



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

TÍTULO PROFESIONAL: ABOGADO

GRADO ACADEMICO: LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

ANÁLISIS DE LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS A LA PRISIÓN PREVENTIVA DURANTE LA REFORMA PROCESAL PENAL

DORIS ALTERMAN SILVA

CONSTANZA OLIVOS GONZÁLEZ

RENE REYES SILVA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Rodrigo Ríos Álvarez

Santiago, Chile
2023

A mis recordados y queridos padres, a mis hermanos, a Iván y con un amor infinito a mi hijo Daniel.

Doris Alterman Silva

Con mucho amor a mi hija Trinidad que me impulsa a ser mejor cada día, a Manuel por no soltarme la mano durante este camino y a mis queridos padres y abuelos que nunca dejaron de apoyarme y confiar en mí.

Constanza Olivos González

Dedico este trabajo a mi amada esposa Cecilia, a mis hijitas Marilia, Josefa y a mi amada madre Juanita que hace unos meses partió camino al cielo.

René Reyes Silva

ÍNDICE

RESÚMEN.....	4
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN.....	6
1. CAPITULO I.....	8
1.1 Concepto.....	8
1.1.1 Prisión preventiva como pena anticipada.....	9
1.1.2 Prisión preventiva como medida cautelar.	12
1.1.3 Prisión preventiva como medida de seguridad o medida preventiva.	16
1.2 Regulación de la prisión preventiva en los tratados internacionales y la Constitución Política de la República.....	21
1.3 Reformas constitucionales.....	30
1.4 Regulación de la prisión preventiva en el Código de Procedimiento Penal.....	35
2. CAPÍTULO II	43
2.5 Evolución de la prisión preventiva hasta la actualidad.	43
2.5.1 Primera modificación Ley 20.074.....	45
2.5.2 Segunda modificación Ley 20.253.....	47
2.5.3 Tercera modificación Ley 20.931	50
2.6 Estadísticas	54
3. CAPÍTULO III.....	58
3.1 Impacto de la Prisión preventiva en el nuevo sistema procesal penal.	58
CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	75

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REFORMA PROCESAL PENAL

RESÚMEN

Este trabajo ha sido elaborado para brindar al lector algunas orientaciones en materia procesal penal que le permitan acercarse al estudio de la prisión preventiva como la medida cautelar personal de mayor intensidad, analizada tanto desde su origen y progresiva evolución hasta el año 2023.

Palabras clave: prisión preventiva, derechos humanos, Constitución Política de la República, tratados internacionales.

PREVENTIVE DETENTION IN THE CRIMINAL PROCEDURE REFORM

ABSTRACT

This work has been prepared to provide the reader with some guidelines on criminal procedural matters that will allow him/her to approach the study of preventive detention as the most intense personal precautionary measure, analyzed both from its origin and progressive evolution until the year 2023.

Key words: pretrial detention, human rights, Political Constitution of the Republic, international treaties.

INTRODUCCIÓN

La utilización de la medida cautelar personal de prisión preventiva es hoy en día uno de los temas que más genera controversia desde punto de vista jurídico y principalmente desde la óptica del imputado en cuanto se siguen afectando sistemáticamente ciertos derechos fundamentales relevantes e internacionalmente reconocidos (a través de la ratificación por parte de Chile de pactos y convenciones internacionales vinculadas a estas materias), como la presunción de inocencia entre otros. Esta situación resulta un tanto confusa si se tiene en consideración que el espíritu del legislador para impulsar la reforma procesal penal del año 2000 tuvo como inspiración dejar atrás aquellas conductas judiciales que tendían a utilizar esta medida cautelar personal casi como una regla general al momento de dictar el auto de procesamiento, las cuales mutilaban e inhibían de cierta forma cualquier atisbo del derecho de presunción de la inocencia de aquellos sujetos sometidos a proceso en materia penal. De cierto modo la reforma en términos teóricos vino a redefinir los principios rectores de las medidas cautelares personales y su correcta, adecuada y oportuna aplicación, principalmente en lo que respecta a la aplicación misma de la prisión preventiva, pues la nueva normativa ya no concibió la aplicación de esta medida restrictiva de la libertad ambulatoria como una regla general, sino que estableció criterios de excepcionalidad y proporcionalidad en su aplicación durante el proceso, siendo esta una de las mayores distinciones de la reforma, que por lo demás materializa de manera más seria la cercanía con los principios internacionales relativos a esta materia, incluso con mayor vehemencia y claridad que la propia Constitución Política de la República. Sin embargo durante el devenir progresivo de su entrada en vigencia, la reforma no ha encontrado un correlato en la práctica que se condiga con la aplicación efectiva de los principios que esta consagró, por lo cual cabe efectuar la pregunta; “Fue la reforma procesal penal el instrumento que permitió evitar los abusos que se producían en el antiguo sistema inquisitivo de justicia penal respecto de la prisión preventiva, a fin de establecer criterios más restringidos que permitieran justificar de mejor manera el verdadero sentido de esta medida cautelar personal?”

En el presente trabajo realizaremos un desarrollo principalmente descriptivo que apunta a la consecución de algunos objetivos que nos permitan analizar si la reforma procesal penal solucionó el problema de los abusos en la determinación de la prisión preventiva propio del sistema

inquisitivo e indagar si su evolución se ajustó a los preceptos constitucionales y tratados internacionales que impulsaron la reforma. De este modo revisaremos las normas y principios utilizados para la determinación de prisión preventiva en el Código de Procedimiento penal y enunciaremos los principios y modificaciones legales más relevantes que dieron lugar a la reforma procesal penal del año 2000 y los problemas de constitucionalidad que de ello surgieron.

Estudiaremos cronológicamente las modificaciones y cambios legislativos relativos a la prisión preventiva desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal chilena y reflejaremos sintéticamente algunas estadísticas de los cambios experimentados en la población penal y determinaremos los impactos positivos y negativos del desarrollo del estatuto de ella en el nuevo Código Procesal Penal.

La metodología que emplearemos en este trabajo de investigación tiene un carácter cuantitativo mixto, por cuanto se compilaran antecedentes cuyas fuentes de conocimiento serán, la Ley, criterios jurisprudenciales, doctrina y principios que rigen el derecho procesal penal chileno.

Para estos fines el trabajo seguirá ciertas líneas cronológicas que permitirán comprender adecuadamente el contexto histórico sobre el cual se acuñó el concepto de prisión preventiva tanto en las leyes, como en las primitivas cartas fundamentales, pactos internacionales reconocidos y ratificados por Chile, la evolución del Código Procesal Penal, como sus impactos positivos y negativos.

1. CAPITULO I

1.1 Concepto.

Al comenzar el desarrollo de este trabajo estimamos muy importante buscar un concepto de prisión preventiva, lo más preciso que nos resulte posible, a fin de tener muy presente todos los posibles alcances legales y doctrinarios conducentes a mantener una línea de investigación lo más objetiva posible, dejando de lado cualquier prenoción que pudiera afectar la debida comprensión que de este importante tema pudiera emanar.

Siguiendo un orden, por decirlo de alguna manera, de prelación en cuanto jerarquía e historia, estimamos preciso saber si en nuestra legislación existen referencias que la definan o nos entreguen un concepto y para ello examinaremos si los principales cuerpos legales - en cuanto a regulación de esta materia - entregan tal definición.

Al respecto el Código de Procedimiento Penal¹ solo hace referencias a los casos de procedencia mas no nos entrega una descripción de esta. Así por ejemplo el artículo 264 inciso primero señala;

“Si el aprehendido en delito flagrante es presentado inmediatamente al juez competente, éste procederá a tomar declaración al aprehensor, a los testigos presenciales que concurran y a interrogar al detenido; y en vista de estas investigaciones lo dejará en libertad o mantendrá la detención, o la convertirá en prisión preventiva, según proceda de derecho.”

Del inciso de este artículo solo podemos inferir que esta medida cautelar personal constituye una facultad del juez atendidas principalmente las circunstancias de la detención. Por otra parte los artículos 275 y siguientes del mismo cuerpo legal se refieren principalmente a las disposiciones comunes a la detención, a la prisión preventiva y a las circunstancias que agravan estas.

¹ LEY 1.853 (1906)

En cuanto al actual Código Procesal Penal², el párrafo 4° de este cuerpo legal, al igual que en el Código de Procedimiento Penal solo nos entrega nociones de procedencia, improcedencia, tramitación y recursos que proceden en su contra. El artículo 139 inciso 2° señala al respecto;

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

Si bien este artículo tampoco desarrolla una definición en orden a que podamos considerarlo como un concepto, pero sí nos brinda una noción de su naturaleza jurídica y de los fines que esta medida cautelar persigue, cual es, 1° Asegurar la finalidad del procedimiento, 2° La seguridad del ofendido y 3° La seguridad de la sociedad.

Por otra parte, también nos parece adecuado señalar que la prisión preventiva, de acuerdo a lo señalado por el propio artículo 139 inciso 2° del Código Procesal Penal, es la medida restrictiva de aquellos derechos fundamentales más gravosas que debe enfrentar el imputado en el proceso procesal penal, y de ello se sigue la pregunta; cual es el verdadero sentido que el legislador quiso darle a esta medida para su pertinente aplicación?, razón por lo cual – y siguiendo lineamientos de algunos autores³ – trabajaremos para conocer su naturaleza jurídica en cuanto a las calificaciones que le son atribuidas. Estas calificaciones de la prisión preventiva son las relativas a su aplicación como pena anticipada, como medida cautelar o como medida de seguridad.

1.1.1 Prisión preventiva como pena anticipada.

En opinión de algunos autores, al originar esta medida cautelar los mismos efectos materiales de una pena, haría imposible distinguir la una de la otra, por cuanto sería justamente considerada como una pena anticipada, pues ambas medidas de restricción de libertad se cumplen en la misma prisión, con las mismas consecuencias de segregación y la misma falta de libertad. Para otros, estas penas

² LEY 19.696 (2000)

³ HADWA (2022) p25 y ss.

compartirían la misma naturaleza jurídica solo en los casos en la que la prisión preventiva tuviese un carácter preventivo especial.

Desde otra óptica, una parte de la doctrina rechaza tal identidad entre pena y prisión preventiva, atribuyéndole a la declaración que realiza la propia ley penal en su artículo 20 una verdadera definición e identidad.

Artículo 20. No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.

Este razonamiento, no parece del todo lógico debido a que la sola declaración que enuncia este artículo, no resulta suficiente para mutar la esencia de su realidad.

En contraste con esta visión, una sentencia de la Corte Suprema del año 2022⁴ se pronunció justamente en el sentido de apreciar a la prisión preventiva como una pena anticipada, y ello debido a que la sentencia que revocó lo dictaminado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, ordenó precisamente abonar el tiempo (212 días) que el condenado permaneció recluso bajo esta cautelar personal en una causa diversa de la cual resultó absuelto, a una causa diversa en la cual fue condenado a una pena de presidio menor en su grado mínimo (540 días). Este razonamiento de la corte Suprema resulta más armónico y congruente con la verdadera y real aplicación de la prisión preventiva en la actualidad, pues en su considerando primero, hace una referencia a un importante principio de nuestra legislación penal, esto es el *in dubio pro reo* en los siguientes términos;

1º) Que el objetivo global de la Reforma Procesal Penal comprende una maximización de las garantías en materia de derechos fundamentales frente al ius puniendi estatal, con especial énfasis en diversos principios, como el in dubio pro reo, con incidencia tanto en lo procesal como en la interpretación de la ley; entre

⁴ CORTE SUPREMA, Mancilla (2022, rol n° 95.588-21).

cuyos criterios está el que afirma que en caso de duda se resuelve a favor del acusado, o en caso de duda se resuelve en el sentido favorable al imputado (Sergio Politoff, Derecho Penal, Tomo I, pág. 133).

Estos últimos criterios son los que sistemáticamente se han ido abandonando por parte de los tribunales y los persecutores penales públicos, pero que en relación al punto que estamos desarrollando, seguimos apreciando el fenómeno que equipara los efectos de la aplicación de la prisión preventiva como una pena anticipada, pues de las consideraciones judiciales deducimos que el valor implícito que encierra esta medida cautelar solo es posible de diferenciar en cuanto a las funciones y finalidades que se deben observar en cada caso en particular. Así, en cuanto a las funciones que persiguen, para la pena es la retribución del mal causado, esto es, en cuanto a los principios de la teoría retributiva de la pena, que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena y en relación a la finalidad que esta persigue es la de prevención general y especial.

Desde el punto de vista de la prisión preventiva sus funciones principales apuntan básicamente a proteger el éxito del proceso penal en cuanto medida cautelar y su finalidad es impedir la obstaculización de la investigación por parte del imputado o que este se dé a la fuga. Por otra parte esta asimismo cumple una función preventiva en el entendido de servir para neutralizar el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y su finalidad es la de impedir que el imputado no culpable aun, incurra en la comisión de delitos durante el desarrollo del proceso. Como bien se puede apreciar, la pena y la referida cautelar difieren en cuanto medida de protección, respecto de sus funciones, pues sus fines son similares debido a que ambas buscan evitar la comisión de nuevos delitos, cumpliendo un rol preventivo especial. Sin embargo, volviendo a sus funciones, ella no busca retribuir el mal ocasionado y tampoco aquella relacionada con funciones preventivas generales, que si son propias de la pena. Un presupuesto interesante que no debe desatenderse, revela que la prisión preventiva se fundamenta particularmente como base de un supuesto que pone al imputado en una esfera de peligrosidad criminal, lo cual constituye otra diferencia, pues la pena tiene fundamento en la culpabilidad del sujeto por el hecho injusto que cometió.

1.1.2 Prisión preventiva como medida cautelar.

Una medida cautelar personal como lo es la prisión preventiva, es aquella que impone limitaciones al derecho a la libertad personal, todo lo cual implica que con ello se asegura efectivamente la comparecencia de la persona del imputado para evitar que esta se fugue y no comparezca a las actuaciones futuras del procedimiento y particularmente para asegurar el cumplimiento de la sentencia condenatoria que se pudiera dictar en su contra. De esta definición encontramos fundamento a la naturaleza jurídica que le asigna nuestro Código Procesal Penal, por cuanto lo que se busca en opinión de algunos autores, es asegurar el cumplimiento del fallo que posiblemente podría favorecer al demandante o víctima.

Por otra parte la doctrina le asigna ciertas características a la prisión preventiva como medida cautelar, que la diferencian de otras instituciones procesales. Aquí encontramos la Instrumentalidad que constituye una característica esencial distintiva de otras instituciones dentro del proceso penal, pues estas no serían un fin en sí mismas, sino que deben considerarse como un elemento determinante que ha de servir para alcanzar los objetivos del proceso. Otra característica es la provisionalidad y la variabilidad. La primera guarda relación con el ámbito de temporalidad que debe observarse en esta acepción, que implica establecer un espacio de tiempo límite que impida la subsistencia de ella una vez concluido el proceso, y en cuanto a la segunda que hace referencia al carácter revocable de esta durante el transcurso del proceso por haberse desvanecido o atenuado las circunstancias que le dieron lugar.

También encontramos en esta calificación, algunas consideraciones interesantes realizadas por algunos autores (doctrina mayoritaria), que difieren de la concepción cautelar civil que por analogía le reconocen a las cautelares personales penales que buscan solo el aseguramiento del proceso de ejecución (doctrina minoritaria) y dejan de lado el ámbito de custodia del proceso cognitivo o de conocimiento desde el punto de vista de la instrumentalidad.

Para unos, “Resultaría infundado circunscribir la tutela cautelar exclusivamente al aseguramiento del cumplimiento del fallo que eventualmente podría favorecer al demandante, y ello porque de nada serviría tal reducción si al mismo tiempo no se establecen los mecanismos que permitan asegurar que el proceso pueda

*desarrollarse con la normalidad necesaria que se requiere para que sea posible determinar, en definitiva, la efectividad de la petición del demandante”.*⁵

Otra parte de los autores sostienen, *“que desde un punto de vista cautelar, el empleo de la prisión preventiva puede justificarse para asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del proceso, pero no así para asegurar la ejecución de la pena, pues este se trata de un hecho incierto y, como tal, no merece protección cautelar”*⁶

Existen otras posiciones que directamente difieren de la legitimidad de la prisión preventiva sea cual sea el motivo que se invoque dentro del proceso penal para obtenerla y sostienen;

*“que el criterio de riesgo de fuga se encuentra sustentado en una argumentación circular, pues el deseo del sospechoso o imputado de huir surgiría, más que por el temor a ser condenado, por el temor a sufrir la prisión preventiva”. Y agrega, “que el riesgo de fuga no se trataría en realidad de un gran peligro, ya que para el imputado le sería difícil, en una sociedad tan informatizada e internacionalmente integrada como la actual, lograr una fuga definitiva, por lo que para evitar este supuesto peligro sería suficiente una mayor vigilancia del sujeto, sobre todo en los días inmediatamente anteriores a la sentencia”.*⁷

En la misma postura otro autor afirma;

*“que las técnicas de control actualmente disponibles en la sociedad hacen innecesario privar de libertad al imputado mediante la prisión preventiva, ya que las mismas permiten monitorearlo de manera efectiva, a lo que se le debe sumar el hecho de que la realidad está demostrando que el control creciente que experimenta la sociedad hace cada vez más difícil las rebeldías prolongadas”.*⁸

⁵ ILLESCAS (1995) pp63-10.

⁶ PISAPIA (1982) pp234 y ss.

⁷ FERRAJOLI (2001) pp558 y 559

⁸ VITALE (2007) pp16 y 17

Conforme a estos criterios, cabe concluir que la mencionada instrumentalidad de la prisión preventiva como medida cautelar personal sería considerada como ilegítima cuando se disponga de ella para los efectos de asegurar la mera comparecencia del imputado a fin de que se puedan practicar las diversas actuaciones procesales en el caso de requerir la presencia de este para su validez, como para la protección de los elementos probatorios, todo lo cual se alejaría de la función instrumental aceptada por la mayoría de la doctrina procesal penal que cumpliría respecto del proceso de ejecución.

Así aquella parte de la doctrina que considera ilegítima la instrumentalidad de la prisión preventiva como medida de naturaleza cautelar sostiene;

*“no sería legítimo ni necesario aplicar la prisión preventiva para asegurar la comparecencia del imputado al juicio, pues el Estado cuenta con un poder coactivo para hacer cumplir este tipo de obligaciones legales”.*⁹

En la misma línea y siguiendo esa idea, otro autor sostiene que;

“El criterio de obstrucción probatoria no puede invocarse como fundamento para adoptar la prisión preventiva, debido a que el Estado cuenta con innumerables medios para evitar el eventual comportamiento obstructivo, siendo muy difícil, además, sostener que el imputado podría producir por sí mismo un mayor daño a la investigación que el que puede evitar el aparato de investigación estatal, a través de la policía, fiscales y la propia justicia.”

Agrega además este autor;

⁹ GISBERT (2004) pp182 y 183

“...que la ineficacia estatal para salvaguardar la investigación no puede cargarse en la cuenta del sujeto pasivo del proceso, mucho menos a costa de la privación de su libertad.”¹⁰

Otro argumento encuentra consonancia con la falta de legitimidad y que nos meceré una valoración distinta a tener en consideración, es la de Gian Domenico Pisapia el cual sostiene;

“Adoptar el encierro preventivo para salvar los elementos probatorios sería una finalidad que pecaría de ingenuidad y de despreocupación. De ingenuidad, porque la reclusión no serviría para aislar al imputado del mundo exterior de una manera eficaz, ya que sería obvio que la temida ocultación o pérdida podría fácilmente conseguirse por otro medio del interesado antes de su internamiento, o bien por terceras personas en su lugar, una vez aplicado el encierro preventivo. Y de despreocupación, toda vez que, al poner fuera al imputado de su ambiente familiar y social, la privación de libertad podría impedirle un eficaz ejercicio de sus derechos de defensa.”¹¹

Esta última consideración que rechaza la instrumentalidad de la prisión preventiva del imputado, para salvaguardar los elementos probatorios nos parece interesante por cuanto el sentido de garantía y de cautela, no encontraría una plena eficacia por el solo hecho de su aplicación, puesto que se contrapondrían intereses del proceso frente al derechos del imputado en cuanto a su adecuada defensa, tal como lo expresa Pisapia.

Considerando que la prisión preventiva tenga por finalidad aplacar el peligro de la obstaculización de la investigación, es también necesario clarificar que una medida de este tipo solo podría ser decretada por un lapso de tiempo muy breve, esto significa, el tiempo estrictamente necesario para obtener aquellos antecedentes probatorios que estuvieren en riesgo de alteración.¹²

¹⁰ BINDER (1999) p199

¹¹ PISAPIA (1982) p249

¹² HORVITZ y LÓPEZ (2022) p409

Por otra parte, en cuanto a la comparecencia del imputado al juicio oral como requisito de validez, creemos que sería válido desde el punto de vista de la temporalidad que implica un juicio penal, pues la ausencia de este acarrearía algunas consecuencias negativas para el demandante o querellante, pues no sería posible juzgar criminalmente en ausencia.

Esto encuentra sustento en la propia ley procesal penal en el artículo 101, inciso 2°;

“La investigación no se suspenderá por la declaración de rebeldía y el procedimiento continuará hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual se podrá sobreseer definitiva o temporalmente la causa de acuerdo al mérito de lo obrado.

Si la declaración de rebeldía se produjere durante la etapa de juicio oral, el procedimiento se sobreseerá temporalmente, hasta que el imputado compareciere o fuere habido.”

Por lo tanto, según las diversas posturas doctrinarias podemos entender a la tutela cautelar en un sentido más bien amplio, que comprende tanto el ámbito del proceso cognoscitivo o de declaración como al del proceso de ejecución. En otras palabras entendemos que la prisión preventiva persigue fines cautelares orientados al aseguramiento de los fines del procedimiento penal, cautelando por una parte el peligro de fuga del imputado, lo cual implica el aseguramiento de la comparecencia o disponibilidad del imputado durante el desarrollo del proceso, y la de asegurar la ejecución de la pena privativa de libertad que en su determinado momento se pudiera dictar. También en cuanto al ámbito cognoscitivo o instrumental, encontramos el riesgo de obstrucción probatoria, dentro del cual podemos distinguir el aseguramiento del proceso de recolección de elementos probatorios o evitar la obstaculización en la obtención de los medios probatorios y por otra parte la de evitar el entorpecimiento de la producción de la prueba durante el desarrollo del proceso.

1.1.3 Prisión preventiva como medida de seguridad o medida preventiva.

Esta tercera calificación de la prisión preventiva como medida cautelar, que tratada por distintos ordenamientos jurídicos en cuanto a sus funciones, impide sostener que su naturaleza jurídica es cautelar, puesto que en gran medida estos ordenamientos jurídicos la utilizan principalmente para satisfacer exigencias de carácter penales-sustantivos, debido a que no persiguen fundamentalmente una función instrumental. Puesto en otro contexto, podemos señalar su utilización como un medio para evitar la comisión de delitos – cuestión que está entregada exclusivamente a la sanción penal - no debe ser encasillado dentro de la función cautelar, puesto que dentro de esta calificación no cabría la posibilidad de que la prisión preventiva cumpla una función muy eficiente para el desarrollo del proceso penal ni tampoco para el aseguramiento de la ejecución de la sentencia que pudiese obtenerse.

Algunos autores, que constituyen la doctrina mayoritaria, describen algunas consideraciones respecto de la aplicación de la prisión preventiva como medio de prevención de delitos;

“...encerrar preventivamente a un sujeto bajo este tipo de consideraciones preventivas constituiría una expresión de un derecho penal del enemigo, esto es, como una legislación de lucha contra sujetos que poseen determinados perfiles criminales, considerados fuentes de un especial peligro para la sociedad, y entre cuyas manifestaciones se encuentra una relajación o incluso supresión de ciertas garantías individuales.”¹³

En un sentido opuesto a la opinión mayoritaria de la doctrina respecto de esta calificación, se infiere lo siguiente;

“...la finalidad de evitar la reiteración delictiva del imputado no debe ser identificada con la prevención especial, sino que más bien habría que relacionarla con la perpetuación de la ofensa al bien jurídico, mediante nuevos ataques, o con el agotamiento del delito que, de no evitarlos a través de la prisión preventiva,

¹³ JACOBS (1999) pp138 y 139

redundarían en un descrédito del proceso como medio de establecimiento del orden perturbador de la infracción.”¹⁴

De acuerdo a esta última consideración de Rodríguez Mourullo, estaríamos en presencia de una función más bien referida al proceso que a una función cuyo objeto sea la reeducación e inserción social, respecto de los cuales deberían orientarse las penas privativas de libertad.

Bajo esa misma óptica otros autores incorporan factores diversos que se apartan también de la posición mayoritaria que implica satisfacer exigencias de carácter penales-sustantivos, en cuanto a que, no sería posible identificar la prevención con los fines del proceso penal¹⁵ – con lo cual no tendría el carácter de instrumental – debido a que el propio Código Procesal Penal en su artículo 139, lo ha entendido implícitamente también, debido a que este separa en su inciso final, el género de los motivos que autorizan la prisión preventiva en virtud del objetivo que ha de perseguirse en cada caso.

“Artículo 139.- Procedencia de la prisión preventiva.

Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

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

Lo que a juicio de estos autores implica el inciso segundo del artículo 139 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a asegurar las finalidades del procedimiento es que las demás medidas cautelares resultan insuficientes para evitar la fuga del imputado y la posible obstrucción de la investigación, y en lo referido a la parte final del inciso que se refiere a la seguridad del ofendido o de la sociedad, señalan que el texto original de este artículo hasta antes del año 2005, solo circunscribía a la prisión preventiva cuando las demás medidas cautelares personales fueran insuficientes para asegurar los fines del procedimiento, vale decir, esta última calificación relativa a la seguridad del ofendido o de la sociedad, aparece solo después de la modificación del Código el año 2005 con la ley N° 20.074, en la cual el legislador tuvo en mente como punto central, el

¹⁴ RODRÍGUEZ (1998) pp369 y 370

¹⁵ RAGUÉS (2006) pp716 y 717

hecho de evitar zonas de impunidad en la persecución criminal, para lo cual basó sus argumentaciones en la esperanza que la ciudadanía deposita en el Estado para obtener un grado de satisfacción de sus necesidades, dentro de las cuales están la tranquila y sana convivencia de todos, de manera que la seguridad que este pueda brindar a aquellos les permita transitar libremente por las calles y con ello exigir del Estado un mayor esfuerzo para controlar el fenómeno de la delincuencia siempre respetando el marco constitucional y legal relativo a los derechos humanos. En virtud de estos fundamentos la modificación del Código busca distinguir de mejor manera aquellas causales que la hacen improcedente, de manera que se pueda evitar una automatización en su interpretación la cual vaya en desmedro de su naturaleza jurídica cautelar.

Siguiendo por lo tanto los criterios penales-sustantivos, tenemos en primer lugar la prisión preventiva empleada con el objeto de evitar que el imputado incurra en la comisión de ulteriores delitos durante el desarrollo del proceso penal y en el segundo lugar la que persigue aplacar el sentimiento de temor e indignación que provoca en la población la comisión de ciertos delitos de especial gravedad y sobre todo de repercusión mediática. De estas afirmaciones relativas a la peligrosidad criminal de los imputados, algunos autores han arribado a sostener ciertas consideraciones que llevan a circunscribir a la prisión preventiva como una medida de seguridad, sin embargo la doctrina mayoritaria estima que debe advertirse la complejidad que implica encasillarla dentro del género de medidas de seguridad y optan por definirla más bien como una medida preventiva o medida de protección, solo cuando esta se disponga para evitar la comisión de delitos durante el transcurso del proceso penal.¹⁶

Ante las consideraciones esgrimidas tanto de la doctrina mayoritaria como de la doctrina minoritaria en cuanto a las calificaciones de prisión preventiva o funciones que esta desempeña al momento de ser decretada y así los distintos razonamientos que se han planteado, podemos recoger algunas definiciones que según estos lineamientos podrían posibilitar una adecuada elaboración de ella.

En primer lugar, de lo que podemos extraer del propio artículo 140 de Código Procesal Penal, es la afirmación que le otorga a la prisión preventiva una doble naturaleza jurídica, por una parte es una medida cautelar instrumental al servicio del proceso penal, esto es que permite la

¹⁶ HADWA (2022) p35.

efectiva determinación de los hechos o para el aseguramiento de la sentencia condenatoria que en su debido momento pudiera dictarse, y por otra parte como una medida preventiva o de protección, por cuanto resulta posible impedir que el imputado cometa nuevos delitos durante el desarrollo del proceso penal.

Bajo estas consideraciones podemos recoger las siguientes definiciones para la prisión preventiva.

“La resolución dictada por el tribunal competente que ordena la privación total de la libertad ambulatoria del imputado, en un centro carcelario, antes del dictado de la sentencia, ya sea con el objeto de proteger diligencias precisas y determinadas de la investigación, evitar la fuga o la comisión de futuros delitos por parte de este durante el transcurso del proceso penal.” (Marcelo Hadwa Issa)

“La prisión preventiva es una medida cautelar personal, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento.”

(María Inés Horvitz y Julián López Masle)

“La prisión preventiva es una medida cautelar personal de carácter excepcional que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria, mediante el ingreso de una persona (imputado) en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal, con el objeto de asegurar los fines del procedimiento, que procede solamente cuando las demás medidas cautelares personales contempladas en el catálogo del artículo 155, sean insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento descritas en el artículo 139 inciso segundo del Código Procesal Penal.”

(Rodrigo Ríos Álvarez)

1.2 Regulación de la prisión preventiva en los tratados internacionales y la Constitución Política de la República.

Las medidas cautelares personales en general tienden a colisionar o tensionar con algunos principios propios del derecho penal, estos son el derecho al juicio previo y particularmente el principio de inocencia, sobre todo aquellas medidas cautelares que tienen relación con la posibilidad de privar a una persona de su libertad personal, cuando el proceso penal aún se encuentra pendiente. Esta tensión alcanza su punto más crítico cuando se trata de la prisión preventiva, pues esta medida cautelar excepcional afecta directamente la libertad de una persona, mediante el encarcelamiento. Sabemos que las medidas privativas de libertad en términos generales quedan principalmente relegadas a las condenas dictadas en un proceso por determinados delitos y cuya línea divisoria con esta cautelar tiende a ser extremadamente difusa. Dicho de otra manera, desde la perspectiva de la libertad ambulatoria pareciera no vislumbrarse diferencia alguna entre la prisión preventiva y la prisión punitiva.

Como bien sabemos, una pena privativa de libertad que surge de una sanción penal dictada por una sentencia condenatoria penal, con posterioridad a la realización de un proceso, se desprende del derecho a un juicio previo, en donde el imputado debe ser considerado inocente mientras dicha sentencia no haya sido dictada y por supuesto esta sea condenatoria. Por lo tanto dicha carga procesal queda radicada en el Estado quien deberá establecer la culpabilidad del imputado y llevar al convencimiento del tribunal, más allá de una duda razonable, a pronunciar una sentencia condenatoria punitiva, pero no obstante tener que brindar un trato de inocente al imputado mientras esta no sea aun pronunciada respetando el principio de inocencia. Por tanto la sola posibilidad de encarcelar a un imputado, pendiente el juicio genera una contradicción difícil de justificar y que mediante el desarrollo de este capítulo, trataremos de ilustrar.

La Constitución Política de la República (en adelante la CPR) de 1980 regula la prisión preventiva desde una perspectiva de un sistema inquisitivo, toda vez que no existía un procedimiento penal diverso salvo el Código de Procedimiento Penal de 1906, Ley N° 1.853 y donde existían tensiones entre la libertad personal y las pretensiones punitivas, las cuales se resolvían casi por regla general a favor de las punitivas, vale decir que para el Código de

Procedimiento Penal ella se establecía casi como una consecuencia automática propia del auto de procesamiento establecido en los artículo 276 y principalmente el Artículo 277.

“Artículo 276 del Código de Procedimiento Penal. La resolución que somete a proceso al imputado será notificada al privado de libertad en la forma establecida en el artículo 66.

Si el procesado se encontrará en libertad y tuviere apoderado o mandatario constituido en el proceso, se notificará a éste por cédula. De no tenerlo, el tribunal arbitrará las medidas para su más pronta notificación personal.”

“Artículo 277 del Código de Procedimiento Penal. Por el procesamiento la detención se convierte en prisión preventiva.”¹⁷

La Constitución Política de la República del año 1980 no hacía énfasis en la excepcionalidad de la prisión preventiva, sino más bien que elevaba a rango constitucional la forma de suspensión de esta, cuál era la de decretar la libertad provisional. Así podemos extraer del propio texto constitucional que trataba esta materia en la manera que hemos expuesto.

“Artículo 19 de la Constitución Política de la República del año 1980.

La Constitución asegura a todas las personas:

7º El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

e) La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9º, deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación

¹⁷ LEY 1.853 (1906)

de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;”¹⁸

Si nos remontamos a la fecha en que la carta magna realiza estas definiciones debemos mirarla como una disposición del todo consistente con el cuerpo legal vigente de la época.

Ahora bien, en cuanto nos referimos a la consistencia de la Constitución Política de la República en la década de los años 80 debemos señalar que el 29 de abril de 1989, la situación cambió radicalmente en virtud de la concepción que esta tenía respecto de la procedencia de la prisión preventiva, pues en esa fecha fue publicado el decreto número 778 promulgatorio de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la asamblea general de la organización de las Naciones Unidas por resolución n° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha, y ratificado el año 1972, decreto que ordena que las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional, se cumplan y lleven a efecto en todas sus partes como ley de la República.

“POR TANTO, y en uso de la facultad que me confiere el artículo 5° del Decreto Ley N.º 247, de 17 de enero de 1974, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República, publicándose copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.”¹⁹

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en adelante denominaremos con la sigla PIDCP, establece lo siguiente en su Artículo 9.

“Artículo 9.

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

¹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA (1980)

¹⁹ DECRETO 778 (1989)

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”²⁰

Según se puede desprender tanto del artículo número 19 de la Constitución Política de la Republica transcrito precedentemente, como del artículo 9 del PIDCP en relación con el decreto número 778 que le otorga a este último pacto la categoría de Ley de la República, genera sin dudas una contradicción entre la Carta Fundamental y el PIDCP, por cuanto aquella considera a la prisión preventiva como la regla general y esta la considera como una excepción, cuestión que puede verificarse de la sola lectura de los artículos.

En cuanto a los fines que deberían perseguirse, ambos cuerpos legales difieren en sus fundamentos, debido a que la Constitución del año 1980 consideraba que sus fines tenían relación con el éxito de la investigación y el peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido. Por otra parte el PIDCP consideraba que la prisión preventiva solo debía perseguir una finalidad, que es la de asegurar la comparecencia del imputado por insuficiencia de garantías.

Algunos meses después de haberse dictado el decreto número 778 que reconoció y elevó a la categoría de Ley de la Republica el PIDCP, la situación se haría más grave pues mediante la dictación de la Ley de Reforma Constitucional número 18.825 de 17 de agosto de 1989, se modificó el artículo 5° inciso 2° de la CPR, terminó por elevar a la categoría de norma Constitucional los pactos internacionales suscritos y ratificados por Chile.

Así el artículo número 5° de la CPR del 21 de octubre de 1980, antes de ser modificado por la ley 18.825 rezaba de la siguiente manera;

²⁰ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966)

“Artículo 5°. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.”²¹

A su vez la Ley de Reforma Constitucional número 18.825 del 17 de agosto de 1989, reza de la siguiente forma en su artículo único;

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República de Chile:

1.- En el artículo 5°, agrégase la siguiente oración final a su inciso segundo: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."”²²

Para realizar algunas precisiones respecto de la modificación del artículo 5° de la CPR lo cual hemos mencionado en los párrafos anteriores, estimamos que en aquella época fue necesario determinar la posición jurídica de los tratados internacionales suscritos, ratificados y que se encontraban vigentes en nuestro país principalmente aquellos relacionados con los derechos humanos. Basándonos un poco en algunas teorías referidas a los mecanismos de recepción del derecho internacional público convencional por parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, podemos destacar la teoría dualista de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, que sostienen que el derecho internacional y el derecho nacional son dos sistemas jurídicos distintos e independientes, y entonces para que pueda operar la incorporación de una norma del derecho internacional dentro del derecho nacional, es indispensable un acto legislativo interno que lo determine, independiente del acto que apruebe el tratado. Por otra parte también debemos señalar

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980)

²² LEY 18.825 (1989)

la teoría monista que tuvo una mejor recepción en América Latina la cual sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional, constituyen dos ramas diferentes de un mismo ordenamiento jurídico universal, y que por lo tanto las reglas referidas al derecho internacional se incorporan automáticamente a la normativa nacional e interna. En virtud de lo anterior y de lo dispuesto por el artículo número 5 inciso 2° de nuestra carta fundamental, nuestra constitución es monista, debido a que dispone textualmente con la reforma Constitucional;

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Determina por tanto nuestra CPR que estando los tratados internacionales ratificados y vigentes, ingresan al derecho nacional sin perder su naturaleza, con lo cual se incorporan al ordenamiento jurídico nacional.

Un punto muy importante que no puede perderse de vista respecto de esta materia, es aquello que dispone el artículo número 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados internacionales, la cual está vigente y ratificada por Chile, que señala lo siguiente;

“ARTICULO 27

El derecho interno y la observancia de los tratados Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”²³

Como se aprecia de la transcripción del artículo número 27 de la Convención de Viena, que fue promulgado por Chile mediante la dictación del Decreto número 381 del 22 de junio de 1981, que la Constitución de 1980 mediante la reforma del año 1989 en lo referido al artículo 5° inciso

²³ DECRETO 381 (1981)

2º, reafirma con plena claridad la existencia de derechos del hombre que deben estar protegidos de la manera más eficaz posible.²⁴

En cuanto a la Ley de Reforma Constitucional número 18.825, como ya hemos expresado, esta impone la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno, acentuando la contradicción que hemos también enunciado respecto de nuestra CPR en razón de la aplicación de la cautelar personal de prisión preventiva. Tanto es así el espíritu de recoger o suscribir los pactos que amparan los derechos que cautelan, entre otros, los referidos a privación de libertad de aquellos sujetos que se encuentran sometidos a procesos penales, que con fecha 5 de enero de 1991, se publicó en el Diario Oficial el Decreto número 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual manda cumplir lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos;

“DECRETO N° 873.

Y POR CUANTO, dicha Convención ha sido aceptada por mí, previa aprobación del Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 458, del Honorable Senado, de fecha 14 de Agosto de 1990; y el Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos con fecha 21 de agosto de 1990, con la siguiente declaración.

"a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención.

b) El gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62.

²⁴ QUINZIO (2006) pp532.

Al formular las mencionadas Declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención, no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona".

POR TANTO, en uso de la facultad que me confieren los artículos 32 N° 17 y 50 número 1) de la Constitución Política de la República, dispongo y mando que se cumpla esta Convención en todas sus partes y que se publique copia autorizada de su texto en el Diario Oficial."²⁵

Este pacto de la CADH en su artículo 7° reitera los principios que se consagran en el propio PIDCP relativos a la prisión preventiva según se expresa a continuación;

Artículo 7 DADH

Derecho a la Libertad Personal

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
- 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
- 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
- 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
- 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin*

²⁵ DECRETO 873 (1991)

perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad, tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza. Dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.''²⁶

En cuanto al articulado tanto del PIDCP y del CADH podemos constatar que los principios que persiguen respecto de la prisión preventiva, en ambos cuerpos normativos son los mismos, sin embargo el PIDCP en el numeral 3 del artículo 9° hace mención expresa de aquella, en cuanto señala que esta no debe ser considerada por los tribunales como la regla general, declaración que como ya hemos señalado anteriormente contradice de manera clara al presupuesto de aplicación que establece la CPR de 1980. El pacto de la CADH en su artículo 7° no se refiere expresamente a la prisión preventiva, sin embargo el numeral 5° en su apartado final comparte con el PIDCP el mismo efecto instrumental que debería observarse en caso de la aplicación de alguna medida privativa de libertad ambulatoria de la persona, esto es bridar garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

También y no menos importante es mencionar otro derecho no contemplado en la carta fundamental que consiste en la presunción de inocencia, derecho que implícitamente no se encontraba consagrado en ella, pero que en algunas convenciones internacionales ya se constituía dicha presunción como un derecho que debía ser incorporado en los distintos ordenamientos jurídicos de América.

²⁶ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1969)

Es así que el año 1948 la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en su disposición XXVI señala lo siguiente;

“Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”²⁷

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en su artículo 8 número 2 dispone lo siguiente;

“Artículo 8

Garantías Judiciales.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”²⁸

Tal como hemos explicado en los puntos anteriores, Chile con la Ley de Reforma Constitucional, de su Artículo 5° inciso 2°, a pesar de no consagrar expresamente la presunción de inocencia, legislativamente haya sido posible considerar ese derecho mediante la suscripción y ratificación de los pactos internacionales que versan sobre Derechos Humanos y particularmente respecto de la presunción de inocencia que por causa de la Reforma mencionada puede considerarse como norma suprema en la misma jerarquía que ocupa nuestra CPR. Por lo tanto la presunción de inocencia también para ocupar el lugar de derecho Fundamental.

1.3 Reformas constitucionales.

²⁷ DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948)

²⁸ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1969)

Desde un punto de vista cronológico, nuestra Constitución Política de la República ha sido objeto de variadas reformas en diferentes aspectos que han obedecido a un contexto social y temporal. De esta forma podemos referirnos principalmente a aquellas que se circunscriben esencialmente en lo tocante a la prisión preventiva o aquellas materias que tuvieron un impacto directo ó indirecto respecto de ella.

Es así que en el año 1989, como ya lo hemos mencionado en el desarrollo precedente relativo a las materias relacionadas con los tratados internacionales que Chile ha suscrito y ha ratificado, el 17 de agosto de ese año, Chile mediante esta reforma reconoce y eleva a rango constitucional los tratados internacionales, modificando con ello en su artículo único, número 1, el inciso 2° del artículo 5° de la CPR, de la siguiente forma;

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República de Chile:

*1.- En el artículo 5°, agrégase la siguiente oración final a su inciso segundo: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."”*²⁹

De esta manera el artículo 5° de la CPR quedaría de la siguiente manera después de la reforma de la ley 18.825;

“Artículo 5°— La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún Sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

²⁹ LEY 18.825 (1989)

Durante el año 1991, en el mes de abril, se publica una reforma constitucional que modifica entre otros puntos, el relativo a la libertad provisional que hasta entonces no se consideraba en el texto. De tal forma que la Ley 19.055 realiza modificaciones a la numeral 7 ° letra e) del artículo 19° de la CPR.

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

...2.- Agrégase a la letra e) del N° 7° del artículo 19, sustituyendo el punto y coma final (;) por un punto aparte (.), el siguiente párrafo segundo:

*"La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9°, deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;"*³⁰

En este sentido el numeral 7° letra e) del artículo 19° de la CPR quedaría de la siguiente manera con posterioridad a su reforma;

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

7°- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

e) La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9°, deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación

³⁰ LEY 19.055 (1991)

de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple.”

El 16 de septiembre de 1997, se publica la ley 19.519 que efectúa una reforma constitucional en orden a crear el Ministerio Público, mediante la incorporación al capítulo VI, del capítulo VI-A titulado MINISTERIO PÚBLICO que agrega 9 artículos a partir del artículo 80, mas algunas disposiciones transitorias.³¹

El 26 de agosto del año 2005, se publicó una nueva reforma constitucional efectuada por la Ley 20.050, mediante la cual se introdujeron, según se desprende de su encabezado, diversas modificaciones a la CPR, entre las cuales destacan para los efectos de este trabajo, las del numeral 7° letras e) y f) del artículo 19° que versan en los siguientes términos;

“Artículo 1°: Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

10. Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 19:

c) Modifícase el número 7° en el siguiente sentido:

1.- Sustitúyese la letra e) por la siguiente:

"e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva 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.

La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el Artículo 9°, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad,

³¹ LEY 19.519 (1997)

el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple."

*2.- Reemplázase en la letra f) la expresión "inculcado" por las siguientes:
"imputado o acusado."*³²

En este sentido esta reforma realiza principalmente modificaciones a este numeral 7 letra e), suprimiendo el término “sumario” e incorporando un inciso segundo que dispone de algunos requisitos que deberán observarse cuando se deduzca apelación de la prisión preventiva. Además esta reforma constitucional substituye el término “inculcado”, por el término “imputado o acusado” según se puede apreciar de la modificación citada y además de lo que también se observa respecto de la modificación de la letra f) del mismo numeral del artículo 19° de la CPR el cual queda de la siguiente manera;

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

7°- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley;”

Frente a las diversas modificaciones que se han efectuado a nuestra carta fundamental, hemos podido constatar que ninguna de ellas ha logrado adecuarse a las disposiciones internacionales las cuales han sido uniformes en relación a establecer que la libertad de los imputados debe ser interpretada como la regla general en termino de respeto de los derechos fundamentales y en ese sentido la prisión preventiva a contrario sensu, debería ser considerada como una excepción a dicha regla general. De momento lo único que se ha modificado son algunas precisiones de terminología y se han establecido ciertos requisitos en procedimientos de discusión relativos a la libertad de los imputados sujetos a esta medida cautelar personal, pero en ningún caso se hace referencia a unificar los criterios de manera positiva en el texto, sino más bien que se ha

³² LEY 20.050 (2005)

optado por reconocer simplemente a estas normas internacionales como normas constitucionales, al menos desde la primera reforma del año 1989, pero solo en un sentido referencial, pues en la actualidad la medida cautelar personal de prisión preventiva atraviesa serios inconvenientes de constitucionalidad, toda vez que al ser esta decretada fundada en base a finalidades que no encuentran reconocimiento en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en materia de Derechos Humanos, sujetándose por tanto al actual texto de la CPR cuyas instituciones al día de hoy se encuentran obsoletas respecto del actual sistema procesal penal.

1.4 Regulación de la prisión preventiva en el Código de Procedimiento Penal.

Esta tan cuestionada medida cautelar personal encontraba sus presupuestos de aplicación por la ley 1.853 publicada el 19 de febrero de 1906, la cual creó el Código de Procedimiento Penal en cual la regula.

De esta forma encontramos en el Código de Procedimiento Penal, que en adelante denominaremos con las siglas CdPP, algunas disposiciones que tratan de la prisión preventiva. Así en el Título III, denominado “Reglas Aplicables a todo Juicio Criminal” podemos apreciar algunos artículos que la tratan los cuales disponen lo siguiente en el respectivo orden numérico;

“Artículo 42 bis.- No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva, separar de su domicilio o arraigar a ningún habitante de la República, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes y sólo en estas mismas condiciones se podrá allanar edificios o lugares cerrados, interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados.

Art. 55. (77) Todo recurso contra una resolución judicial debe interponerse dentro de cinco días, si la ley no fijare un término especial para deducirlo.

No obstante, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá, en cualquier tiempo, rectificar las sentencias en los casos previstos en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, especialmente si se han cometido errores en la

determinación del tiempo que el procesado ha permanecido detenido o en prisión preventiva.

Artículo 73.- Declarada la nulidad de una notificación judicial, las partes se entenderán notificadas de la resolución a que aquella actuación se notifica de la resolución a que aquella actuación se refiere por el solo ministerio de la ley, transcurridos tres días desde que se notifique por el estado diario la resolución que acoge la nulidad, o desde que se notifique el cúmplase de ella, si ha sido dictado por un tribunal superior.

No obstante, el procesado que estuviere sometido a prisión preventiva y el Ministerio Público serán notificados nuevamente en la forma prevista en el artículo 66. ”³³

En el Título IV denominado “De la Citación, Detención, prisión preventiva y del Arraigo”, encontramos algunos artículos que se refieren a ella en el caso de la detención por flagrancia según se desprende de las circunstancias que señala el inciso primero del *Artículo 264*. También en el *Artículo 273* se recogen los presupuestos de procedencia de la prisión preventiva cuando se ejerza la acción privada respecto de delitos de injuria y calumnia. El *Artículo 275* en su inciso tercero se refiere al proceso de excarcelamiento o de la posibilidad de mantener al procesado en prisión preventiva. Sin duda el artículo más importante en materia de prisión preventiva en este código es el 277 pues señala que por la sola circunstancia de ser declarado el imputado sometido a proceso, la detención de este se convertirá en prisión preventiva.

“Artículo 277.- Por el procesamiento la detención se convierte en prisión preventiva.”

Además de estas disposiciones relativas a la prisión preventiva existen otras que se detallarán a continuación;

³³ LEY 1853 (1906)

Artículo 293, se refiere a que es necesario evitar molestar o dañar la reputación de la persona al momento de ser sometida prisión preventiva.

Artículo 299, se refiere al tiempo de incomunicación tanto de la detención como de la prisión preventiva.

Artículo 315, se refiere a la improcedencia del procedimiento de Amparo respecto de la imposición de la prisión preventiva.

Artículo 356, se refiere a la libertad provisional y al caso de la justificación tiempo de duración de la prisión preventiva en virtud de sus fines.

Artículo 358, se refiere al caso de la conmutación de la prisión preventiva por la pena, si esta se hubiese sido equivalente al plazo que duró aquella.

Artículo 359, se refiere a la suspensión de la prisión preventiva en los casos en que la ley no contemple pena aflictiva al delito imputado.

Artículo 363, se refiere a los presupuestos de procedencia de la prisión preventiva.

“Art. 363. (386) Sólo podrá denegarse la libertad provisional, por resolución fundada, basada en antecedentes calificados del proceso, cuando la detención o prisión sea estimada por el Juez como necesaria para el éxito de las investigaciones del sumario, o cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá que la detención o prisión preventiva es necesaria para el éxito de las investigaciones, sólo cuando el juez considerare que existe sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación, mediante conductas tales como 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 juez deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el

hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o cumpliendo alguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley N° 18.216; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá que la seguridad de la víctima del delito se encuentra en peligro por la libertad del detenido o preso cuando existan antecedentes calificados que permitan presumir que éste pueda realizar atentados en contra de ella o de su grupo familiar. Para la aplicación de esta norma, bastará que esos antecedentes le consten al juez por cualquier medio.

El tribunal deberá dejar constancia en el proceso, en forma pormenorizada, de los antecedentes calificados que hayan obstado a la libertad provisional, cuando no pueda mencionarlos en la resolución, por afectar el éxito de la investigación...”

Hemos decidido transcribir parte de este artículo, pues nos resulta muy importante tenerlo a la vista a la hora de desarrollar el apartado siguiente, referido a la regulación del nuevo Código Procesal Penal, pues como veremos se trata de un articulado que a pesar de haber sido concebido para un procedimiento de carácter inquisitivo tiene de igual manera injerencia en un procedimiento acusatorio, todo lo cual no resulta del todo lógico en función de los antecedentes que precedentemente se han vertido en este trabajo.

Artículo 503, se refiere a que el tiempo de duración de la prisión preventiva se abonará a la condena en aquellos casos de sentencias que se refieran a penas temporales.

Artículo 591, se refiere a la declaración de rebeldía del inculcado en el caso de haberse decretado prisión preventiva, este no hubiese sido habido.

El Código de Procedimiento Penal, ha experimentado una serie de reformas y modificaciones desde su entrada en vigencia el año 1906, sus razones obedecen principalmente a los diferentes contextos sociales y políticos que sucesivamente ha experimentado nuestro país,

modificaciones normativas que detallaremos en atención a la incidencia que tuvieron estas con la prisión preventiva.

Ley número 8.716 publicada el 4 de enero del año 1947, referida principalmente al delito de usura en el cual se agregó un caso de inexcrcelabilidad, durante el gobierno del Presidente de la República, don Gabriel González Videla.

Ley número 11.183 publicada el 10 de junio del año 1953, la cual en su artículo número 2 ordena modificar el artículo 360, y hace procedente la excrcelación bajo fianza a los reos que hubieren cumplido la pena que les aplica la sentencia de primera instancia y modifica la causal de inexcrcelabilidad, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Carlos Ibáñez del Campo.

Ley número 11.625 publicada el 4 de octubre del año 1954, que fija disposiciones sobre los estados antisociales y establece las medidas de seguridad, la cual agrega nuevos casos de inexcrcelabilidad, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Carlos Ibáñez del Campo.

Ley número 13.303 publicada el 31 de marzo del año 1959, la cual establece entre otras modificaciones una causal de enexcrcelabilidad del artículo 363, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Jorge Alessandri Rodríguez.

Ley número 16.437 publicada el 23 de febrero del año 1966, la cual sustituye el inciso final del artículo 221 y establece un régimen de libertad provisional transcurridos seis meses desde que el procesado haya sido sometido a prisión preventiva, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Eduardo Frei Montalva.

Ley número 17.010 publicada el 7 de noviembre del año 1968, que establece un régimen de libertad provisional más accesible para aquellas personas que hayan impedido o intentado impedir un robo con violencia o con intimidación en las personas, particularmente de los artículos 433 y 436 del Código Penal, señalando que no es necesario cumplir con los requisitos establecidos

por el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Eduardo Frei Montalva.

Ley número 17.155 publicada el 11 de junio del año 1969, la cual agrega al inciso final del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, la posibilidad de solicitar la libertad provisional transcurridos 6 meses desde que se haya decretado la prisión preventiva para casos de inexcusabilidad de leyes especiales relacionadas con delitos cometidos contra la salud pública, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Eduardo Frei Montalva.

Ley número 17.437 publicada el 9 de junio del año 1971, que establece modificaciones a ciertas causales de inexcusabilidad señaladas en el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Salvador Allende Gossens.

Decreto Ley número 1.552 publicada el 13 de septiembre del año 1976, que dicta el acta Constitucional número 3 por medio de la cual se establece libertad provisional como un derecho, y en su artículo número 1º numeral 6 letra c) que establece que nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto y el la letra d) establece la ya mencionada libertad provisional como un derecho, norma que se dicta bajo la Junta de Gobierno, Presidente de la República don Augusto Pinochet Ugarte.

Decreto Ley número 2.185 publicada el 6 de mayo del año 1978, que modifica el Código de Procedimiento Penal en lo relativo a la libertad provisional de acuerdo al acta Constitucional número 3, que dispone a su vez modificar los artículos 353, 361 y sustituye el artículo 363, 364, 377, norma que se dicta bajo la Junta de Gobierno, Presidente de la República don Augusto Pinochet Ugarte.

Decreto Ley número 2.621 publicada el 28 de abril del año 1979, que incorpora un caso al artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, considerando como peligroso para la seguridad de la sociedad las conductas terroristas de agrupaciones que persigan dichos fines, como son las

asociaciones ilícitas, norma que se dicta bajo la Junta de Gobierno, Presidente de la República don Augusto Pinochet Ugarte.

Decreto Ley número 3.465 publicada el 12 de agosto del año 1980, la cual convoca a un plebiscito para la Constitución Política de la Republica de 1980, norma que se dicta bajo la Junta de Gobierno, Presidente de la República don Augusto Pinochet Ugarte.

Ley número 18.288 publicada el 21 de enero del año 1984, introduce en su artículo único modificaciones al Código de Procedimiento Penal, entre ellas, cambia el nombre del Título IV del Libro II primera parte de la siguiente manera “De La Citación, Detención, prisión preventiva Y Del Arraigo”, en el artículo 305bis A, 305bis B, 305bis C, 305bis D, 305bis E, 305bis F, establece arraigo para los inculpados o reos que estén en libertad provisional e introduce modificaciones al procedimiento de amparo, norma que se dicta bajo la Junta de Gobierno, Presidente de la República don Augusto Pinochet Ugarte.

Ley número 18.857 publicada el 6 de diciembre del año 1989, que efectúa modificaciones al Código de Procedimiento Penal en las cuales realiza correcciones terminológicas a gran parte de su articulado, norma que se dicta bajo la Junta de Gobierno, Presidente de la República don Augusto Pinochet Ugarte.

Ley número 19.047 publicada el 14 de febrero del año 1991, la cual reafirma el derecho a la libertad provisional y otorga mayores facultades al juez para resolver la libertad provisional, entre los cuales se sustituye el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 377, suprimiendo el inciso segundo del artículo 364 del mismo cuerpo legal, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Patricio Aylwin Azocar.

Ley número 19.055 publicada el 1 de abril del año 1991, la cual modifica los artículos 9 y 19 numero 7 letra e) de la Constitución Política de la Republica, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Patricio Aylwin Azocar.

Ley número 19.114 publicada el 4 de enero del año 1992, que introduce indicaciones terminológicas menores, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Patricio Aylwin Azocar.

Ley número 19.158 publicada el 31 de agosto del año 1992, que introduce indicaciones terminológicas menores, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Patricio Aylwin Azocar.

Ley número 19.164 publicada el 2 de septiembre del año 1992, se refiere a agilizar el procedimiento y hace más accesible la libertad provisional en casos de aparente legítima defensa, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Patricio Aylwin Azocar.

Decreto con Fuera de Ley número 6 del Ministerio de Justicia publicada el 2 de febrero del año 1993, introdujo algunos cambios menores en la redacción, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Patricio Aylwin Azocar.

Ley número 19.385 publicada el 24 de mayo del año 1995, se refiere a agilizar el procedimiento para decidir acerca de la libertad provisional agregando algunos incisos al artículo número 363, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Ley número 19.503 publicada el 5 de junio del año 1997, ley que amplía los casos de peligro para la seguridad de la sociedad incorporando algunas consideraciones mediante algunos incisos al artículo número 363, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Ley número 19.661 publicada el 10 de febrero del año 2000, se refiere a modificaciones que establecen ciertos criterios y exigencias para conceder o negar la libertad provisional, con el objeto de proteger a las personas ante la delincuencia, modificaciones realizadas al artículo número 363, norma que se dicta bajo el gobierno del Presidente de la República don Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

2. CAPÍTULO II

2.5 Evolución de la prisión preventiva hasta la actualidad.

Implementada la Reforma Procesal Penal en Chile, es durante el periodo del año 2002 a 2005 que se comienzan a ver los primeros resultados que consolidan la aplicación del nuevo sistema acusatorio en relación a la racionalización del uso de la prisión preventiva, dónde diversos estudios empíricos muestran que la reforma fue eficaz a la hora de aplicar esta medida cautelar personal, generando con ello un escenario más favorable para la vigencia de las garantías del imputado en cuanto a la presunción de inocencia, protección de la libertad y seguridad individual, dado que estos derechos fundamentales fueron tremendamente vulnerados durante la aplicación del sistema inquisitivo previo a la reforma. Es así que, el indicador más claro que nos demuestra el gran cambio que produjo esta reforma en la materia fue la reducción de la población penitenciaria de personas aún no condenadas durante esos años, ya que en el año 2000 la cantidad de personas privadas de libertad en centros carcelarios ascendía al 48,5% y dicha cifra se redujo hacia el año 2005 en un 35%.

Sin perjuicio de lo anterior, la llegada de esta nueva reforma no fue del todo pacífica, ya que generó un fuerte impacto en el sentimiento de seguridad de la ciudadanía, considerándose como insuficientes las formas de establecimiento o regulación de las medidas cautelares personales para la satisfacción de sus demandas. Al respecto Mauricio Duce describe la implicancia que tuvo la reforma en este sentido, señalando que *“se construye un discurso de una parte de la clase política, muy crítico respecto al impacto que la reforma estaba produciendo en materia de seguridad ciudadana, particularmente en cuanto a que ésta era demasiado ‘blanda’ con la delincuencia (o que establecía demasiadas garantías a favor de los delincuentes y desmedro de las víctimas) y que ello tenía el efecto de aumentar la comisión de los delitos”*³⁴

Como consecuencia de lo anterior es que a lo largo de los años, desde la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, se han ido impulsando, hasta la actualidad, diversas modificaciones y reformas penales que han terminado por gatillar nuevamente la dictación

³⁴ DUCE (2010) pp 204

automática de la prisión preventiva, evidenciando con ello un aumento en la aplicación de la medida cautelar persona mal gravosa y un retroceso en su carácter de medida cautelar excepcional, entendiéndose por tal, que su uso es para casos justificados en los que exista una necesidad concreta y cuyos fundamentos deben ser acreditados de manera específica en cada caso, tanto por los fiscales como por el juez que la decreta. Uno de los principales cambios a la reforma que produjo dicho incremento fue la denominada “Agenda Corta Anti-delincuencia” de marzo del año 2008 con la dictación de la ley 20.253 que introdujo cambios destinados a establecer un sistema de presunciones de aquello que debe entenderse como “*un peligro para la seguridad de la sociedad*”, cuya causal es la más utilizada para decretar la prisión preventiva, cuestión que se vio reforzado posteriormente con la dictación de la Ley 20.931 en julio del año 2016 que agrega la “*Orden de detención judicial pendiente*” como un factor para considerar al imputado como un peligro para la seguridad de la sociedad, transformándose con ello en la práctica, la aplicación de esta medida, en un castigo anticipado de pena con carácter muy general.

Evidencia de lo anterior, es que los indicadores disponibles hasta el año 2017 demuestran que la prisión preventiva se vuelve cada día más habitual y que lo jueces, de acuerdo a las cifras acumuladas por el Poder Judicial en el periodo del año 2010 a 2016, determinan que, de cada 10 solicitudes, 9 de estas eran concedidas, es decir, un 87,57% del total.

En la actualidad es posible ver que el criterio legislativo no es muy diferente a lo anteriormente señalado, sino que, muy por el contrario, la tendencia, dada la inseguridad social existente hoy en día, es darle a la prisión preventiva un carácter de aplicación aún más general. Muestra de ello es que, ante la fuerte crisis migratoria y el aumento de los índices de delincuencia, la Fiscalía Chilena ha propuesto decretar esta medida para todos los extranjeros indocumentados que sean detenidos por cualquier delito, bajo el argumento o causal de “peligro de fuga”, agregándose a ello la propuesta parlamentaria ingresada con fecha 31 de mayo del año 2022 (Boletín 15.028) que modifica el Código Procesal Penal en materia de prisión preventiva por uso de armas de fuego o pertenencia a una organización criminal y que hasta la fecha se encuentra en trámite de aprobación.

Dicho proyecto de ley modificaría los criterios respecto de aquél imputado que debe entenderse como un peligro para la seguridad de la sociedad en delitos graves, adicionando para el

uso de dicha causal como argumento para decretarla, el uso de armas y la pertenencia de un imputado a una organización criminal o ilícita.

Como efecto de lo anteriormente expuesto es necesario hacer el siguiente análisis respecto a las reformas que a lo largo del nuevo sistema han implicado importantes modificaciones a la aplicación de la prisión preventiva.

2.5.1 Primera modificación Ley 20.074

Publicada el 14 de noviembre del año 2005, esta ley nace a consecuencia del debate parlamentario que se generó precisamente por la entrada en vigencia de la nueva reforma, donde se señaló por algunos que los jueces de garantía daban con mucha facilidad la libertad a los imputados. Al respecto, Duce señala que esta afirmación es falsa;

“Pues las cifras oficiales del Poder Judicial indicaban que durante el año 2003 los jueces de garantía rechazaron solamente el 6,6% de las solicitudes de prisión preventiva presentadas por los fiscales y el año 2004 solo el 4,9%”³⁵

Por su parte, el Instructivo n° 8 de la Ley N° 20.074 elaborado por el Ministerio Público señala que “las modificaciones se introdujeron con la finalidad de evitar zonas de impunidad en la persecución criminal”. Dentro de las modificaciones que se introdujeron en relación con la prisión preventiva encontramos las siguientes.

- Se suprimió la alusión al principio de proporcionalidad como límite a la prisión preventiva.
- Se amplió el criterio de procedencia de la prisión preventiva por medio de la modificación de los artículos 139 y 140 del Código Procesal Penal. El artículo 139 se modificó en los siguientes términos *“La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales sean estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”*. Agregándose con ello la facultad del juez para estimar cuando las demás medidas cautelares personales son improcedentes por ser insuficientes y el criterio de aplicación de la prisión preventiva en cuanto a que la libertad del

³⁵ DUCE (2007) pp 207

imputado puede implicar un peligro para la seguridad del ofendido o de la sociedad se reafirma el fundamento de la causal para su procedencia por esta disposición, ya que se encontraba consagrado por el artículo 140 original.

Tal modificación fue de gran relevancia, pues el artículo 139 anteriormente disponía *La prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.*” La expresión “sólo” aludía al carácter de excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar personal de última ratio por ser privativa de libertad para los imputados, de manera que constituía el principal mecanismo de defensa para la revocación de dicha medida cuando era decretada por el juez”

Como observamos, junto con la eliminación del principio de proporcionalidad como límite para la aplicación e la prisión preventiva y la ampliación de su aplicación conforme a lo establecido en el artículo 139 y 140 del Código Procesal Penal, es evidente que nuestro legislador, a contrario de lo que se señala por el Derecho internacional, no busca que la prisión preventiva tenga un carácter estrictamente excepcional, ello dado que reafirma su procedencia y la legitima mediante fundamentos y causales que no sólo dicen relación con el proceso en sí mismo, tomando en cuenta que si bien el juez considera criterios referidos a las circunstancias del hecho materia de la investigación, dentro de los cuales encontramos: la gravedad de la pena asignada al delito formalizado; el número de delitos que se imputaren; el carácter o la naturaleza del delito imputados, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla; o las circunstancias personales del imputado o de su peligrosidad, tales como: las anotaciones penales, la existencia de procesos pendientes o la existencia de medidas cautelares personales pendientes, también debe tener presente si la libertad del imputado constituye o no un peligro para la seguridad del ofendido o de la sociedad. En vista de ello y a modo de conclusión, Stippel señala que:

“El juez puede dictar ahora la prisión preventiva cuando considera que las restantes medidas son insuficientes para proteger el proceso o la seguridad de las víctimas o de la sociedad. Antes de la modificación de la ley, la prisión preventiva podía dictarse solo para proteger el proceso. Al mismo tiempo, se sustituye el artículo que exigía la proporcionalidad de la prisión preventiva respecto de la gravedad del delito y de la magnitud de la pena esperada. A partir de ahora, puede dictarse, entre

*otros casos, cuando la pena prevista pudiera ser sujeta a remisión condicional o se pudiera imponer una pena alternativa, como, por ejemplo, el encierro nocturno. Los medios de comunicación informan que, con la modificación de la ley, se ha puesto fin a la puerta giratoria favorecida por los tribunales. Los parlamentarios de la oposición alaban la modificación legal como un paso importante en el combate a la delincuencia”.*³⁶

2.5.2 Segunda modificación Ley 20.253

Otra importante modificación a la reforma procesal penal es la Ley 20.253 de marzo del año 2008 que tuvo por objeto principal mejorar la persecución del delito en Chile ante la preocupación de la sociedad por el aumento de los delitos, la inseguridad y la violencia en su comisión.

En cuanto a las modificaciones que introdujo esta ley en materia de prisión preventiva, encontramos 3 grandes puntos:

- Para la determinación de los casos en que la libertad del imputado resulta un peligro para la seguridad de la sociedad, señaló que: *“Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad cuando los delitos imputados tengan asignada una pena de crimen en la ley que los consagra”*

- Incluyó también al *peligro de fuga* como otra causal que debe tenerse en consideración para determinar que la libertad del imputado es un peligro para la seguridad de la sociedad, estableciendo el artículo 140 letra c) *Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. ... Los tribunales deberán negar la libertad provisional de una persona si existe peligro de que el imputado se dé a la fuga.*

³⁶ STIPPEL (2013) pp 127

- Introdujo el recurso de apelación que puede interponer el Ministerio Público en forma verbal para determinados delitos, contra la resolución que deniega la prisión preventiva, caso en que se impide que el imputado sea puesto en libertad hasta que la sentencia que resuelve el recurso de apelación se encuentre ejecutoriada.

Respecto al análisis de la primera modificación, cabe tener presente dos posibles interpretaciones al efecto, ello en relación a la expresión “*tengan asignada una pena*” y según si ello se refiere a la pena considera en abstracto o en concreto. Si se considera la pena en abstracto, y como el precepto establece “*se entenderá especialmente*” concluyéndose con ello que concurre una presunción legal de peligrosidad y que, por ende, debe ser el defensor del imputado quien acredite que éste no constituye un peligro para la seguridad de la misma, estaríamos ante la posibilidad de que el Ministerio Público pueda solicitar la prisión preventiva ante un imputado formalizado por cualquier delito que tenga por ley asignada una pena de 5 años y 1 día o más, con lo que acreditar que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad se convertiría en una especie de trámite, vulnerándose sus garantías individuales en lo que especialmente se refiere a la presunción de inocencia y su libertad personal, transformando nuevamente a la prisión preventiva en una medida cautelar personal de aplicación general y no excepcional, como ocurría bajo el sistema inquisitivo.

Por otro lado, si se interpreta que la pena asignada hace alusión a una pena aplicada en concreto (después de haberse aplicado las reglas de determinación de la pena), también se aplicaría la presunción legal de peligrosidad que debe desacreditarse por el defensor, pero no estaríamos ante infracción del principio in dubio pro reo, entendiendo que “*las normas que autoricen la restricción de libertad del imputado deben ser interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía*”, y tampoco sería discordante con el carácter excepcional de la aplicación de la prisión preventiva, cuestión que claramente no podríamos concluir de la primera interpretación por las razones aludidas, ya que en ese caso evidentemente aumenta la posibilidad de que el juez decreta prisión preventiva, de manera que, en lo práctico y conforme a las normas que regulan nuestro sistema procesal penal debemos entender que la interpretación a la norma debe hacerse en cuanto a la pena asignada en concreto para el delito.

Modificación del artículo 149 del Código Procesal Penal en lo que respecta al recurso de apelación que puede interponer el Ministerio Público, incluso de forma verbal, en aquellos casos en que el juez rechaza la solicitud de prisión preventiva, lo que acontece ante dicha apelación es que el imputado no podrá ser dejado en libertad mientras no se falle el recurso por sentencia firme y se notifique a las partes, de manera que, el imputado queda privado de libertad pero sin que siquiera se hubiere decretado la medida cautelar personal e incluso, lo que es más grave aún, ante la negativa del juez de someterlo a prisión preventiva. En tal sentido, podríamos decir que la decisión del juez de garantía no tiene ninguna utilidad práctica, ya que su resolución, sea que acoja o no la medida, aun cuando el tiempo de privación de libertad sea diferente, producirá el mismo efecto, es decir, se privará de libertad al imputado en la medida que el Ministerio Público apele, que será lo que usualmente acontezca.

Dicho lo anterior, cabe tener presente también que el art 19 n° 7 letra e) de la Constitución Política de la República señala que la privación de libertad sólo procede por medio de una resolución judicial que, además, conforme a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y el artículo 122 del Código Procesal Penal debe ser *fundada*, cuestión que la ley 20.253 desconoce en el aspecto en mención, ya que, muy por el contrario, lo que resuelve el juez es dejar en libertad al imputado, pero no obstante ello, igualmente el imputado queda privado de libertad, pero no por una resolución judicial, sino por la apelación del Ministerio Público ante la negativa del juez de conceder la prisión preventiva, es decir, el imputado es privado de libertad contra la voluntad del juez que se pronuncia en sentido contrario respecto del asunto.

Esta norma que agregó la ley 20.253 sólo tiene su sustento en el mismo cuerpo legal y es completamente contraria con los principios y garantías que regulan el nuevo proceso penal, con los Tratados Internacionales ratificados por Chile y con la Constitución Política de la República, lo que implicaría que tal disposición es susceptible de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, tanto en lo abstracto como en su aplicación en concreto, ya que además, conforme a lo establecido en el art 348 del Código Procesal Penal es necesario que la sentencia condenatoria fije el tiempo de detención y prisión preventiva que debe imputarse al cumplimiento de la pena una vez que el imputado ha sido condenado, abono que no podría hacerse en este caso,

ya que tal privación de libertad que opera por la apelación del fiscal no tiene la naturaleza de una detención ni de prisión preventiva.

2.5.3 Tercera modificación Ley 20.931

En lo que respecta a la Ley 20.931 conocida como la “*Ley de agenda corta anti delincuencia*” de julio del año 2016. “*La presente ley tiene por objeto facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejorar la persecución penal de dichos delitos.*”.³⁷ Se establecieron las siguientes modificaciones:

Se modifica el artículo 140 del Código Procesal Penal en su inciso final, norma que establece los requisitos de la prisión preventiva. Su inciso cuarto determina los casos especiales en que la ley establece que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, que a su vez compone uno de los requisitos para dictar prisión preventiva.

Dicha enmienda viene a agregar la “*orden de detención judicial pendiente*” como otra causal para decretar la prisión preventiva, en la medida que se cumplan con los demás requisitos que establece la ley, agregándose el siguiente enunciado: “*Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, ...; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, 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.*”

Debemos entender que tal causal sólo puede aplicarse a personas que tienen calidad de imputado y que el hecho de tener una orden de detención judicial pendiente hace presumir en forma especial que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, lo que se concluye de la expresión “*especialmente* “. Por lo tanto, para los efectos que dispone éste inciso cuarto sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal en calidad de imputado, lo que es evidente si tenemos en consideración que las órdenes de detención sólo pueden decretarse sobre personas que tienen tal calidad, ya que respecto de otros

³⁷ LEY 20.931 (2016)

intervinientes en que el tribunal requiere su presencia ante él, se decretan otras medidas, tales como el arresto conforme al artículo 33 inciso 3° del Código Procesal Penal que dispone;

“Citaciones judiciales. Cuando fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia.”...Inciso 3°: “El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, podrán ser arrestados hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales. A juicio del profesor Winter podría resultar excesivo si es que no se interpreta de forma restrictiva: “Si bien es coherente entender que la detención se trata de una medida cautelar, la nueva regulación de la detención que introduce la Agenda Corta hace que dicha inclusión pueda resultar excesiva en algunos casos. Una interpretación que sea respetuosa con un cumplimiento material de este requisito debería excluir aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan otorgado solamente por requisitos formales, esto es, al menos la del nuevo inc. 2° del art. 127 del Código Procesal Penal que permite la detención teniendo como único antecedente que el hecho imputado tiene asignada una pena privativa de libertad de crimen”³⁸

Esta ley también vino a modificar el artículo 149 inciso 2° del Código Procesal Penal que establece el recurso de apelación verbal contra la resolución que deniega la prisión preventiva en determinados delitos. Lo que hace esta ley es ampliar el catálogo de delitos en los que se puede apelar verbalmente por el Ministerio Público, incorporando: (I) Los delitos de la ley de control de armas; (II) Los delitos de la ley 20.000 con pena de simple delito, ya que antes solo procedía en aquellos delitos que tenían pena asignada de crimen; (III) los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de carabineros, de la policía de investigaciones y de gendarmería en el ejercicio de sus funciones, de la siguiente manera;

³⁸ WINTER (2016) pp1

“Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N° 17.798 y N° 20.000 y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, el imputado que hubiere sido puesto a disposición del Tribunal en calidad de detenido o se encontrare en prisión preventiva no podrá ser puesto en libertad mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva. 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.”

La última modificación que esta ley vino a hacer respecto de la prisión preventiva la encontramos en el artículo 150 que regula la ejecución de la medida cautelar personal de prisión preventiva, se reemplaza el inciso quinto y se suprime el inciso sexto. La modificación vino a establecer un parámetro común para los permisos de salida, fusionando los requisitos del inciso quinto y sexto en un solo nuevo inciso quinto, el que prescribe que para todos los tipos de delitos se debe conceder el permiso por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para cumplir los fines para los cuales se otorgó, aumentando el estándar exigido para la mayoría de los delitos y no solo para los delitos de mayor gravedad. Así es como finalmente la norma prescribe:

“El tribunal podrá excepcionalmente conceder al imputado permiso de salida por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del referido permiso, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva.”

Ello dado que, antes de la reforma que introdujo la ley 20.931, se establecían dos criterios que regulaban el permiso de salida de los imputados bajo prisión preventiva. Uno aplicable para lo mayoría de los delitos que correspondía al anterior inciso quinto, en el cual el juez podía conceder

permiso de salida al imputado durante el día o un periodo determinado y siempre asegurando que con ello no se vulneraran los objetivos de la prisión preventiva y el otro respecto a los delitos de mayor gravedad establecidos en el inciso sexto, respecto de los cuales el tribunal no podía otorgar el permiso señalado sino por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines para los que se otorgaba el permiso.

En consecuencia, cabe preguntarse si las modificaciones introducidas cumplen o no con los objetivos perseguidos por ellas, entre estos, dar una mayor seguridad a la ciudadanía a largo plazo mediante soluciones concretas a la problemática criminal o si, por el contrario, solo buscan la prevalencia de la persecución penal a través de medidas cortoplacistas y populistas que finalmente terminan transgrediendo los principios que rigen el nuevo sistema procesal penal, pues como hemos visto, tales medidas restringen las garantías individuales de los imputados y permiten una mayor facilidad para que los fiscales obtengan que se decrete la prisión preventiva, desnaturalizando con ello su carácter de medida excepcional conforme a los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que regulan la prisión preventiva en la lógica descrita y que fueron los que se tuvieron en vista al implementarse en Chile la reforma procesal penal. Hoy en día es una medida de la cual se abusa, utilizándose más bien como un castigo arbitrario y previo a cualquier sentencia, generando con ello consecuencias muy nocivas en diferentes aspectos, sobre todo si consideramos que la mayoría de los imputados sometidos a prisión preventiva cumplen dicha medida sin ser declarados culpables posteriormente.

Sin perjuicio de lo anterior y como lo mencionamos en su oportunidad, nuestro legislador sigue tendiendo a modificar el criterio de aquello que se debe entender en cuanto a que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad dándole un parámetro de aplicación a la prisión preventiva cada vez más amplio. Prueba de ello es el Boletín 15.028-25, cuyo proyecto tiene por finalidad modificar el artículo 140 del Código Procesal Penal agregando:

- Inciso primero de la letra c) que la libertad del imputado es peligrosa por “la gravedad del hecho” para la sociedad.

- Inciso tercero de su letra c), luego de la expresión grupo o pandilla, la frase “o formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinadas a cometer dichos hechos punibles”

- Inciso cuarto agrega un nuevo criterio orientador de aplicación de la prisión comprendiendo que se entenderá especialmente que concurre un peligro para la seguridad de la sociedad por la gravedad del hecho “cuando hubiere actuado haciendo uso de arma de fuego o las armas señaladas en el artículo tercero del DL 400 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 17.798 sobre control de armas”.³⁹

Al respecto, cabe mencionar que existen diversos autores que sostienen que el cambio en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva con el sistema inquisitivo y el nuevo sistema acusatorio no ha importado un cambio sustancial en lo práctico, señalando que:

*“el nuevo procedimiento podría no ser más que una bella declaración de principios, no siendo más que una continuación, eventualmente endurecida, inclusive, del actual procedimiento inquisitivo que es una necesidad y un deber modificar” siendo necesario para ello que exista un cambio de mentalidad en los operadores del sistema penal.*⁴⁰

2.6 Estadísticas

En razón de nuestro método de investigación cuantitativa, hemos recopilado una serie de datos muy necesarios para poder entender e interpretar de manera más gráfica el comportamiento que ha tenido la prisión preventiva en aquellos sujetos que se encuentran imputados e internados bajo un régimen carcelario cerrado, por casi 23 años desde su entrada en vigencia. Para ello hemos evaluado diferentes fuentes de datos estadísticos que las propias instituciones vinculadas con este tema han preparado mensual y anualmente. Entre ellas hemos analizado aquellas preparadas por la Fiscalía Nacional, la Defensoría Penal Pública y Gendarmería de Chile, encontrando datos más útiles para nuestro propósito en esta última institución.

³⁹ BOLETIN 15.028-25 (2023)

⁴⁰ ASENCIO Y CERDA (1999) pp114

Otra razón muy relevante para una adecuada comprensión, consiste en recordar brevemente que hasta el año 1999, en que el sistema inquisitivo llegó a su fin (al menos para las causas nuevas), la prisión preventiva en nuestro país funcionaba de acuerdo a este carácter donde se apreciaba un porcentaje alto del total de personas presas que se encontraba en espera de su juicio y no como producto de haber sido condenado. A mayor abundamiento, casi el 50% de las personas procesadas estaban sujetas a esta cautelar de mayor intensidad que se encontraban en las prisiones y cárceles chilenas, y lo hacían sin haber recibido alguna condena.

Nos resulta muy atingente expresar, para los efectos que nos convoca, la existencia de dos formas de analizar la evolución o involución de la prisión preventiva. La primera forma es concatenando el número total de imputados a quienes se les formaliza la investigación en el procedimiento ordinario y que se les aplican las medidas cautelares del artículo 155 con el porcentaje en el que se concede la ya nombrada medida cautelar personal. La segunda es a través de la interpretación y análisis de los datos que ilustran los flujos carcelarios de las personas sometidas a este régimen versus las personas que ya se encuentran en los centros penitenciarios en calidad de condenados.

Tal como ya lo hemos enunciado, nuestro análisis se enfocará bajo esta última modalidad, pues ilustraremos a través de ella, si desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal se ha experimentado algún impacto positivo (en el sentido de su disminución) en la población carcelaria o en sus respectivas proporciones de flujo, cuestión que estimamos desde ya de toda lógica, pues a partir de una menor aplicación de la prisión preventiva como finalidad instrumental, los porcentajes de la población penitenciaria deberían mostrar disminuciones drásticas, atendido el sentido de la reforma y la importancia de los principios de presunción de inocencia y aquel que señala que nadie puede ser condenado sin un juicio previo. Muy por el contrario del solo análisis deberíamos inferir que la población carcelaria debiera aumentar en la población relativa a los condenados. La Tabla numero 1 resume los datos tomados de los compendios oficiales preparados por Gendarmería de Chile de los cuales hemos compilado las cifras de la población que se encuentra condenada y aquellas que se encuentran en situación de imputados sujetos a la cautelar de prisión preventiva entre los periodos que van desde el año 2000 hasta el año 2023.

Tabla N°1

Distribución de la Población penal Recluida 24 horas en régimen cerrado, según calidad procesal, tipo condena y sexo.

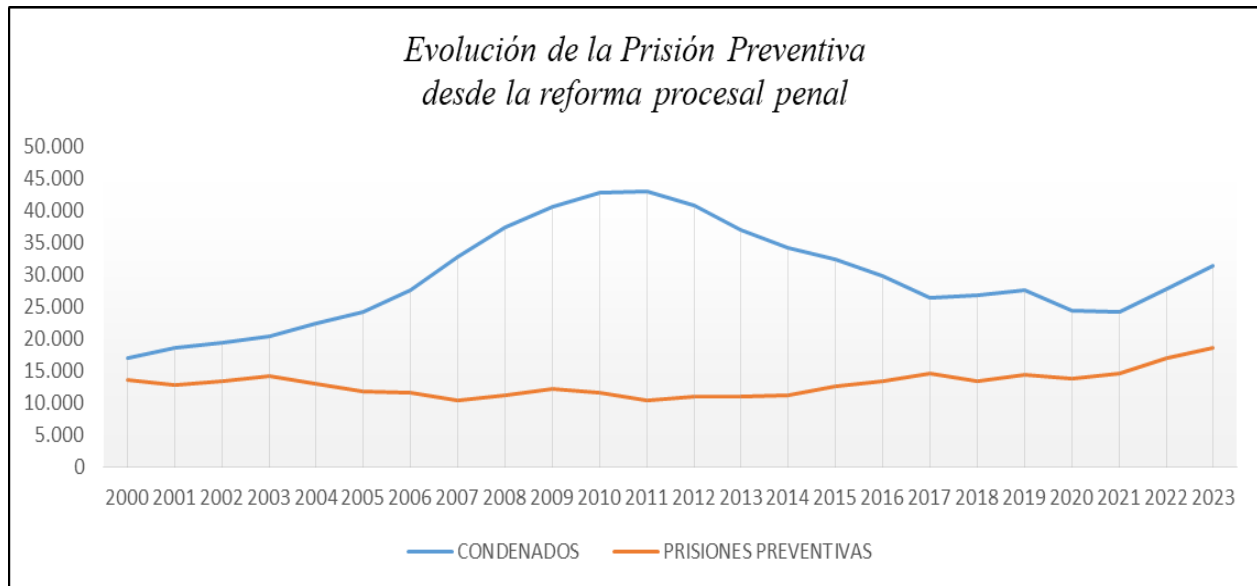
AÑOS	CONDENADOS	PRISIONES PREVENTIVAS	PORCENTAJE PP
2000	17.017	13.642	44,5
2001	18.614	12.891	40,9
2002	19.434	13.373	40,8
2003	20.354	14.178	41,1
2004	22.370	12965	36,7
2005	24.204	11.739	32,7
2006	27.615	11.546	29,5
2007	32.852	10.484	24,2
2008	37.381	11.234	23,1
2009	40.653	12.114	23,0
2010	42.868	11.604	21,3
2011	43.006	10.477	19,6
2012	40.734	11.012	21,3
2013	37.059	10.964	22,8
2014	34.180	11.276	24,8
2015	32.406	12.509	27,9
2016	29.740	13.479	31,2
2017	26.370	14.540	35,5
2018	26.815	13.500	33,5
2019	27.656	14.390	34,2
2020	24.366	13.810	36,2
2021	24.217	14.535	37,5
2022	27.848	16.932	37,8
2023	31.421	18.701	37,3

Nota: Datos tomados de los compendios estadísticos penitenciarios de Gendarmería de Chile

En esta tabla se puede observar que el año 2000, el porcentaje de imputados sujetos a prisión preventiva a pesar de ser alto, reflejaba una tendencia a la baja, pues el mismo cuadro en el año 1999 mostraba un porcentaje de 42,6% de imputados sujetos a regímenes penitenciarios cerrados, tomando la misma fuente de datos. Esto en un contexto ideal nos permitiría extrapolar una tendencia en la curva en sentido descendente, pues así lo demuestran las cifras conforme avanzamos en los respectivos años, sin embargo vemos ciertas fluctuaciones en los porcentajes desde los años 2013 en adelante que nos van indicando que la tendencia no es simplemente lineal y eso se allega al propio tratamiento del tema en estudio.

Dispuestos estos datos de una manera diversa resulta posible observar este comportamiento en la Figura N°1, en la cual tanto la curva de condenados como la de imputados sujetos a prisión preventiva poseen un origen en el año 2000 muy similar al del año 1999 en términos porcentuales y una tendencia a la baja durante los años 2010, 2011 y 2012, resultado que analizado desde el punto de vista de los condenados implica un alza demostrando que los efectos del nuevo sistema procesal entregan algunos réditos.

Figura N°1



Como vemos en la gráfica de la Figura N°1 se aprecia una inflexión en la curva de condenados que se comienza a ver el año 2003, manteniendo un ascenso progresivo hasta el año 2011, en el cual comienza una disminución de la población, creando una verdadera apariencia de una función gaussiana en esta curva. Como contrapartida ese mismo año la curva de imputados sujetos a prisión preventiva, aunque de pendiente mucho más suave que la curva de condenados nos indica que la tendencia cambia de sentido, que es justamente contrario a lo que el legislador tuvo en mente al momento de proponer la reforma procesal penal, tendencia que desde el año 2011, no ha dejado de incrementarse, siguiendo por consecuencia desde el año 2020 ambas curvas la misma tendencia en lo que va del presente año, todo lo cual nos indica que los parámetros de excepcionalidad y de proporcionalidad relativos a restringir y privar la libertad ambulatoria de los imputados, no está funcionando como realmente debiera ser.

3. CAPÍTULO III

3.1 Impacto de la Prisión preventiva en el nuevo sistema procesal penal.

El principal objetivo del nuevo sistema procesal penal era promover un uso racional de la prisión preventiva modificándolo de una aplicación generalizada del sistema antiguo, que era secreto y escrito al sistema nuevo, que es oral y público, dándole un carácter excepcional resguardando la presunción de inocencia y otros derechos de la persona imputada.

Actualmente la regulación de la prisión preventiva plantea el modo de funcionamiento y marca los incentivos que el aparato ofrece a la persecución penal. En otras palabras, entendemos que los efectos que se derivan de un régimen de prisión preventiva restringido incentivan la persecución penal por parte de los fiscales en busca de un juicio y una pena como forma de obtener el castigo, y por otra parte los efectos que derivan de un régimen de prisión preventiva más generosa, marcan un incentivo que se traslada desde el juicio y la pena, a la medida provisional, perdiendo por tanto la finalidad primera que es la de obtener el castigo de la conducta tipificada.⁴¹ No obstante esta última precisión, transcurridos varios años, su evolución ha marcado una tendencia que cada vez se acerca más a la realidad que existía durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal (sistema antiguo), en cuanto a los porcentajes de la población penal que ostentan los establecimientos penitenciarios frente a los individuos a quienes se les aplicó la medida cautelar personal de prisión preventiva.

La prisión preventiva es una medida cautelar personal, la cual se distingue de las medidas cautelares reales, por ser la más gravosa que se le puede imponer a un imputado. Está normada en el artículo 139 del Código Procesal Penal, que da lugar a la procedencia de la medida cautelar. Los artículos 140 y siguientes del Código Procesal Penal, explican los requisitos para su aplicación, improcedencia de la medida y también explican cómo debe tramitarse ante el tribunal competente,

⁴¹ CÓRDOVA (2021) pp41.

substitución, caución para reemplazar la prisión preventiva, recursos relacionados con la medida de prisión preventiva, etc.

Es una medida de aplicación excepcional dentro de las medidas cautelares personales, y se aplica sólo cuando las otras medidas son insuficientes para poder asegurar el éxito del procedimiento penal, y contradice la regla general, que es la conservación de la libertad ambulatoria del imputado, ya que el imputado queda restringido en su libertad personal ambulatoria a pesar de no existir una sentencia condenatoria firme en su contra aún.

El juez de garantía es el único que puede decretar la prisión preventiva, pero tiene un rol pasivo en el proceso, ya que, si no se ha solicitado por parte del fiscal o por el querellante la imposición de la prisión preventiva no podrá el de oficio imponer dicha cautelar. Además, el juez no la puede dictar sin que antes se haya formalizado la investigación.

Para determinar los impactos tanto positivos como negativos del estatuto de aplicación de la prisión preventiva debemos tener un parámetro de comparación que será el antiguo sistema penal inquisitivo, ya que derivado de las deficiencias que presentó durante su vigencia nació la idea de realizar una reforma profunda, no solo en relación a este aspecto de la aplicación de la prisión preventiva, sino que fue una reforma en su totalidad creándose nuevas instituciones para modificar en su esencia la anterior y darle una legitimidad cumpliendo a cabalidad con los tratados internacionales de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los fundamentos que regulan la prisión preventiva, específicamente en relación a lo que dice la Comisión Interamericana:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sugiere adoptar las siguientes medidas:

a) Reformas legislativas e institucionales necesarias que tiendan asegurar un uso más racional de la prisión preventiva.

b) Establecimiento legal de plazos máximos en que una persona pueda encontrarse sometida a prisión preventiva.

c) Promoción del uso de otras medidas cautelares que resulten menos gravosas desde la perspectiva de afectación a los derechos.

d) Implementación de acciones enfocadas en el seguimiento y monitoreo de estas medidas que consideren los estándares aplicables en materia de derechos humanos e incluyan una perspectiva de género, raza, etnia, orientación sexual, interculturalidad, interseccionalidad, discapacidad, así como poner especial atención en el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, haciendo una interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que los únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva, son los riesgos de que el imputado intente eludir la justicia u obstaculizar la investigación judicial, causal que encontramos en el ordenamiento jurídico nacional, en la primer parte de la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal, haciendo presente que la causal del peligro para la sociedad, en caso alguno podría tener cabida bajo el respeto del mencionado estándar.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señala que:

*“la presunción de inocencia obliga a respetar ciertas medidas en pro de la consecución de los objetivos de ésta, y que, en este sentido, la prisión preventiva debe tener una duración razonable, considerando en cada caso, su complejidad, la conducta del imputado durante el procedimiento y la manera en que las autoridades del poder ejecutivo y judicial hayan abordado el asunto.”*⁴²

Se agrega a continuación:

“En cuanto al criterio de reincidencia, la Comisión estima que el mismo pudiera considerarse como un elemento más en el análisis de procedencia de la medida (de prisión preventiva en caso de reincidencia) en el caso concreto, pero en ningún caso debería utilizarse como criterio rector de su aplicación, por ejemplo, mediante la presunción legal de que con esta sola circunstancia se configura el riesgo procesal, ello sería contrario al principio de presunción de inocencia. (CIDH, 2013:65, punto n°157)

⁴² CAVADA (2019)

“Por tanto, los criterios definidos en abstracto para considerar que concurren las causales de peligro para la seguridad de la víctima, por la existencia de procesos pendientes, o de peligro para la seguridad de la sociedad por haber sido condenado con anterioridad por delito que merezca igual o mayor pena, no debieran tener cabida a la luz de una interpretación que respete estándares de convencionalidad.”⁴³

En términos evolutivos podemos inferir que durante la vigencia del sistema inquisitivo que operaba hasta el año 2000, existía una resolución denominada auto de procesamiento, el cual debía dictarse si se verificaban algunos requisitos copulativos respecto de la existencia del delito y del grado de participación que hubiese tenido el inculcado. Sin embargo, lo más relevante de este auto de procesamiento, más allá de adquirir el inculcado la calidad de parte en el proceso, era la actitud casi automática de los jueces del crimen para decretar la prisión preventiva en contra de estos, lo cual, para todos los fines, dicha actitud significaba obtener una especie de sentencia anticipada sin haber tenido un juicio previo.

Se desprende de este proceder judicial que los altos índices de reclusión que se han podido apreciar de datos históricos recabados, dan cuenta de un número importante de inculcados sin condena que se encuentran bajo el régimen de prisión preventiva, número que al año 2000 bordeaba el 45 % de la población penal, cifra que bajó a 24.9 % hacia el 2007, cuestión que terminó por impulsar definitivamente la reforma, entre otros puntos relevantes.

Posteriormente, con la llegada del nuevo Código Procesal Penal, los principios sobre los cuales descansa este cuerpo legal difieren del antiguo Código en cuanto a las atribuciones del juez y la forma de enjuiciamiento. Sin perjuicio de ello, en relación con la prisión preventiva, se mantuvieron prácticamente los mismos requisitos para su aplicación, los cuales se encuentran descritos en el Artículo 140, pero con una diferencia fundamental, como es la de contar con un juez imparcial, un fiscal que, al impulsar su acusación debe justificar las causales descritas en dicho artículo en una audiencia pública, en presencia del imputado y su defensor quienes a su vez serán parte del debate.

⁴³ CORDOVA (2021) pp41.

Además, con la reforma el juez cuenta con un conjunto de nuevas medidas cautelares que anteriormente no tenía, pudiendo determinar la intensidad de la restricción de los derechos fundamentales del imputado.

Uno de los principales factores que tuvo en cuenta el legislador para realizar la Reforma Procesal Penal fue, entre otras grandes reformas, la que guarda relación con la debida aplicación y uso de la prisión preventiva, pasando de ser una medida cautelar personal de carácter general a una de carácter excepcional, vale decir, que sigue una lógica cautelar específica, lo cual significa que solo se aplicará cuando las demás medidas cautelares señaladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal sean insuficientes para asegurar las finalidades del juicio penal, como lo especifica, asimismo el artículo 139 inciso segundo del mismo cuerpo legal.

Con el devenir de los años hemos podido apreciar que esta importante modificación no generó los efectos esperados por el legislador de la época, pues hubo situaciones que motivaron la dictación de leyes que complementaron de forma específica algunos artículos del Código Procesal Penal.

Frente a lo expuesto es lógico concluir que la prisión preventiva, no obstante ser una medida cautelar que debiera decretarse con carácter excepcional, conforme a los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que regulan la prisión preventiva en la lógica descrita y que fueron los que se tuvieron en vista al implementarse en Chile la reforma procesal penal, hoy en día es una medida de la cual se abusa, utilizándose más bien como un castigo arbitrario y previo a cualquier sentencia, generando con ello consecuencias muy nocivas en diferentes aspectos, sobre todo si consideramos que la mayoría de los imputados sometidos a prisión preventiva cumplen dicha medida sin ser declarados culpables posteriormente.

Los motivos jurídicos que dieron lugar a la reforma de nuestro sistema procesal penal, y que se pueden analizar en cuanto a la prisión preventiva, muestran cómo ésta ha logrado distanciarse cada día más de lo que se tuvo en consideración al implementarse la reforma en Chile, ya que los índices de su evidente incremento, demuestran que la cantidad de imputados no condenados sometidos a la medida cautelar más gravosa son cada vez más cercanas a las que existían durante el sistema inquisitivo de nuestro antiguo procedimiento penal, todo lo cual nos conduce a evidenciar una aparente vulneración a las garantías del imputado que se pretendían

proteger con el nuevo sistema acusatorio, principalmente en lo relativo a la presunción de inocencia, el derecho a la libertad, a la seguridad individual del imputado y por supuesto los problemas constitucionales que dicen relación con el Principio de legalidad conocido con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine preavia lege*, (Ningún delito, ninguna pena sin ley previa) lo cual implica que solamente podrán castigarse aquellos delitos, con penas establecidas con anterioridad a su perpetración.

Entonces según todo lo dicho hasta ahora y si quisiéramos sintetizar el problema principal se origina contraponiendo el normal desarrollo del proceso penal que persigue una pena si el imputado es considerado culpable, ¿qué hacemos con él imputado durante el proceso?, ¿Lo mantenemos en libertad hasta que se dicte una pena? o ¿lo mantenemos en prisión preventiva si cumple los requisitos exigidos por la ley?, ¿qué prevalece para ese juez de garantía que una vez formalizada la investigación debe definir entre el derecho fundamental de la libertad personal y el principio de la presunción de inocencia frente a la presión que opone el Ministerio Público en su función de representar a la sociedad toda que siente peligro e inseguridad social y que opina que existe ante la delincuencia una debilidad en los jueces si dejan en libertad a los imputados?. Aquí se produce justamente la contraposición del sistema penal antiguo en que inmediatamente se dictaba el auto de procesamiento quedando en prisión preventiva sin realizar ningún análisis previo a diferencia del actual sistema en que la dictación de la prisión preventiva restablece su función natural realizando un estudio previo para considerar si el imputado cumple con la serie de requisitos exigidos por la ley (y que han ido aumentando a través de los años en función de las modificaciones realizadas al nuevo sistema penal) y si no los cumple el imputado queda en libertad mientras dure el proceso, aplicando su sentido más excepcional y no de aplicación general que caracterizaba al sistema antiguo.

Otro punto importante es que en base a lo señalado anteriormente los jueces para cumplir con las demandas de la opinión pública y no exista la sensación de una “puerta giratoria” evitan dictar medidas cautelares alternativas descritas en los artículos 155, 156, y 156 bis del Código de Procesal Penal.

Se señala que esto se debe a falta de controles y una deficiente administración del sistema judicial y penitenciario porque siempre hay déficit de recursos suficientes para que esto se realice

en forma eficiente quedando estas medidas cautelares alternativas reducidas a un mínimo porcentaje de aplicación en la práctica.

Según la tesis de Antonia Aguilera (2022) y de sus resultados del estudio realizado del análisis comprensivo de la prisión preventiva contrarrestando el costo del tiempo pasado en prisión preventiva con los beneficios derivados de la prevención del delito y del desacato se señala que:

“El uso de medidas cautelares que no impliquen encarcelamiento del imputado, pero que al mismo tiempo permitan dar seguimiento a este, podrían ser beneficiosas. En particular, el uso del monitoreo electrónico ha demostrado disminuir la reincidencia (en comparación con la prisión preventiva), en especial en situaciones donde las condiciones carcelarias son conducentes al contacto criminógeno (Di Tella and Schargrotsky, 2013). Este sistema, también denominado tobilleras electrónicas está presente en Chile, pero sólo es utilizado para el cumplimiento de penas como arresto domiciliario, donde la experiencia no ha sido del todo positiva, siendo evaluado como un sistema ineficiente y falible, principalmente por la falta de personal de monitoreo, actividad a cargo de la institución de Gendarmería (Labrín, 2015; El Mercurio, 2016). Este año se amplió su uso a formalizados por violencia intrafamiliar, pero no se ha propuesto su uso como medida cautelar (Tercera, 2021).”⁴⁴

El mismo trabajo agrega que: “Podemos analizar un aspecto negativo según el Código Penal de Chile la Prisión preventiva (PP) es la medida cautelar más gravosa, en cuanto implica la privación de libertad del imputado sin que se le haya probado su culpabilidad en el delito que se le atribuye”.

Esto sugeriría que la medida se debiese reservar exclusivamente para aquellos casos de mayor gravedad, esto es:

“En los casos donde el imputado presente un riesgo para el debido proceso, para la seguridad de la víctima y/o terceros, y donde exista evidencia contundente de que este está efectivamente involucrado en el caso. “

⁴⁴ AGUILERA (2022) pp25.

Agrega este mismo estudio que:

“Sin embargo, ciertas cifras sugieren que la medida no necesariamente se reserva para casos excepcionales: en 2021 un 36.5 % de la población penitenciaria en Chile corresponde a imputados en prisión preventiva (Ángel and Verdejo, 2021), en 2020 un 77 % de las personas en prisión preventiva recibió una sanción no privativa de libertad (Padilla, 2021) y más de 33 mil imputados en prisión preventiva fueron encontrados inocentes el mismo año (Chaparro, 2020).

Este aparente uso no excepcional de la prisión preventiva no es exclusivo de Chile, en cuanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) considera esta situación uno de los problemas más extendidos que enfrentan los estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Además, Dobbie et al. (2018) concluyen que esta medida cautelar tiene efectos nulos sobre el delito, a la vez que reduce la probabilidad de que el imputado consiga un empleo en el sector formal luego del periodo de encarcelamiento preventivo.

Para Chile, Grau et al. (2019) confirman este resultado, estimando que el impacto de esta medida cautelar es una disminución en la probabilidad de conseguir empleo en un 10 % y una caída en el salario de un 11 %.

A pesar de estos impactos negativos la prisión preventiva genera ciertos beneficios, en cuanto busca prevenir la reincidencia, el daño a terceros y la ausencia del imputado en el juicio. Sin embargo, actualmente no existen análisis detallados que comparen el impacto positivo de esta medida cautelar con sus efectos negativos.”⁴⁵

La Constitución Política de la República⁴⁶ en el artículo 19, número 7, i) dice:

CAPITULO III DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES

Artículo 19. *“La Constitución asegura a todas las personas:*

7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia:

⁴⁵ AGUILERA (2022) pp1.

⁴⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA (1980)

i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.”

Esta norma significa que la acción constitucional que se tiene por derecho de indemnización cuando se comete un error judicial, debe ser interpuesta en contra del Estado de Chile, para obtener la reparación pecuniaria por el daño patrimonial y moral causado a un imputado por una resolución dictada erróneamente o en forma arbitraria, condenando o privando de libertad a esta persona que posteriormente se demostró por pruebas periciales o por falta de ellas, que era inocente de los cargos que se le imputaban.

El plazo para presentar la acción de indemnización por error judicial es de seis meses contados desde que la sentencia o auto de procesamiento han quedado firmes o ejecutoriados.

La responsabilidad por error judicial tiene como características que; es una responsabilidad del Estado, es una responsabilidad por error judicial y no por actos u omisiones de personas particulares o de autoridades políticas o administrativas, es una responsabilidad objetiva, pues no requiere dolo o culpa y abarca los perjuicios morales y patrimoniales.

Según un reportaje del diario La Nación que habla sobre el impacto de la prisión preventiva en el sentido de que debiera aplicarse en forma excepcional por los efectos que tiene en la realidad en el sentido de que se aplica a personas que luego se demuestra que eran inocentes, dijo que la Defensoría Penal Pública informó que:

“Desde que comenzó la reforma procesal penal en nuestro país en 2005 y hasta junio pasado, 39.235 inocentes fueron imputados de algún delito, estuvieron en prisión preventiva y posteriormente fueron absueltos en un juicio oral.

Se trata de personas que fueron sobreseídas porque no existió el delito del que se les acusaba o porque se demostró su inocencia durante la investigación, o bien el Ministerio Público decidió no perseverar en la investigación en su contra.

Estas personas no cuentan con acceso a reparación ni programas de apoyo estatal, como sucede en algunos ámbitos de las iniciativas de reinserción social para personas condenadas. Es por eso que, en agosto de 2013, la defensoría creó el Proyecto Inocentes, inspirado en trabajos realizados por organizaciones como el Innocence Project en Estados Unidos.

“Lo que hacemos es intentar reparar el daño público asociado a una injusta privación de libertad de personas que no debieron haber estado presas y que no reciben ningún tipo de reparación del Estado. Les damos un espacio para ser visualizados”, explicó el defensor nacional, Carlos Mora.

El defensor advirtió que la cifra supone una situación grave, que debería remecer al sistema completo.

“Es impactante, más todavía cuando le toca a alguien cercano. La gente puede decir ‘bueno, 40 mil personas no es tanto’, pero para cada una de esas vidas el impacto es inmenso a nivel psicológico, laboral, social”, afirmó.

“El mayor problema es la calidad de las investigaciones de la Fiscalía. Ahí están al debe aún y creo que están conscientes”, sostuvo.” (Fuente Diario la Nación)

Sobre este y otros casos de la misma naturaleza, el defensor nacional Andrés Mahnke explica que, “buscando una forma de reparar el gran daño que se les causa, hace ya cuatro años hemos trabajado junto a la Fundación Pro Bono para brindar apoyo a estas familias, afectadas por errores cometidos por los distintos actores del sistema de justicia, lo que importa una grave vulneración de las obligaciones de protección asumidas por el Estado. Al analizar la distribución a nivel país, las regiones que concentraron el mayor número de personas inocentes que estuvieron privadas de libertad fueron Antofagasta, Valparaíso, O'Higgins y Metropolitana.

Para determinar si un caso cumple con las características para ingresar al proyecto “Inocentes de la Defensoría”, existe un comité editorial que se creó en 2012, y que está integrado por directivos y profesionales de la Defensoría Penal Pública y también por miembros de instituciones externas, se explica en el portal institucional del organismo.

Desde un punto de vista internacional la aplicación de la prisión preventiva en forma excesiva también tiene una preponderancia muy importante en la defensa de los derechos humanos y CIDH lo expuso claramente en un informe que entregó a las naciones iberoamericanas, e incluso entregó una guía detallada para disminuir su aplicación excesiva.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia.

El 7 de septiembre de 2017 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entregó un informe sobre medidas dirigidas a reducir la aplicación de la prisión preventiva y analiza en profundidad el tema de la aplicación excesiva de la prisión preventiva en los países de América del sur principalmente y dice:

“La aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en la región. El uso no excepcional de esta medida es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la organización de los Estados Americanos (OEA) en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad.”

La Comisión reconoce y valora los importantes esfuerzos realizados por los Estados para reducir el uso de la prisión preventiva, pero su utilización sigue siendo general y excesiva. En la región, el promedio de personas en prisión preventiva es 36.3% del total de la población penitenciaria, superando el 60% en algunos países. Las medidas necesarias para reducir el uso abusivo de la prisión preventiva y responder a la crisis penitenciaria son conocidas, y hasta cierto punto, ya probadas. Sin embargo, la CIDH manifiesta su preocupación por la falta generalizada de voluntad política por parte de los Estados para hacer efectiva la implementación de dichas medidas y urge a los Estados a realizar las acciones necesarias para que la prisión preventiva se utilice de

conformidad con su naturaleza excepcional, reduciendo así los altos niveles de hacinamiento que caracterizan a la región.

“El uso excesivo de la prisión preventiva constituye un problema estructural inaceptable en una sociedad democrática que respeta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia y representa una práctica contraria a la esencia misma del estado de derecho y a los valores que inspiran a una sociedad democrática”, dijo el Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, Comisionado James Cavallaro.

El principal objeto del informe es dar seguimiento al Informe sobre el uso de la prisión preventiva en América de 2013, mediante el análisis de los principales avances y desafíos en el uso de esta medida por parte de los Estados. En particular, se realiza un seguimiento a las recomendaciones relativas a políticas del Estado, erradicación de la prisión preventiva como pena anticipada o herramienta de control social, defensa pública, uso de medidas alternativas, y celeridad en los procesos y corrección del retardo procesal. Asimismo, el informe incorpora una perspectiva de género y un enfoque diferenciado respecto a personas que pertenecen a diversos grupos en situación especial de riesgo, tales como personas afro-descendientes, indígenas, personas mayores, personas con discapacidad y personas con orientaciones sexuales y expresiones o identidades de género diversas.

De igual forma, el informe proporciona recomendaciones dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva de acuerdo con estándares internacionales en la materia, con un énfasis en la aplicación de medidas alternativas que permiten que la persona imputada se encuentre en libertad mientras se tramita el proceso penal.

“Son muchas e importantes las ventajas de aplicar medidas alternativas para racionalizar el uso de la prisión preventiva y ajustar su uso a los estándares interamericanos e internacionales”, dijo el Relator Cavallaro. “Cuando se utilizan medidas alternativas, se evita la desintegración familiar y la estigmatización de la comunidad, se disminuyen las tasas de reincidencia y se utilizan de manera más eficiente los recursos públicos”, agregó.

Existen numerosos obstáculos para reducir el uso de la prisión preventiva. Por ejemplo, a las autoridades judiciales que aplican medidas alternativas se les sanciona disciplinariamente, como medio de presión o castigo. Se suma a esto una inadecuada defensa pública y la falta de coordinación interinstitucional entre actores del sistema de administración de justicia. Asimismo, existe una tendencia en la región a proponer mayores niveles de encarcelamiento como respuesta a la inseguridad ciudadana. Esto resulta en la adopción de leyes y prácticas que privilegian la aplicación de la prisión preventiva y que restringen la posibilidad de aplicación de medidas alternativas. En los discursos de altas autoridades prevalecen las propuestas de aplicar políticas llamadas “de mano dura”, que se enfocan en la privación de libertad como respuesta a la inseguridad ciudadana, y consecuentemente privilegian la aplicación de la prisión preventiva. Ello, a su vez, genera presión de los medios de comunicación y de la opinión pública para aplicar este tipo de políticas.

“La inseguridad ciudadana es un grave problema en la región y la población tiene derecho a exigir que se tomen medidas para resolverla”, señaló el presidente de la CIDH, Comisionado Francisco Eguiguren. “Sin embargo, está demostrado que las políticas de mano dura no solamente son violatorias de los derechos humanos de las personas, sino que además resultan ineficaces para garantizar la seguridad ciudadana. Una de las consecuencias más graves y preocupantes es que su aplicación ha llevado a un aumento sin precedentes de la cantidad de personas que están en prisión preventiva, sin sentencia, agravando el hacinamiento carcelario”.

En el contexto de la respuesta punitiva a la inseguridad ciudadana, el consumo y posesión de drogas para uso personal, así como otros delitos menores cometidos por el uso dependiente o problemático de estas sustancias, son seriamente castigados. Dichas conductas son caracterizadas en las legislaciones como “delitos graves” y la prisión preventiva es aplicada de manera automática, sin que las personas imputadas puedan beneficiarse de alternativas al encarcelamiento. El endurecimiento de políticas criminales en materia de drogas ha resultado en un notable incremento del número de personas privadas de libertad en la región, y ha afectado de manera especial a las mujeres. La CIDH manifiesta su particular preocupación ante este problema y urge a los Estados

de la región a estudiar enfoques menos restrictivos, a través de la descriminalización del consumo y posesión de drogas para uso personal.

Otro tema de preocupación para la CIDH es que a fin de reducir el uso la prisión preventiva, algunos Estados han implementado procesos abreviados o inmediatos, que se caracterizan por disminución de los plazos procesales, confirmación de sentencias en un menor lapso, y ofrecimiento de oralidad. Estos procesos suelen afectar el debido proceso y se condena a personas imputadas de manera arbitraria, con base en procesos sumarios, sin garantías suficientes, y que afectarían el derecho a una defensa adecuada. Además, los procesos abreviados o inmediatos no resultan en medidas eficaces para hacer frente al hacinamiento, debido a que únicamente se estaría incrementando la cantidad de personas condenadas de manera arbitraria.

La CIDH reconoce las buenas prácticas adoptadas por Estados de la región, como la reducción de los plazos de la prisión preventiva, la creación de programas especiales para el monitoreo electrónico de seguimiento y el establecimiento de servicios para verificar riesgos procesales y supervisar medidas cautelares. Asimismo, valora los esfuerzos relativos a la implementación de programas de justicia restaurativa, revisiones periódicas de casos en prisión preventiva, realización de audiencias en las cárceles y celebración de audiencias previas sobre la determinación de la prisión preventiva, a fin de evitar privaciones de libertad innecesarias. La Comisión insta a los Estados de la región a seguir avanzando en la aplicación de este tipo de medidas.

Por medio de este informe, la Comisión Interamericana ofrece recomendaciones específicas a fin de que los Estados corrijan la excesiva aplicación de la prisión preventiva, en especial a través de la utilización de medidas alternativas. La CIDH urge a los Estados de la región a garantizar que la prisión preventiva sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad. Además, para hacer efectivas las recomendaciones del informe, la CIDH urge a los Estados a involucrar a la sociedad civil, y a las mismas personas destinatarias de dichas políticas estatales, a fin de asegurar que el diseño y la implementación de las políticas dirigidas al uso racional de la prisión preventiva resulten integrales, participativos e inclusivos.

Este informe se acompaña de una guía práctica para reducir la prisión preventiva, dirigida a las autoridades encargadas de atender los desafíos inherentes a la reducción del uso excesivo de la prisión preventiva.⁴⁷

Esta guía práctica no considera a Chile en su análisis, pero finalmente se trata de una observación general de la dictación de la prisión preventiva que es perfectamente aplicable a nuestro sistema de justicia nacional.

⁴⁷ CIDH. No. 136/17

CONCLUSIONES

El sentimiento de inseguridad ciudadana en Chile, dada la crisis de seguridad pública, ha sido uno de los elementos más importantes a considerar para determinar que la prisión preventiva, más que operar como una garantía o medida cautelar personal excepcional que tiene por finalidad asegurar los fines del proceso penal y evitar que los resultados de este puedan ser obstaculizados, asegurando la comparecencia del imputado, entre otros, se ha transformado en una herramienta de seguridad y protección social, donde la justicia interviene con un carácter o rol funcional que cumple el objeto de defender a la sociedad de una amenaza o peligro, a veces real y en otras aparente, alejándose con ello de los fines primeros que se tuvieron en vista con la implementación de la reforma procesal penal en esta materia, donde se buscaba garantizar la protección de los derechos fundamentales del imputado, dado la vulneración que había existido producto del sistema inquisitivo que regía nuestro procedimiento penal hasta antes del año 2000.

Muestra de lo anterior es que a marzo del presente año un 85% de chilenos de 800 encuestados consideran que los problemas de seguridad pública han aumentado y donde, dos de las razones esgrimidas, encontramos la incapacidad de los tribunales de justicia y de la policía para afrontar los problemas de seguridad, con lo cual queda en evidencia un debilitamiento de legitimidad en el aparato judicial y un descontento en la población que considera un exceso de garantismo en el actual sistema penal, bajo el supuesto de existir una mayor protección para los delincuentes y no de la ciudadanía.

Es bajo este clima sostenido en el tiempo que surge la implementación de reformas en materia de prisión preventiva que como pudimos ver tienen por fin la prevalencia de la persecución penal, bajo la idea principal de que *“la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad”*, produciéndose con ello una indiscutible infracción de los principios que informan el nuevo sistema procesal penal, ya que restringen las garantías individuales de los imputados y permiten una mayor facilidad para que los fiscales obtengan que se decrete la prisión preventiva desnaturalizando con ello su carácter de medida excepcional y cautelar.

Al respecto, cabe tener presente que las causales que permiten decretar la prisión preventiva en Chile responden a una lógica que van más allá de la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado al proceso y que no han tenido un avance sustancial en lo que se refiere a la protección de la seguridad de la sociedad, dado que más allá de elevar el estándar de justificación exigido por un tribunal al decretar su procedencia, el legislador lo que ha hecho es ampliar sus parámetros. Dicho lo anterior, se hace estrictamente necesario reforzar el principio de excepcionalidad y proporcionalidad que rigen la prisión preventiva como medida cautelar personal de ultima ratio, ya que si bien pudimos apreciar que el uso de la prisión preventiva ha sido sostenido en el tiempo, igualmente es importante enfatizar que el porcentaje de imputados privados de libertad por prisión preventiva en contraste con el de presos efectivamente condenados sigue siendo muy alto e iría en aumento, de manera que con ello se puede establecer que la prisión preventiva sigue siendo utilizada como una medida directamente punitiva, lo que implicaría un retroceso evidente respecto de los principios inspiradores que se tuvieron en vista al implementar la reforma procesal penal, en especial en lo que se refiere a la presunción de inocencia, excepcionalidad, instrumentalidad y proporcionalidad.

Para lo anterior es fundamental contar con medidas cautelares personales alternativas a la privación de libertad que sean efectivas al momento de su aplicación, siendo indispensable además para ello contar con una regulación sistemática que permita un mayor control en su cumplimiento, ya que de lo contrario se genera un incentivo para el sistema, tanto judicial como político y legislativo, como única respuesta posible para enfrentar los problemas de seguridad atinentes, la utilización de la prisión preventiva como un “remedio” cortoplacista para calmar a la sociedad, lo que a su vez hace previsible que si el actual estado de las cosas se mantiene inmutable, es indudable el aumento progresivo del uso de la prisión preventiva como medida general, generando como una de sus consecuencias nociva la inevitable congestión del sistema carcelario con personas que aún no han obtenido su respectiva condena.

BIBLIOGRAFÍA

Referencia de libro

- ASENCIO, Félix y CERDA, Victoriano (1999): *“La Prisión Preventiva en el Nuevo Procedimiento Penal: ¿Base de un Sistema Acusatorio o Continuación del Sistema Inquisitivo?”* (Santiago, Revista derecho y humanidades No 7) pp105.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian (2007): *“Proceso Penal”* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p583.
- DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián (2011): *“La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto”* (1a edición, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) 297pp.
- HADWA ISSA, Marcelo (2020): *“La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales”* (3ª Edición, Santiago, Der Ediciones limitada) 332pp.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2022): *“Derecho procesal penal chileno: Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación, Tomo I”* (1ª Edición, Santiago, Editorial jurídica de Chile) 638pp.
- MACHADO, André y RÍOS, Rodrigo (2021): *“Derecho procesal penal: Una mirada a 20 años de reformas en Chile y Brasil”* (Santiago, Tirant lo Blanch) 376pp.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2021): *“Proceso penal chileno: Algunos aspectos problemáticos”* (1a Edición, Santiago, Tirant lo Blanch) 340pp.
- QUINZIO, Jorge (2006): *“Tratado de Derecho Constitucional Tomo II”* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp532.

Referencia de documentos en formato electrónico

AGUILAR, Ana (2013): “*Presunción de inocencia*” (Ciudad de México, Comisión nacional de derechos humanos), https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CTDH_PresuncionInocencia1aReimpr.pdf, fecha de consulta 26 de julio de 2023.

AHUMADA, Alejandra y FARREN, Diego y WILLIAMSON, Bernardita (2008): “*Los costos de la prisión preventiva en Chile*” (Santiago, Fundación paz ciudadana) 46p., disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/los-costos-de-la-prision-preventiva-en-chile/>, fecha de consulta 26 de julio de 2023.

CABADA, Juan (2019): “*Prisión preventiva, regulación en Chile y Latinoamérica y estándar internacional.*” (Santiago, biblioteca del Congreso Nacional de Chile), [https://www.bcn.cl/catalogo/client/es_CL/publico/search/detailnonmodal/ent:\\$002f\\$002fSD_ASSET\\$002f0\\$002fSD_ASSET:3890/one?qu=Prisi%C3%B3n+preventiva%2C+regulaci%C3%B3n+en+Chile+y+Latinoam%C3%A9rica+y+est%C3%A1ndar+internacional](https://www.bcn.cl/catalogo/client/es_CL/publico/search/detailnonmodal/ent:$002f$002fSD_ASSET$002f0$002fSD_ASSET:3890/one?qu=Prisi%C3%B3n+preventiva%2C+regulaci%C3%B3n+en+Chile+y+Latinoam%C3%A9rica+y+est%C3%A1ndar+internacional), fecha de consulta 26 de julio de 2023.

CÁCERES MENDOZA, Nataly y NOVA CARRASCO, Leonardo, (2021): “*La causal de seguridad para la sociedad escapa de la lógica cautelar del juicio penal*” (Santiago, Facultad de derecho Universidad Andrés Bello) 21p., https://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/23800/a138320_Caceres_N_La_causal_de_seguridad_para_2021_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y, fecha de consulta 30 de julio de 2023.

CAVADA HERRERA, Juan Pablo, (2019): “*Prisión preventiva: Regulación en Chile y Latinoamérica y estándar internacional*” (Santiago, Biblioteca del Congreso nacional de Chile) 26p., https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=74324, fecha de consulta 26 de julio de 2023.

CASAS BECERRA, Lidia y GAJARDO, Jaime (2021): “*El uso de la prisión preventiva en el marco del estallido social*” (Santiago, Universidad Diego Portales) 38p.,

<https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/12/DDHH2021-Definitivo-139-176.pdf>, fecha de consulta 26 de julio de 2023.

CÓRDOVA TAPIA, Camila y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Vasthy (2021): “*Se cumplen los estándares de derechos humanos al momento de decretar prisiones preventivas?*” (Valparaíso, Universidad de Valparaíso) 41p., <https://repositoriobibliotecas.uv.cl/bitstream/handle/uvscl/3813/TesinaC%C3%B3rdova%20y%20Mart%C3%ADnez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, fecha de consulta 5 de octubre de 2023.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2017): “*Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*” (Ciudad de México) 173p., <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>, fecha de consulta 30 de julio de 2023.

CÓRDOVA TAPIA, Camila y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Vasthy, (2021): “*¿Se cumplen los estándares de derechos humanos al momento de decretar prisiones preventivas?*” (Valparaíso, Tesina Facultad de derecho y ciencias jurídicas, Universidad de Valparaíso) 41p., <https://repositoriobibliotecas.uv.cl/bitstream/handle/uvscl/3813/TesinaC%C3%B3rdova%20y%20Mart%C3%ADnez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, fecha de consulta 30 de julio de 2023.

DUCE, Mauricio, (2020): “*Diez años de reforma procesal penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos*” (Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas) 34p., https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/MAURICIO-DUCE_10yeardeRPPenChile.pdf, fecha de consulta 03 de agosto de 2023.

SCIELO, (2013): “*Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes*” (Valdivia, Revista de derecho volumen 26 n.º.2) 30p., <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v26n2/art08.pdf>, fecha de consulta 30 de julio de 2023.

SCIELO, (2018): “*Problemas interpretativos del artículo 149, inciso segundo del Código Procesal Penal*” (Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca) 36p.,

<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n1/0718-0012-iusetp-24-01-00293.pdf>, fecha de consulta 30 de julio de 2023.

WINTER, Jaime (2016): “*Panorama de la Ley No 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, más conocida como Agenda Corta Antidelincuencia*” (Santiago, Academia Judicial Chile)
http://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Panorama_agenda_corta.pdf, fecha de consulta 03 de agosto de 2023

Normas jurídicas citadas

Pacto internacional de derechos civiles y políticos. *Entrada en vigor*, 23 marzo 1976.

Decreto n° 747, Promulga es estatuto facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos. *Diario Oficial*, 20 agosto 1992.

Convención americana de derechos humanos (Pacto de San José).

Ley n°1.853, Establece el código de procedimiento penal. *Diario Oficial*, 19 febrero 1906.

Ley n° 8.716, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 4 enero 1947.

Ley n° 11.183, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 10 junio 1953.

Ley n° 11.625, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 4 octubre 1954.

Ley n° 13.303, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 31 marzo 1959.

Ley n° 16.437, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 23 febrero 1966.

Ley n° 17.010, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 7 noviembre 1968.

Ley n° 17.155, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 11 junio 1969.

Ley n° 17.437, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 9 junio 1971.

Decreto Ley n° 1.552, Establece acta constitucional n°3, *Diario Oficial*, 13 septiembre 1976.

Decreto Ley n° 2.185, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 6 mayo 1978.

Decreto Ley n° 2.621, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 28 abril 1979.

Decreto Ley n° 3.465, Establece Constitución Política de la Republica, *Diario Oficial*, 12 agosto 1980.

Ley n° 18.288, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 21 enero 1984.

Ley n° 18.857, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 6 diciembre 1989.

Ley n° 19.047, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 14 febrero 1991.

Ley n° 19.055, Modifica el CPR, *Diario Oficial*, 1 abril 1991.

Ley n° 19.114, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 4 enero 1992.

Ley n° 19.158, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 31 agosto 1992

Ley n° 19.164, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 2 septiembre 1992.

Decreto con Fuerza de Ley n° 6, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 2 febrero 1993.

Ley n° 19.385, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 24 mayo 1995.

Ley n° 19.503, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 5 junio 1997.

Ley n° 19.661, Modifica el Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial*, 10 febrero 2000.

Ley n° 19.696, Establece Código Procesal Penal, *Diario Oficial*, 12 octubre 2000.

Ley n° 19.789, Modifica el Código Procesal Penal, *Diario Oficial*, 30 enero 2002.

Ley n° 20.074, Modifica el Código Procesal Penal, *Diario Oficial*, 14 noviembre 2005.

Ley n° 20.253, Modifica el código penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. *Diario Oficial*, 14 marzo 2008.

Ley n° 20.931, Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. *Diario Oficial*, 5 julio 2016.

Ley n° 21.121, Modifica el Código penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. *Diario Oficial*, 20 noviembre 2018.