

# LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL: ¿BASE DE UN SISTEMA ACUSATORIO O CONTINUACIÓN DEL SISTEMA INQUISITIVO?\*

FÉLIX ASENCIO HERNÁNDEZ  
VICTORIANO CERDA QUINTEROS

## Introducción

¿Pertenece el nuevo Procedimiento Penal a un sistema de tipo acusatorio? La respuesta que surge rápidamente es "sí". Mas no puede responderse de manera tan irreflexiva a esta interrogante. Existen diversas instituciones y/o principios que deben ser analizadas para poder concluir si el procedimiento que pretende instaurarse pertenece a un sistema u otro. De este modo, para determinar el tipo de sistema, deben ser analizadas: La separación de las funciones que deben ejercerse durante las diversas etapas del procedimiento, la existencia de presunción de inocencia o culpabilidad durante el curso del proceso, la primacía del principio de oralidad o la del de escrituración, el carácter público o secreto del proceso, el derecho a la libertad durante la investigación o la prisión durante ella, la igualdad de las partes durante el juicio<sup>1</sup> o la primacía de una de ellas, la primacía de la intermediación o la mediación, entre otras.

Sin embargo, una de las más importantes instituciones a que debe atenderse para determinar si estamos en presencia de un sistema inquisitivo o acusatorio, conjuntamente con verificar la existencia del principio de que toda persona es inocente mientras no sea condenada (presunción de inocencia), entendemos, es el de la libertad durante la investigación y el juicio. En este marco, deben analizarse las medidas cautelares personales de detención y, particularmente, la prisión preventiva<sup>2</sup>. Es esta última institución la que nos abocaremos a revisar, de modo tal de elucidar si la prisión preventiva, en el nuevo procedimiento penal que se pretende instaurar, responde a la verdadera inspiración de un sistema acusatorio. Teniendo presente que dicha institución es una de las que permite caracterizar y, en definitiva, diferenciar a un sistema de otro, intentaremos, en síntesis, determinar si el nuevo procedimiento penal pertenece a un sistema de tipo acusatorio<sup>3,4</sup>.

\* Realizado sobre la base del trabajo presentado en el marco del IV Congreso Nacional Universitario de Derecho, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca los días 11, 12 y 13 de Agosto de 1999, el que se hizo acreedor del premio "Cardenal Raúl Silva Henríquez" a la mejor ponencia en el área de Derecho Procesal Penal.

<sup>1</sup> Cabe recordar que, con frecuencia, es el imputado el que se enfrenta al ejercicio de la pretensión punitiva por parte del Estado, por lo que, en principio, la igualdad de las partes en el proceso se traduce en una igualdad procesal, en el más amplio sentido, entre el Estado (o quien se encuentre ejerciendo la pretensión punitiva) y el imputado.

<sup>2</sup> Hablamos de prisión preventiva y no de libertad provisional, por cuanto esta última es la regla general, mientras que la primera es la excepción. En este sentido, es importante destacar que ambos conceptos, desde una perspectiva axiológicamente neutra y estrictamente lógica, se codeterminan, delimitando el uno al otro, en cuanto a los ámbitos que comprenden. Desde una perspectiva inquisitiva, en cambio, la libertad provisional, que sería la excepción, determinaría el alcance de la prisión preventiva. Es por esto que, desde una perspectiva acusatoria y garantista, resulta incorrecto señalar que debe atenderse a la libertad provisional, por cuanto ella se supone como una cuestión existente e imperante, acorde además, a cualquier sistema que tenga como principio básico la presunción de inocencia del imputado hasta que no sea condenado.

<sup>3</sup> El profesor Miguel Soto señala que el análisis de la interacción de los sistemas inquisitivo y acusatorio,

## *Justificación de las Medidas Cautelares Personales en el Procedimiento Penal*

"Justice Delayed is Justice Denied"<sup>5</sup>, dice un conocido aforismo del Common Law. Dicho principio pareciera estar implícitamente recogido en el artículo 74 de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante CPR), al establecer que "una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la república"<sup>6</sup>. Sin embargo, es evidente que la justicia no puede ser impartida de manera instantánea o inmediata, por cuanto ello significaría una violación al debido proceso de ley, consagrado en la CPR en su artículo 19 N° 3 bajo la denominación de "racional y justo procedimiento"<sup>7-8</sup>.

Según señala Gimeno, "Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento de medida cautelar alguna. Pero desgraciadamente esta solución es utópica: El juicio oral requiere de su preparación a través de la fase instructora, en la cual se invierte, en muchas ocasiones, un excesivamente dilatado período de tiempo, durante el cual el imputado podría ocultarse a la actividad de la justicia, haciendo frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia. Para garantizar estos efectos o la ejecución de la parte dispositiva de la sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas cautelares"<sup>9</sup>. Es

puede efectuarse tanto desde una perspectiva histórica como desde una perspectiva teórica. En este trabajo realizamos el análisis desde el punto de vista teórico y no histórico.

<sup>4</sup> A modo de observación general, debe tenerse presente que el sistema inquisitivo, desde una perspectiva histórica, ha estado indudablemente ligado a la prisión preventiva, por lo que si un sistema que pretende ser acusatorio se encuentra ligado a dicha institución, no sería verdaderamente tal.

<sup>5</sup> "Justicia retardada es justicia denegada".

<sup>6</sup> Vid. Maturana, Cristián. *Las Medidas Cautelares*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 100.

<sup>7</sup> Pese a que en nuestra Constitución no se explicitan cuales son los elementos que contempla el racional y justo procedimiento, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) o "Comisión Ortúzar", acordó dejar en actas "para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere". Vid. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 103, pp. 19 y 20.

<sup>8</sup> Los aspectos del debido proceso que se transgredirían con la dictación inmediata de una sentencia son, en base a lo señalado por la CENC, la adecuada defensa y la producción de la prueba que correspondiere. Doctrinariamente, en especial en el Common Law, la transgresión más importante dice relación con aquello que se conoce como la garantía de "his day in Court" (su día ante la Corte). Uno de los elementos que componen el his day in Court, según la Suprema Corte de los Estados Unidos, "es que al demandado se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el derecho de declarar por sí mismo, de suministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas". (Willoughby. *The Constitutional Law of The United States*. Tomo 3, p. 1709; citado por Couture, Eduardo, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 60). Desde un punto de vista más de fondo, podría sostenerse, pese a ser discutible, que la propia jurisdicción es infringida por la prisión preventiva ya que, en la mayoría de los casos, lo que existe es una aplicación de penas previa al juicio e, inclusive, desde puntos de vista más radicales, un juicio previo. Esto último ocurre, en especial, cuando el juez niega la libertad al procesado en razón de la peligrosidad que éste pudiere representar para la sociedad o para el ofendido, sin llegar a ser condenado jamás, para luego de un período de prisión preventiva, ser dejado en libertad en virtud de un sobreseimiento (Vid. *Infra* IV).

<sup>9</sup> Gimeno, Vicente. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*. En Derecho Procesal, Tomo II "Proceso Penal", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, p. 353; citado por Maturana, Cristián, en *Las Medidas Cautelares*, op. cit. en nota 6, p. 101.

precisamente ese el fundamento para la dictación de las medidas cautelares en el proceso penal: El conciliar las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia y del proceso como su instrumento: la celeridad y la ponderación<sup>10</sup>.

En el proceso penal, podemos distinguir básicamente dos tipos de medidas cautelares que pueden ser adoptadas por el tribunal:

a) Medidas cautelares personales: Son las que tienen por objeto privar o limitar la libertad del imputado para asegurar el ejercicio de la pretensión punitiva, hasta la ejecutoriedad de la sentencia penal, instante a partir del cual se debe obtener la libertad del imputado, si ella es absolutoria, o cumplirse la pena, si ella es condenatoria.

b) Medidas cautelares reales: Son las que tienen por objeto, privar, limitar o disponer de los derechos patrimoniales del imputado durante el curso del proceso penal para asegurar la pretensión civil que puede hacerse valer y que puede ser reconocida al momento de dictarse la sentencia definitiva<sup>11-12</sup>.

Históricamente, desde los romanos, se concebía la restricción de la libertad personal del procesado. En efecto, los romanos admitieron durante muchos años el principio de que el acusado debía permanecer en libertad hasta el momento en que se le juzgaba, principio que fue cambiado, estableciéndose el principio de la detención previa. Era en virtud de éste que el juez podía aplicar al acusado a alguna de las siguientes medidas: 1) Mantenerlo en prisión (in carcerem) 2) Confiarlo al cuidado de guardias que le vigilaban (militi traditio)

<sup>10</sup> Calamandrei, Pietro. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 32.

<sup>11</sup> Vid. Maturana, Cristián. *Las Medidas Cautelares*. op. cit. en nota 6, p. 101.

<sup>12</sup> Esta definición podría ser criticada, por cuanto señala que este tipo de medidas tienen por objeto y, en consecuencia, permitirían disponer de los "derechos patrimoniales" del imputado. Cabría preguntarse si ello es posible conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 Inc. 3° de la CPR y en el artículo 21 N° 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, entre otras disposiciones (Vid. nota 26 acerca de la jerarquía de esta norma, la que sería Constitucional). Como se sabe, estas establecen, básicamente, que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general expropiatoria (ley de expropiabilidad) o una particular (ley expropiatoria propiamente dicha), la que debe autorizar la expropiación por causa de utilidad pública o del interés nacional, la que es calificada por el legislador. En todo caso, el expropiado tendrá siempre derecho al pago de "una indemnización justa" por el daño efectivamente causado. En consecuencia, cabría preguntarse si el Código de Procedimiento Penal, en lo referente al conjunto de disposiciones que autorizan la disposición de bienes del imputado, podría llegar a ser considerada como una ley de expropiabilidad. Nos parece claramente que no, más aún si se revisan las diversas disposiciones contenidas en el Decreto Ley N° 2.186 (Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones). Si a ello se suma el hecho de que en nuestro ordenamiento se encuentra incorporada normativa que reconoce y establece la presunción de inocencia, especialmente en diversas Convenciones Internacionales suscritas por Chile como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que en su artículo 14 N° 2 la establece), con menor razón aún podría haber disposición de bienes del imputado para "asegurar la pretensión civil que podría hacerse valer", ya que primaría la presunción de inocencia sobre cualquier otra consideración. Esto a pesar de que la antedicha presunción no se encuentre consagrada expresamente en nuestra CPR (sin perjuicio de que sería posible construirla a partir del Art. 19 N°3 Inc. 8° de la propia Constitución a través de un proceso interpretativo). Todo lo dicho cobra importancia, especialmente, en relación con la posibilidad que tiene el juez para decretar la enajenación de bienes del imputado, aún contra la voluntad de éste en algunos casos. Desde un perspectiva más pragmática, podría contraargumentarse que no es posible dejar inmóviles bienes que, por su naturaleza, podrían fácilmente perecer o depreciarse significativamente. En todo caso, la discusión aquí esbozada puede y debe ser desarrollada con más amplitud, lo que no podemos hacer ahora por alejarnos del tema que nos aboca.

3) Concederle la libertad con la sola promesa de presentarse con posterioridad<sup>13</sup> y 4) Concederle la libertad con caución<sup>14</sup>.

### *Regulación Constitucional de la Procedencia de la Prisión Preventiva*

La procedencia de la prisión preventiva se encuentra regulada en la CPR a propósito del derecho a la libertad personal y la seguridad individual<sup>15</sup>, contemplado en el artículo 19 N° 7. La letra e) de dicho artículo consagra como regla general la libertad provisional<sup>16</sup>, contemplándose expresamente sólo 3 supuestos excepcionales bajo los cuales procede la prisión preventiva, los cuales analizaremos a continuación<sup>17</sup>:

Que la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria:

a) Para las investigaciones del sumario<sup>18</sup>:

Respecto a esta causal, la doctrina se ha manifestado de dos maneras:

- Considerar que con la consagración de esta causal se alteran las reglas de igualdad en el proceso, concediéndole un poder excesivo al aparato estatal. Sostiene esta doctrina, además, que el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado, pudiendo utilizarlos. Al respecto, Alberto Binder nos dice: "Si el Estado es inefi-

<sup>13</sup> Esta alternativa, extraña para nuestra época, era coherente con el pensamiento romano previo a la época del imperio. En efecto, el valor de la palabra dada era muy alto, ya que dicho acto tenía una connotación social. Por demás no sólo se daba la palabra, sino que se prometía, lo que a su vez tenía una connotación religiosa. Estos dos actos, en su conjunto, generaban un cuadro tal que hacían difícil el imaginar que un ciudadano romano pudiese romper su palabra prometida.

<sup>14</sup> Hélie, Faustin. *Traité de l'Instruction Criminelle ou Théorie du Code d'Instruction Criminelle*. Volumen V, París, 1853, p. 736; citado por Paillas, Enrique, en *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, p. 18.

<sup>15</sup> La libertad personal y la seguridad individual son aseguradas por el debido proceso. La pena sin proceso, en cambio, las lesiona. Señalamos esto a propósito de la posibilidad de concebir la prisión preventiva como una pena sin proceso. Vid. nota 8.

<sup>16</sup> Se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la libertad provisional. Existe un grupo de autores que sostienen que ella es un derecho Constitucional, en tanto otro sector postula que ella es un beneficio. Pese a que esta última postura ha sido superada en términos académicos y doctrinarios hay quienes intentan hoy revivirla.

<sup>17</sup> Art. 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 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.

<sup>18</sup> La expresión sumario que utiliza la disposición constitucional anotada precedentemente, resulta plenamente concordante con la realidad del procedimiento penal imperante. Mas dicha expresión quedará absolutamente obsoleta bajo el nuevo Procedimiento. En él, dicha etapa recibe el nombre de "investigación" o "instrucción", la que no es de naturaleza jurisdiccional y no es (tampoco puede ser hecha) equivalente a la expresión sumario. En lo que consideramos un error de técnica legislativa, dicho artículo no se modificó en la Reforma Constitucional de la Ley N° 19.519, lo que podría llegar a generar graves inconveniencias en la aplicación práctica de dicha disposición cuando entre a regir el nuevo procedimiento. Así lo ha señalado el Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile Cristián Maturana Miquel.

caz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de su libertad<sup>19</sup>.

- La otra doctrina sostiene que de no contemplarse esta medida cautelar el procedimiento podría frustrarse por la falta del mínimo material sobre el que debe apoyarse la inculpación.

En todo caso, pese a lo establecido, esta causal es utilizada con frecuencia.

b) Para la seguridad del ofendido; y

c) Para la seguridad de la sociedad

Respecto a estas dos causales cabe señalar que no ha existido un acuerdo, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, acerca de cual es el sentido que debe dársele a dichas causales, o expresado de otro modo, cuando deben entenderse necesarias la detención o la prisión preventiva para la seguridad del ofendido o de la sociedad.

### *Aplicación Fáctica de las Medidas Cautelares Personales y en Especial de la Prisión Preventiva<sup>20</sup>*

En la actualidad, son frecuentemente decretadas por los tribunales de nuestro país, teniendo una gran incidencia e importancia, en especial, la prisión preventiva<sup>21</sup>, según lo demuestran las escasas estadísticas existentes. En efecto, del total de la población penal a cargo de Gendarmería de Chile en el Sistema Cerrado<sup>22</sup>, según la estadística proporcionada por ésta<sup>23</sup>, la situación a Junio de 1999 del sistema carcelario es la siguiente:

Cuadro 1:

	Personas	Porcentaje
Detenidos	2.103	7.376%
Procesados	12.567	44.078%
Condenados	13.841	48.546%
TOTAL	28.511	100%

Como se puede apreciar, más de la mitad de la población penal en el sistema cerrado se encuentra en calidad de detenida y, principalmente, procesada.

En cuanto al tiempo de permanencia en los centros de detención, de personas que ingresan bajo detención preventiva, no se tienen estadísticas ciertas. Sin embargo, los datos más demostrativos de la realidad reciente, se encuentran en un estudio del año 1996, realizado por Gendarmería y que analizó los ingresos y egresos del Centro de Detención Preventiva Santiago Sur durante dicho año. Al respecto, los resultados pueden resumirse en el siguiente cuadro:

<sup>19</sup> Binder, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad. Hoc. SRL., Pág. 199; citado por Maturana, Cristián, en *Las Medidas Cautelares*, op. cit. en nota 7.

<sup>20</sup> Se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) en los artículos 251 y siguientes, en el caso de la detención, y en los artículos 274 y siguientes en el caso de la prisión preventiva.

<sup>21</sup> La incidencia e importancia no sólo se encuentra dada por el número de personas que se encuentran sometidas a prisión preventiva, sino además, por la afectación de derechos que ella supone.

<sup>22</sup> Debe entenderse por "sistema cerrado" aquel que se refiere a población penal que no ha optado a alguno de los beneficios contemplados por la ley, ni aquellos que se encuentran bajo algún beneficio de reinserción, vgr. salida diaria o libertad condicional.

<sup>23</sup> Gendarmería de Chile, Población Penal a Cargo de Gendarmería de Chile, Departamento de Readaptación, Santiago, 1999. Las estadísticas están actualizadas hasta Junio de 1999.

Cuadro 2:

	Personas	Porcentaje
Ingresos en Enero de 1995	437	100%
Egresos por Libertad Provisional Bajo Fianza	282	64,5%
Egresos por Otros Motivos <sup>24</sup>	54	12,4%
Personas que Permanecen más de un año detenidas en calidad de procesadas	101	32,1%

Lo relevante de estos datos es que más de un 30% del total de los procesados sometidos a prisión preventiva permanecieron por más de un año en recintos carcelarios<sup>25</sup>. A ello debe sumarse el hecho de que los procesados y detenidos "no siempre" se encuentran separados de la población penal compuesta por condenados lo que viola abiertamente el artículo 5, número 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>26</sup>. En efecto, dicha disposición prescribe que "Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Pareciera ser que en nuestro país nos encontramos con "circunstancias excepcionales permanentes", que hacen que dicha norma no se observe en la práctica<sup>27-28</sup>.

Mas lo señalado no acaba allí. Si se considera que el sistema penal-penitenciario en nuestro país no cumple de manera adecuada las tareas de rehabilitación y reinserción social, convirtiéndose los centros de detención y reclusión en verdaderas "escuelas del delito", la combinación de los factores reseñados, además de otros que puedan eventualmente considerarse, hacen del todo indeseable la aplicación, al menos a los niveles en que hoy día se lleva a efecto, de la prisión preventiva como medida cautelar personal.

<sup>24</sup> Vgr., falta de mérito, revocación del auto de procesamiento o sobreseimiento.

<sup>25</sup> No hay estadísticas ciertas de lo que podría llamarse el "tiempo medio de permanencia" de los sujetos sometidos a prisión preventiva en recintos penitenciarios. Algunos autores como, por ejemplo, Cristián Riego, han sostenido que, en algunos casos, ella llega a 6 y 8 años, situación que no sería extraña. En efecto, Riego señala que "Desgraciadamente no existe información que permita tener una visión clara del tiempo de duración de la prisión durante el proceso, sin embargo, hay una serie de antecedentes que hacen pensar que un número importante de los reclusos permanecen sin condena por periodos largos de tiempo que pueden llegar hasta límites verdaderamente increíbles. No es extraño saber de casos en que reos han permanecido 6 y hasta 8 años en calidad de procesados sometidos a prisión preventiva. Una muestra parcial, tomada de procesos llevados en Juzgados del Crimen de Santiago muestra que de los procesados en ellos, que estuvieron en prisión preventiva, cerca de un 35% estuvo recluso más de 5 meses en tal condición". Riego, Cristián. *La Prisión Durante el Proceso Penal en Chile*. Cuadernos de Análisis Jurídico 16, Serie Monografías, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Diciembre, 1990, Pág. 16. Nos parece, empero, que no pueden afirmarse este tipo de cuestiones utilizando "antecedentes" de los cuales no hay fuente cierta de modo tal de verificar, entre otras cosas, el grado de rigurosidad del estudio en que dichos antecedentes tienen su fundamento.

<sup>26</sup> Publicada en el Diario Oficial de 5 de Enero de 1991, por Decreto N° 873, que tiene, por ser una Convención sobre Derechos Humanos, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° inciso 2° de la CPR y de acuerdo a la tesis que se adopte, jerarquía superior a la Constitución o, la misma jerarquía que la Constitución, o al menos jerarquía superior a la de una ley.

<sup>27</sup> La falta de infraestructura a nivel de recintos penitenciarios ha sido esgrimida para justificar dicha situación. Sin embargo, existe un deber para los Estados Partes de adoptar las disposiciones y medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que la Convención establece. La situación que ocurre en nuestro país podría dar lugar, inclusive, a la presentación de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que contenga la denuncia o queja por violación de la Convención.

<sup>28</sup> De lado se dejará el tema de que en nuestro país, el régimen penitenciario se encuentra regulado mediante decretos, o sea que, en rigor, cae en la esfera del Derecho Administrativo, según han sostenido algunos, debiendo, desde una perspectiva de lege ferenda, estar regulado por ley.

Ahora bien, pese a ello, últimamente hay quienes han sostenido la conveniencia de limitar la libertad provisional y, por ende, ampliar la aplicación de la prisión preventiva. Esto ha derivado en que se hayan planteado algunas iniciativas legales al respecto. ¿Cuál es el fundamento de dichos planteamientos? El alto índice de "reincidencia" que tendrían los procesados que son puestos en libertad<sup>29</sup>. Al respecto tampoco existen estudios estadísticos serios al respecto, sólo apreciaciones y extrapolaciones a partir de pequeñas muestras, las que pueden encontrarse manipuladas. Sin embargo, cabe señalar que estudios de la propia Gendarmería de Chile, indican que del total de personas ingresadas en el mes de Enero de 1995 en calidad de procesadas al C.D.P. Santiago Sur (Penitenciaria) 74 personas reingresaron en dicha calidad en el período 95-96. Dichos datos han sido tabulados en el siguiente cuadro:

Cuadro 3:

	Número de Casos	Porcentaje del total de puestos en libertad (282) <sup>30</sup>
Reitera 1 vez en 1995	47	16,66%
Reitera 2 veces en 1995	7	2,48%
Reitera 3 veces en 1995	1	0,35%
Reitera durante el año 1996	19	6,74%
Total de reiteración en 1995	55	19,49%
Total de reiteración en 1996	19	6,74%
Total de reiteración período '95-'96	74	26,23%

Como se puede apreciar, en principio, los índices de reiteración no son tan altos como se ha sostenido por algunos<sup>31</sup>. Mas aún, debe tenerse en cuenta que si el índice de reiteración se compara con el porcentaje de personas que permanecen sometidas a prisión preventiva por más de un año, ambos son ostensiblemente dispares<sup>32</sup>.

### *Procedencia de la Medida Cautelar Personal de Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*

El proyecto de Código de Procedimiento Penal (en adelante PCPP) trata la prisión preventiva en sus artículos 170 y siguientes<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> El profesor Miguel Soto Piñeiro ha señalado que, en rigor, respecto de la prisión preventiva en cuanto no hay condena, no existe reincidencia sino reiteración.

<sup>30</sup> Incluye sólo a los que fueron puestos en libertad provisional bajo fianza, no así aquellos que lo fueron por revocación del auto de procesamiento o falta de mérito o sobreseimiento.

<sup>31</sup> Cabe considerar, empero, la llamada "cifra negra" de la reiteración, vale decir, aquellos delitos cometidos por procesados puestos en libertad de cuya comisión no se tiene conocimiento oficial y/o no llegan a ser siquiera denunciados.

<sup>32</sup> De lado se dejará, también la eventual discusión acerca de cuantos son los delitos que se previenen por el hecho de tener a dichas personas en prisión preventiva, por ser ello objeto de una fuerte polémica y no ser posible realizar más que suposiciones al respecto.

<sup>33</sup> Cabe señalar que el PCPP contempla diversas medidas cautelares personales. Ellas son: a) Citación (Art. 152 y 153); b) Detención (Arts. 154 a 168); c) Prisión Preventiva (Arts. 169 a 184); d) Arraigo Judicial (Art. 185, letra d), primera parte). Todas estas medidas se encuentran contempladas en nuestro CPP. Sin embargo, en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal (PCPP) se contemplan, en su artículo 185, además: a) El arresto domiciliario en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal; b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; c) La obligación de presentarse

El artículo 170, regula los requisitos que deben cumplirse para ordenar la prisión preventiva<sup>34</sup>. Al analizarlos, es posible observar diversas deficiencias en su construcción.

Respecto al primer requisito (letra "a"), es decir, "que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga", cabe señalar que a primera vista, dicha disposición es igual a la del Art. 274 de nuestro CPP, que regula los presupuestos necesarios para el sometimiento a proceso. Lamentablemente ello no es así, puesto que la actual redacción del Art. 274 del CPP establece que "Después de que el juez haya interrogado al inculcado, lo someterá a proceso, si de los antecedentes resultare: 1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga". Si uno analiza de manera exegética y/o gramatical ambas disposiciones notará que, en la actualidad, se requiere que esté justificada la existencia de un delito, lo que debe resultar del análisis de los antecedentes. Bajo la nueva redacción, que quiso emular a la anterior, sólo se requiere que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito y no que de los antecedentes resulte justificada la existencia del delito, cuestión, obviamente, distinta. Bajo la nueva redacción, a nuestro entender, bastaría contar con algunos antecedentes que justificaran la existencia del delito. En la actualidad de los antecedentes debe resultar justificada, necesariamente, la existencia del delito<sup>35</sup>. En todo caso, esto resulta, a lo menos, confuso, en un tema que ya lo es de manera suficiente.

---

periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; e) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares; f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a defensa, y g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél. (Todas contempladas en el artículo referido, en la letra en que se han nombrado precedentemente).

<sup>34</sup> Artículo 170. Requisitos para ordenar la prisión preventiva. El juez, a solicitud del fiscal del ministerio público o del querellante, podrá ordenar la prisión preventiva del imputado con posterioridad a la declaración judicial indagatoria y a la formalización de la instrucción, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga;
- b) Que de las diligencias de investigación realizadas aparezcan presunciones fundadas para estimar que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que basándose en antecedentes calificados, el juez considere la prisión preventiva como indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación o cuando la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de las investigaciones, cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para determinar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la sociedad se podrá tomar en consideración alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216, o la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que tratan.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitan presumir que éste realizará atentados graves en contra del primero.

La prisión preventiva procederá, asimismo, respecto del imputado que no compareciere a la audiencia del juicio oral."

Importante es señalar, empero, que la disposición transcrita es la resultante de las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados.

<sup>35</sup> Adherimos a dicha concepción, a pesar de que en la doctrina y la jurisprudencia, como se sabe, existe una alta disparidad de criterios a este respecto.

Por otro lado, el momento procesal en que se realiza dicha exigencia es tardío, por cuanto deben existir antecedentes al momento de comenzar la investigación, de otro modo no habría razón alguna para iniciarla.

Respecto al segundo requisito (letra b), o sea, "que de las diligencias de investigación realizadas aparezcan presunciones fundadas para estimar que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor", esta disposición si ha sido transcrita del actual Art. 274 N° 2°, habiendo sólo reemplazado la expresión "si de los antecedentes resultare: (...) 2° Que aparecen presunciones..." por "que de las diligencias de investigación realizadas aparezcan presunciones...". La mayor deficiencia en la redacción de la nueva disposición se presenta en el hecho de mantener la expresión "presunciones fundadas", respecto de la participación, siendo que en el PCPP no se contempla un sistema de prueba legal o tasada.

Respecto al tercer requisito, o sea, "que basándose en antecedentes calificados, el juez considere la prisión preventiva como indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación o cuando la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido" sólo cabe señalar que ello parece ser, a primera vista una paráfrasis del artículo 19 N° 7 letra e), mas, el PCPP no utiliza la locución "necesaria para las investigaciones del sumario", para hacer procedente la prisión preventiva, sino la de "indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación de la investigación...". En este sentido, el proyecto recoge lo ya sostenido en relación a la necesidad de no utilizar la expresión sumario y, en vez de ella, utilizar la de investigación o instrucción<sup>36</sup>. Falta, empero, la reforma Constitucional del artículo 19 N° 7 letra e), tantas veces mencionado, ya que no se puede intentar suplir por vía legal defectos en la Constitución.

Hay un punto, referente al Art. 170 del PCPP, que cabe resaltar. En él, luego de mencionar los tres requisitos ya analizados, se establece qué debe entenderse por cada uno de los hipótesis mencionadas en la letra c). Debe tenerse presente que, después de todo, dicha disposición, según se dijo, es una paráfrasis de una disposición constitucional, por lo que cabe, a lo menos, preguntarse la si dicha disposición debiera estar contenida en una Ley Interpretativa de la Constitución<sup>37</sup>. Dicha cuestión, la dejaremos aquí planteada y abierta a un próximo debate, dado que se aleja del tópico central de nuestro trabajo.

Finalmente, es evidente que la regulación de la prisión preventiva, que se incluye en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal, deja numerosos problemas no resueltos. De

<sup>36</sup> Vid. nota 18.

<sup>37</sup> Este es un tema acerca del cual le correspondería, a nuestro entender, pronunciarse al Tribunal Constitucional, por cuanto, entre sus atribuciones, establecidas en el Art. 82 de la CPR, se establece en el número 1°: "Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto constitucional". Pese a que podría sostenerse que el Art. 170 del PCPP, no interpreta el Art. 19 N° 7 letra e) de la CPR, sino que está estableciendo requisitos y modalidades para obtener la libertad provisional, cuestión que dicho artículo prescribe, nos parece, a lo menos, controvertible este punto. El problema radica en el hecho de que no surge debate acerca de la constitucionalidad de la disposición y, adicionalmente, el presidente de la Cámara de origen no lo calificara como interpretativo, caso en el cual el TC ni siquiera llegaría a conocer esta disposición, quedando como alternativas finales la posibilidad de interponer recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma, tesis que hasta ahora nuestra Excma. Corte Suprema de Justicia no acepta, o bien, el mismo recurso por inconstitucionalidad de fondo, por cuanto la Constitución en el Art. 19 N° 7 letra e) señala que la consideración de necesidad de la prisión preventiva la realiza el juez y esta disposición limitaría o alteraría la atribución del juez de realizar dicha consideración. Esta última idea, además de ser sumamente discutible resulta poco sólida desde el punto de vista argumental y, lógicamente, es una tesis que requiere de un desarrollo posterior.

no mediar los cambios necesarios para remediar dicha situación podríamos tener entregada la implantación del sistema acusatorio a las actuaciones que puedan tener en la práctica los diversos personas y/u órganos que intervendrán en el procedimiento penal una vez que este comience a aplicarse.

Considerando que el PCPP mantiene, al normar la prisión preventiva, numerosos resabios (y vicios, podríamos agregar) del sistema inquisitivo, esta situación se torna en una peligrosa arma contra la implementación del sistema acusatorio. En efecto, de no mediar un cambio de mentalidad por parte de la judicatura, que seguirá actuando con una regulación sumamente similar a la que existe hoy, en esta parte al menos, y de no mediar un comportamiento adecuado de los fiscales acorde a lo que debe ser una mentalidad acusatoria podrían verse truncados los intentos por transformar el actual sistema de procedimiento penal.

El hecho de tener un juez de control de instrucción, no es garantía suficiente de la observancia y del efectivo respeto de los derechos del imputado durante la fase de investigación. Esta es una cuestión que resulta ser motivo de debate en países con sistemas acusatorios bastante más avanzados que el que aquí pretende implantarse y que, inclusive, han servido de base o modelo a nuestro proyecto. Schünemann, a propósito de este tema y refiriéndose al caso alemán, ha señalado que "...importante es y menos desarrollado está aún el establecimiento de nuevos mecanismos y procedimientos del control por parte del juez de instrucción, que es prácticamente el único previsto en el Código de Procedimiento Penal. Pues éste carece en la práctica en gran medida de efectividad, debido a la conjunción de organización e intereses entre el juzgado y la fiscalía"<sup>38</sup>. Es por todo lo dicho 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.

### Conclusiones

1. Para determinar si un sistema procesal penal es acusatorio debe observarse la vigencia de diversos principios: 1) Presunción de inocencia; 2) Igualdad de las partes; 3) Libertad durante la investigación y el juicio; 4) Oralidad; 5) Publicidad; 6) Inmediación, entre otros.
2. En consecuencia, reviste particular importancia la revisión de la prisión preventiva, en cuanto medida cautelar personal, en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal para determinar si el sistema que se pretende instaurar responde a uno de tipo acusatorio.
3. De todo lo dicho, es claro que la regulación de la prisión preventiva, en lo que dice relación con sus rasgos y características generales, y en especial respecto de sus requisitos de procedencia en el procedimiento penal actualmente existente, perteneciente a un sistema inquisitivo, no presenta mayores diferencias respecto del nuevo sistema procesal penal que se pretende implantar en nuestro país, una de cuyas principales justificaciones es el pertenecer a un sistema de tipo acusatorio; salvo en lo que dice relación a la cesación y sus límites formales<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Schünemann, Bernd. *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*. En Goldtamer's Archiv für Strafrecht, 5, 1995. Existe traducción de Manuel Cancio Meliá, la que hemos utilizado, publicada en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, Números 1-2, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Pág. 17.

<sup>39</sup> Cabe señalar que la Cámara de Diputados suprimió el límite temporal absoluto a la prisión preventiva que se contemplaba en el proyecto enviado

4. El modo práctico de operar que tendrían los fiscales y los jueces de control de instrucción, hacen incierto el si la prisión preventiva, como medida cautelar personal, podría ser utilizada con aún más frecuencia de lo que lo es hoy en día. Esto en especial si el Ministerio Público adopta una política criminal siguiendo las pautas que otorgan los llamados Movimientos de Ley y Orden, también conocidos como de "Tolerancia Cero".

5. No debe confundirse lo aquí dicho con una postura abolicionista de la prisión preventiva, sino que, por el contrario, debe entenderse como una postura garantista, que busca hacer de la prisión preventiva algo verdaderamente excepcional, teniendo la duración estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus fines, evitando llegar a los altos índices de procesados sometidos a dicha medida cautelar, que actualmente existen.

6. La situación actual no es deseable, no sólo por ser contraria a los Derechos Humanos, sino, además, porque importa un costo en términos económicos y sociales tanto para la comunidad en general así como para el individuo sujeto a prisión preventiva, siendo el mayor de ellos la desintegración y marginación que se le produce a la persona sometida a dicho régimen, además de la propia "contaminación" que se produce a nivel de los recintos penales.

7. Es por ello que un verdadero cambio va a depender de la forma en la que la jurisprudencia entienda el mandato que les ordena preferir las medidas cautelares de menor intensidad, que puedan cumplir los mismos fines que la prisión preventiva. En otras palabras el cambio no dependerá sólo de la modificación normativa, sino del eventual cambio en el criterio interpretativo, actualmente inquisitivo, a uno acusatorio.

8. El PCPP parece insuficiente, en esta parte, para asegurar la verdadera implantación de un sistema acusatorio. Al respecto, pareciera entregar la verdadera implantación práctica del sistema referido a los actores de él. Lo peligroso es que, a no mediar un cambio de mentalidad por parte de la judicatura, que seguirá actuando con un procedimiento, en esta parte, sumamente similar, por un lado, y de no actuar los fiscales conforme a una mentalidad acusatoria, el 30% de los inculpados que actualmente permanece en recintos penitenciarios sometidos a prisión preventiva por más de un año y/o el 50% del total de la población penal a cargo de Gendarmería de Chile en el sistema cerrado, podrían seguir estando allí, manteniendo las actuales cifras.