estadísticamente en 2006. Desafortunadamente el anuario no ha sido publicado con posterioridad a la versión de 2006 con lo cual no disponemos de estos datos actualizados que permitan ver, utilizando la misma fuente, si la tendencia del año 2006 se ha mantenido. Con todo, la revisión de los datos disponibles tanto en la Defensoría Penal Pública como en el Ministerio Público en los años 2006 y 2007 tiende a demostrar que más allá de la diferencia entre los años los porcentajes de prisión preventiva respecto del total de imputados son bajos.

⁴⁶ Véase, Anuario Estadístico Interinstitucional Reforma Procesal Penal 2004, Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Defensoría Penal Pública, Santiago junio 2005, 232 p.

⁴⁷ Véase, Anuario Estadístico Interinstitucional Reforma Procesal Penal 2005, Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Defensoría Penal Pública, Santiago junio 2006, 272 p.

⁴⁸ Véase, Anuario Estadístico Interinstitucional Reforma Procesal Penal 2006, Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Defensoría Penal Pública, Santiago 2007, 267 p.

⁴⁹ Cabe señalar que el Anuario de 2003 no consigna información en la materia.

Así, la Defensoría Penal Pública reporta en su Memoria Anual de año 2006 que del total de imputados atendidos en dicho año (201.267) solo al 31,3% se le aplicó una medida cautelar y que del total de medidas cautelares consideradas como un universo completo, solo el 15,9% correspondió a prisiones preventivas⁵⁰. Para el año 2007 la Memoria Anual indica que del total de imputados atendidos en dicho año (247.367) solo a un 24,5% se le aplicó una medida cautelar y que del total de medidas cautelares consideradas como un universo completo, solo el 15,6% correspondió a prisiones preventivas⁵¹. A su vez, se afirma que el año 2005, año en que la reforma comenzó a regir en todo el país, se aplicó prisión preventiva a un 9,6% de los imputados, el año 2006 a un 7% y el año 2007 a un 6,5%, pero llamando la atención a que no obstante se ha producido una baja porcentual el número absoluto de imputados sometidos a prisión preventiva aumentó entre 2005 y 2007 de 12.193 a 17.092, es decir, cerca de un 40%⁵².

Las cifras de la Defensoría son bastante claras respecto a que en un porcentaje menor de los casos se decreta la prisión preventiva, pero tienen el problema que, aun cuando cubren un porcentaje mayoritario de los imputados del país, la Defensoría no representa al total de imputados que el sistema persigue. Por ello las estadísticas del Ministerio Público arrojan resultados un poco más representativos del universo total de casos. La Tabla Nro. 5 resume estos datos.

⁵⁰ Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2006, Santiago 2007, p. 51. Estos datos pueden verse también en Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico Anual 2006, pp. 24 y 25. Versión electrónica de dicho informe se encuentra en la página web de la Defensoría: www.dpp.cl

⁵¹ Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2007, Santiago 2008, p. 42. Estos datos pueden verse también en Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico Anual 2007, pp. 28 y 29. Versión electrónica de dicho informe se encuentra en la página web de la Defensoría: www.dpp.cl

⁵² Idem p. 41.

Tabla 5
 IMPUTADOS FORMALIZADOS SOMETIDOS A PRISIÓN PREVENTIVA

Año	Nro. Imputados formalizados	Nro. prisiones preventivas	%
2006	117.962	18.682	15,8
2007	150.726	22.746	15,1
2008 ⁵⁵	91.772	12.110	13,2
Acumulado ⁵⁶	732.686	83.389	11,4

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2006, 2007 y primer semestre 2008⁵⁴.

Como se puede apreciar, estas cifras resultan bastante consistentes con las contenidas en los anuarios interinstitucionales de los años 2004, 2005 y 2006, pero presentan alguna diferencia con las de la Defensoría. Nos parece que la diferencia de porcentaje entre los datos del Ministerio Público y la Defensoría puede deberse a dos razones. Por una parte, los datos del Ministerio Público se construyen sobre la base de imputados a quienes se les ha formalizado la investigación, dejando de lado una no despreciable cantidad de imputados en casos de menor entidad (faltas y delitos con penas privativas de libertad mínima) que son llevados adelante por el Ministerio Público por medio procedimientos especiales previstos en el Código Procesal Penal en donde no se produce formalización de la investigación y en donde normalmente no se discute ni se decreta la prisión preventiva como consecuencia de las reglas de proporcionalidad que ya hemos explicado previamente. De otra, una porción de la diferencia puede deberse a que el total de imputados atendidos por la Defensoría podría incluir a personas a las que nunca se les formaliza por otra razones distintas al procedimiento seguido en su contra (por ejemplo porque el Ministerio Público decidió no seguir adelante por motivos de política criminal por medio del ejercicio del principio de oportunidad). Cualesquiera sean las razones, los datos de todas las instituciones son bastante consistentes en ratificar el punto inicial de esta sección: la prisión preventiva se usa en un porcentaje minoritario de las personas que son objeto de persecución penal en el nuevo sistema⁵⁶.

⁵³ Ministerio Público, Boletín Estadístico 2006, pp. 43 y 44, Boletín Estadístico 2007 páginas 34 y 35 y Boletín Estadístico Primer semestre de 2008 pp. 19 y 20 y 42 y 43.

⁵⁴ Cubre primer semestre de 2008, es decir, entre el 1 de enero y 30 de junio de ese año.

⁵⁵ Cubre entre el inicio de la reforma y el 30 de junio de 2008.

⁵⁶ Cabe señalar que la Defensoría Penal Pública pone una nota de cautela en

Una forma distinta de verificar la conclusión anterior es por medio de analizar el efectivo impacto que tendría el menor uso de la prisión preventiva en los flujos penitenciarios. Lo lógico sería que a partir de un menor uso, el porcentaje de personas que en prisión preventiva en el promedio diario de los recintos penitenciarios debiera haberse reducido significativamente y, en consecuencia, aumentado el porcentaje de condenados. Al respecto, las cifras de Gendarmería de Chile⁵⁷ dan cuenta de un descenso paulatino del porcentaje de imputados presos en prisión preventiva en todo el país, ratificándose de esta forma la percepción del impacto del sistema en materia de flujo penitenciario. La tabla Nro. 6 resume estos resultados en el período 2000-2007.

Tabla 6

PORCENTAJE DE PRESOS CONDENADOS Y EN PRISIÓN PREVENTIVA EN PROMEDIO DIARIO 2000-2007 (A MAYO DE 2007)

Año	% en Prisión Preventiva y detenidos	% Condenados
2000	48,5	51,5
2001	44,6	55,4
2002	44,7	55,3
2003	44,5	55,5
2004	38,9	61,1
2005	35,0	65,0
2006	29,9	70,1
2007	24,0	76,0

Fuente: Álvarez, Marangunic y Herrera⁵⁸

sus informes estadísticos acerca del real impacto que demostraría la baja en el porcentaje de imputados formalizados y sometidos a prisión preventiva. Así, se afirma que una explicación a esta baja no pasa necesariamente por la racionalización del uso de la prisión preventiva sino por el hecho que el Ministerio Público habría aumentado la formalización de la investigación en casos de menor gravedad en los que no sería procedente esta medida. Véase Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico 2007, p. 29. Nos parece se trata de una hipótesis a tener presente, pero que en todo caso parece no anular las conclusiones que hemos presentado. En todo caso parece necesario contar con mayores datos estadísticos para discutirla en profundidad.

⁵⁷ Gendarmería de Chile es el servicio público encargado de la custodia de las prisiones. Se trata de un órgano militarizado que depende del Poder Ejecutivo, específicamente del Ministerio de Justicia.

⁵⁸ Pablo Álvarez, Antonio Marangunic y Raúl Herrera, Impacto de la Reforma Procesal Penal en la Población Carcelaria del País, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios Nro. 11, diciembre de 2007, Gendarmería de Chile, p. 122.

Según se puede observar, desde el año 2000 en donde los resultados reflejan fundamentalmente la realidad de funcionamiento del sistema anterior ya que la reforma comenzó a funcionar el 16 de diciembre de ese año en solo dos regiones (por lo que su impacto fue mínimo) se ha pasado de un 48,5% de presos sin condena a un 24%, es decir su reducción a la mitad. Cabe tener presente que estos datos no desagregan qué porcentaje de ese 24% está en calidad de detenido y quiénes de procesados por el sistema antiguo. De esta forma el 24% aglutina a un porcentaje superior del total de presos en prisión preventiva del nuevo sistema.

Este problema se subsana en la Tabla Nro. 7 que contiene los datos de Gendarmería de Chile desagregados en el período 2000-2007 obtenidos de una fuente diversa.

Tabla 7

PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA SEGÚN SU ESTADO PROCESAL EN PROMEDIO DIARIO PERÍODO 2000-2007

Año	Detenidos		Procesados		Condenados		Total	
	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%
2000	2.391	7,2	13.642	41,3	17.017	51,5	33.050	100
2001	2.115	6,3	12.891	38,3	18.614	55,4	33.620	100
2002	2.094	6,0	13.373	38,3	19.434	55,7	34.901	100
2003	1.799	5,0	14.178	39,0	20.354	56,0	36.331	100
2004	1.039	2,9	12.965	35,6	22.370	61,5	36.674	100
2005	1.090	2,9	11.739	31,7	24.204	65,4	37.033	100
2006	256	0,6	11.546	29,3	27.615	70,1	39.417	100
2007	266	0,6	10.484	24,0	32.852	75,3	43.602	100

Fuente: *Estadísticas Gendarmería de Chile*⁵⁹.

Un problema de estas estadísticas es que agrupan en una misma categoría a procesados en prisión preventiva del antiguo y del nuevo sistema en la misma categoría. Las estadísticas disponibles en el sitio web de Gendarmería de Chile que dan cuenta de la realidad penitenciaria chilena al 31 de julio y al 30 de septiembre de 2008 son de utilidad ya que hacen este ejercicio de desagregar entre las diversas categorías de personas privadas de libertad. Acorde con ellas el promedio diario de reclusos al 31 de julio estaba integrado por un 77,6% de condenados, un 21,2% de imputados en prisión pre-

⁵⁹ Datos obtenidos de Lucía Dammert y Liza Zúñiga, *La Cárcel: Problemas y Desafíos para las Américas*, FLACSO-Chile, Santiago 2008, p. 175.

ventiva, un 0,7% de procesados en prisión preventiva del sistema antiguo y un 0,4% de detenidos⁶⁰. Al 30 de septiembre un 77,4% era de condenados, un 21,6% de imputados en prisión preventiva, un 0,6% de procesados en prisión preventiva del sistema antiguo y un 0,4% de detenidos⁶¹. Se puede observar de estas cifras, además, que la tendencia al aumento de la proporción de presos condenados y la disminución de los sometidos a prisión preventiva se ha mantenido durante el año 2008.

Las cifras expuestas se reflejan también en la cantidad absoluta de presos en prisión preventiva (y detenidos) en el promedio diario anual, según lo muestra la tabla Nro. 8.

Tabla 8

NRO. PRESOS SIN CONDENA Y CONDENADOS EN PROMEDIO DIARIO 2000-2007
(A MAYO DE 2007)

Año	Nro. Presos sin Condena	Nro. condenados
2000	16.030	17.017
2001	15.006	18.613
2002	15.467	19.143
2003	15.977	19.965
2004	14.004	21.954
2005	12.829	23.875
2006	11.802	27.615
2007	10.478	33.245

Fuente: Álvarez, Marangunic y Herrera⁶².

Según se puede observar desde el año 2000 en adelante se ha producido una paulatina disminución del número absoluto de personas presas sin condena en el promedio diario a la vez que un incremento significativo de las personas condenadas. Esto hace que a pesar de la baja en el primer rubro el número de personas presas haya ido aumentando de manera significativa en Chile (de 33.000 a más de 43.000 reclusos). Sin entrar al tema de la población condenada, cabe señalar que los promedios diarios de los años 2006 y 2007 son incluso más bajos que el promedio del año 1999 (12.787 personas

⁶⁰ Véase www.gendarmeria.cl/interior_estadística.html (revisada por última vez el 16 de septiembre de 2008).

⁶¹ Véase www.gendarmeria.cl (revisada última vez el 10 de noviembre de 2008).

⁶² Pablo Álvarez, Antonio Marangunic y Raúl Herrera, Impacto de la Reforma Procesal Penal en la Población Carcelaria del País, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios Nro. 11, diciembre de 2007, Gendarmería de Chile, p. 123.

según la tabla Nro. 1). Es decir luego de siete u ocho años y de haberse producido un aumento de la población penitenciaria general superior al 40% los promedios diarios de personas en prisión preventiva son inferiores a los del sistema inquisitivo. Esta situación se profundiza con las Estadísticas de Gendarmería al 31 de julio de 2008, según las cuales el 23,3% estaba compuesto por presos sin condena, es decir, un total de 11.133 personas, de las cuales solo 10.583 corresponden a imputados en prisión preventiva por el nuevo sistema. Todo esto de un total de 49.805 presos. El 30 de septiembre de 2008 esa cifra baja a un 22,6% de presos sin condena, es decir, un total de 11.521 personas (11.005 imputadas en prisión preventiva), de un total de personas presas de 50.980.

La tendencia descrita se refleja con mayor claridad si junto con analizar los números absolutos de presos sin condena en el promedio diario, considera el total de ellos en relación a la población. La tabla nº 9 contiene estos datos en tres años de vigencia del sistema inquisitivo (1985, 1989 y 1999) y los años 2007 y 2008 (promedio del 31 de julio).

Tabla 9
NRO. PERSONAS DETENIDAS Y SOMETIDAS A PRISIÓN PREVENTIVA POR CADA
100.000 HABITANTES

Año	Detenidos		En Prisión Preventiva		Total	
	Cantidad	Nro. x 100.000	Cantidad	Nro. x 100.000	Cantidad	Nro. X 100.000
1985	2.081	17,2	8.550	70,6	10.631	87,8
1989	2.423	18,7	10.751	82,8	13.174	101,5
1999	2.270	14,9	12.787	84,1	15.057	99
2007	266	1,6	10.484	63,1	10.750	64,7
2008	550	3,2	10.583	63,1	11.133	66,4

Fuente: *Elaboración propia sobre la base de Estadísticas Gendarmería de Chile y del Instituto Nacional de Estadísticas (INE)*⁶³.

Se puede apreciar que la baja no solo es en términos de números absolutos, sino que especialmente en el número de presos sin condena por cada 100.000 habitantes. Si se considera solo la prisión

⁶³ Datos del INE obtenidos de su página: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/proyecciones/DatPais/Copia%20de%20SalTPusuario-sOK1.xls#T1!A1 (última vez visita el día 6 de octubre de 2008). De acuerdo a ellos la población de Chile el año 1985 era de : 12.102.174; la del año 1989 era de: 12.963.457; la del año 1999 de 15.197.213; la del año 2007 16.598.074; y la del 2008 de 16.763.470.

preventiva es posible apreciar una baja cercana al 25%. Si se incluye el número de detenidos en ambos sistemas la baja porcentual es cerca de un tercio.

En este contexto, nos interesa detenernos en una aparente contradicción con las cifras de la defensoría en donde se afirmaba el incremento de personas sometidas a prisión preventiva entre los años 2005 y 2007. Nos parece que esta contradicción puede explicarse fundamentalmente porque las cifras de la tabla nº 7 se refieren a los promedios diarios de reclusos y no al número total de personas que en un año pasaron por prisión preventiva. Por lo mismo es explicable que este número sea menor. De hecho según los propios datos del Ministerio Público el total de prisiones preventivas (flujo y no promedio diario) decretadas el año 2006 fue de 18.682 y el 2007 de 22.083⁶⁴. De otra parte, como ya señalábamos las cifras de la tabla Nro. 9 incluyen a detenidos y procesados en el sistema antiguo, que no son considerados por las cifras de la Defensoría, lo que explicaría también el porqué siendo menor la cifra de la tabla Nro. 9 no se trata de una cifra tan baja que respecto a la de la defensoría. En todo caso, desde el punto de vista de los flujos de personas sometidas a prisión preventiva el nuevo sistema también muestra un impacto positivo en términos de reducción, lo que reafirma el punto que hemos sostenido hasta el momento. De acuerdo a las cifras de Gendarmería de Chile el flujo de procesados sujetos a prisión preventiva del año 1990 fueron 29.136, el año 1991 25.067, el año 1992 23.592 y en 1993 23.967⁶⁵. Como se puede apreciar todos más altos que la cifra del año 2007 a cerca de 15 años.

A la luz de los antecedentes empíricos revisados (Defensoría, Ministerio Público y Gendarmería) parece posible concluir que la reforma efectivamente está produciendo un efecto de racionalización en el uso de la prisión preventiva tal como se proyectaba en la etapa de su diseño. Con todo, la información disponible indica que este efecto de racionalización no se habría producido por igual en todo tipo de delitos. En efecto, según constata la evaluación de Baytelman y

⁶⁴ Véase Ministerio Público, Informe Estadístico Anual 2007, p. 94. Nos referimos a los años 2006 y 2007 por ser los únicos en que la reforma ha funcionado en todo el país durante todo el período. La comparación que hace la defensa entre 2005 y 2007 no considera que la reforma partió en la Región Metropolitana solo en junio de 2005 por lo que es natural que el número de prisiones preventivas decretadas haya sido muy inferior al de los años posteriores. Considerada la variación entre el año 2006 y 2007 se llega solo a un 7,5% de aumento.

⁶⁵ Véase María Angélica Jiménez, ob. cit. p. 108. Desafortunadamente no disponemos del dato de los flujos al año 1999.

Duce del año 2003⁶⁶ se hace necesario distinguir diversas hipótesis de delitos. En primer lugar, la prisión preventiva prácticamente habría desaparecido en delitos menos graves, especialmente tratándose de imputados que no cuentan con antecedentes penales previos o con antecedentes por cuestiones menores. Recordemos que en el sistema inquisitivo estas personas habrían obtenido la libertad provisional, pero, con probabilidad, antes de ello habrían estado períodos variables en prisión preventiva, desde algunos días hasta a un par de meses. En estos casos el sistema estaría utilizando en vez de la prisión preventiva a las medidas cautelares personales del artículo 155. Según constata la misma evaluación, la no utilización de la prisión preventiva en estos casos no solo obedecería a que los jueces mayoritariamente no están dispuestos a concederla, sino que, también debido a que los propios fiscales han limitado su solicitud⁶⁷. En este sentido, parece haberse consolidado el que en casos de mediana o baja gravedad (como por ejemplo hurtos o lesiones menos graves) en los que el imputado no cuenta con antecedentes penales y, además, demuestra cierto arraigo, derechamente se discute la procedencia de una medida cautelar del artículo 155. Estos hallazgos son ratificados por los datos estadísticos del sistema. Así, por ejemplo, el Anuario Estadístico Interinstitucional del año 2006⁶⁸ da cuenta que en los delitos de hurto solo un 2,3% de los imputados en procedimiento ordinario estuvo sometido a prisión preventiva y un 2,2% en los delitos de lesiones, dando incluso cuenta de una tendencia a la baja respecto de los años 2005 (3,9% en los hurtos y 4,9% en las lesiones) y el 2004⁶⁹.

Un segundo grupo de delitos en donde se produjo un efecto disminución el uso de la prisión preventiva con la reforma se encuentra en un grupo de delitos o casos que se podrían considerar intermedios en términos de su gravedad, es decir, que podrían ser sancionados con penas privativas de libertad equivalentes o superiores a tres años pero que no constituyen infracciones leves, por ejemplo, los robo por sorpresa o lesiones graves. Sin perjuicio que respecto de estos delitos la evaluación de Baytelman y Duce⁷⁰ da cuenta de

⁶⁶ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. pp. 188 y 189.

⁶⁷ En este mismo sentido se pronuncia Andrés Ritter, ob. cit. p. 58.

⁶⁸ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, p. 76.

⁶⁹ Ob. cit. p. 85. El año 2004 las cifras son levemente superiores pero también dan cuenta de un bajo uso de esta medida cautelar en este tipo de delitos, un 6,4% tratándose de hurtos y de 6,1% tratándose de las lesiones. Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2004, p. 72.

⁷⁰ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. p. 189.

una mucho mayor heterogeneidad de criterios que en el caso de los delitos menos graves, también constatan habría un cambio relevante de prácticas respecto al sistema antiguo. Las cifras estadísticas del sistema tienden nuevamente a ratificar esta impresión. Así, el Anuario Estadístico Interinstitucional del año 2004 da cuenta que en los delitos de robo no violento (robo con fuerza en las cosas y por sorpresa) el 29,7% de los imputados en procedimiento ordinario fue sometido a prisión preventiva⁷¹. Para el año 2005 esa cifra bajó a un 25%⁷² y en el año 2006 esta tendencia se mantuvo y se llegó a un porcentaje de 22,4%⁷³. En consecuencia, en el tiempo parece haberse profundizado el hallazgo de la evaluación del año 2003.

En cambio, se constata que la reforma no ha sido capaz de generar cambios más profundos (en el sentido de disminuir el uso de la prisión preventiva significativamente) tratándose de los delitos más graves, entendiendo por aquellos a los que tienen penas asignadas en la ley superiores a los cinco años de privación de libertad, es decir que con probabilidad si es que se dictan condenas estas serían a penas de privación de libertad de cumplimiento efectivo. Para este grupo de casos pareciera que el uso de la prisión preventiva se mantiene como constante respecto a las prácticas del sistema antiguo. La evaluación de Baytelman y Duce constata que la opinión consensuada de los actores del sistema es que en ese tipo de delitos prácticamente no existe espacio de discusión para obtener una medida cautelar personal distinta a la prisión preventiva⁷⁴. Con todo, se reconoce un efecto marginal en esta categoría de casos. Nuevamente las estadísticas del sistema tienden a ratificar estas impresiones. En el año 2004 el total de imputados en procedimiento ordinario por delitos de homicidio que fue sometido a prisión preventiva llegó a un 68,9%, en delitos de drogas un 58,4% y en delitos de robo un 52,7%⁷⁵. Estas cifras se elevan por regla general (a diferencia de lo ocurrido tratándose de delitos menores e intermedios) el año 2005, así el porcentaje de imputados sometidos a prisión preventiva en los delitos de homicidio llegó a 79,3%, en los delitos de robo a 54,0% y en los delitos de la ley de drogas a un 47,2% (única baja)⁷⁶. En el año 2006, en cambio, se produce una baja en los tres tipos de delitos consistente con la baja general en las otras categorías. Así

⁷¹ Ob. cit. p. 72.

⁷² Ob. cit. p. 85.

⁷³ Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, ob. cit. p. 76

⁷⁴ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. pp. 189 y 190.

⁷⁵ Anuario Estadístico Interinstitucional 2004, ob. cit. p. 72.

⁷⁶ Anuario Estadístico Interinstitucional 2005, ob. cit. p. 85.

en los homicidios un 61,4% de los imputados estuvo sometido a prisión preventiva, en los robos un 42,2% y en los delitos de drogas un 34,4%⁷⁷. Como se puede observar, se trata de cifras más altas que en el resto de las categorías, pero inferiores a las que consigna el estudio de Paz Ciudadana del año 2001 contenido en tabla Nro. 2, aun cuando debe tenerse presente que no se trata de universos estrictamente comparables.

Las diferencias entre el uso de la prisión preventiva entre estas categorías de delitos se ve también reflejada en las estadísticas de la Defensoría Penal Pública. La tabla Nro. 10 resume los resultados del año 2006 y el acumulado por la defensoría desde su inicio hasta el 2006 en siete categorías de delitos.

Tabla 10
PORCENTAJES DE PRISIÓN PREVENTIVA POR DELITO INGRESADO AÑO 2006 Y ACUMULADO 2001-2006

Categoría delito	% prisión preventiva año 2006	% prisión preventiva acumulado 2001-2006
Robos	41,0	45,3
Robos no Violentos	17,6	22,4
Hurtos	1,8	2,5
Lesiones	1,9	3,2
Homicidios	61,0	62,8
Delitos Sexuales	29,4	33,6
Delitos ley de Drogas	27,9	34,7

Fuente: Defensoría Penal Pública⁷⁸

En conclusión, se puede apreciar un claro efecto de disminución en el uso de la prisión preventiva que ha tenido un impacto muy significativo tanto en el porcentaje de presos sin condena del sistema como en el número absoluto de personas en prisión preventiva en recintos penitenciarios (tanto en el promedio diario como en el flujo anual). Con todo, dicho efecto se ha focalizado en delitos de baja y mediana gravedad, subsistiendo una práctica “dura” en el uso de esta medida cautelar en los delitos más graves.

b) Duración de la prisión preventiva

Como ya indicamos, una segunda área de crítica en relación al uso de la prisión preventiva era su extensión temporal. Sin embargo, los

⁷⁷ Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, ob. cit. p. 76.

⁷⁸ Memoria Anual 2006, p. 55.

datos disponibles en esta materia hacen difícil una comparación muy específica entre el nuevo y el sistema antiguo. Con todo, debido a que la reforma ha significado drásticas reducciones en los tiempos de tramitación de los procesos respecto al sistema antiguo⁷⁹, una consecuencia natural sería también que ello ha tenido impacto en la duración de las prisiones preventivas, especialmente en los delitos más graves en donde se podrían producir situaciones de mayor extensión temporal en la tramitación de los casos. En este sentido el estudio de Baytelman y Duce concluye que tratándose de los delitos más graves se habría producido un efecto de racionalización importante respecto al tiempo de duración de la prisión preventiva⁸⁰. En dicho estudio se constata que, en opinión de los actores del sistema, existiría una mayor preocupación de los defensores y de los jueces de garantía de solicitar y decretar plazos más estrictos para el cierre de la investigación que en aquellos casos en donde no hay medidas cautelares personales o las hay del artículo 155⁸¹.

Otra fuente de información que se puede utilizar para evaluar este punto es la contenida en los anuarios estadísticos interinstitucionales de los años 2004, 2005 y 2006, los cuales tienen datos sobre el promedio de duración de la prisión preventiva por categoría de delitos. La tabla Nro.11 resume las cifras de dichos estudios en las principales categorías de delito que conoce el sistema.

⁷⁹ A modo ejemplar se pueden ver los promedios de duración de los casos cerrados durante el año 2007 que constan en el Boletín Estadístico del Ministerio Público. De acuerdo con dichas cifras los robos tardaron en promedio 107 días, los robos no violentos 92 días, los hurtos 69 días, las lesiones 89 días, los homicidios 339 días, los delitos sexuales 268 días y los delitos de la ley de drogas 195 días. Si se consideran solo los casos que llegaron a juicio oral en dicho año (6.086 casos) dichos promedios naturalmente se incrementan pero se encuentran muy por debajo de los tiempos de tramitación del sistema inquisitivo. Así los robos que llegaron a juicio oral tardaron en promedio 315 días, los robos no violentos 301 días, los hurtos 356 días, las lesiones 437 días, los homicidios 393 días, los delitos sexuales 511 días y los delitos de la ley de drogas 359 días. Véase Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2007, pp. 27 y 30.

⁸⁰ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. pp. 188 y 189.

⁸¹ Estas conclusiones son compartidas por un estudio interno realizado por el Ministerio Público entre los meses de enero y marzo de 2002 en el cual se entrevistaron a 20 fiscales y 10 asistentes de fiscales en las cinco regiones que cubre el presente trabajo. El informe final de dicha investigación concluye en el punto en análisis "Un 100% señaló que las medidas cautelares en general y la prisión preventiva en particular, acortan los plazos de investigación...". Véase, Evaluación del Trabajo de los Fiscales Adjuntos del Ministerio Público, en Boletín del Ministerio Público Nro. 11, Santiago 2002, pp. 136 a 157.

Tabla 11
DURACIÓN (DÍAS) PROMEDIO PRISIONES PREVENTIVAS TERMINADAS POR
CATEGORÍAS DE DELITOS

Categoría Delito	Nro. días promedio año 2004	Nro. días promedio año 2005	Nro. días promedio año 2006
Robos	135	145	155
Robos no Violentos	117	128	139
Hurtos	83	86	87
Lesiones	95	108	112
Homicidios	179	186	219
Delitos sexuales	143	168	198
Delitos ley de drogas	140	135	146

Fuente: Elaboración propia sobre la base Anuarios Estadísticos Interinstitucionales 2004, 2005 y 2006⁸².

Se puede observar un leve incremento en los tiempos promedios en la mayoría de las categorías de delitos consignadas entre los años 2004 y 2006. Con todo, los promedios de duración nacionales para todos los delitos dan cuenta que el año 2004 este fue de 125 días y el 2005 de 107 días, es decir, una baja general de 2005. El año 2006 en cambio el promedio general fue de 123 días lo que hace que el promedio suba nuevamente aun cuando se mantenga por debajo de la cifra de 2004.

Estos datos se pueden complementar con las cifras de la Defensoría Penal Pública de los años 2005 y 2006. En ellas se trabaja con rangos de duración de la prisión preventiva y no con días promedio. La tabla Nro. 12 resume dicha información.

Tabla 12
TIEMPO PERMANENCIA PROMEDIO EN PRISIÓN PREVENTIVA POR RANGOS DE TIEMPO
AÑOS 2005 Y 2006

Rango Tiempo	Año 2005	Año 2006
Menos de 3 meses	54,4 %	55%
De 3 hasta menos de 6 meses	22,9%	23,5%
De 6 meses hasta menos de 1 año	19,1%	18,7%
1 año y más	3,6%	2,8%

Fuente: Elaboración propia sobre base datos Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2006.

A partir de estos datos no nos es posible obtener conclusiones muy definitivas. Los tiempos promedios de duración parecen ser con-

⁸² Año 2004 p. 78, año 2005 p. 92 y año 2006 p. 82.

sistentes con los tiempos promedio de duración de los casos en el nuevo sistema y en los promedios se da cuenta de bajas importantes respecto a los promedios contenidos en el estudio de Fundación Paz Ciudadana contenidos en la tabla Nro. 3. Por ejemplo en los delitos de homicidio se baja de un promedio de 9,5 meses a cerca de seis. En las lesiones de 2,6 meses a menos de dos meses. Lo mismo si se comparan dichos resultados con tabla Nro. 10, particularmente en las categorías sobre seis meses y sobre un año en donde se aprecian diferencias muy significativas. Con todo se trata de universos diferentes (en tabla Nro. 3 solo casos con condena) y en donde no es posible comparar en todas las categorías de delitos debido a formas diferentes de agrupación de los delitos en los distintos estudios.

3.2.2. La utilización de otras medidas cautelares personales:

Uno de los factores que aparentemente ha contribuido de manera importante a producir estos resultados es la utilización de medidas alternativas a la prisión preventiva. Como se ha señalado en forma precedente, uno de los objetivos centrales al haber creado un sistema de medidas cautelares distinto a la prisión preventiva ha sido el de ofrecerle a la persecución penal la posibilidad de utilizar herramientas para asegurar los fines del procedimiento pero sin afectar en forma tan grave los derechos individuales de los imputados.

Las estadísticas del sistema dan cuenta que las medidas cautelares personales del artículo 155 del Código son utilizadas de manera habitual y en forma extensiva. De acuerdo a las estadísticas del Ministerio Público en la materia el año 2006 se decretaron 85.397 medidas del artículo 155 (en ese mismo año se decretaron 18.682 prisiones preventivas)⁸³ y en el año 2007, 118.116 (en ese mismo año se decretaron 22.746 prisiones preventivas)⁸⁴. Para el primer semestre del año 2008 se habían decretado 56.676 medidas del artículo 155 (período en el que se decretaron 12.110 prisiones preventivas) y el total acumulado entre el inicio de la reforma (2000) y el 30 de junio de 2008 era de 376.153 (el de prisiones preventivas era de 83.389)⁸⁵.

Como se puede observar, los datos son claros en mostrar que su número es en promedio cuatro veces superior al de las prisiones preventivas. Con todo, estas cifras no permiten saber con exactitud cuántos imputados tienen decretadas medidas cautelares personales

⁸³ Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2006, p. 43.

⁸⁴ Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2007, p. 34.

⁸⁵ Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2008, pp. 20 y 43.

del artículo 155 en su contra ya que estas normalmente se ordena más de una para el mismo imputado⁸⁶. Es por ello que deben ser complementadas por otros datos. Según las cifras contenidas en los anuarios estadísticos interinstitucionales, el año 2004 un total de 41,9% de los imputados del sistema fue objeto de estas medidas⁸⁷, el año 2005 esta cifra habría bajado a un 38,6%⁸⁸ y el año 2006 también lo hizo llegando a un 27,2%⁸⁹. Las cifras disponibles por la Defensoría Penal Pública muestran porcentajes un poco más bajos en los años 2006 y 2007. Como ya vimos, la Defensoría Penal Pública reporta en su Memoria Anual de año 2006 que del total de imputados atendidos en dicho año (201.267) solo al 31,3% se le aplicó una medida cautelar y que del total de medidas cautelares consideradas como un universo completo, el 84,1% correspondió a cautelares del artículo 155⁹⁰. Para el año 2007 la Memoria Anual indica que del total de imputados atendidos en dicho año (247.367) solo a un 24,5% se le aplicó una medida cautelar y que del total de medidas cautelares consideradas como un universo completo, el 84,4% correspondió a medidas del artículo 155⁹¹. Descontados los imputados que estuvieron en prisión preventiva, según las cifras de la Defensoría alrededor de entre un 20 y un 25% del total de imputados atendidos por ellos habrían estado sujetos a una medida cautelar del artículo 155 en los años 2006 y 2007. No tenemos clara la explicación específica de esta diferencia entre las estadísticas interinstitucionales y a las de la defensoría, pero es evidente que ambas cubren universos diferentes. En cualquier caso, ambas estadísticas muestran que el porcentaje de imputados que obtienen algunas de estas medidas alternativas es muy superior al de imputados en prisión preventiva y que sumados ambas categorías cerca de la mitad de los imputados no estaría sujeto a ningún tipo de medida cautelar como consecuencia del proceso⁹².

⁸⁶ Es común que las medidas del artículo 155 sean decretadas en “paquetes” en contra de una misma persona de manera que se complementen entre ellas. Así, por ejemplo, un tipo de “paquete” de medidas es: la obligación de ir a firmar periódicamente ante alguna autoridad (por ejemplo ante la fiscalía cada 15 días) más la prohibición de salir del país durante el transcurso del proceso, más la prohibición de acercamiento a la víctima.

⁸⁷ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2004, ob. cit. p. 79.

⁸⁸ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2005, ob. cit p. 93.

⁸⁹ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, ob. cit p. 84.

⁹⁰ Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2006, ob. cit. p. 51.

⁹¹ Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2007, ob. cit, p. 42.

⁹² Esto no significa necesariamente que se trate de imputados que no tienen medidas cautelares en su contra, ya que existe un alto porcentaje de casos en los que se adopta la decisión final del mismo (ya sea que se dicte sentencia o se acuerde

De acuerdo a los datos proporcionados por la Defensoría Penal Pública⁹³ la distribución del tipo de medidas que se utiliza es bastante desigual. La tabla Nro. 13 resume la distribución de las medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal aplicadas a los imputados atendidos por la Defensoría Penal Pública entre los años 2005 y 2007.

Tabla 13

MEDIDAS CAUTELARES DEL ART. 155 APLICADAS A IMPUTADOS ATENDIDOS POR LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA 2005-2007

Tipo Medida	% año 2005	% año 2006	% año 2007
Arresto domiciliario total	2,2	1,6	0,7
Sujeción a la Vigilancia	5,2	5,0	6,3
Presentarse ante juez	48,3	46,8	42,1
Arraigo Nacional	22,7	21,0	16,7
Prohibición de Asistir a Reuniones	0,3	0,4	0,3
Prohibición Visitar Lugares	3,1	3,1	3,1
Prohibición Comunicarse	1,1	0,7	0,6
Prohibición Acercarse a la Víctima	16,4	17,7	21,5
Obligación de Salir de Morada	0,7	2,0	3,0
Arresto Domiciliario Parcial	0,0	0,4	2,1
Arraigo Regional	0,2	0,9	2,6
Arraigo Local	0,0	0,4	1,1
TOTAL	100	100	100

Fuente: *Elaboración propia sobre la base de Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico 2007.*

Según se puede observar, la medida que es lejos más utilizada por el sistema es la de presentarse ante el juez u otra autoridad que supera al 40% del total de las medidas en los tres años contenidos en la tabla. Le siguen el arraigo nacional, que el año 2007 presenta una baja importante y la prohibición de acercarse a la víctima que el mismo año tiene una subida porcentual relevante similar a la baja del arraigo. En un rango menor, con bastantes variaciones en el tiempo están las demás medidas. Se puede ver cómo han existidos cambios relevantes en el uso de la obligación de salir de morada, el arresto domiciliario total y parcial y los arraigos regional y local.

Un último tema que resulta interesante indagar es en relación a

una suspensión condicional del procedimiento) en la primera audiencia, por lo que la discusión de las medidas cautelares personales se hace innecesaria.

⁹³ Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico 2007, p. 30.

la eficacia de estas medidas. La evaluación de Baytelman y Duce concluía que existía bastante consenso entre los actores del sistema acerca de la efectividad de las mismas, en dicho época se estimaba que solo entre un 10% y un 20% de los casos existirían problemas de cumplimiento y que la mayoría de los casos problemáticos se daban respecto de imputados que tenían experiencia previa con el sistema de justicia criminal. Se constataba eso sí en dicha época una preocupación respecto a que la creciente acumulación de medidas cautelares de este tipo podría traducirse en una disminución de su efectividad en tanto no se organizara más sistemáticamente un sistema de control del cumplimiento de las mismas⁹⁴.

Nuevamente las estadísticas disponibles del sistema tienden a ratificar estos hallazgos. En efecto, los porcentajes de casos en los que formalmente ha existido una revocación de medidas cautelares del artículo 155 y sustitución por una prisión preventiva son bajos. Así, según los datos de los anuarios estadísticos interinstitucionales de un total de 22.749 imputados sometidos a medidas cautelares en el año 2004, solo en 500 casos se revocaron las medidas y fueron sustituidas por la prisión preventiva, es decir, un 2,19%⁹⁵. En el año 2005, de 30.349 imputados sometidos a medidas cautelares del artículo 155, solo en 452 casos ellas fueron revocadas y sustituidas por una prisión preventiva, es decir, en un 1,49% de los casos⁹⁶. El año 2006 de un total de 38.305 imputados sometidos a estas medidas cautelares, solo en 490 casos ellas fueron revocadas y sustituidas por una prisión preventiva, es decir, en un 1,27% de los casos⁹⁷. Con todo, cabe señalar que debiera existir otro porcentaje de casos en los que se revoca una de estas medidas cautelares y se sustituye por otra misma del artículo 155 pero más restrictiva. Lamentablemente no contamos con datos que nos permitan arrojar la magnitud y frecuencia con lo cual dicha situación se produciría. Tampoco disponemos de cifras o nuevos datos que nos informen acerca de estimaciones acerca de incumplimientos de estas medidas. Con todo, si nos parece posible constar que la preocupación acerca de la falta de existencia de un sistema de control más intenso respecto de estas medidas se ha mantenido en el tiempo y, en muchos casos, constituye un aspecto que debilita la utilización de las mismas en casos más complicados.

⁹⁴ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *ob. cit.* pp 197 a 201.

⁹⁵ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2004, *ob. cit.* pp 79 y 80.

⁹⁶ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2005, *ob. cit.* pp. 93 y 94.

⁹⁷ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, *ob. cit.* pp. 84 y 85.

Como se puede observar, las cifras y antecedentes revisados permiten concluir que las medidas cautelares del artículo 155 se están utilizando intensamente por parte del sistema. La gran cantidad de medidas decretadas da cuenta que ellas estarían cumpliendo el objetivo de reemplazar a la prisión preventiva en algunos tipos de casos que, como se revisó en forma precedente, no estarían siendo objeto de esa medida extrema.

3.2.3. La situación de los detenidos en recintos penitenciarios

Como ya mencionamos, aun cuando no se trata de nuestro foco principal de estudio nos parece relevante detenernos muy brevemente en el impacto que habría tenido la reforma respecto a las personas privadas de libertad en calidad de detenidos en los recintos penitenciarios del país. Como se pudo observar en la tabla Nro. 1, hasta mediados de los años 1990 los detenidos representaban un porcentaje de alrededor de un 10% del promedio diario de reclusos en recintos penitenciarios. Dicha cifra bajó en la segunda mitad de dicha década a un promedio aproximado de 7,5% del promedio diario, lo que representaba en números absolutos un promedio diario cercano a los 2.000 detenidos en recintos penitenciarios.

Como tuvimos oportunidad de examinar en la tabla Nro. 7, esta realidad ha cambiado radicalmente con el nuevo sistema. En los años 2006 y 2007 el promedio diario de detenidos en recintos penitenciarios fue de un 0,6% del total de la población penitenciaria y esa cifra incluso bajó a un 0,2% de acuerdo a los datos disponibles de Gendarmería de Chile al 31 de julio y al 30 de septiembre de 2008. En números absolutos el promedio de detenidos en el año 2006 fue de 256, el 2007 de 266, el del 30 de septiembre de 2008 de 213.

Se puede observar que el impacto es de una magnitud importante. No obstante ello hay quienes han criticado las modificaciones legales realizadas en esta materia el año 2005 por ampliar las posibilidades que un detenido sea mantenido en recintos penitenciarios antes de su puesta a disposición de un juez, como también lo que consideran una interpretación muy flexible de los jueces de los casos en los que se podría dejar a una persona detenida en los recintos penitenciarios cumpliéndose la normativa vigente⁹⁸.

⁹⁸ Véase Jörg Stippel, ob. cit. p. 42.

3.2.4. Algunas cautelas respecto a los resultados generales:

La información empírica recopilada en la investigación es coincidente en mostrar un impacto muy significativo de la reforma en el uso de la prisión preventiva que significaría una mayor protección del derecho a ser tratado como inocente y una puesta en práctica del principio de excepcionalidad. Desde este punto de vista la reforma estaría cumpliendo de manera muy exitosa el objetivo de aumentar la protección de garantías individuales. Los resultados parecieran indicar que poco a poco se ha ido asentando una cultura de mayor respeto a la libertad individual entre los distintos actores del proceso, evitando que la prisión preventiva sea una respuesta automática a la persecución penal. En ese sentido los propios fiscales parecieran estar jugando un rol relevante en la selección de casos en los que ellos mismos están dispuestos a solicitar la prisión preventiva. Por otra parte, las medidas alternativas a la prisión preventiva se han utilizado en forma amplia constituyéndose en alternativas reales a la privación de libertad en un porcentaje importante de casos, lo que se traduce también en una menor utilización de la misma como principal respuesta del sistema para asegurar la realización del proceso.

Con todo, no nos parece todavía posible afirmar que estos avances representen una tendencia asentada en forma definitiva en el funcionamiento del sistema. Así, paralelamente a estos desarrollos conviven algunas prácticas propias de la lógica anterior a la reforma que han persistido con el nuevo sistema introduciendo todo tipo de distorsiones y problemas. De otra parte, es posible constatar que, más allá de las prácticas, el cambio intentado por la reforma se ha dado en un contexto político muy complejo para avanzar en la dirección original de la misma. Nos quisiéramos detener brevemente en algunas cuestiones del primer tipo ya que las del segundo serán objeto de análisis más detallado en la próxima sección.

Una primera cuestión relevante a mencionar fue un hallazgo consignado por el estudio de Baytelman y Duce⁹⁹ que se refiere a importantes niveles de automatismo en la decisión judicial respecto a la procedencia de la prisión preventiva en los casos más graves. Como señaló, existía una opinión consensuada en los actores entrevistados en dicho estudio daba cuenta que, tratándose de delitos con penas superiores a los cinco años de privación de libertad, la solicitud de prisión preventiva era concedida casi en la mayoría de

⁹⁹ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. p. 194.

los casos, sin que existiera un debate real acerca de su necesidad y procedencia. Ello daba cuenta que todavía no se producía un cambio cultural profundo en fiscales y jueces al momento de solicitar y analizar la prisión preventiva. La adecuada protección del derecho a ser tratado como inocente debiera suponer que en todos los casos los jueces hagan un análisis intenso del cumplimiento de los requisitos y de la necesidad concreta de la prisión preventiva, el que pareciera no producirse en estas situaciones. No contamos con investigaciones posteriores sobre este tema que permitan reafirmar que dicha tendencia se ha mantenido. Sin embargo, nuestra percepción –basada fundamentalmente en evidencia bien anecdótica como lo es las capacitaciones que hemos realizado a decenas de fiscales y jueces los últimos dos años sobre el tema– nos indica que es bastante frecuente que con la sola invocación de la gravedad de la pena asignada a un delito jueces den lugar a prisiones preventivas dando por acreditado la necesidad de cautela “peligro para la seguridad de la sociedad”. Ello, como hemos visto, se ve ratificado al examinar las cifras de utilización de prisión preventiva en los delitos más graves. Se trata, entonces, de un área en donde es necesario tener más cautela respecto de los reales avances de la reforma.

Una segunda área problemática se refiere al rol que cumplirían las Cortes de Apelaciones en la materia. Así, en el estudio de Baytelman y Duce se menciona que las decisiones de las Cortes de Apelaciones en casos de apelación de la prisión preventiva estarían introduciendo algunas distorsiones a esta lógica de racionalización en el uso de la prisión preventiva¹⁰⁰. Se constata en dicho estudio que las Cortes en muchas hipótesis fallarían estas apelaciones con criterios muy apegados a la lógica del sistema inquisitivo. El problema principal sería que las Cortes revocarían las resoluciones que deniegan la prisión preventiva sobre la base de consideraciones o razonamientos cercanos a la lógica del Código anterior. Nuevamente, no disponemos de información actualizada que permita dar una imagen empírica de lo que ocurriría en estos últimos años con dicho tema, pero nuestra experiencia indica que no debiera haberse producido un cambio significativo en la materia. Ratifica esto, el hecho que una parte muy significativa de las reformas que se han realizado al Código –que analizaremos un poco más adelante– se basan precisamente en esta lógica, es decir, la de darle mayor poder a las Cortes de Apelaciones para revocar decisiones de los jueces de garantía de negativas al otorgamiento de la prisión preventiva.

¹⁰⁰ Idem pp. 194 y 195.

Un tercer aspecto que quisiéramos mencionar se refiere a la inexistencia de un sistema de control institucionalizado de cumplimiento de las medidas alternativas a la prisión preventiva. Estas básicamente quedan entregadas a los controles administrativos que realizan las fiscalías, las que no necesariamente cuentan con los recursos y sistemas para hacer un adecuado seguimiento de las mismas. La falta de un sistema de control especial e intenso ha producido diversos debates acerca de la legitimidad en el uso de estas medidas, lo que en nuestra opinión debiera abordarse con cierta urgencia ya que a mediano plazo podría traducirse en un desprestigio de las mismas y naturalmente la utilización de la prisión preventiva como primer recurso frente a necesidades de cautela reales de un caso. Como veremos más adelante, la imagen que se ha instalado en parte de la opinión pública respecto a la situación de impunidad que se generaría por no decretarse la prisión preventiva no solo obedece a errores en la comprensión del público sobre la materia sino que también a una percepción de que, al menos en alguna medida, las otras medidas cautelares personales no garantizan el cumplimiento de sus fines por la falta de control estricto de las mismas.

En cuarto lugar, quisiéramos mencionar un aspecto sobre el cual ha llamado la atención la Defensoría Penal Pública en los últimos años. Se trata de los casos en los que existe prisión preventiva no obstante el imputado del delito termina en definitiva absuelto. La Defensoría constata que el año 2007 de los 2.203 imputados que tuvieron como único término de sus casos la absolución (esta cifra no considera a imputados que tuvieron al mismo tiempo absoluciones y condenas), un total de 300, es decir, un 13,3%, estuvo en prisión preventiva durante la tramitación de la causa. Este porcentaje sería similar al porcentaje de imputados condenados que estuvo en prisión preventiva en su proceso el mismo año (15,1%)¹⁰¹. La defensoría llama la atención sobre este fenómeno y urge observar esta tendencia a futuro e investigarla más a fondo para determinar si ella da cuenta de una eventual utilización de la prisión preventiva como pena anticipada en ciertos casos. Concordamos con esta preocupación y creemos que es indispensable observarla con cuidado. Aun

¹⁰¹ Véase Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico 2007, p. 31. Como el propio informe destaca es necesario tener presente que un gran porcentaje de las condenas es por delitos con penas bastante menores en donde la prisión preventiva no es procedente o en donde los fiscales no la solicitan. A ello agregamos el hecho que en muchos casos de condena dicha decisión se adopta en la primera audiencia (por ejemplo casos de procedimientos simplificados con reconocimiento de responsabilidad de parte del autor) en los que, como consecuencia, no se discute la procedencia de ninguna medida cautelar personal.

cuando el número absoluto de personas en esta situación sea bajo, se trata de casos con un alto impacto en las personas que se ven perjudicadas, sin que existan muchas posibilidades reales de reparación de los daños que ella causa.

Finalmente, nos parece necesario destacar que los importantes avances descritos se dan en un contexto, como hemos visto, en los que el número absoluto de imputados sometidos a prisión preventiva ha ido aumentando en el tiempo. Si bien parte de ese aumento se justifica como consecuencia del proceso de implementación gradual de la reforma, ese factor no sería tan significativo a partir del año 2006 en donde esta ya se encontraba funcionando en todo el país. Como hemos visto y volveremos en la próxima sección, este aumento aparece relativizado cuando se analiza en el contexto de las formalizaciones de investigación, las que se han incrementado paralelamente e incluso en mayor proporción que las prisiones preventivas. No obstante esto, es necesario estar alerta acerca de este incremento y observar con cuidado su relación con el aumento efectivo del sistema en su capacidad de persecución penal.

3.3. Las reformas a la reforma y su impacto en materia del uso de la prisión preventiva

Desde muy temprano el proceso de reforma fue objeto de críticas desde la perspectiva de la seguridad ciudadana¹⁰². Fundamentalmente a partir de algunos casos específicos que recibieron gran publicidad, se empezó a difundir la percepción de que en el nuevo sistema procesal muchos imputados quedaban rápidamente libres, lo que en general se equiparó a impunidad. Esto he generado presiones desde diversos sectores con la idea de introducir modificaciones al funcionamiento de la reforma, especialmente en materias vinculadas a las facultades policiales para detener y al uso de la prisión preventiva que son consideradas como los aspectos más sensibles desde el punto de vista de la opinión pública en términos de la capacidad del sistema para responder enérgicamente frente a

¹⁰² Sobre este punto ver Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. capítulo V “Reforma Procesal Penal y Seguridad Ciudadana” pp. 203 a 226. Puede verse también el conjunto de presentaciones expuestas en el seminario realizado el 25 de octubre de 2006 en la ciudad de Santiago denominado Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal Penal, organizado por Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Fundación Paz Ciudadana y facultades de Derecho de la Universidad Católica de Chile y Universidad Diego Portales, estas ponencias fueron publicadas en un documento de trabajo de las instituciones citadas de 22 p.

la comisión de un delito¹⁰³. En lo que sigue veremos cómo este proceso ha significado cambios relevantes a la regulación original del Código Procesal Penal en dichas materias e intentaremos evaluar el impacto que dichos cambios habrían tenido en el funcionamiento real del sistema. Obviamente nuestro foco estará en lo ocurrido en materia de prisión preventiva, sin perjuicio de mencionar de manera general los otros cambios introducidos a la regulación de las facultades policiales para realizar una detención.

3.3.1. Los cambios legales

Las críticas y debates públicos sobre la materia fueron rápidamente recogidos por los parlamentarios y han dado lugar a una serie de iniciativas de reforma orientadas en general a limitar las posibilidades de liberación de los imputados en las etapas iniciales del proceso. De todas estas iniciativas han sido tres las que han concitado mayor apoyo y que se han traducido en cambios importantes al régimen cautelar, esto es que regula la situación del imputado durante el proceso.

La primera de estas reformas tuvo lugar muy tempranamente, a inicios del año 2002, cuando aún el sistema no se implantaba en todo el país. Nos referimos a la Ley Nro.19.789 de fecha 30 de enero de 2002. Esta surgió como consecuencia de las recomendaciones emanadas del informe de una Comisión de Evaluación de la Implementación de la Reforma Procesal Penal establecida por el Ministerio de Justicia durante el segundo semestre del año 2001 con el objetivo de proponer algunas correcciones que perfeccionaran el sistema frente a algunos problemas que se había detectado en la puesta en marcha inicial del mismo¹⁰⁴. El informe propuso un conjunto de medidas, algunas de las cuales suponían modificaciones legales y otras no, que debían adoptarse para superar varios de los problemas detectados. Sobre la base de estas recomendaciones, el Ministerio de Justicia elaboró un proyecto de reforma que recogió componentes significativos de las propuestas y que fue presentado a tramitación legislativa el día 31 de octubre de 2001 al Senado¹⁰⁵. El proyecto proponía modifica-

¹⁰³ Una visión panorámica de los principales debates sobre la materia en el período 2000-2007 puede verse en Pamela Vergara, Registro Histórico de los Principales Debates Respecto a la Modificaciones de la Prisión Preventiva en los Últimos 10 Años, Trabajo de Seminario I Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2007, 94 p. (texto en poder de los autores).

¹⁰⁴ Véase, Informe Comisión de Evaluación, octubre de 2001, 35 pp., documento en formato electrónico en poder de los autores. Los miembros de dicha comisión fueron Carlos Valdivieso, Juan Enrique Vargas, Cristián Riego y Rafael Blanco.

¹⁰⁵ Véase, Mensaje Nro. 108-345 de 31 de octubre de 2001.

ciones en diversas materias, pero durante su tramitación parlamentaria se acotó y se redujo básicamente a los componentes vinculados con las facultades de intervención policial en el control de identidad (ampliación de esta facultad a hipótesis de faltas y establecimiento de facultades de revisar vestimentas, equipajes y vehículos de los controlados), las citaciones y las detenciones en casos de flagrancia (ampliando las facultades de detención a algunas faltas específicas del Código Penal) y el registro de lugares cerrados (simplificando el proceso para el registro). Se consideró que esa era el área más problemática que requería reformas urgentes ya que se estimó que derivado de un deficiente tratamiento de la delincuencia menor y de las facultades policiales en materia de orden público se generaban percepciones negativas de la reforma dentro de la comunidad que afectaban seriamente la percepción de legitimidad de la misma. El proyecto fue publicado en el *Diario Oficial* el 30 de enero de 2002 causando más de alguna polémica dentro de la comunidad jurídica¹⁰⁶. Como se puede apreciar, si bien esta reforma se enmarca dentro de la filosofía que ha cuestionado al diseño del nuevo régimen de prisión preventiva, definitivamente no lo afectó directamente sino que se refirió principalmente a las facultades de la policía para detener y controlar personas, las que se ampliaron con miras a resolver algunos problemas concretos que se habían producido.

En este escenario era posible esperar que no en mucho plazo más sí se realizaran modificaciones directas en la materia. Así, la segunda reforma relevante en la materia se produjo el año 2005 y su origen estuvo en un debate parlamentario en el que se criticó fuertemente la facilidad con que, según algunos parlamentarios, se otorgaba la libertad a imputados por parte de los jueces de garantía. Este debate se desarrolló fundamentalmente en el año 2003 a propósito de la postergación de la entrada en vigencia del nuevo sistema en la ciudad de Santiago. El nuevo sistema debía comenzar a operar en la capital del país a fines del año 2004 pero el gobierno planteó una postergación de seis meses debido principalmente al retraso de las obras del Centro de Justicia de Santiago, edificio que debía albergar a los órganos del nuevo sistema. A propósito de ese debate se abrió la polémica sobre la concesión de libertades, el que concluyó con el acuerdo de, por una parte, postergar la entrada del sistema en Santiago hasta el año 2005 y, por la otra, crear una comisión que analizara

¹⁰⁶ Una visión crítica del mismo puede verse en María Inés Horvitz y Julián López, *Manual de Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica, Santiago 2002, pp. 591 a 609. Un debate que reproduce en parte la polémica puede verse la sección Contrapunto de la revista *Apuntes de Derecho* Nro. 9, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2002, pp. 32 a 34.

el funcionamiento del sistema y propusiera correcciones para resolver los problemas que se venían denunciando. La comisión se constituyó durante el año 2004 y al finalizar su trabajo elaboró un reporte que reafirmó los valores del sistema pero reconoció algunos problemas operativos en su funcionamiento, planteándose diversas recomendaciones para superarlos. Dichas recomendaciones incluían también aspectos que requerían o no requerían modificación legal¹⁰⁷. Algunas de esas recomendaciones fueron luego incorporadas a un proyecto de ley que después de una larga discusión se transformó en la Ley Nro. 20.074 de noviembre del año 2005. Esta se hizo cargo de varios aspectos del nuevo sistema, pero en materia de prisión preventiva introdujo dos cambios fundamentales: por una parte, se redujeron sustancialmente las hipótesis de exclusión de la prisión preventiva¹⁰⁸ referidas a delitos de penas bajas y a casos en los que el imputado pudiese verse favorecido en la sentencia con una medida alternativa a la privación de libertad¹⁰⁹. Por la otra, se suprimió la alusión explícita al principio de proporcionalidad como límite a la aplicación de la prisión preventiva¹¹⁰. En general, tanto las discusiones de la comisión de expertos como los debates del Congreso Nacional dan cuenta de que lo que se pretendió con estas modificaciones fue otorgarle a las regulaciones legales un sentido neutro frente a la prisión preventiva, quitándole reglas de contenido restrictivo que debían operar como criterios orientadores de la decisión de los jueces pero que, en muchos casos, se habían tendido a aplicar de forma automática, sin ponderar suficientemente las complejidades de cada caso, generando algunas decisiones de mucha notoriedad que producían una enorme deslegitimación del sistema¹¹¹. Con todo, también se trató de una modificación legal que generó bastante polémica en la comunidad jurídica¹¹².

¹⁰⁷ Véase, Informe de la Comisión Nombrada para revisar y Evaluar la Marcha y Funcionamiento del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal, diciembre de 2004, 70 páginas (documento en formato electrónico en poder de los autores).

¹⁰⁸ Letra a) del artículo 141 original del Código Procesal Penal.

¹⁰⁹ Letra c) del artículo 141 original del Código Procesal Penal.

¹¹⁰ Inciso primero del artículo 141 original del Código Procesal Penal.

¹¹¹ Ejemplificar de esta lógica es parte del Mensaje del Ejecutivo con el que se envió el proyecto de ley que dio origen a esta reforma. En este señalaba que: "De allí es que, para cumplir con dicha finalidad, en el presente proyecto de ley se plantean las siguientes reformas legales: a. Perfeccionamiento de la regulación de la prisión preventiva, distinguiendo de mejor manera las causales que la hacen improcedente, de modo de evitar una automatización en su interpretación, en desmedro de la calidad cautelar de esta medida." Véase Mensaje 440-350 de 22 de enero de 2004 presentado por el Presidente de la República a la Cámara de Diputados.

¹¹² Por ejemplo véase Javier Castro, *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno*, Legal Publishing 2008, p. 292.

Las modificaciones brevemente descritas no tuvieron el efecto de aplacar el intenso debate en los medios de comunicación ni en la clase política acerca de los problemas de impunidad que generaría la reforma procesal producto del tratamiento excesivamente liberal que supuestamente se daba en materia de prisión preventiva. Es así como en un contexto de intenso debate público sobre la materia¹¹³, en donde se caracterizaba al sistema con la imagen de una puerta giratoria¹¹⁴, se gestó una nueva modificación al régimen de las detenciones y la prisión preventiva. Esta tercera modificación, mucho más reciente, estuvo constituida por la Ley Nro. 20.253 publicada el 14 de marzo de 2008. Ella se aprobó en el marco de un acuerdo político llamado “agenda corta antidelinuencia”, que como mencionábamos se produjo en el contexto de la renovación del debate acerca de la concesión de libertades por parte de los jueces de garantía¹¹⁵. Esta ley introdujo modificaciones sustanciales a la regulación de la prisión preventiva en Chile como también algunas otras de importancia en materia de control de identidad (se redefinió la hipótesis de procedencia y se aclaró el vínculo entre control de identidad y detención por flagrancia) y detención por flagrancia (se aumentó la flagrancia a un tiempo de 12 desde la comisión del delito en algunas de las hipótesis reguladas en el artículo 129 del Código Procesal Penal).

Probablemente la reforma más importante incluida en esta ley está constituida por el nuevo inciso cuarto de la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal. En esta nueva redacción se plantea lo que podría ser entendido como una presunción de peligro para configurar la necesidad de cautela de “peligro para la seguridad de la sociedad”, en varias hipótesis que se describen: cuando el delito tenga pena de crimen; cuando el imputado tenga condenas anteriores por delitos de igual o mayor pena; y, cuando el imputado

¹¹³ Así, por ejemplo durante el segundo semestre de 2005 el FICED (Oficina de Fiscalización del Delito) dio a conocer públicamente un informe en el que se criticaba el criterio judicial que se traducía en opinión de los autores en uso bajo de la prisión preventiva en los Delitos de Tráfico de Drogas. Véase FICED, Estudio sobre las Investigaciones de Tráfico de Drogas realizada en la Zona Poniente de Santiago desde la Entrada en Vigencia de la reforma procesal penal, 6 p. Este documento fue originalmente publicado en www.emol.com una copia electrónica se encuentra en poder de los autores.

¹¹⁴ Con una mirada crítica y resumiendo este debate puede verse Mauricio Duce, Mirando Alrededor de la Puerta Giratoria, *El Mostrador*, 10 de julio de 2006.

¹¹⁵ Véase Acuerdo Político Legislativo en Materia de Seguridad Ciudadana, de 26 de noviembre de 2007, firmado por representantes de todos los sectores políticos (documento de 13 p. en formato electrónico en poder de los autores).

se encontrare bajo una medida cautelar, una medida alternativa al cumplimiento de la pena o gozando de algún beneficio de liberación anticipada en el cumplimiento de una pena¹¹⁶.

Si bien el sentido de esta norma no es completamente claro y podría ser comprendida de manera más flexible, es indudable que representa un intento bastante claro por reintroducir un régimen de inexcusabilidad como los que existieron hasta antes de las reformas de los años setenta y ochenta. No se pudo ser más explícito en la redacción del texto debido a que ello chocaría frontalmente con las disposiciones constitucionales vigentes que impiden un régimen de inexcusabilidad.

¹¹⁶ La redacción del nuevo artículo 149 quedó como sigue: "Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

c) Que existen antecedentes calificados que permitan 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, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. Se entenderá especialmente 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.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare 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.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitan presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes."

El otro retroceso fundamental que esta ley plantea está en la norma del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, la que establece, para un catálogo de delitos de cierta gravedad¹¹⁷, que la apelación de la resolución del juez de garantía que niega lugar a la solicitud de prisión preventiva, produce efecto suspensivo y en consecuencia el imputado debe permanecer privado de libertad hasta que la corte de apelaciones resuelva el recurso¹¹⁸. Esta regla pretende reinstalar una práctica tradicional del sistema inquisitivo de acuerdo con la cual era la Corte de Apelaciones y no el juez de primera instancia la que resolvía la prisión preventiva, estimándose en general que estos tribunales superiores tienen criterios más duros y más vinculados con el sistema inquisitivo en el sentido de vincular el procesamiento de una persona a su privación de libertad. Se trata de una modificación que ha sido cuestionada constitucionalmente en varios casos ante el Tribunal Constitucional. En los primeros casos el Tribunal Constitucional rechazó los requerimientos en sede de admisibilidad sin pronunciarse sobre el fondo de los mismos¹¹⁹. Con todo, unos días después el Tribunal Constitucional declaró admisible el requerimiento presentado por el Juez de Garantía Patricio Rondini (causa rol 1065-08). Este caso ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional por sentencia dictada el día 18 de diciembre de 2008 por medio de la cual se rechazó el requerimiento de inconstitucionalidad, tanto por considerarse que no impugnaba una norma aplicable a un caso concreto sino más bien se trataba de una impugnación en abstracto, como por entender que dicha norma no afectaba derechos fundamentales en caso de ser aplicada¹²⁰.

¹¹⁷ Se trata de los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación propia e impropia, parricidio, homicidio simple y calificado y robos con violencia e intimidación.

¹¹⁸ La redacción del nuevo inciso segundo del artículo 149 quedó como sigue: "Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la Ley Nro. 20.000, que tengan pena de crimen, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados".

¹¹⁹ Se trata de varios requerimientos presentados por jueces de garantía que el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles por razones formales sin pronunciarse sobre el fondo del asunto (véase resoluciones del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2008 causas rol Nro. 1057-08 y 1060-08).

¹²⁰ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2008 en

En su conjunto, los cambios al régimen de la prisión preventiva introducidos por la reforma de “agenda corta” han sido ácidamente criticados por la escasa doctrina que ha escrito sobre la materia en estos breves meses. Así, se ha señalado que ellos producirían un “...notorio cercenamiento a las garantías que rodeaban, inicialmente, al modelo procesal penal implementado en Chile a contar del año 2000”¹²¹.

3.3.2. El impacto de las reformas a la reforma

Como se ha podido apreciar, en los casi ocho años de vigencia del nuevo sistema procesal penal se ha ido produciendo un lento cambio al régimen original establecido en el nuevo Código Procesal Penal en materia de prisión preventiva. Sin perjuicio que la técnica legislativa utilizada en la elaboración de dichos no haya sido la más depurada (que ha hecho que muchos cambios sean bastante ambiguos en su redacción y alcance) y de los límites que el legislador ha tenido para avanzar en cambios más radicales, se ha ido produciendo un claro fenómeno de “endurecimiento” del sistema para permitir más fácilmente el uso de la privación de libertad en el proceso o para impedir el otorgamiento de la libertad. Pero más allá de lo anterior, se ha consolidado un medio ambiente de presión pública para los jueces en el ejercicio de sus facultades para decidir la procedencia de una prisión preventiva. Esto hace que sea muy difícil medir en qué porcentaje el comportamiento actual de los jueces se ha moldeado por las nuevas disposiciones legales o simplemente por tener un menor “espacio social” para decidir sobre la libertad de las personas. Con todo, los problemas no se quedan solo en eso, sino que los datos estadísticos disponibles dificultan bastante la obtención de conclusiones muy definitivas en la materia. Pensemos que la reforma de la “agenda corta” solo lleva algunos meses con lo cual cualquier análisis estadístico a esta altura podría arrojar resultados muy poco confiables.

El único estudio disponible que ha intentado evaluar el impacto de estos cambios legislativos se detuvo centralmente en el impacto que habría tenido la Ley Nro. 20.074 de noviembre del año 2005¹²². En

causa rol 1065-2008. La sentencia cuenta con voto de minoría del magistrado Correa Sutil quien estuvo por aprobar el requerimiento de inconstitucionalidad.

¹²¹ Véase Javier Castro, ob. cit. p. 41.

¹²² Véase Verónica Venegas y Luis Vial, Boomerang: Seeking to Reform Pretrial Detention Practices in Chile, en Pretrial Detention, Justice Initiaves Open Society, Spring 2008, pp. 44 a 56.

sus conclusiones, los autores señalan que, haciendo un análisis del porcentaje mensual de imputados formalizados sometidos a prisión preventiva entre los meses de noviembre de 2004 a noviembre de 2006, contrario a lo que se podría esperar por el cambio introducido por la reforma de 2005 el porcentaje de imputados formalizados sometidos a prisión preventiva se mantuvo estable¹²³. Con todo, se detecta paralelamente un fenómeno de incremento del total de personas objeto de formalizaciones de investigación y, en consecuencia, un aumento del número total de personas sometidas a prisión preventiva¹²⁴. Finalmente, consideran el porcentaje de sujetos a prisión preventiva por tipo de término del caso comparando el año anterior a la reforma y el posterior, sin que se puedan apreciar variaciones porcentuales relevantes¹²⁵. A modo de conclusión se señala que, sin perjuicio de la dificultad de dar opiniones fuertes sobre la materia, el comportamiento del sistema en el uso de la prisión preventiva pareciera ser acorde con sus principios básicos de ser una medida de carácter excepcional. Los autores especulan acerca de las explicaciones de estos resultados, señalando que ellos podrían deberse tanto a falta de espacios en recintos penitenciarios, como incapacidad de los fiscales para poder perseguir más intensamente todos los casos. Estas explicaciones no nos parecen muy persuasivas, por ejemplo porque de hecho el sistema ha ido mostrando cada vez más capacidad de procesar más casos (aumento en las formalizaciones). Se agrega una tercera explicación que nos hace más sentido, al constatare que la opinión de los principales actores del sistema entrevistados sugiere que más allá de los intentos de contrarreforma ellos han internalizado una lógica consistente con los valores que justificaron el cambio que no se vería modificada sustancialmente a pesar de las reformas legales¹²⁶.

Nuestro propio análisis de las estadísticas posteriores a la reforma del año 2005 arroja resultados similares a los del estudio ya citado. Los únicos años en que podemos analizar la evolución del total de personas sometidas a prisión preventiva a nivel nacional son los años 2006 y 2007. Hasta antes de dicho período, derivado de la entrada en vigencia gradual del sistema, las cifras nacionales no son comparables. De acuerdo a las cifras del Ministerio Público, el total de prisiones preventivas otorgadas el año 2006 fue de 18.682 y el

¹²³ Idem pp. 52 y 53.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.* p. 54.

¹²⁶ *Ibíd.*

año 2007 de 22.083, es decir en donde se produjo un aumento de 18,2%¹²⁷. Sin embargo, como hemos visto en la tabla Nro. 5, esto se produce en un contexto en donde el porcentaje de imputados formalizados subió un 27,7% entre los años 2006 y 2007 y en donde el porcentaje de prisiones preventivas del total de imputados formalizados bajó de un 15,8% a un 15,1%. Además de ello, el promedio diario de imputados presos en recintos penitenciarios se mantiene relativamente estable ambos años e incluso con tendencia a la baja según se apreció en la tabla Nro. 7. Estas cifras dan cuenta que el aumento en el uso de prisión preventiva se asocia también a un aumento en la capacidad de persecución penal del sistema, lo que impide sacar muchas conclusiones sobre el impacto de las reformas del año 2005.

Para efectos de mostrar el comportamiento y evolución de la prisión preventiva en un plazo más largo y detectar allí algún patrón de comportamiento del sistema hemos escogido observar qué es lo que ha ocurrido entre los años 2004 y 2007 en algunas regiones del país que nos parecen de especial interés para esta observación. En primer lugar, analizamos las dos primeras regiones en donde se puso en marcha el nuevo sistema, las que podrían dar cuenta de una práctica ya estabilizada en la materia al llevar casi ocho años de funcionamiento. Las tablas 14A y 14B muestran el número de imputados formalizados en dichas regiones y el número de imputados sometidos a prisión preventiva. Se agrega además un dato que cuantifica la variación porcentual de dichos números en el período.

Tabla 14A
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES
PREVENTIVAS DECRETADAS IV REGIÓN AÑOS 2004-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2004	2.292	689	30,0
2005	2.695	501	18,6
2006	2.780	597	21,5
2007	4.208	509	12,1
Variación % período	183,6	- 26,2	- 59,6

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2004, 2005, 2006 y 2007.

¹²⁷ Datos obtenidos de Ministerio Público, Boletín Estadístico Primer Semestre 2008, p. 43.

Tabla 14 B
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES
PREVENTIVAS DECRETADAS IX REGIÓN AÑOS 2004-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2004	4.205	904	21,5
2005	4.176	1.076	25,7
2006	7.227	1.324	18,3
2007	8.895	1.589	17,8
Variación % período	211,5	175,8	- 17,2

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2004, 2005, 2006 y 2007.

Tres observaciones nos parecen relevantes de estos datos. En primer lugar, en ambas regiones se ha producido un aumento consistente del número de imputados a quienes se les ha formalizado una investigación en su contra. En la IV Región dicho aumento representa un 183,6% entre el 2004 y el 2007 y en la IX Región de un 211,5%. En segundo lugar, en ambas regiones ha existido un proceso consistente de disminución del porcentaje de imputados formalizados sometidos a prisión preventiva. Finalmente, en donde existe discrepancia es en relación al número de imputados sometidos a prisión preventiva. En la Cuarta Región el año 2007 hubo un 26,2% menos que el año 2004 y también bastante menos que el año anterior. En cambio en la IX Región también se ha dado un incremento en el uso de la prisión preventiva que llega a un 175,8% entre 2004 y 2007, apreciándose que se trata de un proceso paulatino en todos esos años. Con todo, debe anotarse que se trata de un crecimiento inferior al experimentado por el total de imputados formalizados, lo que explica que en el tiempo el porcentaje de imputados formalizados a prisión preventiva haya ido bajando.

Como se puede apreciar estos datos dificultan cualquier opinión sobre el impacto de las reformas en análisis. Un segundo grupo de regiones escogidas son la V y VIII Región. Se trata de las regiones de más grande tamaño después de la Región Metropolitana, por lo que ese factor las diferencia de la IV y IX. En ambas regiones la reforma entró en vigencia en diciembre de 2003, por lo que las tablas 15A y 15B dan cuenta de lo ocurrido en la materia prácticamente desde el inicio de la reforma en ambas.

Tabla 15 A
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES
PREVENTIVAS DECRETADAS V REGIÓN AÑOS 2004-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2004	7.730	1.198	15,5
2005	10.949	1.087	9,9
2006	13.907	2.062	14,8
2007	16.295	2.203	13,5
Variación % período	210,8	183,9	- 13

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2004, 2005, 2006 y 2007.

Tabla 15 B
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES
PREVENTIVAS DECRETADAS VIII REGIÓN AÑOS 2004-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2004	6.123	1.204	19,6
2005	8.442	1.668	19,7
2006	11.781	1.484	12,6
2007	15.983	1.601	10,0
Variación % período	261	133	- 49

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2004, 2005, 2006 y 2007.

Nuevamente se pueden observar algunos resultados consistentes en ambas regiones. En primer lugar, en las dos ha existido un incremento significativo y constante del total de imputados formalizados. En la V Región la variación porcentual del período es de un 210,8% y en la VIII de un 261%. En ambas también se produce un fenómeno similar con el número de prisiones preventivas otorgadas. En la V Región la variación porcentual del período es de un 183,9% y en la VIII de un 133%. Por lo mismo, se puede concluir nuevamente que si bien se produce un aumento importante en el número de prisiones preventivas otorgadas, se trata de un crecimiento muy por debajo del aumento del sistema en su capacidad de perseguir a más imputados. Ello se refleja que en ambas regiones la relación porcentual entre imputados y prisiones preventivas haya disminuido en el período en porcentajes significativos.

Finalmente quisimos tomar por separado a la Región Metropolitana, que por su tamaño representa cerca del 40% del trabajo del sistema

y que, por lo mismo, en el evento de presentar cifras muy distantes a las anteriores podría afectar los promedios nacionales. La tabla Nro. 16 presenta los resultados de esta región en los dos únicos años en que la reforma ha funcionado el período completo.

Tabla 16
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES PREVENTIVAS DECRETADAS REGIÓN METROPOLITANA AÑOS 2006-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2006	42.005	8.110	19,3
2007	54.797	7.789	14,2
Variación % período	130,4	- 4,0	- 26,5

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2006 y 2007.

Según se puede apreciar, se mantiene la misma tendencia registrada en el resto de las regiones en relación al aumento del número de imputados formalizados y de disminución de la relación proporcional entre estos y el número de prisiones preventivas otorgadas. Pero a diferencia de las otras regiones, con excepción a la IV Región, el número de prisiones preventivas otorgadas baja un 4% entre el año 2006 y 2007.

Pensamos que una hipótesis probable que pueda explicar este escenario a la ya indicada sobre la internalización de ciertos principios en los actores del sistema, tiene que ver con el hecho que las reformas del año 2005 no afectaron de manera significativa una situación de hecho que se había consolidado con anterioridad en la reforma. En efecto, tal como hemos visto, para ciertas categorías de delitos más graves el sistema ya funcionaba con cierto nivel de automatismo, sin necesidad que se reformaran las disposiciones del Código. Por tanto, lo que hizo la ley fue simplemente reafirmar una práctica instalada y, por lo mismo, no produjo grandes cambios en los resultados estadísticos del sistema.

Como apuntábamos anteriormente, más difícil resulta aún evaluar el comportamiento del sistema con posterioridad a la entrada en vigencia de la “agenda corta” el día 14 de marzo del año 2008. Las cifras disponibles del Ministerio Público más recientes solo cubren el primer semestre de este año por lo que se trata de un período en donde solo un poco más de la mitad de los meses incluidos pudieron verse afectados por los cambios legales. En la tabla Nro. 17 comparamos

las cifras nacionales de imputados y prisiones preventivas otorgadas en los primeros semestres de cada año para ver si es posible identificar algún cambio en las tendencias observadas anteriormente que pudieran explicarse como consecuencia de esta última reforma.

Tabla 17
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES PREVENTIVAS DECRETADAS A NIVEL NACIONAL PRIMER SEMESTRE 2007- PRIMER SEMESTRE 2008

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
Primer semestre 2007	71.656	9.712	13,5
Primer semestre 2008	91.772	12.110	13,2
Variación % período	128,0	124,7	- 3,3

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público Primer semestre 2007 y Primer semestre 2008.

Se puede observar que las tendencias generales identificadas a nivel nacional como en las distintas regiones analizadas separadamente se mantienen en los datos presentados en esta tabla. Se produce un incremento del número de imputados formalizados y de las prisiones preventivas otorgadas, pero una baja en la relación porcentual entre ambas. Tal vez si la única diferencia que es posible notar es que el crecimiento porcentual en las prisiones preventivas otorgadas se asemeja mucho más al del total de imputados, lo que hace que la baja porcentual entre estas dos variables sea menor a la vista como tendencia general a nivel nacional entre los años 2006 y 2007. Esto podría dar cuenta de un impacto que estaría teniendo la “agenda corta” en aumentar el uso de la prisión preventiva. Con todo, se trata de un dato demasiado preliminar como para extraer alguna consecuencia muy definitiva.

Complementa a lo anterior los datos de la Defensoría Penal Pública al tercer trimestre de 2008. Así, al mes de septiembre de 2008 se observa un incremento de la existencia de imputados en prisión preventiva con respecto a la situación del mes de marzo del mismo año (período de entrada en vigencia de la agenda corta). En efecto, en el mes de marzo un 12,6% del total de imputados vigentes atendidos por la Defensoría Penal Pública estaba en prisión preventiva, en tanto a septiembre dicho porcentaje aumentó a un 13,5%¹²⁸. Si

¹²⁸ Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico Trimestral Período julio-septiembre 2008, pp. 20 y 21.

bien se constata que la tendencia al alza proviene desde enero de 2008, el crecimiento se acelera a partir del mes de julio del mismo año. Esto lleva a concluir en palabras de la Defensoría que este aumento "... probablemente esté relacionado con las reformas legales realizadas a través de la Ley 20.253 también denominada agenda corta antidelincuencia"¹²⁹.

Como puede apreciarse todo indica que la agenda corta estaría teniendo un impacto en el aumento del uso de la prisión preventiva, pero se necesita un espacio mayor de tiempo para verificar si este incremento se consolida.

Junto con un mayor uso de la prisión preventiva un impacto posible que podría esperarse de las reformas de la "agenda corta" se refiere a una mayor extensión temporal de un porcentaje de las detenciones de personas respecto las cuales el Ministerio Público ha formalizado la investigación, solicitado la prisión preventiva en su contra que ha sido denegada y a apelado. Como vimos, el nuevo artículo 149 inciso segundo establece que en dichos casos la persona detenida queda en ese estado mientras la Corte de Apelaciones no resuelva en definitiva la solicitud de prisión preventiva. Esto debiera llevar a alargar las detenciones en estos casos al menos en 24 o 48 horas, lo que podría tener un impacto en los flujos de detenidos que pasan por recintos penitenciarios. En este sentido, las cifras de Gendarmería de Chile del 31 de julio de 2008 que revisamos en tabla Nro. 9 da cuenta de un aumento del promedio diario de detenidos en ese mes que supera en más del doble al promedio del año 2007. Esto podría indicar nuevamente un impacto de la "agenda corta", pero de nuevo se trata de un dato muy preliminar como para concluir algo definitivo. De hecho los datos del 30 de septiembre de 2008 vuelven a los rangos del promedio de los años anteriores. Es necesario esperar más tiempo y contar con mayores datos para ver si efectivamente la "agenda corta" estaría produciendo un cambio significativo en este tema.

3.3.3. El panorama futuro

Para finalizar, creemos que vale la pena enfatizar la importancia de algunas tendencias que se vienen manifestando y los efectos que su proyección en el tiempo pudiera acarrear.

¹²⁹ Idem p. 21.

La primera de ellas es la persistencia de la percepción crítica de los medios de comunicación y de la clase política sobre la concesión de la libertad durante el proceso. A diferencia de lo que pudiéramos haber pensado en otro momento, pareciera ser que esa tendencia es bastante independiente de los cambios experimentados en la realidad del funcionamiento del sistema, dado que no se apacigua de ningún modo frente a la evidencia de la mayor represividad que se viene manifestando desde el inicio mismo del nuevo sistema procesal. La comisión de cada nuevo delito que genera impacto en la ciudadanía produce la repetición de la crítica acerca de que el sistema judicial es una “puerta giratoria” por la que circulan los delincuentes. Todo esto con prescindencia de las características específicas del caso y con la existencia o no de errores o problemas específicos del sistema vinculados a él. A lo anterior se suma el hecho que en algunos pocos casos se cometen errores o se toman decisiones muy polémicas que producen un efecto muy deslegitimador del funcionamiento del conjunto del sistema porque son percibidas como la forma regular de funcionamiento del mismo.

En este contexto, pareciera claro que la demanda por mayor dureza continuará y dado el vigor legislativo que hasta ahora han demostrado sus propulsores. Es de esperar que haya nuevas expresiones de contrarreforma crecientemente contradictorias con los objetivos originales del sistema y que puedan terminar por diluir todos los progresos alcanzados.

Parece entonces urgente buscar los mecanismos para lograr establecer una comunicación más efectiva del funcionamiento del sistema frente a la comunidad al mismo tiempo que algunas herramientas que permitan evitar las conductas de los operadores del sistema que más lo deslegitiman frente a la ciudadanía. Para esto se requiere tener mucho mayor información acerca del funcionamiento del sistema que permita detectar los problemas específicos que se generen y diseñar soluciones concretas y adecuadas para cada uno de esos problemas (en algunos casos serán soluciones de gestión, en otras de capacitación, etc.)

La segunda cuestión que vale la pena resaltar es que todo este debate se da en el marco de un enorme aumento de la cantidad de casos conocidos por el sistema y al mismo tiempo de la capacidad del mismo para resolverlos. Esto, a su vez, se ha traducido en un aumento sustancial de las sentencias condenatorias y de aquellas que determinan la imposición de una pena privativa de libertad. Es por esto que, a pesar de que el número absoluto de personas que

sufren la prisión preventiva se ha mantenido relativamente estable –aunque con pequeñas bajas absolutas y en proporción a los habitantes–, su participación en el conjunto del sistema ha disminuido significativamente, lo que podemos en general considerar como un logro que es necesario preservar.

En tercer lugar, cabe resaltar que este logro ha estado especialmente vinculado a la reducción en el uso de la prisión preventiva en los delitos de menor gravedad. En los de mayor gravedad en cambio, no ha habido mayores transformaciones porque desde un inicio del nuevo sistema se tendió a hacer una aplicación relativamente generalizada de la prisión preventiva. Esta tendencia de la práctica se ha fortalecido hoy con los cambios legales y con la presión pública que han establecido un virtual régimen de inexcusabilidad para los delitos de penas de crimen (más de cinco años de privación de libertad).

En un contexto de adversarialidad, la situación descrita puede generar nuevos problemas que vale la pena identificar e investigar. Uno de ellos es la posibilidad de que esto genere incentivos para los fiscales en el sentido de imputar delitos más graves con el fin de conseguir la prisión preventiva, aunque luego en el juicio se revele la situación real de mucho menor entidad del delito realmente cometido. La otra situación que es necesario monitorear es la de que personas inocentes estén siendo sometidas a períodos importantes de prisión preventiva dada la rigidez que esta situación genera y el poco margen que se deja al juez para el manejo de situaciones dudosas o en que la prueba del supuesto material si bien puede ser suficiente para cumplir los estándares formales puede dejar márgenes de duda importantes.

Por último, hay que resaltar que la falta de abordaje sistemático de la cuestión del control de las medidas alternativas a la prisión preventiva, y más en general de la falta de control del cumplimiento de las resoluciones judiciales distintas de las que ordenan la privación de libertad, esta determinando que se consolide una situación en la cual la única respuesta cierta y creíble del sistema es la privación de libertad. Esta situación genera que todos los incentivos, tanto de los actores del sistema como los externos a él estén ordenados hacia el debate sobre la privación de libertad como una cuestión verdaderamente relevante. De allí parece previsible que si el actual estado de cosas se mantiene es probable que el progresivo aumento del uso de la privación de libertad continúe en los diversos niveles en que se manifiesta.