

© Copyright 2017, vLex. Todos los Derechos Reservados.  
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

## Las medidas cautelares en el proceso penal

María Inés Horvitz Lennon/Julián López Masle - Profesora asistente de Derecho Penal, Universidad de Chile/Profesor asistente de Derecho Procesal, Universidad de Chile

**Autor:** María Inés Horvitz Lennon/Julián López Masle

**Cargo del Autor:** Profesora asistente de Derecho Penal, Universidad de Chile/Profesor asistente de Derecho Procesal, Universidad de Chile

**Páginas:** 341-

**Id. vLex:** VLEX-57253368

**Link:** <http://vlex.com/vid/medidas-cautelares-proceso-penal-57253368>

### Resumen

1. Concepto. 2. Clasificación. 3. Requisitos. A. Las medidas cautelares personales. 1. Generalidades. 1.1. Concepto. 1.2. Fundamento. 1.3. El derecho fundamental afectado por las medidas cautelares personales. 1.4. Principios. 1.4.1. Principio de legalidad. 1.4.2. Principio de jurisdiccionalidad. 1.4.3. Principios de excepcionalidad e instrumentalidad. 1.4.4. Principio de provisionalidad. 1.4.5. Principio de proporcionalidad. 1.5. Requisitos. 1.6. Clasificación. 2. La citación. 2.1. Concepto. 2.2. Naturaleza cautelar de la citación. 2.3. Presupuestos de aplicación. 2.4. Forma de la citación. 2.5. Efectos de la procedencia de la citación. 2.5.1. Determina la improcedencia de la detención sin citación previa. 2.5.2. Determina la improcedencia absoluta de la prisión preventiva. 2.5.3. Determina la improcedencia absoluta de las medidas cautelares generales. 3. La detención. 3.1. La detención en sentido amplio. 3.2. La detención como medida cautelar personal. 3.2.1. Detención imputativa. 3.2.1.1. Detención judicial imputativa. 3.2.1.1.a. Concepto. 3.2.1.1.b. Supuestos de aplicación. 3.2.1.1.c. Procedimiento. i. Despacho de la orden de detención. ii. Cumplimiento de la orden de detención por la policía. iii. Intimación legal de la orden. iv. Deber de información de garantías y derechos. v. Conducción del detenido ante el tribunal que hubiere ordenado la detención. 3.2.1.2. Detención imputativa por funcionarios públicos. 3.2.1.3. Detención judicial en caso de flagrancia en la sala de despacho. 3.2.1.3.a. Concepto. 3.2.1.3.b. Procedimiento. 3.2.1.4. Detención particular o policial en caso de flagrancia. 3.2.1.4.a. Concepto. 3.2.1.4.b. Supuestos de aplicación. 3.2.1.4.c. Procedimiento. 3.2.2. Detención judicial por incomparecencia del imputado. 3.2.2.1. Concepto. 3.2.2.2. Supuestos de aplicación. 3.2.2.3. Procedimiento. 3.2.2.3.a. Citación judicial. 3.2.2.3.b. Despacho de la orden de detención. 3.3. La detención como medida ejecutiva. 3.3.1. Detención judicial para permitir la ejecución de la sentencia condenatoria. 3.3.2. Detención policial por quebrantamiento de condena y fuga. 3.4. La detención como medida tendiente a garantizar el cumplimiento de obligaciones legales. 3.4.1. Detención judicial por incomparecencia de testigos y peritos. 3.4.1.1. Concepto. 3.4.1.2. Supuestos de aplicación. 3.4.1.3. Procedimiento. 3.4.2. Detención para fines

de identificación. 3.5. Duración de la detención. 3.5.1. Plazo de la detención por orden judicial. 3.5.2. Plazo de la detención ordenada por funcionarios públicos distintos del juez. 3.5.3. Plazo de la detención sin orden judicial. 3.6. Control de la detención. 3.6.1. Audiencia de control de la detención. 3.6.2. Amparo ante el juez de garantía. 4. La prisión preventiva. 4.1. Concepto. 4.2. Fundamento. 4.3. El problema de la regulación constitucional. 4.4. Casos de improcedencia de la prisión preventiva. 4.5. Los requisitos de la prisión preventiva en Chile. 4.5.1. Fumus boni iuris (apariencia de buen derecho). 4.5.2. Periculum in mora (peligro de retardo). 4.5.2.1. El peligro de obstaculización de la investigación. 4.5.2.2. El peligro de fuga. 4.5.2.3. El peligro para la seguridad de la sociedad. 4.5.2.4. El peligro para la seguridad del ofendido. 4.6. Procedimiento. 4.6.1. Formalización de la investigación. 4.6.2. Solicitud de parte. 4.6.3. Audiencia. 4.6.4. Resolución. 4.6.5. Renovación de la discusión en torno a la procedencia de la medida. 4.6.6. Impugnación de las resoluciones relativas a la prisión preventiva. 4.7. Duración de la prisión preventiva. 4.7.1. Inexistencia de un límite temporal absoluto. 4.7.2. Formas de terminación de la prisión preventiva. 4.7.2.1. Terminación natural. 4.7.2.2. Revocación. 4.7.2.3. Sustitución por una medida cautelar personal de carácter general. 4.7.2.4. Reemplazo por una caución económica. 4.8. Ejecución de la prisión preventiva. 4.9. Estatuto jurídico del detenido o preso. 4.9.1. Derecho a la información. 4.9.2. Derecho a ser llevado sin demora ante un juez. 4.9.3. Derecho a ser juzgado sin demora o ser puesto en libertad. 4.9.4. Derecho a la comunicación de la privación de libertad. 4.9.5. Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado. 4.9.6. Derecho a procurarse comodidades y ocupaciones. 4.9.7. Derecho a recibir visitas y a comunicarse. 4.9.8. Derecho a recurrir ante un tribunal para que examine la legalidad de la detención. 4.9.9. Derecho a obtener reparación por la detención o prisión ilegal. 5. Las medidas cautelares personales de carácter general. 5.1. Concepto. 5.2. Fundamento. 5.3. Enumeración. 5.4. Requisitos. 5.5. Regulación. B. Las medidas cautelares reales. 1. Concepto. 2. Fundamento. 3. Reglamentación. 4. Requisitos. 5. Procedimiento. 6. Efectos.

## Texto

# Contenidos

- [1. Concepto.](#)
- [2. Clasificación.](#)
- [3. Requisitos.](#)
- [A. Las medidas cautelares personales](#)
  - [1. Generalidades.](#)
    - [1.1. Concepto.](#)
    - [1.2. Fundamento.](#)
    - [1.3. El derecho fundamental afectado por las medidas cautelares personales.](#)
    - [1.4. Principios.](#)
    - [1.5. Requisitos.](#)
    - [1.6. Clasificación.](#)
  - [2. La citación.](#)
    - [2.1. Concepto.](#)
    - [2.2. Naturaleza cautelar de la citación.](#)
    - [2.3. Presupuestos de aplicación.](#)

- [2.4. Forma de la citación.](#)
- [2.5. Efectos de la procedencia de la citación.](#)
- [3. La detención.](#)
  - [3.1. La detención en sentido amplio.](#)
  - [3.2. La detención como medida cautelar personal.](#)
  - [3.3. La detención como medida ejecutiva.](#)
  - [3.4. La detención como medida tendiente a garantizar el cumplimiento de obligaciones legales.](#)
  - [3.5. Duración de la detención.](#)
  - [3.6. Control de la detención.](#)
- [4. La prisión preventiva.](#)
  - [4.1. Concepto.](#)
  - [4.2. Fundamento.](#)
  - [4.3. El problema de la regulación constitucional.](#)
  - [4.4. Casos de improcedencia de la prisión preventiva.](#)
  - [4.5. Los requisitos de la prisión preventiva en Chile.](#)
  - [4.6. Procedimiento.](#)
  - [4.7. Duración de la prisión preventiva.](#)
  - [4.8. Ejecución de la prisión preventiva.](#)
  - [4.9. Estatuto jurídico del detenido o preso.](#)
- [5. Las medidas cautelares personales de carácter general.](#)
  - [5.1. Concepto.](#)
  - [5.2. Fundamento.](#)
  - [5.3. Enumeración.](#)
  - [5.4. Requisitos.](#)
  - [5.5. Regulación.](#)
- [B. Las medidas cautelares reales](#)
  - [1. Concepto.](#)
  - [2. Fundamento.](#)
  - [3. Reglamentación.](#)
  - [4. Requisitos.](#)
  - [5. Procedimiento.](#)
  - [6. Efectos.](#)

Page 341

# 1. Concepto

El punto de partida generalmente invocado para la comprensión de las medidas cautelares, ya sea en el ámbito civil o penal, es la circunstancia simple e indiscutible de que la realización de un proceso *requiere tiempo*.<sup>1</sup> Cuando esta circunstancia se aplica al proceso penal, adquiere las características de un derecho fundamental, que se expresa en el derecho al juicio previo, más concretamente en cuanto éste se manifiesta en el derecho a un proceso previo legalmente tramitado.<sup>2</sup>

En este contexto, las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para

contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia.<sup>3</sup> En este sentido, las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión.

Page 342

Como explica MARIN, la noción de "medidas cautelares" corresponde a una formulación elaborada en el ámbito del derecho procesal civil por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y adaptada, posteriormente, al ámbito procesal penal.<sup>4</sup> Esta doctrina, de fuerte influencia en España e Iberoamérica, no ha sido seguida en cambio en Alemania, lo que explica la preferencia de la doctrina alemana por la noción de "medidas coercitivas" o "medios de coerción procesal".<sup>5</sup>

La opción que realizamos en este trabajo por la noción de medida cautelar resulta ineludible, teniendo en consideración que el concepto ha pasado a tener reconocimiento legislativo a partir de la entrada en vigencia del CPP, que en su Libro I utiliza esta denominación en los Títulos V y VI. La preferencia legislativa por el objetivo cautelar como un elemento decisivo dentro de las categorías normativas existentes, queda reforzada por la no incorporación a dichos títulos de otras medidas que deberían haber tenido un tratamiento conjunto bajo el concepto de medidas de coerción procesal.<sup>6</sup>

Ahora bien, aplicadas al proceso penal, las medidas cautelares deben tomar en consideración el doble objeto que en nuestro sistema se reconoce a aquél: por una parte, la satisfacción de una pretensión penal, consistente en la imposición de una pena y, por la otra, la satisfacción de una pretensión civil, consistente en la restitución de una cosa o la reparación por el imputado de las consecuencias civiles que el hecho punible ha causado a la víctima.<sup>7</sup>

Page 343

De esta manera, utilizando palabras de GIMENO, podríamos definir las medidas cautelares en el proceso penal como aquellas "resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa [...] por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia".<sup>8</sup>

## 2. Clasificación

Las medidas cautelares en el proceso penal suelen ser clasificadas, atendiendo a su finalidad, en penales y civiles. Desde esta perspectiva serían *medidas cautelares penales* las que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido penal, esto es, la imposición de la pena; y serían *medidas cautelares civiles* aquellas que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido civil, esto es, la reparación patrimonial.<sup>9</sup> Más conocida es, sin embargo, la clasificación que atiende a su objeto. En atención a este criterio se distingue entre *medidas cautelares personales*, entendiendo por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y *medidas cautelares reales*, entendiendo por tales las que

imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado. [10](#)

MORENO CATENA observa, con razón, que las categorías derivadas de la clasificación de las medidas cautelares en personales y reales no son plenamente coincidentes con las que resultan de su clasificación en medidas cautelares penales y civiles. Así, [11](#)

## 3. Requisitos

Una característica común a todas las medidas cautelares, que alcanza tanto a las del proceso civil como a las del proceso penal, es su carácter excepcional. Lo anterior significa que su adopción no es una necesidad ineludible del proceso, sino que, por el contrario, ellas sólo proceden cuando resulta estrictamente necesario para asegurar la ejecución de la sentencia.

La procedencia de toda medida cautelar requiere así la concurrencia de dos requisitos: [12](#)

1º. ) *Fumus boni iuris* o apariencia ("humo") de buen derecho. 2º) *Periculum in mora* o peligro de retardo.

Dado que las medidas cautelares, generalmente hablando, importan restricciones importantes a la libertad personal o a la libre disponibilidad de los bienes, el establecimiento por ley de los supuestos de hecho que se considerarán suficientes para satisfacer ambos requisitos y la constatación en el caso concreto del efectivo cumplimiento de esos supuestos constituyen una garantía de la máxima importancia para el imputado.

# A

## Las medidas cautelares personales

### 1. Generalidades

#### 1.1. Concepto

Las medidas cautelares personales pueden ser definidas como aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. *Las medidas cautelares personales están llamadas a asegurar la persona del imputado en el curso del procedimiento penal.*

Aunque existe una relación evidente entre el concepto de *medidas cautelares personales* y el concepto de *medidas de coerción procesal*, puede decirse que entre ambas existe una relación de especie a género: una medida de coerción procesal constituirá una medida cautelar sólo en la medida en que *esté dirigida en contra del imputado* y su objeto sea el aseguramiento de los

fin del procedimiento. Esta distinción nos permitirá reconocer situaciones en que medidas claramente restrictivas o privativas de libertad no constituyen medidas cautelares como sucede, por ejemplo, cuando no están dirigidas en contra del imputado (v. gr., arresto de testigos o peritos) o cuando exceden la naturaleza cautelar que supone la tutela de fines procesales (v. gr., prisión preventiva por peligrosidad social) . Lo anterior no impedirá que incluyamos su tratamiento en este mismo capítulo.

## 1.2. Fundamento

El proceso penal constituye la forma legítima a través de la cual un estado democrático puede llegar a imponer coercitivamente una pena privativa de libertad a una persona. El *derecho al juicio previo* , que exige una sentencia condenatoria como requisito para la imposición de una pena y el *principio de inocencia* , que impone la exigencia de tratar al imputado como inocente mientras dicha sentencia no exista, parecieran proscribir, en principio, la posibilidad de que la restricción o privación de libertad, característica de la pena, pudiera producirse con anterioridad, mientras se encuentra pendiente el procedimiento de persecución penal. Sin embargo, como explica MAIER , el principio no ha podido imponerse hasta el punto de eliminar toda posibilidad de coerción estatal durante el proceso. <sup>13</sup> Históricamente se ha aceptado la existencia de mecanismos de coerción procesal, esto es, medidas restrictivas o privativas de libertad, durante el curso del pro-Page 346cedimiento, con el fin de asegurar los fines a que éste tiende. Tal aceptación se encuentra a menudo incorporada explícitamente a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a las demás declaraciones sobre derechos fundamentales. <sup>14</sup>

Sin embargo, la aceptación de estas medidas tiene un límite claramente definido: ellas no pueden constituir una *anticipación de pena*, porque de ser así se estaría obviamente afectando el derecho al juicio previo y la presunción de inocencia. Esta limitación impone, desde luego, que exista una diferencia real entre la finalidad de la pena y la finalidad de las medidas cautelares personales. Por esta razón se ha dicho que las medidas cautelares personales no pueden tener, ni siquiera implícitamente, un carácter sancionatorio, sino que deben estar orientadas exclusivamente a la obtención de fines procesales. En otras palabras, las medidas cautelares no pueden estar destinadas a cumplir las finalidades retributivas o preventivas generalmente asociadas a la pena. <sup>15</sup> Esta noción se encuentra consagrada, con categoría de principio, en el artículo 122 CPP , conforme al cual "Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento...".

Aunque la ley no expresa cuáles son estos fines, se ha dicho a menudo que son dos: *el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal*.<sup>16</sup> El correcto establecimiento de la verdad puede estar en riesgo ya sea por la negativa del imputado a com-Page 347parecer a los actos del procedimiento, ya sea por la evidencia de que éste desarrollará actos de destrucción u ocultación de pruebas; la actuación de la ley penal, por su parte, supone la disponibilidad del sujeto para la imposición y ejecución de la sanción y puede estar en riesgo cuando exista evidencia de que el imputado pretende eludir la acción de la justicia mediante la fuga.

Si aceptamos que no existen fines del procedimiento diversos de los mencionados, debiéramos concluir que nuestro [Código Procesal Penal](#) establece, a nivel de principio, que las medidas

cautelares personales sólo pueden tener por objeto asegurar la averiguación de la verdad (aseguramiento de la comparecencia a actos del procedimiento, peligro de que se obstaculice la investigación) y la actuación de la ley penal (peligro de fuga). Conforme al principio del artículo 122 CPP, cualquier otra finalidad que exceda esos márgenes debe considerarse fuera del ámbito de una medida cautelar.

## 1.3. El derecho fundamental afectado por las medidas cautelares personales

Las medidas cautelares personales importan formas de privación o restricción del derecho fundamental a la libertad personal. Este derecho está reconocido en nuestro sistema en los siguientes términos:

" *Art. 9.1 PIDCP* : 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".

" *Art. 7 CADH* . 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 [...]"

[Art. 19 N° 7° CPR](#) : "La [Constitución](#) asegura a todas las personas:

Page 348

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

En consecuencia:

- a. Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;
- 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;
- c. Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta

y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

- d. Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.

Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.

Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

- 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 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. [...]

- 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".

*Art. 5º CPP* : "No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes".

Como se observa, entonces, el derecho fundamental afectado por las medidas cautelares es la libertad personal, entendida ésta como libertad ambulatoria. Esta característica restrictiva o privativa de un derecho fundamental tan importante condiciona su aplicación a diversos principios que estudiaremos en el apartado siguiente.

## 1.4. Principios

### 1.4.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas coercitivas que implican formas de restricción o privación de libertad.

Aparece como tal reconocido en el *art. 9.1 PIDCP* : "...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". En similares términos lo establece el *art. 7 de la CADH* : "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...".

En el derecho interno chileno, el principio tiene reconocimiento constitucional y legal: Así, el *art. 19 N° 7° letra b) CPR* establece: "*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*"; el artículo 5° CPP señala, por su parte, que "No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes".

### 1.4.2. Principio de jurisdiccionalidad

El principio de jurisdiccionalidad supone que las medidas cautelares personales sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente. [17](#)

Aunque tradicionalmente se han aceptado como excepciones tolerables las autorizaciones concedidas a la policía o a cualquier persona para detener en casos de delito flagrante, [18](#) lo cierto es que nuestro sistema va mucho más lejos en la erosión del principio, por lo que resulta difícil afirmar que tenga entre nosotros un reconocimiento pleno.

En efecto, aunque el *art. 122 inc. 2° CPP* exige que las medidas cautelares personales sean siempre decretadas "por medio de resolución judicial fundada", tal disposición aparece contradicha por la facultad que la Constitución y la ley otorgan, a funcionarios públicos distintos del juez, para ordenar la detención de una persona. Así sucede, por ejemplo, con la autorización que concede el [art. 13](#) de la [Ley N° 18.314](#) de 1984, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, norma que faculta al Ministro del Interior, los Intendentes Regionales, los Gobernadores Provinciales y los Comandantes de Guarnición para despachar órdenes de detención en contra de los presuntos responsables de un delito terrorista. La facultad se reconoce a estas autoridades cuando recabar el mandato judicial "pudiere frustrar el éxito de la diligencia".

Como hemos dicho, la existencia de estas normas está tolerada, a nivel de principios, por el reconocimiento explícito de una competencia compartida por las autoridades judiciales y administrativas en esta materia. Así, el art. 19 N° 7° letra c) CPR , exige que nadie sea arrestado o detenido "sino por orden de *funcionario público expresamente facultado por la ley*". El CPP , no obstante eliminar los casos en que el CdPP de 1906 facultaba para detener a autoridades distintas del juez, [19](#) no llegó al punto de derogar las normas contenidas en leyes penales especiales que así lo permiten. [20](#) Por esta razón, el art. 125 CPP , referido a la procedencia de la detención, reitera que la detención no puede practicarse "sino por orden de funcionario público expresa-Page 352mente facultado por la ley". Durante la tramitación del proyecto de ley que culminó en la aprobación del CPP , la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado dejó constancia, en su segundo informe, que aceptaba mantener esta referencia al funcionario público "por tratarse de una norma basada en la carta fundamental, que admite en leyes especiales tal posibilidad". [21](#)

### 1.4.3. Principios de excepcionalidad e instrumentalidad

El principio de excepcionalidad afirma que las medidas cautelares no son medidas que necesariamente deban adoptarse dentro del procedimiento, sino que tienen un carácter eventual: deben decretarse sólo cuando resulten indispensables; el principio de instrumentalidad, por su parte, califica dicha excepcionalidad, determinando que ellas no constituyen un fin por sí mismo, sino que son instrumentales: están orientadas a la consecución de fines de carácter procesal.

Estos dos principios aparecen reconocidos conjuntamente en el artículo 122 CPP , conforme al cual, "las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento...".

Por "fines del procedimiento" debemos entender, para estos efectos, el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal. Volveremos sobre este punto. [22](#)

### 1.4.4. Principio de provisionalidad

El principio de provisionalidad, como natural corolario de los principios de excepcionalidad e instrumentalidad, impone que las medidas cautelares se mantengan sólo mientras subsista laPage 353 necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente sirven.

La aplicación de este principio significa que las medidas cautelares personales están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual sólo han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento. [23](#)

El principio aparece expresado ya de esta manera en la parte final del art. 122 CPP , conforme al cual, las medidas cautelares "sólo durarán mientras subsistiera la necesidad de su

aplicación". En materia de prisión preventiva, se refuerza con la norma que establece que "el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado" (art. 152 inc. 1º CPP ).

El principio de provisionalidad no debe ser confundido con el eventual carácter temporal de las medidas cautelares personales, conforme al cual la terminación de éstas se sujeta a un límite absoluto, constituido por el cumplimiento de un plazo. En nuestro sistema, si bien es temporal la detención, que no puede extenderse más allá del plazo previsto por la ley, no lo es la prisión preventiva, que no se encuentra sometida a plazo. <sup>24</sup> La falta de una limitación objetiva para la prisión preventiva no significa, sin embargo, que ella pueda extenderse indefinidamente: el límite prudencial debe construirse a partir del derecho de todo detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. <sup>25</sup>

## 1.4.5. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad afirma que las medidas cautelares personales que se adopten en el curso de un proceso penal deben estar en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga.

La consideración de este principio determina, por ejemplo, la aplicación preferente de las medidas cautelares menos gravosas para la libertad del imputado (arts. 124 y 139 CPP ), lo que está en íntima relación con el principio de instrumentalidad, en cuanto éste exige que la medida adoptada sea la "absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento" que se pretende cautelar (art. 122 CPP ). Determina, asimismo, la existencia de casos en que las medidas cautelares pueden resultar improcedentes por importar una forma de privación de libertad desproporcionada en relación con la que importaría una eventual sentencia condenatoria, habida consideración de la gravedad del delito que se investiga (arts. 124, 141 y 152 inc. 2º CPP ). Finalmente, este principio está en la base de la obligación que tiene el juez de revisar la prisión preventiva decretada cuando su duración hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes (art. 152 inc. 2º CPP ).

## 1.5. Requisitos

Hemos dicho que toda medida cautelar exige la concurrencia de dos requisitos, que consisten en la "apariencia de buen derecho" ( *fumus boni iuris* ) y en el "peligro de retardo" ( *periculum in mora* ). En materia procesal civil, por ejemplo, la primera exigencia se desprende claramente del artículo 298 CPC , que impone a quien solicita una medida precautoria "acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama"; la segunda consiste, en cambio, en la exigencia de que haya motivo de temer que la cosa mueble se pierda o deteriore en manos de la persona que la tenga en su poder (art. 291 CPC ); o motivo racional para creer que el demandado procurará ocultar sus bienes (art. 295 CPC ). Como se aprecia, los requisitos en cuestión imponen, por una parte, la elaboración de un juicio de

probabilidad acerca del éxito de la pretensión y, por otra, la constatación de un riesgo cierto de que el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria se ha-Page 355ría ilusorio de no adoptarse una medida de aseguramiento.

La aplicación de estos requisitos en materia procesal penal sufre, como es lógico, las modificaciones que el contenido de la pretensión penal impone a la naturaleza y finalidad del proceso. En este sentido, el *fumus boni iuris* aparecerá asociado al juicio de probabilidad en torno a la existencia del delito y al grado de participación que en él corresponda al imputado; el *periculum in mora* aparecerá asociado, por su parte, al peligro de que el cumplimiento de los fines del procedimiento pudiera hacerse ilusorio de no adoptarse una medida de aseguramiento. Volveremos sobre este punto a propósito de cada una de ellas.

## 1.6. Clasificación

Nuestro CPP agrupa, bajo la noción de *medidas cautelares personales* (tít. V, Libro I CPP ), las siguientes instituciones:

1. La citación (párrafo 2º, tít. V, Libro I CPP ).
2. La detención (párrafo 3º, tít. V, Libro I CPP ).
3. La prisión preventiva (párrafo 4º, tít. V, Libro I CPP ).
4. Otras medidas cautelares personales (párrafo 6º, tít. V, Libro I CPP ).

Esta enumeración puede ser criticada en cuanto no respeta una graduación por niveles inspirada en los principios de excepcionalidad o proporcionalidad. En efecto, tanto atendiendo al principio de excepcionalidad (grado de generalidad en su aplicación), como al principio de proporcionalidad (nivel de afectación de la libertad ambulatoria que importa la medida en relación con la gravedad del hecho investigado), resulta evidente que las medidas que el Código agrupa bajo la denominación de *otras medidas cautelares personales* debieran preceder, en su tratamiento legal, a la *prisión preventiva*. Más aun, como expondremos más adelante, la sola denominación de *otras medidas cautelares personales* que utiliza el párrafo 6º del Libro I del CPP conlleva un error conceptual, en cuanto altera el orden lógico que el juez debe seguir al determinar su aplicación. No obstante lo anterior, el orden que seguiremos a continuación sigue el diseño legislativo, en cuanto viene impuesto por la necesidad sistemática de analizar conjuntamente, primero, las reglas que son comunes a la deten-Page 356ción y la prisión preventiva y, luego, las que resultan comunes a esta última y a las *otras medidas cautelares personales*.

## 2. La citación

### 2.1. Concepto

En términos generales, la citación es una orden de comparecencia emanada de las autoridades

de la persecución penal pública y dirigida a cualquier persona cuya presencia sea necesaria para la realización de un acto del procedimiento. En este sentido, resulta igualmente apropiado hablar de citación cuando esa orden se dirige a un testigo, un perito o un imputado, independientemente de la gravedad del hecho que se investigue y de la autoridad -juez o fiscal- desde la cual emane la orden.

Nuestro [Código Procesal Penal](#), sin embargo, conoce tres formas diferentes de citación, que denomina de la siguiente manera: *citación del ministerio público* (art. 23 CPP), *citación judicial* (art. 33 CPP) y *citación como medida cautelar personal* (arts. 123 y 124 CPP). <sup>26</sup> Esta última difiere de las dos primeras en cuanto al sujeto respecto al cual se dirige y en cuanto a los delitos que la hacen procedente. Mientras las dos primeras proceden respecto de cualquier persona (incluyendo el imputado) y respecto de cualquier delito, independientemente de su gravedad, la última sólo procede respecto del imputado y en relación con los delitos de menor gravedad que la ley específicamente establece. En sus aspectos formales, en cambio, es la primera la que difiere de las dos últimas. Mientras la citación del ministerio público no se encuentra sujeta a formalidades previstas en la ley, la *citación judicial* y la *citación como medida cautelar personal* se rigen por las mismas disposiciones: son órdenes de comparecencia que se practican en la forma prevista por el art. 33 CPP (art. 123 CPP).

Durante la discusión del proyecto de CPP en la Cámara de Diputados se dijo de la citación que ella era "la medida cautelar de menor intensidad dentro del sistema", agregando: "es una Page 357 convocatoria que hace el tribunal. En el proceso penal, la citación es la vinculación que se produce entre el proceso y el sujeto, conforme al cual el individuo queda convocado a presentarse a los actos de instrucción del juicio y a la ejecución de la sentencia, pero no en términos neutros, sino que bajo una amenaza vigente: que su incumplimiento tornará ese simple llamado en una orden de privación de libertad". <sup>27</sup>

## 2.2. Naturaleza cautelar de la citación

La citación es, claramente, una medida cautelar personal desde el punto de vista normativo, ya que así lo indica inequívocamente su ubicación en el párrafo 2º del título V del Libro I del CPP. No obstante, considerando el problema analíticamente, parece evidente que en cuanto orden de comparecencia dirigida al imputado, ella no constituye propiamente una medida cautelar personal, toda vez que no se orienta a garantizar los fines del procedimiento, ni siquiera si se incluye entre éstos el aseguramiento de la persona del imputado. Si bien -como veremos- la incomparecencia ante la citación puede dar lugar al arresto, lo cierto es que en tal caso es esta modalidad de detención, y no la citación, la que verdaderamente opera como medida cautelar. <sup>28</sup>

Los casos en que el CPP considera a la citación como una medida cautelar personal constituyen, por el contrario, un límite puesto en principio a la aplicación de medidas privativas de libertad, que opera excluyendo la aplicación de dichas medidas cuando la imputación se refiere a hechos de poca gravedad. Así surge del artículo 124 del CPP, conforme al cual la procedencia de la citación determina que en estos casos "no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33". Lo anterior no implica

desconocer el carácter restrictivo de la libertad personal que tiene la citación, en cuanto imposición de Page 358 una carga de comparecencia bajo amenaza compulsiva. <sup>29</sup> Este carácter, sin embargo, alcanza sólo para calificarla como medida de coerción procesal, y no como medida cautelar.

## 2.3. Presupuestos de aplicación

La citación como medida cautelar personal es procedente, conforme a lo dispuesto por los artículos 123 y 124 CPP, en los siguientes casos:

- 1º. Cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal.
- 2º. Cuando la imputación se refiriere a alguno de los siguientes delitos:
  - a. *Faltas;*
  - b. *Delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, y*
  - c. *Delitos que la ley sancionare con penas privativas o restrictivas de libertad que no excedieren las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.*

## 2.4. Forma de la citación

Formalmente, no existe diferencia alguna entre la citación judicial, generalmente hablando, y la citación como medida cautelar personal, ya que al regular la forma de esta última, la ley se remite explícitamente a la primera, haciendo aplicable lo dispuesto por el artículo 33 del CPP (art. 123 CPP ).

Page 359

Lo anterior implica que la citación se practicará notificando al imputado de la resolución que ordena su comparecencia, comunicándosele, en el mismo acto, el tribunal ante el cual debe comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se trate y el motivo de su comparecencia. <sup>30</sup> Al mismo tiempo se le advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sea conducido por medio de la fuerza pública, que quedará obligado al pago de las costas que causare y que pueden imponérsele sanciones. También se le deberá indicar que, en caso de impedimento, deberá comunicarlo y justificarlo ante el tribunal con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible (art. 33 CPP ).

## 2.5. Efectos de la procedencia de la citación

La sola procedencia de la citación, como medida cautelar, esto es, el hecho de estar en presencia de alguno de los casos en que procede, determina, como decíamos, una limitación a la procedencia de las demás medidas cautelares personales. En los términos del artículo 124 CPP , ello significa que, en estos casos, "no se podrán ordenar medidas cautelares que

recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33".

Lo anterior implica, en otras palabras, que:

## 2.5.1. Determina la improcedencia de la detención sin citación previa

Un imputado jamás podrá ser detenido, sin previa citación, cuando el hecho que se le impute sea de los enumerados en el artículo 123 CPP . La citación constituye así una limitación a la procedencia de la detención judicial imputativa (art. 127) e incluso de la detención por flagrancia (art. 134 CPP ). El art. 134Page 360 CPP establece que quien fuere sorprendido por la policía in fraganti cometiendo un hecho de los señalados en el artículo 124, debe sólo ser citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio. <sup>31</sup> La misma disposición agrega que si se hubiere procedido a la detención del imputado por un delito de este tipo, informado de ese hecho el fiscal deberá otorgar al detenido su libertad en el más breve plazo, exigiendo previamente el cumplimiento del deber de señalamiento de domicilio previsto por el artículo 26 CPP .

La detención, sin embargo, puede llegar a constituir -en su modalidad de *arresto* - una forma de privación de libertad posterior a la citación, que opera ante la negativa del imputado de obedecer a la orden de comparecencia (art. 124 CPP ). Como veremos, el arresto es la única consecuencia admisible del incumplimiento del imputado a la orden de comparecencia judicial en los casos del artículo 124. Ello es así por expresa disposición de la misma norma que establece que en los casos de ese artículo "no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, *el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 33*. Se trata, como veremos, <sup>32</sup> de una regla especial que excluye la posibilidad de imponer la prisión preventiva en los términos del inciso 3º del artículo 33 CPP (norma que debe entenderse referida a la no comparecencia del imputado en procedimientos relativos a delitos de mayor gravedad), y del inciso 4º del artículo 141 CPP (que debe entenderse referido a los eventos previstos en las letras b) y c) del mismo artículo).

## 2.5.2. Determina la improcedencia absoluta de la prisión preventiva

Un imputado jamás podrá ser sometido a prisión preventiva cuando el hecho que se le impute sea de los enumerados enPage 361 el artículo 124 CPP . A diferencia de lo que sucede con la detención, aquí la presencia de un caso que sólo hace procedente la citación determina que, ni aun en el evento de falta de comparecencia, puede llegar a imponerse la prisión preventiva.

La afirmación resulta importante porque el tenor literal de algunas disposiciones del CPP puede mover a duda al respecto. En efecto, el art. 141 inciso 2º letra a) CPP considera, como casos de

improcedencia de la prisión preventiva, los mismos que sólo hacen procedente la citación. Señala esta norma que no procederá la prisión preventiva "cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo".

Como es obvio, la consideración de estas situaciones como casos de improcedencia de la prisión preventiva resulta innecesaria, ya que, tratándose de las mismas hipótesis que sólo hacen procedente la citación, la prisión preventiva se encontraba ya excluida en principio, por aplicación de la regla del art. 124 CPP . Adicionalmente, sin embargo, la reiteración resulta problemática, porque el inciso 4º del art. 141 CPP establece que "podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva en los eventos previstos en el inciso segundo cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas previstas en el párrafo 6º de este título o cuando el tribunal considere que el imputado pudiere incumplir lo establecido en el inciso precedente", esto es, el deber de permanecer en el lugar del juicio hasta su término, y presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los artículos 33 y 123 CPP . Como se observa, entonces, pareciera que la no comparecencia a una citación despachada al imputado en los casos del artículo 141, que son los mismos que hacen procedente la citación en el artículo 123, habilitaría al tribunal, por disposición del artículo 141 inciso 4º, para decretar la prisión preventiva en el mismo caso en que el artículo 124 CPP sólo permite el arresto. El conflicto entre estas normas debe resolverse en favor del artículo 124 CPP , por aplicación de la regla de especialidad y de lo dispuesto por el artículo 5º inciso 2º CPP , quePage 362 ordena la interpretación restrictiva de las disposiciones que autorizan la restricción de la libertad del imputado. [33](#)

## 2.5.3. Determina la improcedencia absoluta de las medidas cautelares generales

Finalmente, cabe mencionar que en los casos que hacen procedente la citación el imputado tampoco podrá ser sometido a alguna de las medidas cautelares personales de carácter general, previstas por el artículo 155 CPP . Esta conclusión se desprende de la circunstancia que las medidas del artículo 155 son de aquellas que *recaen sobre la libertad del imputado* , y se encuentran por tanto sometidas a la regla general de exclusión del artículo 124 CPP . Adicionalmente debe considerarse que el artículo 155 inciso final CPP establece que la procedencia de estas medidas se rige por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, por lo que no puede adoptarse a su respecto una regla diversa de la que se aplica a esta última.

## 3. La detención

### 3.1. La detención en sentido amplio

La detención, en un sentido amplio, puede ser definida como toda privación de la libertad ambulatoria de una persona, dis-Page 363 tinta de la prisión provisional o de la ejecución de una

pena privativa de libertad, ejecutada bajo invocación de un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico. [34](#)

La consideración en sentido amplio del concepto de detención resulta sumamente relevante, porque permite aplicar el estatuto jurídico del detenido, esto es, afirmar los derechos y garantías que el sistema le reconoce, con independencia de la denominación que se dé oficialmente al acto. Como ha dicho el Tribunal Constitucional Español sentando una doctrina que bien podría ser aplicada en nuestro país:

"Una recta identificación del concepto de 'privación de libertad', que figura en el artículo 17.1 CE, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad -en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la CE por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean..." "debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad...". [35](#)

Entender el concepto de detención en sentido amplio, impone desconocer todo valor a giros lingüísticos tales como "retención", o "conducción", que a menudo se utilizan para encubrir situaciones objetivas de detención practicadas en casos o de formas no autorizadas por la ley.

Finalmente, debe tenerse presente que considerar la detención en sentido amplio como una "pura situación fáctica", implica incorporar en el análisis no sólo aquellos casos en que ésta cumple una función estrictamente cautelar, sino también aquellos en que opera como medida ejecutiva o tiende a garantizar el cumplimiento de la obligación legal de comparecencia de una persona distinta del imputado.

A continuación analizaremos estas modalidades separadamente.

## 3.2. La detención como medida cautelar personal

La detención, como medida cautelar personal, es aquella en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento. [36](#)

Aunque asegurar la comparecencia del imputado es la finalidad común a todas las modalidades de detención que tienen una naturaleza cautelar, el tratamiento legislativo de esta medida en nuestro país permite hacer una distinción entre dos modalidades. La primera, que llamaremos *detención imputativa* es aquella que se decreta o practica sin citación previa, con el objeto de

poner al imputado en situación de que se formalice la investigación y, eventualmente, se adopte alguna medida cautelar personal de mayor intensidad, en su contra; la segunda, que llamaremos *detención por incomparecencia o arresto*, es aquella que tiene exclusivamente por objeto obtener compulsivamente la presencia del imputado para la realización de un determinado acto del procedimiento.

## 3.2.1. Detención imputativa

*Detención imputativa* es aquella que se decreta o practica sin citación previa, con el objeto de asegurar la presencia del imputado a la audiencia en que se pretende formalizar la investigaciónPage 365 y, eventualmente, adoptar alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra. [37](#)

Esta forma de detención se caracteriza porque da lugar a un procedimiento específico de control de la detención, que está regulado por el art. 132 CPP .

Constituyen modalidades de esta forma de detención, las siguientes:

### 3.2.1.1. Detención judicial imputativa

#### 3.2.1.1. a

##### Concepto

La detención judicial imputativa es la detención ordenada por el juez, sin previa citación, con el fin de poner a una persona formalmente a disposición del tribunal, en calidad de imputado, para asegurar su comparecencia a la audiencia destinada a formalizar la investigación y, eventualmente, a adoptar una medida cautelar de mayor intensidad, en su contra. En términos legales, corresponde a la detención del imputado que es decretada por el juez, a solicitud del ministerio público y sin citación previa, cuando de otra manera la comparecencia pudiere verse demorada o dificultada (art. 127 inciso 1º CPP ).

#### 3.2.1.1. b

##### Supuestos de aplicación

El tratamiento legislativo de esta forma de detención judicial, que constituye la regla general, resulta sumamente deficiente en el CPP , ya que resulta evidente que el solo hecho de que la comparecencia de un imputado pudiere verse demorada o dificultada no es razón suficiente para ordenar la detención de una persona.

El problema se ha generado, fundamentalmente, porque el CPP -dando un paso atrás respecto de la situación existente en el CdPP de 1906- ha omitido precisar las exigencias de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora* que el juez debe tomar en consideración para efectos de decretar la detención. <sup>38</sup> La indeterminación resulta problemática desde un punto de vista constitucional, ya que para satisfacer el estándar del art. 19 N° 7° letra b), la ley debiera determinar "los casos y formas" que autorizan esta forma de privación de libertad.

Esta omisión, por lo tanto, debe ser subsanada por la vía interpretativa. En lo que se refiere a la exigencia general de *fumus boni iuris*, parece evidente que no basta el solo hecho de la imputación para justificar la detención. El principio de proporcionalidad exige que no exista privación de la libertad personal si no puede formularse, siquiera en grado de sospecha, un juicio de probabilidad acerca de la existencia del delito y de la participación del imputado.

En lo que se refiere a la exigencia general de *periculum in mora*, el artículo 127 inciso 2° CPP, que requiere que "de otra manera, la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada", debe sin duda complementarse con la limitación general que impone el artículo 122 CPP en orden a que la detención sea "absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento". Así, puede observarse que no cualquier demora o dificultad en la comparecencia permite justificar una orden de detención, sino sólo aquella que crea un riesgo serio para que el procedimiento cumpla sus fines de averiguar correctamente la verdad o actuar la ley penal. En otras palabras, estamos ante la hipótesis de que la demora o dificultad de la comparecencia sean modalidades del peligro de obstaculización de la investigación o del peligro de fuga.

Page 367

## 3.2.1.1. c

### Procedimiento

El procedimiento de detención judicial imputativa comprende las siguientes actuaciones:

i

#### Despacho de la orden de detención

El procedimiento comienza con el despacho por el juez, a solicitud del ministerio público, de la orden de detención (art. 127 CPP ).

La orden de detención es un acto formal. Debe ser expedida por escrito por el tribunal y contener las siguientes menciones:

- a. El nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren;

- b. El motivo de la detención, y
- c. La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere (art. 154 CPP ).

Conviene destacar que, en nuestro sistema, el juez sólo tiene facultades para despachar de oficio una orden de detención en el caso del art. 128 CPP , esto es, delito flagrante cometido dentro de la sala de su despacho. En los demás casos, la adopción de esta medida cautelar depende de la iniciativa del ministerio público, a cuyo cargo se encuentra la persecución penal pública de los delitos.

## ii

### **Cumplimiento de la orden de detención por la policía**

El cumplimiento de la orden de detención está a cargo de la policía, toda vez que corresponde a ésta ejecutar las medidas de coerción que se decreten (art. 79 inc. 1º, parte final CPP ) y cumplir las órdenes que les dirigieren los jueces para la tramitación del procedimiento (art. 80 inc. 2º CPP y art. 73 incs. 3º y 4º CPR ).

En el cumplimiento de la orden, la ley faculta a la policía para efectuar el registro de lugares y recintos de libre acceso público en búsqueda del imputado (art. 204 CPP ) y puede incluso entrar y registrar edificios o lugares cerrados en los que se presume que el imputado se encontrare, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia (art. 205 CPP ). Por el contrario, si el propietario o en-Page 368cargado del edificio o lugar no permitiere la entrada y registro, la policía debe limitarse a adoptar las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado mientras el fiscal solicita al juez la autorización para proceder a la entrada y registro (art. 205 inc. final CPP ).

Si, por cualquier causa, el funcionario policial se encontrare impedido de cumplir la orden, debe poner inmediatamente esta circunstancia en conocimiento del juez que la hubiere emitido y de su superior jerárquico en la institución a que perteneciere, quien podrá sugerir o disponer las modificaciones que estimare convenientes para su debido cumplimiento, o reiterar la orden si en su concepto no existiere imposibilidad (art. 82 CPP ).

En todo caso, y aunque parezca obvio, el hecho de que el cumplimiento de la orden corresponda a la policía no impide la presentación voluntaria del imputado contra el cual se ha emitido una orden de detención. Este tiene siempre la facultad de concurrir ante el juez que correspondiere a solicitar un pronunciamiento sobre su procedencia o la de cualquier medida cautelar (art. 126 CPP ). La norma procura reconocer en forma explícita al imputado el derecho a presentarse directamente ante el juez, sin tener que someterse en forma previa a la policía. [39](#)

## iii

## Intimación legal de la orden

Antes de practicar la detención, el funcionario policial encargado de su cumplimiento debe intimarla en forma legal al imputado (art. 125 CPP ). La intimación de la orden es una garantía constitucional (art. 19 N° 7° letra c) CPR ). La obligación de intimación legal que pesa sobre el funcionario policial tiene como natural contrapartida el derecho del imputado a que la orden le sea exhibida (art. 94, letra a) CPP ) y a obtener una copia de ella (art. 19 N° 7° letra d) inc. 3° CPR ).

### iv

## Deber de información de garantías y derechos

En el acto de la detención, el funcionario policial debe cumplir, además, con el deber de informar al afectado acerca del motivo de la detención, y de los siguientes derechos (art. 135 CPP ):

- a. Derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes (art. 93 letra a) CPP );
- b. Derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación (art. 93 letra b) CPP );
- c. Derecho a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento (art. 93 letra g) CPP );
- d. Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto (art. 94, letra f) CPP ), y
- e. Derecho a tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare (art. 94 letra g) CPP ).

El inciso 2° del art. 135 CPP establece que "con todo, si por las circunstancias que rodearen la detención, no fuere posible proporcionar inmediatamente al detenido la información prevista en este inciso, ella le será entregada por el encargado de la unidad policial a la cual fuere conducido".

La información de derechos puede efectuarse verbalmente o por escrito, si el detenido manifestare saber leer y encontrarse en condiciones de hacerlo. En este último caso, se le debe entregar al detenido un documento que contenga una descripción clara de esos derechos, cuyo texto y formato determinará el ministerio público (art. 135 inc. 3° CPP ).

La ley establece que se debe dejar constancia en el libro de guardia del recinto policial del hecho de haberse proporcionado la información, de la forma en que ello se hubiere realizado, del funcionario que la hubiere entregado y de las personas que lo hubieren

presenciado (art. 135 inc. 2º CPP ).

Aunque no sustituye el deber de informar sus derechos al imputado, el art. 137 CPP prevé bajo la denominación "difusión de derechos" que en todo recinto de detención policial y casa de detención deberá existir, en lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en el cual se consignen los derechos de los detenidos. El texto y formato de estos carteles serán determinados por el ministerio público (art. 137 CPP ).

Corresponde al fiscal y al juez cerciorarse del cumplimiento del deber de información por parte de los funcionarios policiales. Si comprobaren que no se ha cumplido, deben informar de Page 370 sus derechos al detenido y remitir oficio, con los antecedentes respectivos, a la autoridad competente, con el objeto de que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes o inicie las investigaciones penales que procedieren (art. 136 CPP ).

Más allá de la posibilidad de imponer sanciones a los funcionarios policiales, nuestro CPP no ha resuelto de manera específica cuáles son los efectos que el incumplimiento del deber de información acarrea a la eficacia de los actos del procedimiento. Esta materia es de fundamental importancia en el derecho comparado, ya que constituye un punto crítico en el balance entre garantías individuales y poder de persecución penal del Estado. No obstante la carencia de un tratamiento explícito, teniendo en consideración que los deberes de información tienen sus raíces en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, parece evidente que la eficacia de los actos del procedimiento deberá medirse en relación con la entidad de la omisión, y la posibilidad de que ella determine una declaración de nulidad procesal (arts. 159 y 160) o la exclusión de pruebas para el juicio oral (art. 276 CPP ).

## V

### **Conducción del detenido ante el tribunal que hubiere ordenado la detención**

Una vez practicada la detención, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención, deben conducir inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden (art. 131 inc. 1º CPP ). Esta obligación conlleva el derecho correlativo del imputado privado de libertad a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (art. 94 letra c) CPP ). Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, la ley permite hacer permanecer al detenido en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno puede exceder de veinticuatro horas (art. 131 inc. 1º CPP ).

### **3.2.1.2. Detención imputativa por funcionarios públicos**

La detención imputativa por funcionarios públicos es la detención ordenada por un funcionario público diferente del juez, pero autorizado expresamente por la ley, con el mismo objeto Page 371 de la detención judicial imputativa y sujeta a sus mismos supuestos de aplicación y procedimientos.

Constituye -como hemos dicho- una anormalidad de nuestro sistema jurídico, que atenta contra el principio de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares. [40](#) Encuentra su sustento constitucional en la [Constitución Política](#) de la República de 1980 y su concreción en diversas normas legales que, excepcionalmente, autorizan a autoridades gubernamentales a despachar órdenes de detención.

El CPP eliminó, a lo menos, las disposiciones de nuestro antiguo CdPP de 1906 que autorizaban a los intendentes regionales y gobernadores provinciales (art. 258 CdPP de 1906) e incluso a los alcaldes (art. 259 CdPP 1906), para decretar en ciertos casos la detención.

Sin embargo, el CPP no llegó al punto de derogar las disposiciones contenidas en leyes especiales que, hasta el día de hoy, contienen autorizaciones de este tipo. Por el contrario, en la discusión legislativa de la disposición que dio origen al actual artículo 125 CPP, se tuvo expresamente en consideración que como exigencia básica de la detención no debía señalarse la orden del juez, sino del "funcionario público expresamente facultado por la ley" por tratarse de una norma basada en la Constitución, que admite tal posibilidad en leyes especiales. [41](#)

Entre las leyes especiales que, hasta el día de hoy, admiten que la detención sea decretada por funcionarios públicos distintos del juez, debe mencionarse la [Ley N° 18.314](#) (1984) que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Esta ley permite despachar órdenes de detención al Ministro del Interior, los Intendentes Regionales, los Gobernadores Provinciales y los Comandantes de Guarnición, pero sólo cuando recabar previamente la orden judicial pudiera frustrar el éxito de la diligencia ([art. 13 Ley 18.314](#)).

Page 372

## 3.2.1.3. Detención judicial en caso de flagrancia en la sala de despacho

### 3.2.1.3. a

#### Concepto

Se trata de la detención que puede decretar todo tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, contra las personas que, dentro de la sala de su despacho, cometieren algún crimen o simple delito (art. 128 CPP). Tiene un carácter imputativo en cuanto su objeto es poner al detenido a disposición del juez para asegurar su comparecencia a la audiencia en que se formalizará la investigación y, eventualmente, se adoptará alguna medida cautelar personal de

---

mayor intensidad en su contra.

Aunque la detención proviene, en este caso, de una orden judicial, su naturaleza se encuentra más cercana a la detención por flagrancia, toda vez que surge de la constatación personal y directa, por el juez, de la comisión actual de un delito dentro de la sala de su despacho.

### **3.2.1.3. b**

#### **Procedimiento**

El procedimiento es el mismo de la detención judicial imputativa, cuyos pasos hemos detallado precedentemente.

### **3.2.1.4. Detención particular o policial en caso de flagrancia**

#### **3.2.1.4. a**

##### **Concepto**

Se trata de la detención que puede realizar cualquier persona que sorprendiere a otra en delito flagrante, para poner al detenido a disposición del juez con el objeto de que se celebre la audiencia en que ha de formalizarse la investigación y, eventualmente, se adopte alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra.

La detención por flagrancia constituye una excepción a la exigencia de la orden de detención previa, y aparece reconocida como tal a nivel constitucional (art. 19 N<sup>o</sup> 7<sup>o</sup> letra c) CPR ). Para los particulares constituye una facultad; para los agentes policiales, en cambio, una obligación (art. 129 CPP ). La policía debe cumplir esta obligación sin necesidad de orden judicial pre-Page 373via (art. 94 y art. 125 letra a) CPP ) ni de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales (art. 83 letra b) CPP ).

#### **3.2.1.4. b**

##### **Supuestos de aplicación**

El artículo 130 CPP precisa que se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a. El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b. El que acabare de cometerlo;

- c. El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- d. El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- e. El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse.

Cabe precisar que el delito flagrante que autoriza la detención por los particulares o la policía sin orden previa es, por regla general, el delito de acción penal pública y excepcionalmente el delito de acción penal pública previa instancia particular, cuando se tratare de los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quater del Código Penal (art. 129 inciso 3º). En los demás casos de delitos de acción penal pública previa instancia particular y en todos los casos de delitos de acción penal privada, la detención por flagrancia no se encuentra autorizada.

Desde el punto de vista de la gravedad debe tratarse, además, de un delito cuya pena sea superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo, ya que de lo contrario no procede la detención sino sólo la citación por flagrancia (art. 134 CPP ).

### 3.2.1.4. c

## Procedimiento

El procedimiento de detención por flagrancia, a diferencia de la detención judicial imputativa, carece por definición de las exigencias ligadas al despacho e intimación de una orden judicial, pero se encuentra sujeto a los mismos deberes de información de derechos al detenido y a la obligación de conducción ante el juez competente.

Entre las particularidades del procedimiento hay que considerar varias normas especiales.

En primer lugar, la detención por flagrancia es una forma de detención que, por regla general, se practicará en lugares y recintos de libre acceso público. Nada obsta, sin embargo, a que pueda realizarse por la policía en un determinado edificio o lugar cerrado, al que se haya ingresado con el consentimiento de su propietario o encargado, o en cumplimiento de una orden de entrada y registro (art. 205 CPP ). Adicionalmente, la ley autoriza en forma excepcional a la policía para entrar en un lugar cerrado y registrarlo, aun sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización judicial previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito (art. 206 CPP ).

El objeto general de la detención es poner al detenido a disposición del tribunal en el más breve plazo. No obstante, en el caso de la detención practicada por particulares, la ley los autoriza

para entregarlo alternativamente a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.

La policía, por su parte, sea que haya practicado por sí misma la detención o que haya recibido al detenido de un particular, debe cumplir con el deber de informar al fiscal que es previo a la conducción del detenido ante el juez. En efecto, la ley impone al agente policial que hubiere realizado la detención y al encargado del recinto de detención al que hubiere sido conducido el detenido, el deber de informar de ella al ministerio público, dentro de un plazo de doce horas (art. 131 inc. 2º CPP ). Si se tratare de un simple delito y no fuere posible conducir al detenido inmediatamente ante el juez, el oficial a cargo del recinto puede otorgarle la libertad de inmediato, cuando considerare que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia (art. 134 inc. final CPP ). Por su parte, el fiscal a quien se comunica la detención por flagrancia puede dejar desde luego sin efecto la detención u ordenar que el detenido seaPage 375 conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de 24 horas contado desde la detención (art. 131 inc. 2º CPP ).

La facultad del fiscal para dejar sin efecto la detención y ordenar la inmediata libertad del detenido puede tener su fundamento en varias circunstancias, tales como el hecho de tratarse de un delito que sólo hace procedente la citación por flagrancia (art. 134 CPP ), la imposibilidad de conducir al detenido inmediatamente ante el juez, o cualquier otro motivo que lo mueva a considerar improcedente la detención. Que el fiscal disponga de esta facultad se explica porque, como hemos visto, el ministerio público dirige y tiene el control de la investigación, siendo además responsable de las actuaciones de la policía. Se trata de una derivación del principio de responsabilidad y de la función de dirección de la investigación. [42](#)

En cualquier caso, si ante la comunicación policial el ministerio público nada manifestare en el sentido de dejar en libertad inmediata al detenido u ordenar su conducción ante el juez, corresponde a la policía presentar al detenido ante éste dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención (art. 131 inc. 2º CPP ).

Cabe señalar, finalmente, que nuestro sistema contempla un procedimiento especial para el caso de que el detenido por delito flagrante sea un diputado o senador (art. 417 CPP y art. 58 CPR ) o un juez, fiscal judicial o fiscal del ministerio público (art. 426 CPP y art. 78 CPR ). En todos estos casos, el fiscal al cual se comunica el hecho de la detención debe poner al detenido inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, remitiendo la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto.

Una vez que el detenido ha sido puesto a disposición del juez, debe seguirse el procedimiento común a todas las detenciones que tienen una naturaleza cautelar.

Page 376

## 3.2.2. Detención judicial por incomparecencia del imputado

## 3.2.2.1. Concepto

La *detención judicial por incomparecencia*, también llamada *arresto*, es la detención del imputado, que es decretada por el juez, de oficio o a petición del ministerio público, como consecuencia del incumplimiento injustificado, por parte de éste, de la citación despachada previamente por el juez o el fiscal y con el objeto de asegurar su comparecencia a la actuación respectiva (arts. 33 inciso 3º, 124; 127 y 193 CPP ).

La detención por incomparecencia del imputado tiene una naturaleza cautelar, ya que su objeto es asegurar la comparecencia del imputado a un acto del procedimiento. No obstante lo anterior, constituye una categoría distinta de la detención imputativa, en cuanto la finalidad última no es ponerlo a disposición del tribunal para que se formalice la investigación y, eventualmente, se adopte una medida cautelar de mayor intensidad en su contra, sino sólo para asegurar su presencia en el acto, tras lo cual éste recupera en forma inmediata e ineludible su libertad ambulatoria.

Aunque se aplican a esta forma de detención todas las normas de procedimiento que estudiamos a propósito de la detención judicial imputativa, difiere de ésta en cuanto no da lugar a la audiencia prevista por el art. 132 CPP , sino que se agota con la presencia del imputado a la actuación respectiva.

## 3.2.2.2. Supuestos de aplicación

Esta modalidad de detención judicial tiene un supuesto único, que es la incomparecencia ante una citación judicial.

En el caso del imputado, la citación puede haberse despachado con el objeto de que comparezca para llevar a cabo una actuación ante el tribunal (art. 33 CPP ), o porque su presencia es necesaria en un caso que no admite detención sin citación previa (art. 123 CPP ), o debido a que su presencia en una audiencia judicial es condición de ésta (art. 127 inc. 2º CPP ). También puede haber tenido por objeto que el imputado comparezca ante el fiscal, ya que ésta constituye una obligación del imputado durante la etapa de investigación, que se entiende, por supuesto, sin perjuicio de su derecho a guardar silencio (arts. 23 y 193 CPP ).

Page 377

## 3.2.2.3. Procedimiento

### 3.2.2.3. a

#### Citación judicial

La detención por incomparecencia supone una citación judicial previa válidamente despachada

y notificada. La citación es un acto formal que involucra, por una parte, una resolución que ordena la comparecencia y por la otra, la notificación de esa resolución. Esta notificación debe hacerse conforme a las reglas generales del título VI del Libro I del [Código de Procedimiento Civil](#) y debe incluir la comunicación acerca del tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Debe advertirle al citado, asimismo, que la incomparecencia injustificada dará lugar a que sea conducido por medio de la fuerza pública, que quedará obligado al pago de las costas que causare y que puede imponérsele sanciones. También le debe indicar que, en caso de impedimento, deberá comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible (art. 33 CPP ).

### 3.2.2.3. b

#### Despacho de la orden de detención

Verificada la incomparecencia injustificada del citado, corresponde al juez despachar la orden de detención.

En el caso del imputado, el tribunal despachará una orden de que sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva (art. 33 inc. 3º CPP ). En todo caso, si se trata de un delito que sólo hace procedente la citación, el juez debe limitarse a decretar el arresto (art. 124 CPP ).

En todo caso, la intimación de la orden, el deber de información de los derechos del detenido y su conducción ante el tribunal deben cumplirse de la misma manera prevista para la detención judicial imputativa.

## 3.3. La detención como medida ejecutiva

La *detención como medida ejecutiva* es aquella que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de un proceso de ejecución ya iniciada o que debió iniciarse y al cual se ha sustraído el condenado. Se trata de modalidades de detención que no tienen una naturaleza cautelar, porque no están destinadas a garantizar una ejecución futura, sino a imponer la ejecución actual [43](#) de una sentencia condenatoria.

En nuestro sistema asume las siguientes modalidades:

### 3.3.1. Detención judicial para permitir la ejecución de la sentencia condenatoria

Se trata de la detención que debe decretar el tribunal, en contra del condenado que estuviere en libertad, con el objeto de que se proceda a la ejecución de la sentencia que lo ha condenado a

---

una pena privativa de libertad, en el establecimiento penitenciario correspondiente (art. 468).

## **3.3.2. Detención policial por quebrantamiento de condena y fuga**

La policía debe también detener, sin necesidad de orden judicial previa, al sentenciado a pena privativa de libertad que hubiere quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva (art. 129 inc. final CPP ).

## **3.4. La detención como medida tendiente a garantizar el cumplimiento de obligaciones legales**

Existen, finalmente, modalidades de detención que no tienen naturaleza cautelar, ya sea porque no se dirigen en contra del imputado o no están vinculadas con los fines del procedimiento penal. Son las modalidades de detención que buscan asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones legales.

En nuestro sistema, podemos reconocer las siguientes:

Page 379

### **3.4.1. Detención judicial por incomparecencia de testigos y peritos**

#### **3.4.1.1. Concepto**

La *detención judicial por incomparecencia o arresto*, que ya estudiamos en relación con el imputado, puede también dirigirse por el juez en contra de los testigos o peritos, de oficio o a petición del ministerio público, como consecuencia del incumplimiento injustificado, por parte de éstos, de la citación despachada previamente por el juez o el fiscal y con el objeto de asegurar su comparecencia a la actuación respectiva (arts. 33 inciso 3º y 193 CPP ).

#### **3.4.1.2. Supuestos de aplicación**

Esta modalidad de detención judicial tiene -como hemos dicho- un supuesto único que es la incomparecencia ante una citación judicial.

En el caso de los testigos, peritos, u otras personas cuya presencia se requiriere, la citación puede haberse despachado para llevar a cabo una actuación cualquiera ante el tribunal (art. 33 CPP ), para declarar como testigos en el juicio oral (art. 298 CPP ), en el procedimiento simplificado (art. 393 CPP ), o en el procedimiento por delito de acción penal privada (art. 405 CPP ). Puede también haberse despachado para que el testigo compareciera ante el fiscal durante la etapa de investigación, ya que éstos tienen, salvo escasas excepciones legales, la obligación de comparecer a su presencia y prestar declaración ante el mismo (arts. 23 y 190 CPP ).

### 3.4.1.3. Procedimiento

La detención por incomparecencia de testigos y peritos se rige por el mismo procedimiento que la detención por incomparecencia del imputado.

La particularidad es que, en este caso, se trata de una orden de arresto hasta la realización de la actuación que tiene un plazo máximo de veinticuatro horas (art. 33 inc. 3º, art. 299 y art. 319 CPP ).

Page 380

### 3.4.2. Detención para fines de identificación

El control de identidad que la ley autoriza a los funcionarios policiales no implica, en principio, la privación de libertad de una persona. El art. 85 CPP faculta a la policía, actuando sin orden previa del tribunal ni de los fiscales, para solicitar la identificación de cualquiera persona en casos fundados, entre los cuales menciona, a modo de ejemplo, "la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito", o "de que se dispusiere a cometerlo". [44](#)

Nuestro CPP establece el control de identidad como una forma alternativa a la infame "detención por sospecha", que constituyó en el pasado una fuente profusa de arbitrariedad y discriminación en nuestro país. Por esta razón, el procedimiento previsto por la ley se limita, en principio, a facultar al agente policial para solicitar la identificación, precisando que, a continuación, ésta se realizará "en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte". La disposición agrega que el funcionario policial debe otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos documentos (art. 85 CPP ).

No obstante lo anterior, la misma disposición añade en su inciso 2º que en caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si, habiendo recibido las facilidades del caso, no le fuere posible hacerlo, " *la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación*". El procedimiento que se sigue a continuación exige, una vez en la unidad, dar a la persona facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los documentos de identificación mencionados, y si esto no fuere posible, ofrecer a la persona " *ponerla en libertad de inmediato*" si autorizare por escrito que se le tomen huellas digitales. La

norma termina exigiendo a la policía ejercer estas facultades de la forma más expedita posible, señalando que en caso alguno el conjunto de procedimientos Page 381 detallados "podrá extenderse por un plazo mayor de cuatro horas, transcurridas las cuales *será puesta en libertad*".

Sostener que esta disposición constituye una forma de detención por sospecha que, en forma encubierta, autorizaría nuestra legislación, nos parece algo exagerado. En el contexto cultural de nuestro país, en que el porte de documentos de identificación y, en particular, de la cédula nacional de identidad es una costumbre sumamente arraigada, pareciera que, de respetarse el procedimiento de control de identidad previsto por la ley, éste debiera llevar muy rara vez a la conducción de la persona a la unidad policial. <sup>45</sup> Lo anterior no debe, sin embargo, ocultar el hecho de que, una vez verificada la negativa o imposibilidad de acreditar la identidad mediante tales documentos, la persona se encuentra propiamente sometida a una detención, aunque la ley no la denomine de ese modo. Para ponerlo en palabras de DE LLERA : "toda privación efectiva de libertad deambulatoria será una detención con independencia de que se la denomine de una forma u otra. Así los términos 'presentación', sin más, en unas dependencias (policiales, judiciales o fiscales) de una persona o 'retención' de la misma, en cuanto impuestas coactivamente a una persona, constituyen una verdadera detención, por mucho que se pretenda encubrirla terminológicamente". <sup>46</sup>

Se trata, por lo demás, de una forma de detención revestida de garantías y plazos especiales. Así, el artículo 85 inciso final impone un límite temporal de cuatro horas contado desde la Page 382 solicitud inicial de identificación, y el artículo 86 establece los "derechos de la persona sujeta a control de identidad", imponiendo al funcionario a cargo del traslado el deber de informarle verbalmente de su derecho a comunicar a su familia o a la persona que indicare, el hecho de su permanencia en el cuartel policial, y prohibiendo que el "afectado" sea ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas "detenidas".

## 3.5. Duración de la detención

La detención consiste, por definición, en una privación de libertad de corta duración, a la cual se pone término tan pronto ha comparecido el detenido al acto del procedimiento que motivó la medida.

Aunque la situación de privación de libertad puede subsistir, posteriormente, será en tal caso la prisión preventiva y no la detención la medida que producirá tal efecto.

Precisamente para evitar que la detención pudiera ser utilizada con fines que son propios de otras medidas cautelares, y asegurar que los objetivos que ésta persigue se cumplirán con el mínimo grado posible de afectación a la libertad ambulatoria, la Constitución y la ley han impuesto a la medida límites temporales absolutos, esto es, ha fijado plazos cuyo vencimiento determina necesariamente la libertad inmediata del detenido.

### 3.5.1. Plazo de la detención por orden

# judicial

Todas las modalidades de detención asociadas al cumplimiento de una orden judicial obligan a los agentes policiales que la hubieren realizado o al encargado del recinto de detención correspondiente a conducir *inmediatamente* al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden (art. 131 inc. 1º CPP ). Esta obligación conlleva el derecho correlativo del imputado privado de libertad a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (art. 94 letra c) CPP ). Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, la ley permite hacer permanecer al detenido en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un periodo que en caso alguno puede exceder de veinticuatro horas (art. 131 inc. 1º CPP ). [47](#)

El plazo *para poner al detenido a disposición del tribunal* que hubiere expedido la orden no es ampliable. Sin embargo , *una vez puesto el imputado a disposición del tribunal* el fiscal puede solicitar una ampliación de la detención hasta por tres días fundando su petición en que no está en condiciones de formalizar inmediatamente la investigación o solicitar las medidas cautelares que fueren procedentes, debido a que no cuenta con los antecedentes necesarios o no se encuentra presente el defensor del imputado. Para acceder a esta solicitud, el juez debe estimar que los antecedentes justifican la medida (art. 132 inc. 2º CPP ).

Se ha dicho que resulta problemática la exigencia de respeto al plazo máximo de veinticuatro horas establecido por la ley para poner al detenido a disposición del juez que emitió la orden, toda vez que, en un país de las características geográficas del nuestro, el imputado puede ser detenido en un lugar tan distante al de asiento del tribunal que emitió la orden, que exista sencillamente imposibilidad física de ponerlo a su disposición en un plazo tan breve. Para resolver este tipo de situaciones, en derecho comparado suele establecerse como tribunal competente para recibir al detenido al juez más próximo al lugar de detención. Así, por ejemplo, en España, el tema es resuelto por el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ordenando que la entrega se haga al "juez más próximo al lugar en que se hubiere hecho la detención, con independencia de que resultara o no competente para conocer del proceso que tiene por objeto los hechos determinantes de la detención". [48](#) En Alemania, por su parte, la ley prevé que, en caso de no ser posible llevar al detenido en el tiempo debido ante el tribunal competente, debe ser conducido inmediatamente "ante el Juez Municipal más próximo". [49](#)

En nuestro país, la norma es clara en cuanto a que el tribunal a cuya presencia debe ser conducido el imputado es *el juez que hubiere expedido la orden* (art. 131 CPP ), lo que ha llevado a utilizar soluciones algo descabelladas para enfrentar el problema, tales como la aplicación directa -con prescindencia de la ley- de una supuesta norma constitucional que autorizaría a ampliar la detención hasta por cinco días. La verdad es que no existe disposición alguna, legal ni constitucional, que autorice la ampliación hasta por cinco días de la detención practicada por orden judicial. El art. 19 N° 7º letra c) inc. 2º CPR sólo autoriza la ampliación de la *detención ordenada por otra autoridad distinta del juez* , posibilidad que, como veremos, sólo subsiste actualmente respecto de los delitos terroristas.

Lo cierto es que el problema planteado no parece realmente existir al tenor literal de las

disposiciones legales involucradas. El art. 131 CPP no exige que el detenido esté materialmente en presencia del juez dentro del plazo de veinticuatro horas, sino que sea *conducido inmediatamente* a su presencia. La obligación de conducción inmediata se cumplirá, por cierto, en la medida en que la policía acredite que todos los actos posteriores al momento de la detención han estado dirigidos, sin solución de continuidad, a materializar dicha conducción inmediata, aunque transcurran más de veinticuatro horas entre el momento en que la detención se hizo efectiva y el momento en que el detenido sea puesto a disposición del juez. El plazo de veinticuatro horas establecido por el artículo 131 inc. 1º no está establecido para poner límites temporales al proceso de conducción inmediata, sino para fijar el plazo máximo de permanencia en el recinto policial o de detención cuando no fuere posible llevar al detenido a presencia del juez por no ser hora de despacho. [50](#) La solución aquí propuesta no disminuye en modo alguno la garantía de rodear a la detención de un mecanismo de control judicial pronto y oportuno, toda vez que el detenido conserva el derecho, durante todo el proceso de conducción hacia el tribunal que expidió la orden, de exigir un control judicial previo a través de la presentación de un recurso de amparo ante el juez de garantía más próximo (art. 95 CPP ).

## 3.5.2. Plazo de la detención ordenada por funcionarios públicos distintos del juez

El CPP no contiene una norma destinada a regular el plazo máximo de la detención ordenada por funcionarios públicos distintos del juez, lo cual se explica porque la posibilidad de detención por otras autoridades no existe en este cuerpo legal, sino que subsiste sólo en leyes especiales.

De esta manera, para la determinación de los plazos máximos habrá que estarse, en principio, a lo que establezcan dichas leyes especiales. En ausencia de norma expresa, correspondería aplicar por analogía la disposición del art. 131 inc. 1º CPP , que ordena la *conducción inmediata* del detenido a presencia del juez y establece un plazo máximo de permanencia en el recinto policial o de detención por un período no superior a las veinticuatro horas. Para llegar a esta conclusión hay que tener presente que, aunque el plazo máximo de la detención por otras autoridades previsto por el art. 19 Nº 7º letra c) CPR es de cuarenta y ocho horas, el CPP no reiteró la disposición de los arts. 270 bis y 272 bis inc. 1º CdPP de 1906, que reiteraba a nivel legal el plazo constitucional previsto para este caso. La historia legislativa del proyecto de CPP evidencia, por su parte, que la intención de la ley fue acortar el plazo de cuarenta y ocho horas establecido en la Constitución y uniformar todos los plazos de detención en veinticuatro horas. [51](#)

Con respecto a la posibilidad de ampliación del plazo de la detención, nuevamente habrá que estarse a si dicha posibilidad se contempla o no en leyes especiales. Así, por ejemplo, el [art. 11](#) de la [Ley Nº 18.314](#) que fija conductas terroristas y fija su penalidad, faculta al tribunal, por resolución fundada y siempre que las necesidades de la investigación lo requieran, para ampliar hasta por diez días el plazo para poner el detenido a su disposición. A falta de norma expresa en leyes especiales, nos parece que la posibilidad de ampliación de este plazo debe entenderse vedada. Lo anterior no obsta a que, una vez puesto el detenido a disposición del juez, éste pueda ampliar la detención hasta por tres días si concurren las circunstancias del art. 132 CPP .

### 3.5.3. Plazo de la detención sin orden judicial

En los casos de detención por delito flagrante, el plazo máximo establecido por la ley para poner al detenido a disposición del juez es de veinticuatro horas (art. 131 inc. 2º CPP ). Como hemos revisado al analizar el procedimiento aplicable a esta modalidad de detención, la misma norma prevé incluso la posibilidad de que, en forma previa al cumplimiento de ese plazo, el fiscal deje sin efecto la detención (arts. 134 inc. final CPP y 131 inc. 2º CPP ). <sup>52</sup> Para estos efectos se impone al agente policial que la hu-Page 387biere realizado o al encargado del recinto de detención el deber de informar de ella al ministerio público dentro de un plazo de doce horas.

## 3.6. Control de la detención

El control de las condiciones de la detención puede producirse básicamente por dos vías:

### 3.6.1. Audiencia de control de la detención

Con este nombre se ha denominado, en la práctica, a la primera audiencia judicial del detenido, que se celebra en el momento en que éste es puesto a disposición del juez que ordenó su detención (art. 132 CPP ). Se trata, como se observa, de la forma de control de la detención imputativa.

Esta audiencia constituye la oportunidad establecida por la ley para que el fiscal formalice la investigación. Lo cierto es, sin embargo, que la transformación de la audiencia de control de la detención en audiencia de formalización es siempre eventual, ya que el fiscal puede sencillamente no concurrir o, concurriendo, podría incluso negarse a formalizar la investigación. En efecto, aunque el artículo 132 CPP pareciera no admitir esta posibilidad, la oportunidad de la formalización de la investigación es una decisión que corresponde siempre al fiscal, conforme a lo dispuesto por el art. 230 CPP que le faculta para hacerlo cuando lo "considerare oportuno". Por otra parte, la detención puede haberse practicado sin que le haya precedido una solicitud del fiscal, como sucede con la detención en caso de flagrancia, de manera tal que debe reconocerse al fiscal la posibilidad de optar, derechamente, por no formalizar la investigación en esta audiencia.

La audiencia de control de la detención debiera iniciarse con la verificación, de oficio, por parte del juez de garantía, de que se ha dado cumplimiento al deber de información de derechos al detenido (art. 136 CPP ) y de que se han respetado las normas legales que establecen sus derechos y garantías, dejando constancia en los respectivos registros (art. 97 CPP ). Si el juez esti-Page 388mare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la [Constitución Política](#), en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, debe adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio (art. 10 CPP ).

En todo caso, debe tenerse en consideración que la audiencia de control de la detención es el momento del procedimiento a través del cual se pone necesariamente fin a la detención, toda vez que, si el fiscal desea prolongar la situación de privación de libertad, debe hacerlo, en principio, por la vía de solicitar y obtener la prisión preventiva del imputado. En el evento de que el tribunal deniegue la solicitud, el imputado debe ser puesto inmediatamente en libertad. La única excepción a lo anterior está constituida por la posibilidad de que el juez, accediendo a una solicitud del fiscal, disponga la ampliación del plazo de detención hasta por tres días. Esta ampliación sólo puede ser concedida cuando el fiscal no pudiere proceder directamente en la audiencia a formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares, por no contar con los antecedentes necesarios o por no encontrarse presente el defensor del imputado. En cualquier caso, el juez accederá a la ampliación del plazo de la detención sólo cuando estimare que los antecedentes justifican esta medida (art. 132 inc. 2º CPP ). El examen del juez debiera incluir, a nuestro modo de ver, un juicio de probabilidad acerca de la posibilidad de que se produzcan antecedentes que justifiquen una solicitud posterior de prisión preventiva y, por otra, la consideración de que la falta de dichos antecedentes en la audiencia de control no es imputable al ministerio público.

El art. 132 CPP prevé que si el fiscal no concurre a esta audiencia, su sola ausencia da lugar a la liberación del detenido. La misma consecuencia debiera producirse si, concurriendo, no formaliza la investigación o no solicita la prisión preventiva del detenido.

## 3.6.2. Amparo ante el juez de garantía

El amparo ante el juez de garantía es un derecho que se reconoce a toda persona privada de libertad para ser conducida sinPage 389 demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere, a objeto de que el juez ordene la libertad del afectado o adopte las medidas que fueren procedentes, según el caso (art. 95 CPP ).

A diferencia de la audiencia de control de la detención, el amparo puede ser solicitado ante cualquier juez de garantía y no sólo ante el juez que hubiere ordenado la detención o fuere competente conforme a las reglas generales.

# 4. La prisión preventiva

## 4.1. Concepto

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. [53](#)

Se trata de una medida cautelar personal de carácter excepcional, que sólo procede cuando las demás medidas cautelares previstas por la ley fueren insuficientes para asegurar las finalidades

---

del procedimiento (art. 139 inc. 2º CPP).

## 4.2. Fundamento

Hemos dicho ya, al analizar el fundamento de las medidas cautelares personales en general, que el derecho al juicio previo y, en particular, el principio de inocencia, aparece claramente en tensión con la posibilidad de privar a una persona de su libertad personal pendiente el procedimiento de persecución penal. <sup>54</sup> Esta tensión alcanza, sin duda, su punto más crítico en el debate en torno a la prisión preventiva, porque ella involucra una for-Page 390ma de afectación del derecho a la libertad personal (*encarcelamiento*) que no logra distinguirse de la que produce la pena privativa de libertad. En otras palabras, desde la perspectiva de la libertad ambulatoria del afectado, pareciera no existir ninguna diferencia entre la prisión preventiva y la prisión punitiva. <sup>55</sup>

En otras palabras, si la pena privativa de libertad, que constituye la sanción penal más generalizada en nuestro sistema, sólo puede ejecutarse después de haber sido impuesta por una sentencia judicial (derecho al juicio previo), y si el imputado debe ser considerado inocente en tanto no exista dicha sentencia condenatoria, lo que implica, por una parte, la carga para el Estado de probar la culpabilidad más allá de una duda razonable (principio de inocencia como regla de enjuiciamiento) y, por otra parte, la exigencia de tratarlo como inocente en tanto dicha sentencia no exista (principio de inocencia como regla de tratamiento del imputado), lo cierto es que la sola existencia de la posibilidad de encarcelamiento pendiente el juicio implica una contradicción que es difícil de justificar.

En doctrina, existen dos corrientes de signo opuesto que buscan resolver esta contradicción. La primera resuelve el problema en favor de la prisión preventiva, declarando el principio de inocencia como un absurdo conceptual. El representante más destacado de esta tendencia es, sin lugar a dudas, MANZINI, para quien no existe "nada más burdamente paradójico e irracional" que la presunción de inocencia. En sus palabras: "Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él?" (...) "Y además, ¿de qué inocencia se trata? ¿Se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o que no sea imputable moralmente de él?, ¿o lo uno y lo otro a la vez? Y Page 391 entonces, ¿por qué no se aplica el principio en todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no abolir la detención preventiva?". <sup>56</sup> Entre nosotros, FONTECILLA puede ser considerado un entusiasta partidario de esta corriente. <sup>57</sup> En las antípodas de esta tesis está FERRAJOLI, quien, casi 60 años más tarde, pretende responder la pregunta de MANZINI reafirmando la presunción de inocencia como fuente de absoluta ilegitimidad de la prisión preventiva. Sostiene FERRAJOLI: "Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las garantías penales y procesales". <sup>58</sup> La tesis de FERRAJOLI asume que no existe ningún fin que legitime la prisión preventiva y que, por lo tanto, ésta debiera abolirse. <sup>59</sup>

La mayoría de la doctrina procesal penal, sin embargo, ha evitado ubicarse en alguno de los

polos de este debate y ha centrado la discusión en el análisis de los fines de la prisión preventiva, entendiendo que la posibilidad de coexistencia entre este instituto y la presunción de inocencia está condicionada por los fines que se reconozcan al primero. En este contexto, se ha entendido que el derecho a la presunción de inocencia sería respetado en la misma medida en que la prisión preventiva estuviere fundada en el cumplimiento de finalidades distintas de aquellas perseguidas por la pena, esto es, finalidades de carácterPage 392 estrictamente procesal. En esta línea encontramos a BECCARIA , para quien "siendo una especie de pena, la privación de libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga". Por lo tanto, la custodia preventiva "no puede ser más que la necesaria para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos". <sup>60</sup> Para CARRARA , en cambio, la prisión preventiva está legitimada "para interrogar al reo y obtener de viva voz suya todos los esclarecimientos que la instrucción puede necesitar", tras lo cual su prolongación podría justificarse por las siguientes necesidades: "1º, necesidad de *justicia*: para impedir la fuga del reo; 2º, necesidad de *verdad*: para impedirle enturbiar las investigaciones de la autoridad, destruir los vestigios del delito, intimidar a los testigos; 3º, necesidad de *defensa pública*: para impedir a ciertos facinerosos que continúen, mientras dure el proceso, en sus ataques al derecho ajeno". <sup>61</sup> Como se observa, entonces, en esta última variante la prisión preventiva ya no sólo sirve a finalidades procesales (peligro de fuga, peligro de ocultación de pruebas), sino que desborda los límites cautelares de la medida, constituyéndose en un instrumento de prevención y de defensa social tendiente a evitar la comisión de delitos futuros por parte del imputado (peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido).

La forma en que los estados resuelven la contradicción entre presunción de inocencia y prisión preventiva está en directa relación con los grados de libertad individual que se reconocen en una determinada sociedad. La solución que el derecho chileno ha dado a este conflicto se expresa normativamente en una suma de principios y reglas no siempre consistentes, cuyo contenido estudiaremos a continuación.

## 4.3. El problema de la regulación constitucional

La regulación constitucional de la prisión preventiva en la CPR de 1980 obedece, propiamente, a la de un sistema inquisitivoPage 393 donde la tensión entre pretensión punitiva y libertad personal se resuelve claramente en favor de la primera. Consistente con el esquema del CdPP de 1906, que establecía la prisión preventiva como consecuencia automática del auto de procesamiento (arts. 276 y 277 CdPP ) y concebía a la situación de libertad como una excepción condicionada y por lo tanto "provisional" a la situación de privación de libertad (arts. 356 y ss. CdPP ), la CPR no afirma el carácter excepcional de la prisión preventiva, sino que pretende elevar al rango de garantía constitucional su modo de *suspensión*, esto es, la *libertad provisional*.<sup>62</sup>

De este modo, nuestra CPR reza textualmente:

**Art. 19** CPR : La *Constitución* asegura a todas las personas: 7. 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, <sup>63</sup> 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.*

A la fecha de entrada en vigencia de la CPR , una definición de este tipo en materia de prisión preventiva resultaba del todoPage 394 consistente con las disposiciones legales vigentes y no parecía contradecir ninguna obligación del Estado en materia internacional. Sin embargo, esta situación cambia radicalmente el 29 de abril de 1989, fecha de publicación del decreto promulgatorio del PIDCP , <sup>64</sup> que ordena que las disposiciones de ese Pacto Internacional se cumplan y lleven a efecto en todas sus partes como Ley de la República.

En efecto, el PIDCP establece, en materia de prisión preventiva, lo siguiente:

*Art. 9 PIDCP : 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. (...) 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 otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo .*

Como se aprecia entonces, a simple vista, la coexistencia entre la CPR y el PIDCP , como ley de la República, materializaba una contradicción, tanto en lo que se refiere al ámbito de aplicación del instituto (prisión preventiva como regla general en la CPR y como excepción en el PIDCP ), como en consideración a los fines que los diferentes instrumentos consideraban legítimos como fundamentación de la prisión preventiva (éxito de la investigación y peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido, en la CPR ; aseguramiento de la comparecencia del acusado por insuficiencia de garantías, en el PIDCP ).

La situación se habría de agravar con la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, que modificó el inciso 2º del art. 5º de la CPR , que a partir de entonces reza:

Page 395

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.

Se trata, como se ve, de una norma que impone la incorporación al derecho interno, con rango constitucional, de las declaraciones de derechos incorporadas en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, lo que importa, a partir de entonces, la existencia de una contradicción entre normas del mismo rango. <sup>65</sup>

Posteriormente, con fecha 5 de enero de 1991, fue publicado en el Diario Oficial el [Decreto N° 873](#), del Ministerio de Relaciones Exteriores, que mandó cumplir, previa aprobación del Congreso Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica". Esta convención, reiterando los principios consagrados en el PIDCP, establece en la materia:

*Artículo 7 CADH : 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. (...) 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 perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio .*

Como se observa, entonces, a la fecha en que se empieza a discutir un nuevo proyecto de [Código Procesal Penal](#) para nuestro país, el sistema adolecía ya de una seria inconsistencia entre las finalidades legitimantes de la prisión preventiva reconocidas Page 396 en los tratados internacionales ratificados por Chile (asegurar la comparecencia del imputado ante la insuficiencia de garantías de dicha comparecencia) y las contenidas en la CPR (necesidad para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad).

Aunque el proyecto de CPP aparecía llamado a resolver esta contradicción, en particular teniendo presente que el mensaje presidencial que lo acompañó sostuvo que la CPR, el PIDCP y la CADH eran "los documentos que otorgan los parámetros básicos usados para el diseño del proyecto", <sup>66</sup> lo cierto es que éste en definitiva las acentuó. En efecto, el CPP parece someterse en parte a las convenciones internacionales y en parte a la CPR, creando un régimen que no satisface íntegramente los presupuestos de ninguno de estos instrumentos. En efecto, en la medida en que el CPP reconoce a la libertad ambulatoria su carácter general y restituye a la prisión preventiva su excepcionalidad (art. 139 CPP), reforzando esta última con la creación de medidas cautelares de aplicación preferente (art. 155 CPP), resulta evidente que su régimen se aproxima al del PIDCP y de la CADH, con lo que torna obsoletas las referencias constitucionales a la institución de la *libertad provisional* (que desaparece en el nivel legislativo) y a las *investigaciones del sumario* (que son reemplazadas por una etapa de investigación preliminar a cargo del ministerio público, y sometida al control de un juez de garantía). Curiosamente, sin embargo, cuando el CPP se enfrenta a la necesidad de superar la mayor fuente de sus contradicciones, que está dada por el reconocimiento legal de finalidades no admitidas en las convenciones internacionales como legitimantes de la prisión preventiva, el CPP cede a favor de la CPR, reproduciendo en su art. 140 CPP los mismos objetivos que la CPR consideraba legítimos para denegar la libertad provisional (necesidad para el éxito de la investigación, peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido).

De esta manera, tanto en la perspectiva del actual tenor de la CPR como en la de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, el actual tratamiento legislativo de la prisión preventiva se enfrenta a un serio problemaPage 397 de constitucionalidad, toda vez que autoriza la prisión preventiva sobre la base de finalidades que no están reconocidas por los tratados internacionales vigentes en Chile, y que sólo encuentran sustento en disposiciones de la CPR que se encuentran obsoletas, ya que su operatividad depende de instituciones inexistentes en el contexto del nuevo sistema procesal penal chileno.

## 4.4. Casos de improcedencia de la prisión preventiva

Decíamos anteriormente que el principio de proporcionalidad, aplicable en general a todas las medidas cautelares personales, exige que las medidas que se adopten estén en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga. [67](#)

Tuvimos ya ocasión de estudiar una primera aplicación de este principio al señalar que los casos de procedencia de la citación determinan que quede excluida la posibilidad de ordenar medidas cautelares personales que afecten más intensamente la libertad del imputado, tales como la detención o la prisión preventiva (art. 124 CPP ). [68](#)

El mismo principio de proporcionalidad, unido al carácter excepcional de la prisión preventiva, ha llevado a la ley a establecer ciertos casos de improcedencia absoluta de esta última, por aparecer "desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable" (art. 141 CPP ). Se trata de casos de delitos de menor gravedad establecidos en el art. 141 inc. 2º CPP . Esta disposición señala, en lo pertinente:

No procederá la prisión preventiva:

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

Page 398

- b. Cuando se tratare de un delito de acción privada, y
- c. Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.

Analizamos ya, que la hipótesis de la letra a) de esta norma no constituye más que una reiteración de la norma del art. 124 CPP , que excluye la posibilidad de prisión preventiva por tratarse de casos que sólo hacen procedente la citación. Analizamos, asimismo, las razones por las cuales esta reiteración era innecesaria y problemática. [69](#)

Ahora bien, el artículo 141 inc. 3º CPP dispone que, no obstante la improcedencia de la prisión preventiva, el imputado debe permanecer en el lugar del juicio hasta su término, presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los artículos 33 y 123, referidos a la citación judicial. La obligación del imputado de permanecer en el lugar del juicio debe interpretarse, como es lógico, en relación con el art. 285 CPP , que impone al acusado el deber de estar presente durante la *audiencia de juicio oral* y no como una restricción general de la libertad ambulatoria mientras se encuentre pendiente la investigación. Debe recordarse al efecto que la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal, constituye una medida cautelar general que debe ser específicamente decretada en contra del imputado cuando se cumplan los requisitos del caso, de conformidad con lo dispuesto por el art. 155 inc. 1º letra d) CPP .

La improcedencia de la prisión preventiva en los casos del art. 141 CPP deviene relativa en su inciso 4º, conforme al cual el tribunal puede, no obstante, llegar a decretar la prisión preventiva cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el párrafo 6º de este Título o cuando el tribunal considere que el imputado pudiere incumplir lo establecido en el inciso precedente, o cuando no hubiere asistido a la audiencia del juicio oral. En primer lugar, debe tenerse presente que esta disposición sólo se aplica a las hipótesis de las letras b) y c) del art. 141 inc. 2º CPP , ya que para los casos de la letra a) sólo cabe el arresto por falta de comparecencia, conforme a lo previsto por el art. 124 CPP , que impone la exclusión absoluta de la prisión preventiva. <sup>70</sup> En segundo lugar, resulta claro que la prisión preventiva decretada en estas circunstancias sólo habilita para dictar la medida con el objeto de asegurar la comparecencia para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación. Esto significa que, en estos casos, sería absolutamente improcedente pretender incorporar criterios de peligrosidad como fundamento de la medida, y que ésta debe cesar, inmediatamente, tan pronto la actuación que requiere la presencia del imputado se haya ejecutado. <sup>71</sup>

La ley establece una hipótesis adicional de improcedencia de la prisión preventiva en el art. 141 inc. final CPP , al señalar que ésta no procederá respecto del imputado que se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. La disposición alude a una situación en que la improcedencia de la medida no obedece a razones de proporcionalidad, sino de instrumentalidad, ya que es evidente que, en tal caso, cualquier fin cautelar que pudiera perseguirse mediante la prisión preventiva se encuentra desde luego cumplido por la pena privativa de libertad en actual ejecución. Consecuentemente con lo anterior, la posibilidad de decretar la prisión preventiva se activa cuando la pena privativa de libertad fuere a cesar su cumplimiento efectivo (art. 141 inc. final CPP ).

Por último, puede considerarse también como una hipótesis adicional de improcedencia de la prisión preventiva, la situación prevista por el art. 464 CPP , que ordena la *internación provisional* del imputado en un establecimiento asistencial cuando, concurriendo los requisitos del art. 140 y no estando excluida la prisión preventiva por las hipótesis del art. 141 CPP , exista un informe psiquiátrico practicado al imputado que señale que éste sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que

hicieren temer que atentará contra sí o contra otras personas. La *internación provisional* puede también ser considerada como una medida cautelar personal alternativa aplicable a los enajenados mentales. Opera siempre a petición de parte (art. 464 CPP ).

## 4.5. Los requisitos de la prisión preventiva en Chile

Los requisitos generales de la prisión preventiva en Chile pueden estudiarse en relación con los requisitos de toda medida cautelar personal, que son los siguientes:

### 4.5.1. Fumus boni iuris (apariciencia de buen derecho)

La exigencia de *fumus boni iuris* establecida para la prisión preventiva comprende la obligación del solicitante de "acreditar" (art. 140 inc. 1º, letras a) y b) CPP ):

- a. Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; y
- b. que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

Como se observa, el CPP optó por mantener en esta materia los mismos requisitos que el sistema inquisitivo imponía para la dictación del *auto de procesamiento*, conforme a lo previsto por el art. 274 CdPP de 1906.

La reiteración de la regla conforme a la cual deben existir antecedentes que "justificaren la existencia del *delito* que se investigare" genera dos problemas:

El primero consiste en definir cuál es el estándar de convicción que se exige al tribunal en torno a la existencia del delito. Siguiendo a MAIER , quien afirma que el juez puede estar, en el momento de apreciar los elementos de prueba, en un estado de *duda, probabilidad o certeza*,<sup>72</sup> la pregunta que se plantea es si el estándar de la legislación chilena en materia de existencia del delito se satisface con la *probabilidad* o exige la *certeza*. La pregunta es relevante porque si bien se acepta generalmente que, en este punto, el estándar requerido consiste en un mero juicio de probabilidad,<sup>73</sup> la redacción de la norma positiva chilena permite sostener lo contrario en cuanto contrapone la expresión "antecedentes que justificaren la existencia del delito", a nivel de hecho punible, con la expresión "antecedentes que permitieren presumir fundadamente", a nivel de participación, dando a entender así que el juicio de probabilidad propio del segundo elemento no sería suficiente para satisfacer el primero.

El segundo problema de la regla consiste en la interpretación de la voz "delito" que revalida la ya larga discusión en torno a si con ella se está aludiendo exclusivamente al elemento *tipicidad* o si el juez debe también verificar, en dicho estado de la investigación, que concurran sus

demás elementos, esto es, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*.<sup>74</sup> Esta discusión había perdido gran parte de su relevancia en Chile a partir de la incorporación del art. 279 bis del CdPP mediante la Ley N° 18.857 de 6 de diciembre de 1989, que permitía al juez "no someter a proceso al inculpado y disponer su libertad aunque aparezcan reunidos los antecedentes para procesarlo", cuando hubiere adquirido la convicción de que con los antecedentes acumulados en la investigación se encontraba establecido alguno de los motivos quePage 402 daban lugar al sobreseimiento definitivo previstos en los artículos 4° a 7° del art. 408 del CdPP . Como por la vía del numeral 4° del art. 408 se incorporaban todas las eximentes de responsabilidad del art. 10 del Código Penal, resultaban claramente incorporados al juicio valorativo del juez los elementos de antijuridicidad y culpabilidad, con prescindencia de la interpretación que se hiciera de la voz *delito* , contenida en el art. 274 inc. 1° N° 1° del CdPP . Sin embargo, teniendo en consideración que el CPP no contiene una norma similar al art. 279 bis del CdPP , y que la disponibilidad de antecedentes que justifiquen la existencia del delito constituye ahora uno de los requisitos para decretar *la prisión preventiva* , la discusión en torno a los alcances de la voz *delito* en el art. 140 CPP pareciera retrotraerse al estado anterior al año 1989.

Entre las opiniones más frecuentemente citadas a favor de la identificación de la voz *delito* con el elemento tipicidad se encuentra la de JIMENEZ DE ASUA , para quien, durante la instrucción, "el juez instructor debe abstenerse, en general, del juicio valorativo sobre la antijuridicidad, y en principio, del juicio de culpabilidad, porque su función es cognoscitiva".<sup>75</sup> JIMENEZ DE ASUA fundamenta su opinión en el hecho de que el juez de instrucción "*no valora, no hace juicio, no enjuicia. Sencillamente porque no juzga. En cuanto aparece la necesidad de valorar, aunque sea elementalmente, la Ley remite la tarea, al Tribunal de sentencia, y si alguna de las acusaciones exige plenitud de garantías para valorar, para hacer el juicio, el juicio oral se abre*".<sup>76</sup> JIMENEZ DE ASUA sólo acepta que el juez vaya más allá de la función cognoscitiva en los que él denomina *tipos anormales*, "en que a más de elementos *puramente descriptivos, hay elementos normativos y subjetivos*".<sup>77</sup> En nuestro medio, esta misma tesis fue defendida por DanielPage 403 SCHWEITZER en el Segundo Congreso Latino Americano de Criminología celebrado en Chile en enero de 1941, y luego seguida por FONTECILLA , quien escribió: "Siendo, pues, la primera función que incumbe al juez, antes de juzgar, la justificación del tipo, es obvio que para declarar reo debe abstenerse de hacer apreciaciones valorativas atinentes a la antijuridicidad y culpabilidad, salvo cuando esté en presencia de los elementos subjetivos o normativos enraizados al tipo, pues, en estos casos, esas valoraciones quedan comprendidas dentro del tipo mismo, y, por lo tanto, deben establecerse. Un análisis anticipado de la antijuridicidad o de la culpabilidad en el auto de reo importaría prejuzgar y resolver desde luego el juicio criminal, lo que es contrario a nuestra técnica procesal".<sup>78</sup> La tesis aquí planteada fue en su momento aceptada con gran generalidad por la doctrina nacional.<sup>79</sup>

Los argumentos más representativos de la tesis contraria fueron expuestos en su momento por CLARIA OLMEDO ,<sup>80</sup> para quien "el procesamiento debe ser conceptuado como un juicio provisional acerca de la posible culpabilidad o merecimiento de pena por parte del imputado, con respecto a un hecho penalmente relevante verificado en concreto, y apoyado en un conocimiento probable ante la existencia de elementos suficientes de convicción para dar paso a una acusación".<sup>81</sup> Sobre esta base, considera que "se trata, pues, de un mérito más estricto que los anteriores en el avance de la instrucción, por cuanto capta todos los elementos integrantes de lo que se considera como imputación jurídica delictiva. La exclusión de alguno de

ellos haría imposible poner a cargo del imputado un delito, a los fines que responda penalmente por él. Esto conduce a valorar, a más de Page 404 la tipicidad y participación que fueron suficientes para el llamado a indagatoria, la presencia o ausencia de otras circunstancias que excluyan la acción, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, o que eximan de pena". <sup>82</sup> En el mismo sentido, VELEZ MARICONDE ha dicho que "no cabe suponer que el instructor realice una valoración 'parcelada del hecho que juzga', 'seccionando la acción en segmentos estancos' y colocando *sucesivamente* lentes distintos a sus catalejos. Con uno solo observa, simultáneamente, todos los elementos que integran la infracción penal, sin pretender seccionarla en partes independientes, pero dirigiendo su visual a toda la superficie que la constituye". <sup>83</sup>

Si bien es cierto los argumentos expuestos en su momento para sostener una correcta interpretación de la voz *delito* sigue siendo pertinente en cuanto el CPP plantea el mismo problema, debe tenerse presente que dicha discusión se dio en el contexto de la incorporación de esa voz como requisito del auto de procesamiento propio de un procedimiento inquisitivo, lo que constituye un marco de referencia completamente distinto del actual, en que la misma voz juega como requisito de una medida cautelar de prisión preventiva, sobre la cual ha de pronunciarse un juez que no tiene a su cargo la instrucción sino la tutela de garantías. En estas circunstancias, constituiría a nuestro juicio un serio error pretender resolver el problema que nos plantea actualmente el art. 140 inc. 1º letra a) CPP con los argumentos desarrollados para resolver el problema que anteriormente planteaba el art. 274 inc. 1º Nº 1º CdPP .

En un sistema acusatorio formal que no pone la instrucción a cargo del juez sino de un órgano autónomo como es el ministerio público, no existe razón alguna para privar al juez de garantía (juez de control, en definitiva), del desempeño de funciones valorativas durante el desarrollo de la investigación. Por el contrario, desde el momento en que la función esencial que define a dicho juez consiste en la tutela de garantías de los intervinientes, debe admitirse que la función valorativa es propia de su desempeño, ya que sin ella sería imposible compren-Page 405der, por ejemplo, su papel en la autorización de medidas intrusivas, en la adopción de medidas cautelares o en la exclusión de pruebas. Al resolver la prisión preventiva de una persona, el juez de garantía cumple, sin duda, con una función propiamente valorativa. Esto es a tal extremo evidente, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que constituye una infracción a la garantía del juez imparcial el hecho de que el juez de instrucción que ha despachado una orden de detención preventiva en contra del imputado forme parte posteriormente del tribunal de primera instancia que conoce el juicio y dicta sentencia en su contra. <sup>84</sup> Por otra parte, si el rol fundamental del juez de garantía consiste en tutelar las garantías de los intervinientes, resulta evidente que la exigencia de acreditar todos los elementos del delito y no sólo la tipicidad cautela de mejor manera las garantías del imputado contra el cual se pretende la medida de prisión preventiva. <sup>85</sup> Finalmente, debe considerarse que la voz *delito*, utilizada por el artículo 140 CPP , constituye una palabra definida expresamente por el legislador en el artículo 1º del Código Penal, razón por la cual debe dársele su significado legal, al tenor de lo prescrito por el [artículo 20 del Código Civil](#). Más aun, una interpretación que propiciara la identificación de la voz *delito* exclusivamente con el elemento tipicidad, constituiría a nuestro modo de ver una forma de interpretación extensiva de una disposición del CPP que autoriza la restricción de la libertad del imputado, lo que está explícitamente prohibido por el art. 5º inc. 2º CPP .

La interpretación del término delito en su sentido técnico no constituye, como erróneamente se ha sostenido, la defensaPage 406 de una forma de prejuzgamiento. <sup>86</sup> Al juicio valorativo emitido por el juez de control de la instrucción en orden a estimar acreditada la existencia del delito, no puede reconocérsele valor en la sentencia por la sencilla razón de que es un juicio valorativo que proviene de un tribunal diverso de aquel ante el cual se desarrollará el juicio, y que se funda en los antecedentes de la investigación preparatoria, todos los cuales son esencialmente inadmisibles como prueba durante el juicio oral, ya que no han sido sometidos al debate contradictorio que legitima formalmente su consideración en el momento de decisión del conflicto. <sup>87</sup> De esta manera, la valoración del juez de garantía proviene de una autoridad judicial distinta y tiene por base antecedentes diversos de la prueba efectivamente producida ante el tribunal del juicio oral, lo que naturalmente impide reconocer valor alguno como prejuzgamiento a la resolución que decreta la prisión preventiva. <sup>88</sup>

Por el contrario, la exigencia de que se encuentre acreditada la existencia de delito constituye una garantía integrante del *fumus boni iuris* sin el cual no procede adoptar medidas cautelares de ninguna especie.

En lo que se refiere al segundo requisito establecido por el art. 140 CPP , en orden a que existan antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, resulta evidente que la discusión existente al tenor del antiguo sistema, en orden a si dichas presunciones debían o no reunir los requisitos del art. 488 del CdPP de 1906, ha quedado completamente fuera de lugar en el contexto del nuevo sistema procesal penal,Page 407 que no opera sobre los parámetros de un sistema de prueba legal o tasada y no contiene, por tanto, normas de valoración de la prueba. Las *presunciones fundadas* del art. 140 CPP no pueden ser consideradas, entonces, como referencias a un medio de prueba legal, sino como un estándar de convicción que no está llamado a ser definido, sino sólo a ser ubicado en un lugar intermedio entre la duda y la convicción. Se trata, en otras palabras, de requerir del juez la formulación de un *juicio de probabilidad* acerca de la participación del imputado. <sup>89</sup>

## 4.5.2. Periculum in mora (peligro de retardo)

La exigencia de *fumus boni iuris* establecida para la prisión preventiva, comprende la obligación del solicitante de "acreditar": (art. 140 inc. 1º letra c) CPP ).

"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" (art. 140 inc. 1º letra c) CPP ).

La exigencia de *periculum in mora* , requisito general de toda medida cautelar personal, tiene, en materia de prisión preventiva, un carácter particularmente conflictivo, ya que dice relación directa con los fines de la prisión preventiva como institución, respecto de los cuales no existe ningún consenso en derecho comparado.

El problema, sin embargo, se presenta con particular fuerza en nuestro país, ya que -como

hemos dicho- los fines reconocidos a nivel legal no resultan del todo consistentes con los establecidos por la CPR , los que, a su vez, parecen estar en abierta contradicción con los principios emanados de las declaraciones sobre derechos humanos ratificadas por Chile y que se encuentran vigentes. <sup>90</sup>

Estudiaremos estos fines en orden de complejidad.

Page 408

## 4.5.2.1. El peligro de obstaculización de la investigación

El peligro de obstaculización de la investigación ha sido generalmente considerado como una finalidad justificadora de la prisión preventiva compatible con el respeto del principio de inocencia. <sup>91</sup> Si se acepta que uno de los fines del procedimiento penal es el correcto establecimiento de la verdad, parece evidente que una conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas entorpece el cumplimiento de dicha finalidad en grado tal que justificaría la naturaleza cautelar de la medida. Aunque el reconocimiento de esta finalidad no aparece explícito en la CADH ni en el PIDCP , lo cierto es que la Corte IDH , aplicando el art. 7º de la Convención, ha considerado como legítimas las restricciones de libertad del imputado tendientes a "asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones". <sup>92</sup> En la CPR , por su parte, la finalidad aparece, en principio, cubierta por la posibilidad de restringir la libertad cuando la prisión preventiva sea considerada por el juez como *necesaria para las investigaciones del sumario*.

En el CPP , el peligro de obstaculización de la investigación, como finalidad justificadora de la prisión preventiva, encuentra reconocimiento en el art. 141, inc. 1º letra c) CPP , que autoriza al tribunal para decretarla cuando se acredite "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...*". El inciso siguiente precisa que "se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente".

Con respecto a esta norma, debe tenerse presente su carácter claramente excepcional. La exigencia de "acreditar" quePage 409 "existen antecedentes calificados" para considerar a la prisión preventiva "indispensable" para el éxito de diligencias "precisas y determinadas de la investigación", y el criterio de que estos dos últimos caracteres sólo se cumplen cuando existiere "sospecha grave y fundada" de obstaculización de la investigación, deja en evidencia que no será suficiente la mera aserción del ministerio público en este sentido, ni la simple posibilidad de que la investigación se obstaculice. Adicionalmente, parece claro que una justificación de este tipo para la prisión preventiva sólo podría permitir que ésta se decretara por un lapso muy breve, esto es, el estrictamente necesario para obtener aquellos antecedentes probatorios que

estuvieren en riesgo de alteración.

## 4.5.2.2. El peligro de fuga

La consideración del peligro de fuga como una finalidad legitimadora de la prisión preventiva supone, en términos positivos, entender que ésta tiende a asegurar la comparecencia del imputado para permitir el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal. <sup>93</sup> En otros términos, la finalidad que se persigue es "mantener la presencia del imputado en el proceso declarativo y asegurar su presencia a los efectos de la ejecución de la pena que en su caso se dictara". <sup>94</sup> Se trata de una finalidad generalmente aceptada por el pensamiento liberal clásico, <sup>95</sup> y consagrada con bastante generalidad en los países europeos. Según ROXIN, es el motivo invocado por más del 80% de las órdenes de prisión que se despachan en Alemania. <sup>96</sup>

En la CADH y en el PIDCP, la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado no está consagrada como un fundamento legítimo de la prisión preventiva sino sólo del otorgamiento de *garantías*, a las cuales puede quedar subordinada la libertad del imputado mientras se encuentre pendiente el proceso (arts. 9.3 Page 410 PIDCP y 7.5 CADH). En el CPP chileno, por su parte, la finalidad de *asegurar la comparecencia del imputado* no constituye un fundamento general de la prisión preventiva, sino exclusivamente de las medidas cautelares generales, conforme a lo dispuesto por el art. 155 CPP. No obstante lo anterior, parece evidente que se trata de una finalidad que está implícitamente considerada en los casos en que la prisión preventiva se impone como consecuencia del incumplimiento de la obligación de comparecencia impuesta al imputado.

En efecto, la asociación entre ambas nociones (aseguramiento de la comparecencia y peligro de fuga) puede elaborarse ya a partir del sistema interamericano de derechos humanos. Aunque el art. 7.5 de la CADH establece que toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable "o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso", la Corte IDH ha entendido que la frase siguiente: "Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio", importa una autorización para restringir la libertad del detenido dentro de los límites estrictamente necesarios para asegurar que éste "no eludirá la acción de la justicia". <sup>97</sup> En la CPR, el peligro de fuga podría entenderse incorporado dentro de aquellas circunstancias que convierten a la prisión preventiva en "necesaria para las investigaciones del sumario" (art. 19 N° 7° letra e) CPR).

Las normas del CPP no elevan el peligro de fuga a la categoría de justificación general de la prisión preventiva. Aunque una primera lectura del art. 140 CPP podría llevar a entender esta finalidad incluida como circunstancia que permite considerar a la prisión preventiva como "indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación" (art. 140 inc. 1° letra c) CPP), el inciso siguiente explicita que esta justificación sólo alcanza para cubrir el peligro de obstaculización de 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".

Curiosamente, sin embargo, es una norma secundaria relativa a la posibilidad de reemplazo de la prisión preventiva la que da pábulo para entender comprendido el peligro de fuga dentro de las finalidades de la prisión preventiva previstas por nuestro ordenamiento. Dice el art. 146 que "cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará".

En el CPP chileno, la posibilidad de imponer la prisión preventiva "para garantizar la comparecencia del imputado al juicio" aparece vinculada a dos disposiciones legales:

- 1º. ) La que faculta al tribunal para detener o someter a prisión preventiva al imputado que no compareciere injustificadamente habiendo sido previamente citado para llevar a cabo una actuación ante el tribunal (art. 33 inc. 3º CPP );
- 2º. ) La que permite decretar la prisión preventiva aun en casos de improcedencia general de dicha medida cuando el imputado:
  - a. Incumpliere el deber de permanecer en el lugar del juicio hasta su término, o de presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los artículos 33 y 123 (art. 141 inc. 4º CPP );
  - b. Incumpliere alguna de las medidas cautelares generales del párrafo 6º, título V del Libro I CPP , en el entendido de que tal medida haya sido dictada con el objeto de asegurar su comparecencia (art. 141 inc. 4º CPP ), [98](#) o
  - c. No hubiere asistido a la audiencia del juicio oral (art. 141 inc. 4º CPP ). [99](#)

Como se aprecia, entonces, en nuestro sistema no existe el peligro de fuga ni la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado como una justificación general de la prisión preventiva, sino sólo como una justificación implícita, que requiere previamente la incomparecencia del imputado a algún acto del procedimiento al que haya sido debidamente citado. [100](#) Más aún, cabe agregar que, incluso en estos casos, la incomparecencia no es, por sí misma, una razón suficiente, toda vez que el art. 139 inc. 2º CPP sólo admite la procedencia de la prisión preventiva cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para satisfacer los fines del procedimiento, y debe recordarse que medidas cautelares de aplicación preferente (las medidas cautelares generales del art. 155 CPP y la detención del art. 127 inc. 2º CPP ) tienen entre sus justificaciones principales el aseguramiento de la comparecencia del imputado. Así lo confirma, por otra parte, el carácter mayoritariamente facultativo que tiene, para el tribunal, la imposición de la prisión preventiva por incomparecencia. La consideración conjunta de todas estas disposiciones implica, a nuestro juicio, que el tribunal sólo debiera decretar la prisión preventiva cuando la incomparecencia esté calificada por la evidencia de que, a través de ella, se procura eludir la acción de la justicia, lo que constituye, en su esencia, el peligro de fuga que la prisión preventiva procura evitar.

Pero incluso en estos casos, cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado, la ley faculta al tribunal para autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente (art. 146 CPP ). Esta norma concreta, en el derecho interno, las garantías establecidas en el art. 9.3 del PIDCP y art. 7.5 de la CADH , que

sólo autorizan a subordinar la libertad del imputado a garantías que aseguren su comparecencia, dejando en evidencia que la prisión preventiva por esta causal sólo puede operar de manera excepcionalísima. En todo caso, cuando ella se decretara, debe considerarse que, en todas las hipótesis anteriormente mencionadas, tendrá por exclusivo objeto asegurar la comparecencia a la actuación respectiva, por lo que debe cesar inmediatamente después que la actuación se haya realizado.

Page 413

### 4.5.2.3. El peligro para la seguridad de la sociedad

El peligro para la seguridad de la sociedad ha sido considerado como un fundamento para la prisión preventiva, no ya para satisfacer fines procesales, sino propiamente penales. Se trata, como recuerda críticamente FERRAJOLI , de un criterio que promueve la utilización de la prisión preventiva como "instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos" <sup>101</sup> Como afirma el mismo FERRAJOLI , "es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida 'procesal', o 'cautelar', y, en consecuencia, 'no penal', en lugar de una ilegítima *pena sin juicio* ". <sup>102</sup>

El peligro para la seguridad de la sociedad es, sin lugar a dudas, la justificación más problemática para la prisión preventiva, porque resulta evidente que, en este caso, deja de ser una medida cautelar para convertirse en un instrumento de control social, lo que claramente pone en crisis su legitimidad. Aunque en Chile aparece todavía reconocida constitucionalmente en el art. 19 N° 7° letra e) CPR , que autorizaba al juez del antiguo sistema para denegar la "libertad provisional" cuando considerara a la prisión preventiva como necesaria para "la seguridad de la sociedad", lo cierto es que se trata de una norma cuya vigencia es discutible, habida consideración que la "libertad provisional", como instituto, ha dejado de existir legalmente en el sistema procesal penal de la reforma. Más aún, cualquiera sea la posición que se adopte en cuanto a la vigencia de la disposición constitucional en cuestión, lo cierto es que el "peligro para la seguridad de la sociedad" no está reconocido como una finalidad legítima de la prisión preventiva por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile. En efecto, el art. 7.5 de la CADH sólo autoriza a condicionar la libertad del Page 414 imputado "a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" y el art. 9.3 del PIDCP , por su parte, sólo permite subordinar la libertad a " *garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*". Si tenemos en consideración que ambas disposiciones tienen rango constitucional, y que su entrada en vigencia en Chile es posterior a la de la CPR , no cabría sino concluir que la disposición del art. 19 N° 7° letra e) CPR se encuentra tácitamente derogada. No obstante lo anterior, la reforma procesal penal chilena claramente no entendió el problema de este modo, ni enfrentó de manera alguna la contradicción existente. Así, aunque el mensaje del

proyecto de CPP declaró a los tratados sobre derechos humanos como fuente del mismo, y explicitó que uno de los objetivos centrales del nuevo sistema era ajustar nuestro ordenamiento interno para cumplir los compromisos del Estado ante la comunidad internacional, lo cierto es que el tratamiento de la prisión preventiva en el CPP siguió de cerca la disposición constitucional que el mismo Código estaba dejando obsoleta, distanciándose abiertamente del estrecho ámbito en que dichos tratados toleran la prisión preventiva.

Así, el artículo 140 inc. 1º letra c) faculta al tribunal para decretar la prisión preventiva cuando el solicitante acredite que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la libertad del imputado es *peligrosa para la seguridad de la sociedad* ... Por su parte, el inciso 3º del mismo artículo entrega al juez criterios para establecer la existencia de la causal:

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que traten, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Page 415

La interpretación que debe darse al concepto de "peligro para la seguridad de la sociedad" al tenor de esta norma, resulta claramente discutible, toda vez que los criterios orientadores entregados por la ley pueden ser leídos como presunciones legales de la existencia de "peligro de fuga", lo que permitiría elaborar un argumento en orden a que nuestra ley haría equivalente la noción de "peligro para la seguridad de la sociedad" con la noción de "peligro de fuga", y no admitiría la prisión preventiva como un mecanismo de defensa social ante el "peligro de reincidencia". El argumento, ha sido expuesto, entre nosotros, por MARIN , quien sostiene que los criterios orientadores entregados por la ley aparecen asociados a situaciones en que la pena probable es muy alta, lo que haría presumible la intención de eludir la acción de la justicia. Esto evidenciaría que cuando el CPP reconoce el peligro para la seguridad de la sociedad como fundamento de la prisión preventiva, no estaría sino refiriéndose al peligro de fuga, con lo que ambas nociones debieran estimarse como equivalentes. <sup>103</sup> Obviamente, un argumento en esta línea reclama una aplicación más restrictiva que la que nuestros tribunales hacen cotidianamente de la prisión preventiva y resulta, por supuesto, más consistente con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

El mérito de este argumento es indudable, en cuanto pretende solucionar, por vía interpretativa, una seria inconsistencia de nuestro ordenamiento jurídico que, entendido de otro modo, autoriza la privación de libertad sobre la base de criterios de defensa social que nos parecen inaceptables. Sin embargo, se trata de un esfuerzo interpretativo que no resulta convincente, porque no logra desvirtuar toda la fuerza que, en nuestra cultura jurídica, tiene la noción de "peligro para la seguridad de la sociedad", como equivalente de "peligro de reincidencia". Si bien es cierto que los criterios orientadores del art. 140 CPP pueden ser leídos plausiblemente como indiciarios de peligro de fuga, resulta más consistente leerlos como peligro de

reincidencia, porque a ello aluden más directamente situaciones tales como *la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley, y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente*. Más aun, la idea de que en el peligro para la seguridad de la sociedad se encuentra implícita la idea de prevención especial negativa y de necesidad de defensa social, parece evidente en criterios tales como *el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla*. Esta lectura de la disposición podría fácilmente ser corroborada con el estudio de la historia de las diversas leyes que, en los últimos años, han modificado los criterios legales de peligrosidad social, todas las cuales han estado motivadas por preocupaciones de seguridad ciudadana que se encuentran, como es obvio, más próximas a la idea de establecer mecanismos de defensa social que a la idea de garantizar el éxito de las investigaciones penales.

Admitir que nuestro CPP reconoce el peligro para la seguridad de la sociedad, entendido como peligro de reincidencia y como necesidad de defensa social no es, entonces, más que una necesidad descriptiva. Ella constituye el punto de partida para dejar en evidencia que tal reconocimiento está en absoluta contradicción con los tratados internacionales ratificados por Chile y que representa un instrumento de control social ilegítimo, en cuanto nos aproxima a un derecho penal de autor y no de acto. Al reconocer a la noción de peligro para la seguridad de la sociedad su verdadero carácter no hacemos sino dejar en evidencia la fuente de su ilegitimidad, y la necesidad de revisión de su constitucionalidad al amparo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado chileno.

Page 417

## 4.5.2.4. El peligro para la seguridad del ofendido

Finalmente, nuestro CPP reconoce como fundamento de la prisión preventiva el peligro para la seguridad del ofendido. El art. 140 inc. 4º CPP precisa que "se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes".

El peligro para la seguridad del ofendido, en cuanto juicio en torno a la peligrosidad del imputado, está sometido a los mismos cuestionamientos del peligro para la seguridad de la sociedad como fundamento de la prisión preventiva. Desde un punto de vista normativo, sin embargo, su aplicación debe considerarse extraordinariamente excepcional en relación con el principio de proporcionalidad, toda vez que la finalidad de protección de la víctima está ya suficientemente cautelada por el derecho de ésta a solicitar medidas de protección (arts. 6º, 78, 83 letra a), 109 inc. 1º letra a), 171 CPP ), y la posibilidad de imponer al imputado la medida cautelar general del art. 155 inc. 1º letra g) CPP , esto es, la prohibición de acercarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

## 4.6. Procedimiento

El procedimiento para que se decrete la prisión preventiva de una persona debe cumplir con las siguientes etapas:

### 4.6.1. Formalización de la investigación

El primer paso en el procedimiento para la adopción de la prisión preventiva, lo constituye la formalización de la investigación, ya que éste es un requisito sin el cual dicha medida no puede decretarse (art. 140 CPP ). Se expresa en esta exigencia la dimensión garantista de dicho acto, en cuanto representa la concreción más completa, durante la etapa de investigación, del derecho a conocer el contenido de la imputación. [104](#)

Page 418

Como resulta evidente, el control de cumplimiento de esta exigencia, por el tribunal, deberá comprender la verificación de que el delito que fundamenta la solicitud de prisión preventiva coincida y se encuentre descrito con el grado de determinación suficiente en la formalización de la investigación (art. 229 CPP ). Cualquier insuficiencia o discrepancia entre ambos actos debiera conducir, a nuestro juicio, a denegar la solicitud de prisión preventiva.

### 4.6.2. Solicitud de parte

En nuestro sistema procesal penal el tribunal no está facultado para decretar la prisión preventiva de oficio, sino que debe hacerlo siempre a solicitud del ministerio público o del querellante (art. 140, inc. 1º CPP ).

Podría suscitarse alguna duda a este respecto al tenor de lo previsto por el art. 144 CPP , conforme al cual "la resolución que ordenare o rechazare la prisión preventiva será modificable *de oficio* o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento". Aunque la redacción de esta norma pareciera permitir sostener que el tribunal estaría facultado para decretar de oficio la prisión preventiva que previamente ha rechazado, nos parece que un argumento en esa línea constituiría un error sin más fundamento que una inadecuada redacción de la norma, que incorporó en una misma frase la situación de la prisión preventiva previamente ordenada (que es modificable de oficio o a petición de parte) y la situación de la prisión preventiva previamente rechazada (que sólo es modificable a solicitud de parte). En efecto, la correcta interpretación de este artículo debe considerar que, en nuestro sistema, al juez de garantía le corresponde asegurar los derechos del imputado en el proceso penal (art. 14 inc. 2º letra a) CPP ), por lo que resulta lógico reconocerle iniciativa para revocar (art. 144 inc. 2º CPP ), substituir (art. 145 CPP ) y reemplazar (art. 146 CPP ) la prisión preventiva previamente decretada, pero no así para decretarla. Muy por el contrario, la necesidad de la prisión preventiva es una decisión de persecución penal pública cuya iniciativa corresponde necesariamente al fiscal, quien está a cargo de procurarse y proporcionar al tribu-Page 419nal los "otros antecedentes" exigidos por el artículo 144 inc. final CPP , sin los cuales el tribunal no

tiene forma de decretar posteriormente, ex officio, una orden de prisión preventiva que previamente ha denegado.

La solicitud de que se decrete la prisión preventiva puede plantearse verbalmente, en la misma audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral (art. 142 inc. 1º CPP ), o por escrito en cualquier etapa de la investigación, caso en el cual el juez debe citar a los intervinientes a una audiencia para la resolución de la solicitud (art. 142 inc. 2º CPP ).

### 4.6.3. Audiencia

La realización de una audiencia constituye un requisito procedimental ineludible para que pueda decretarse la prisión preventiva. La presencia del imputado y su defensor en esta audiencia es un requisito de validez de la misma (art. 142 inc. 3º CPP ).

En la audiencia, el fiscal o el querellante que han presentado la solicitud deben comenzar exponiendo los fundamentos de la misma (art. 142 inc. final CPP ). El solicitante debe acreditar que se cumplen los requisitos del artículo 140, exhibiendo los antecedentes que sirvan a tal efecto. A continuación, el tribunal debe oír al defensor, a los demás intervinientes que estuvieren presentes y quisieran hacer uso de la palabra, y al imputado (art. 142 inc. final CPP ).

### 4.6.4. Resolución

La resolución que se pronuncia sobre la solicitud de prisión preventiva debe ser fundada, expresándose claramente en ella los antecedentes calificados que justificaren la decisión (art. 143 CPP ). La exigencia de fundamentación alcanza tanto a la resolución que decreta como a la que rechaza la prisión preventiva.

En el caso que el tribunal resuelva decretar la medida, está obligado a expedir por escrito una orden de prisión preventiva, la que debe contener las mismas menciones de la orden de de-Page 420tención, que ya hemos mencionado con anterioridad y que se encuentran en el art. 154 CPP . [105](#) Los encargados de establecimientos penitenciarios tienen prohibición legal de aceptar el ingreso de personas en calidad de presos si no es en virtud de esta orden (art. 133 CPP ).

### 4.6.5. Renovación de la discusión en torno a la procedencia de la medida

La discusión en torno a la procedencia de la medida puede renovarse de diferentes maneras en el procedimiento.

Ello puede ocurrir tanto para obtener un nuevo pronunciamiento en torno a una solicitud de prisión preventiva previamente rechazada, como para revisar la mantención de una medida de

---

prisión preventiva previamente decretada.

En el primer caso, esto es, cuando la prisión preventiva ha sido previamente rechazada, sólo puede procederse a petición de parte, y la nueva solicitud debe necesariamente fundarse en antecedentes diversos de los que tuvo en consideración el tribunal al rechazar la medida. Si el interviniente no invoca nuevos antecedentes que, a juicio del tribunal, justifiquen discutir nuevamente su procedencia, éste puede rechazar la solicitud de plano; de lo contrario, debe llamar a una audiencia en la que se procederá a la discusión de la medida (art. 144 inc. final CPP ).

En el segundo caso, esto es, cuando la prisión preventiva hubiere sido previamente decretada, su mantención puede discutirse de oficio, o a petición del imputado (art. 144 inc. 1º CPP ).

La revisión de oficio puede producirse en cualquier momento en que el juez lo estime pertinente, pero el tribunal está obligado a citar de oficio a una audiencia para discutir su cesación o prolongación en dos casos:

- a. cuando hubieren transcurrido seis meses desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido (art. 145 inc. final CPP ), y
- b. cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudie-Page 421re esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes (art. 152 inc. 2º CPP ).

La revisión provocada por una solicitud de revocación del imputado puede ser rechazada de plano por el tribunal o puede este último, alternativamente, citar a todos los intervinientes a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida. En todo caso, el tribunal está obligado a citar a audiencia si hubieren transcurrido dos meses desde el último debate oral en que se hubiere ordenado o mantenido la prisión preventiva (art. 144 inc. 2º CPP ).

## **4.6.6. Impugnación de las resoluciones relativas a la prisión preventiva**

La resolución que ordena, mantiene, niega lugar o revoca la prisión preventiva es apelable cuando ha sido dictada en una audiencia. Cuando, excepcionalmente, la ley autoriza al tribunal para resolver de plano, la resolución no es susceptible de recurso alguno (art. 149 CPP ).

Esto significa que las resoluciones que ordenan y revocan la prisión preventiva serán siempre susceptibles de recurso de apelación, ya que resulta ineludible que dichas resoluciones sean adoptadas previa audiencia (art. 142 incs. 1º y 2º, art. 144 incs. 2º y 3º CPP ). Por el contrario, la resolución que niega lugar o mantiene la prisión preventiva previamente decretada puede no ser susceptible de recurso alguno, ya que la ley autoriza que dichas resoluciones sean, en ciertos casos, adoptadas de plano (art. 144 incs. 2º y 3º CPP ).

## 4.7. Duración de la prisión preventiva

### 4.7.1. Inexistencia de un límite temporal absoluto

A diferencia de la detención, la prisión preventiva no tiene establecido por ley un límite temporal absoluto, es decir, no existe un plazo que, una vez vencido, determine la terminación automática de la prisión preventiva. [106](#)

El transcurso del plazo sólo determina mecanismos obligatorios de revisión de la medida, que hemos estudiado más arriba. [107](#)

En todo caso, la falta de una limitación objetiva para la prisión preventiva no significa que ella pueda extenderse indefinidamente: el límite prudencial debe construirse a partir del derecho de todo detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. [108](#)

Por esta razón, la terminación de la prisión preventiva está íntimamente ligada a sus características de excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad, que se expresan a través de las siguientes modalidades.

### 4.7.2. Formas de terminación de la prisión preventiva

#### 4.7.2.1. Terminación natural

La prisión preventiva termina, naturalmente, por haberse puesto término al procedimiento cuyos fines ha procurado cautelar. Esta es una consecuencia del principio de instrumentalidad de las medidas cautelares personales.

La consideración anterior resulta relevante porque evidencia la conexión existente entre el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y la necesidad de evitar un encarcelamiento excesivo pendiente el juicio, conexión a la que ya aludimos al estudiar este principio.

Page 423

Un sistema procesal penal que procura evitar que la prisión preventiva se convierta en una forma de pena anticipada debe extremar las medidas tendientes a evitar la prolongación indebida del procedimiento una vez que se ha decretado una medida cautelar personal de esta índole. Es ésta una de las consideraciones que subyace a la facultad que se reconoce al juez de

garantía para fijar un plazo judicial para el cierre de la investigación cuando "lo considerare necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes" (art. 234 CPP ).

## 4.7.2.2. Revocación

La revocación de la prisión preventiva es la forma de terminación de la medida que procede, por resolución judicial, cuando ya no subsisten los requisitos que la autorizan (art. 144 inc. 2º CPP ) o los motivos que la hubieren justificado (art. 152 inc. 1º CPP ).

La posibilidad de revocación de la prisión preventiva es una consecuencia del principio de instrumentalidad, que somete a las medidas cautelares a la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual sólo han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento.

La revocación de la prisión preventiva puede ser decretada de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento, conforme a las reglas de los artículos 144 incs. 1º y 2º y 152 inc. 1º CPP , y supone el cumplimiento de los fines para los cuales se decretó la medida, o la alteración de los antecedentes o circunstancias que se tuvieron a la vista al decretarla.

Una modalidad especial de revocación de la medida es la que establece el art. 153 CPP , al imponer al tribunal el deber de poner término a la prisión preventiva cuando se haya dictado sentencia absolutoria y decretado sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas. Se trata en este caso de una verdadera evaluación legal del cambio de circunstancias, que opera por la significación que tiene el sobreseimiento en las condiciones de *fumus boni iuris* que justificaron, en su momento, la adopción de la medida.

Page 424

## 4.7.2.3. Sustitución por una medida cautelar personal de carácter general

La sustitución de la prisión preventiva es el mecanismo mediante el cual las finalidades perseguidas por la prisión preventiva pasan a cumplirse, en lo sucesivo, por una medida cautelar general que se dicta en su reemplazo (art. 145 inc. 1º CPP ).

La posibilidad de sustitución surge de la aplicación de los principios de excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares. Si una vez decretada la prisión preventiva se constata la posibilidad de que la finalidad perseguida pueda ser cumplida eficientemente mediante una medida menos gravosa para la libertad del imputado, la sustitución puede ser decretada, ya sea de oficio o a petición de parte.

El art. 153 CPP contempla una modalidad especial de sustitución que opera cuando el tribunal haya dictado sentencia absolutoria y decretado sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas. En este caso, la sustitución es una facultad

que se otorga al tribunal como contrapartida del deber legal de poner fin a la prisión preventiva, y sólo puede tener por objeto asegurar la comparecencia del imputado.

La sustitución, como es lógico, sólo puede operar cuando las medidas cautelares generales tienden a satisfacer los mismos fines que justificaron la prisión preventiva. Esto excluye, por ejemplo, la posibilidad de sustituir la prisión preventiva fundada en peligro para la seguridad de la sociedad, que no se encuentra entre las finalidades cauteladas por el art. 155 CPP .

## 4.7.2.4. Reemplazo por una caución económica

El reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica opera cuando ésta hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena (art. 146 CPP ).

Como hemos expuesto precedentemente, el aseguramiento de la comparecencia del imputado no es una finalidad generalmente autorizada por la ley como justificación de la prisión preventiva, sino sólo en los casos en que el imputado no cumple oportunamente con su deber de comparecencia. Por esta razón, el reemplazo por una caución no procederá si el fundamento de la prisión preventiva ha sido el peligro de obstaculización de la investigación o el peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

La institución constituye una forma de concreción, en el derecho interno, de las garantías establecidas en el art. 9.3 del PIDCP y 7.5 de la CADH que sólo autorizan a subordinar la libertad del imputado a garantías que aseguren su comparecencia.

La caución económica debe ser calificada por el juez como suficiente, correspondiéndole a éste fijar su monto. Puede consistir en el depósito por parte del imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas calificadas por el tribunal (art. 146 CPP ). La forma de ejecución y, en su caso, de cancelación de la caución, está regulada por los artículos 147 y 148 CPP , respectivamente.

## 4.8. Ejecución de la prisión preventiva

La prisión preventiva importa la privación absoluta de la libertad ambulatoria de una persona mediante su ingreso en un recinto penitenciario. Esto significa que, desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales, la prisión preventiva no presenta ninguna diferencia con la prisión punitiva, esto es, aquella que surge de la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta por una sentencia condenatoria. [109](#)

Esta situación resulta crítica para la legitimidad de la prisión preventiva como institución. Justificar la prisión preventiva como una medida cautelar, orientada a satisfacer finalidades exclusivamente procesales y, por lo tanto, distinta de la pena, no pasa de ser mera retórica si los efectos de la medida respecto de la libertad personal del afectado no pueden distinguirse en uno

y otro caso.

Page 426

Con la intención de evitar esta situación, el art. 150 CPP establece un régimen especial para la ejecución de la prisión preventiva, imponiendo las siguientes medidas:

- a. Segregación. La prisión preventiva debe ejecutarse en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos.
- b. Trato de inocente. El imputado debe ser tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva debe cumplirse de manera tal que no adquiriera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto.
- c. Deber de protección. El tribunal debe adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad.
- d. Permisos de salida. Excepcionalmente, el tribunal puede conceder al imputado permiso de salida durante el día, por un período determinado o con carácter indefinido, siempre que se asegurare convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva.

El tribunal competente para supervisar la ejecución de la prisión preventiva y conocer de todas las solicitudes y presentaciones relativas a ella es el que la hubiere ordenado (art. 150 inc. 1º CPP ). La autoridad penitenciaria está obligada a comunicar inmediatamente al tribunal cualquier restricción que impusiere al imputado, pudiendo este último dejarla sin efecto si la considerare ilegal o abusiva, previa audiencia, si lo estimare necesario (art. 150 inc. final CPP ).

La pretensión legal de diferenciar prisión preventiva y prisión punitiva, mediante el establecimiento, para la primera, de condiciones más favorables en su nivel de ejecución, fracasa porque no se aprecian razones para no aplicar las mismas condiciones de seguridad y trato a los condenados a una pena privativaPage 427 de libertad. [110](#) La crítica a la prisión preventiva como forma de anticipación de pena parece no tener respuesta por la vía de mejorar las condiciones de la prisión, a menos que se mejoren tanto que la medida deje de consistir en la internación en un recinto penitenciario, que es lo mismo que decir que ha dejado de ser prisión preventiva.

## 4.9. Estatuto jurídico del detenido o preso

El imputado privado de libertad, más allá de los derechos que la ley le reconoce como imputado, goza de las siguientes garantías y derechos:

## 4.9.1. Derecho a la información

El derecho a la información tiene dos aspectos:

4.9.1.1. Derecho a ser informado de los motivos de la privación de libertad: consiste en el derecho a que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad y, salvo el caso de delito flagrante, a que se le exhiba la orden que la dispusiera (art. 94 letra a) CPP ). Este derecho constituye la concreción legal en nuestro sistema de las garantías reconocidas en el art. 7.4. CADH , conforme al cual "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".

Page 428

El mismo derecho está reconocido en similares términos en el art. 9.2. PIDCP .

4.9.1.2. Derecho a ser informado de sus derechos: consiste en el derecho a que el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión le informe de los derechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 135.

Nos hemos referido ya al alcance de esta garantía al tratar el deber de información de garantías y derechos como parte del procedimiento de detención judicial. [111](#)

## 4.9.2. Derecho a ser llevado sin demora ante un juez

Consiste en el derecho a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (art. 94 letra c) CPP ). La garantía correlativa, contenida en el art. 9.3 PIDCP y en el art. 7.5 CADH se satisface con que la persona sea llevada "sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales".

Este derecho se ve reafirmado con la prohibición de que el detenido, en forma previa a su conducción ante el juez, sea llevado a una unidad penitenciaria. Para estos efectos, la ley establece que los encargados de los establecimientos penitenciarios no podrán aceptar el ingreso de personas sino en virtud de órdenes judiciales (art. 133 CPP ). La norma constituye una precisión de la garantía establecida en el art. 19 N° 7° letra d) inc. 2° CPP .

El término "sin demora" debe estudiarse asociado a los plazos de la detención, que están regulados por el art. 19 N° 7° letra d) CPR y art. 131 CPP . Analizamos ya este aspecto al estudiar la duración de la detención. [112](#)

## 4.9.3. Derecho a ser juzgado sin demora o ser puesto en libertad

Este derecho está consagrado en términos bastante débiles en el art. 93 letra d) CPP , que reconoce el derecho "a solicitar del tribunal que le conceda la libertad". Son más decisivos, en esta materia, sus correlatos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En el art. 7.5 CADH , la garantía consiste en el derecho de la persona a "ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso" y de que su libertad pueda estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. El art. 9.3 PIDCP expresa el mismo principio base, pero con el agregado de que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

El derecho a ser juzgado sin demora está garantizado en nuestro sistema por la existencia de plazos legales y la posibilidad de fijación de plazos judiciales para la formalización y el cierre de la investigación. Por su parte, el derecho a ser puesto en libertad se puede ejercer a través de todos los mecanismos de que dispone una persona privada de libertad para impugnar la orden de detención o de prisión y para ponerle término.

## **4.9.4. Derecho a la comunicación de la privación de libertad**

Se materializa en el derecho "a que el encargado de la guardia del recinto policial al cual fuere conducido informe, en su presencia, al familiar o a la persona que le indicare, que ha sido detenido o preso, el motivo de la detención o prisión y el lugar donde se encontrare" (art. 94 letra e) CPP ). Cabe recordar que este derecho se encuentra reafirmado por una norma especial para la situación de detención con fines de identificación, denominada por nuestro CPP "sujeción a control de identidad". En tal caso, el derecho consiste en que "se comunique a su familia o a la persona que indicare, de su permanencia en el cuartel policial" (art. 86 CPP ).

El derecho a comunicación de la privación de libertad opera también, en forma inversa, mediante el reconocimiento a los abogados de un derecho a requerir del funcionario encargado de cualquier lugar de detención o prisión, la confirmación sobre si se encuentra o no privada de libertad alguna persona en ese establecimiento o en otro del mismo servicio ubicado en la comuna (art. 96 inc. 1º CPP ). El funcionario requerido está obligado a extender, en el acto, a requerimiento del interesado, una constancia de no encontrarse privada de libertad en el establecimiento la persona por la que se ha consultado (art. 96 inc. final CPP ).

## **4.9.5. Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado**

Se expresa legalmente como el derecho "a entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones

necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto" (art. 94 letra f) CPP ). Es materia de un reconocimiento adicional en el caso del abogado que obtiene la confirmación de encontrarse privada de libertad una persona en cualquier lugar de detención, en ejercicio del derecho que le reconoce el art. 96 CPP (art. 96 inc. 2º CPP ).

Este derecho presupone, por cierto, el que tiene todo imputado a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (art. 8º CPP ), también consagrado como el derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación (arts. 93 letra b) y 102 CPP ).

La ley prevé que, aun en el evento excepcional de que el juez restrinja o prohíba temporalmente las comunicaciones del detenido o preso en ejercicio de la facultad que le reconoce el art. 151 CPP , éste no podrá restringir el acceso del imputado a su abogado en los términos del art. 94 letra f) CPP (art. 151 CPP ).

Las normas legales citadas constituyen la materialización de la garantía reconocida en el artículo 19 Nº 3º inc. 2º CPR , conforme al cual "toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida".

Page 431

## **4.9.6. Derecho a procurarse comodidades y ocupaciones**

Consiste en el derecho del detenido o preso a tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare (art. 94 letra g) CPP ).

## **4.9.7. Derecho a recibir visitas y a comunicarse**

Consiste en el derecho a recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio (art. 94 letra h) CPP ).

Excepcionalmente, la ley permite que el juez, a petición del fiscal, restrinja o prohíba las comunicaciones del detenido o preso hasta por un máximo de diez días, cuando considerare que ello resulta necesario para el exitoso desarrollo de la investigación. En todo caso, esta facultad no habilita para restringir el derecho del detenido o preso a entrevistarse privadamente con su abogado, ni el derecho de acceder al propio tribunal o a una apropiada atención médica (art. 151 inc. 1º CPP ).

Con el objeto de evitar que el ejercicio de esta facultad permita la subsistencia de prácticas indebidas, desarrolladas en el antiguo sistema al amparo de la medida de "incomunicación", la

ley agrega que el tribunal debe instruir a la autoridad encargada del recinto en que el imputado se encontrare acerca del modo de llevar a efecto la medida, el que en ningún caso podrá consistir en el encierro en celdas de castigo (art. 151 inc. 2º CPP ).

Estas disposiciones legales constituyen la concreción de la garantía constitucional del art. 19 Nº 7º letra d) inc. 3º CPP , conforme al cual "ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito".

Page 432

## 4.9.8. Derecho a recurrir ante un tribunal para que examine la legalidad de la detención

Aunque este derecho no está incorporado al listado del artículo 94 CPP , debe entenderse incorporado por aplicación de las disposiciones que establecen reglas de control de la detención y la posibilidad de amparo ante el juez de garantía.

A nivel de derechos fundamentales, aparece reconocido en el art. 9.4 PIDCP conforme al cual "toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal". Con mayor detalle, incluso, el art. 7.6 CADH establece que "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".

En nuestra CPR , la garantía se cumple a través del recurso de amparo (o hábeas corpus), que permite a todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (art. 21 CPR ). En el CPP , esta garantía se cumple a través de la audiencia de control de la detención (art. 132 CPP ) y del recurso especial del amparo ante el juez de garantía (art. 95 CPP ), a los que nos hemos referido ya anteriormente. [113](#)

Page 433

## 4.9.9. Derecho a obtener reparación por la detención o prisión ilegal

Está establecido en estos términos en el art. 9.5 PIDCP : "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación".

Con un fuerte matiz de diferencia, ya que la norma no protege a quien haya sido "ilegalmente detenido o preso" sino a quien haya sido "sometido a proceso o condenado", nuestra CPR establece en el art. 19 N° 7º letra i) que "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 un procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia". El procedimiento para obtener la declaración previa a que se refiere este artículo está establecido en el Auto Acordado de la Corte Suprema publicado en el Diario Oficial de fecha 24 de mayo de 1996.

Nuestro CPP , a propósito de la sentencia que acoge el recurso de revisión de las sentencias firmes, establece una excepción a la aplicación de este procedimiento señalando que "cuando hubiere mérito para ello y así lo hubiere recabado quien hubiere solicitado la revisión, la Corte podrá pronunciarse de inmediato sobre la procedencia de la indemnización a que se refiere el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política".

Aunque el fundamento de estas normas es el mismo de la disposición constitucional, una reforma que adecue los términos de la Carta Fundamental a la nueva realidad del proceso penal chileno parece, en todo caso, ineludible.

## 5. Las medidas cautelares personales de carácter general

### 5.1. Concepto

Las medidas cautelares personales de carácter general son medidas restrictivas de la libertad personal de aplicación preferente a la medida de prisión preventiva, que pueden ser decretadas durante la sustanciación de un proceso penal, con el objeto de asegurar los fines del procedimiento. [114](#)

### 5.2. Fundamento

Una de las diferencias fundamentales entre el régimen de las medidas cautelares personales en

el nuevo CPP y el existente bajo la vigencia del CdPP , está marcada por la intensificación del carácter excepcional de la prisión preventiva, y la irrupción de la idea de proporcionalidad como elemento definitorio de su adopción. En efecto, si bien una primera lectura de las normas sobre prisión preventiva podría forjar la impresión de que la institución sigue igual, en cuanto sus actuales requisitos no son más que la suma de aquellos establecidos en el CdPP de 1906 para la dictación del auto de procesamiento y de las causales que autorizaban al juez para denegar la libertad provisional, lo cierto es que la creación de un conjunto de medidas cautelares personales menos intensas en su afectación de la libertad individual, de aplicación preferente a la prisión preventiva, ha reducido enormemente el ámbito de justificación de esta última.

Estas medidas cautelares se encuentran reguladas en el párrafo 6º del título V del Libro I del CPP bajo la denominación "otras medidas cautelares personales". La denominación, unida a su ubicación sistemática en el CPP , resulta sin duda errónea, porque altera la estructura conceptual de la institución, creando la imagen de que se trata de medidas "alternativas" o "subsidiarias" a la prisión preventiva, en circunstancias que el sistema impone exactamente la operación inversa. Conforme al artículo 139 inc. 2º del CPP , la prisión preventiva sólo procederá "cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento". De lo que se trata, entonces, es que ante la invocación de alguno de los fines del procedimiento que sirven simultáneamente de sustento a estas medidas y a la prisión preventiva, el juez de garantía no Page 435 utilice las medidas del art. 155 CPP como una pauta subsidiaria para casos en que la prisión preventiva no demuestra su necesidad, sino que, a la inversa, el análisis comience por establecer si la finalidad cautelar que se invoca puede ser debidamente satisfecha por estas medidas, y sólo después de acreditada su insuficiencia se analice la procedencia de la prisión preventiva como medida subsidiaria tendiente a la satisfacción del mismo fin.

Proponemos, entonces, la denominación de *medidas cautelares personales de carácter general* , para aludir a este catálogo de medidas cautelares personales que tienden a garantizar fines procesales, cuya aplicación es de carácter general y preferente a la medida de prisión preventiva.

## 5.3. Enumeración

Las medidas cautelares personales de carácter general que se pueden imponer al imputado están enumeradas en el art. 155 CPP , y son las siguientes:

- a. La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- b. La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
- c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;
- d. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;

- e. La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- f. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y
- g. La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

El tribunal puede imponer una o más de estas medidas según lo estime adecuado al caso (art. 155 inc. 2º CPP ).

Page 436

## 5.4. Requisitos

Los requisitos de las medidas cautelares generales son los mismos que el art. 140 CPP establece para la prisión preventiva conforme a la remisión del art. 155 inc. final CPP .

Esta remisión suscita el problema interpretativo de determinar si los requisitos del art. 140 CPP serían exigibles con la misma intensidad y medida con que aparecen exigidos para la prisión preventiva. A nuestro juicio, la menor intensidad de la afectación de la libertad personal que importan las medidas cautelares generales es suficiente, en relación con el principio de proporcionalidad, para entender que dichas exigencias tienen en esta materia un carácter más tenue.

Por otra parte, en relación con las finalidades legitimantes de la medida, debe tenerse presente que el art. 155 CPP contiene una clara variación respecto del art. 140 CPP en cuanto sólo autoriza que las medidas cautelares personales de carácter general sean decretadas "para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o a la ejecución de la sentencia". Como se aprecia, el aseguramiento de la comparecencia del imputado se convierte así en una finalidad justificadora que se aplica a estas medidas con carácter general, lo que no ocurre, como hemos visto, con la medida de prisión preventiva. Por otra parte, la ley no autoriza fundar estas medidas en la causal de peligro para la seguridad de la sociedad, fundamento que se convierte así en privativo de la prisión preventiva.

## 5.5. Regulación

La procedencia, duración, impugnación y ejecución de las medidas cautelares personales de carácter general se rigen por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en todo cuanto el párrafo 6º del Título V del Libro I no contiene norma especial diversa (art. 155 inc. final CPP ).

Al tribunal que decreta la medida le corresponde conocer de todo lo relacionado con su ejecución, lo que incluye ordenar las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (arts. 150 inc. 1º y 155 inc. 2º CPP ).

Page 437

Las únicas normas especiales contenidas en el párrafo 6º antes mencionado dicen relación con la iniciativa para la solicitud de la medida y con la posibilidad de suspenderla temporalmente.

En relación con el primer punto, el art. 155 inc. 1º CPP concede iniciativa para solicitar la medida no sólo al fiscal y al querellante como lo hace el art. 140 CPP respecto de la prisión preventiva, sino también a la víctima. En relación con el segundo punto, el art. 156 CPP, permite se decrete la suspensión temporal de una medida de esta índole ya decretada, cuando ello no pusiera en peligro los objetivos que se tuvieron en vista al imponerlas. La suspensión se resuelve a petición del afectado por la medida, oyendo al fiscal y previa citación de los demás intervinientes que hubieren participado en la audiencia en que se decretaron. A efectos de acceder a la suspensión en casos en que el objetivo perseguido fuera asegurar la comparecencia del imputado, el juez puede admitir las cauciones económicas a que se refiere el art. 146 CPP.

## B

### Las medidas cautelares reales

## 1. Concepto

Las medidas cautelares reales pueden ser definidas como aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad de administración y/o disposición patrimonial, que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines civiles del procedimiento, y eventualmente de los fines penales, cuando la pena asignada al delito tenga un contenido patrimonial.

## 2. Fundamento

El sistema procesal penal chileno admite el ejercicio de acciones civiles en el procedimiento penal, tanto de carácter restitutorio como indemnizatorio, aunque estas últimas sólo cuando son ejercidas por la víctima y se dirigen a hacer efectiva la responsabilidad civil del imputado (art. 59 CPP). Por otra parte, la Page 438 eventual sentencia condenatoria puede tener también un contenido patrimonial, en cuanto la ley ordena imponer en principio al condenado el pago de las costas de la causa (art. 47 CPP) y la pena asignada al delito puede consistir, ya sea como pena única, conjunta o alternativa, en el pago de una multa.

En estos casos, para asegurar la ejecución de la sentencia en sus aspectos patrimoniales, existen en el proceso penal las mismas necesidades cautelares que justifican la adopción de medidas cautelares reales en el proceso civil.

### 3. Reglamentación

El CPP chileno no establece medidas cautelares reales específicas para el procedimiento penal ni contiene una reglamentación especial al respecto. Apenas existen en el CPP dos artículos referidos a esta materia, el primero de los cuales se remite a las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del [Código de Procedimiento Civil](#), relativo a las medidas precautorias, disponiendo que las solicitudes respectivas se substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro, esto es, conforme a las disposiciones que regulan la tramitación de las medidas prejudiciales (art. 157 CPP ).

Lo anterior significa que las medidas cautelares reales aplicables en el procedimiento penal son las mismas medidas precautorias autorizadas por los artículos 290 y siguientes del CPC que son, a saber, las siguientes:

- 1º. ) El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda (art. 290, N° 1º CPC );
- 2º. ) El nombramiento de uno o más interventores (art. 290 N° 2º CPC );
- 3º. ) La retención de bienes determinados (art. 290 N° 3º CPC );
- 4º. ) La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados (art. 290 N° 4º CPC ), y
- 5º. ) Otras medidas que no están expresamente autorizadas por la ley (art. 298 CPC ).

Page 439

### 4. Requisitos

La remisión legal anteriormente mencionada supone que los requisitos que deben satisfacerse para obtener la concesión de una medida cautelar real son aquellos que el CPC establece en los artículos 290 y siguientes para cada una de dichas medidas.

La referencia resulta problemática porque, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del CdPP de 1906, no existen actualmente exigencias generales de *fumus boni iuris* dentro del CPP . En efecto, nuestro CdPP de 1906 requería en sus artículos 380 y ss. la calidad de procesado, como exigencia previa a la posibilidad de ordenar el embargo penal, a través de lo cual estaba implícitamente exigiendo una apariencia de buen derecho fundada en los mismos requisitos del auto de procesamiento, esto es, que estuviera justificada la existencia del delito investigado y aparecieran presunciones fundadas para estimar que el inculpado había tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. Más aun, incluso en los casos en que se autorizaba excepcionalmente trabar embargo contra el inculpado, el CdPP incorporaba una exigencia específica de *fumus boni iuris* , cual era la existencia de "fundadas sospechas de su participación en un hecho que presente caracteres de delito" (art. 381 CdPP ).

Al desaparecer en el CPP toda alusión al *fumus boni iuris* respecto de las medidas cautelares

reales, al punto que conforme al art. 157 CPP basta para decretarlas la calidad de imputado, pareciera que la ley procesal penal ha confiado en las exigencias contenidas en esta materia en el CPC para las medidas precautorias. Sin embargo, cuando acudimos a esa normativa nos encontramos con que el art. 298 CPC exige, a nivel de *fumus boni iuris* en materia civil, que el demandante acompañe "comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama". Como en materia penal, el derecho que se reclama, aun siendo de contenido patrimonial, supone el éxito de la pretensión penal en la cual la pretensión civil se fundamenta, la norma reconduce al problema de determinar previamente cuáles son las exigencias que debe satisfacer el juicio valorativo del juez en torno a las probabilidades de que se obtenga una sentencia condenatoria en materia penal. De esta manera, la situación del *fumus boni iuris* para la dictación de medidas cautelares reales es parecida a la que estudiamos respecto Page 440 de la detención. Es el juez quien deberá, primero, emitir un juicio de probabilidad acerca de la existencia del delito y de la participación del imputado, como juicio valorativo penal previo al juicio valorativo civil referido a la existencia de una presunción grave del derecho que se reclama.

En relación con el *periculum in mora*, no nos parece, en cambio, que resulte aplicable la exigencia de un peligro propiamente *penal*, tal como la existencia de peligro para la seguridad de la sociedad o el peligro de fuga. Las exigencias que, en este sentido, formula el [Código de Procedimiento Civil](#) en sus arts. [291](#), [293](#), [295](#) y [296](#) nos parecen suficientes para justificar la adopción de estas medidas.

## 5. Procedimiento

La iniciativa de las medidas cautelares reales se reconoce al ministerio público y a la víctima (art. 151 CPP). La referencia al ministerio público debe entenderse, como es lógico, en las hipótesis en que la necesidad de aseguramiento dice relación con el pago de una multa o de las costas de la causa. La víctima puede, además, solicitarla al momento de presentar su demanda civil (art. 157 CPP).

Si la solicitud de medida cautelar real se formula en cualquier momento durante la etapa de investigación, ella se substancia y rige por lo previsto en el Título IV del Libro Segundo del [Código de Procedimiento Civil](#) (art. 157 CPP); sin perjuicio de lo anterior, si la solicitud la hubiere presentado la víctima al deducir su demanda civil, el juez de garantía debe resolverla en la audiencia de preparación del juicio oral, después de llamar a las partes a conciliación sobre la responsabilidad civil (art. 273 inc. 2º CPP).

La única norma especial existente en el CPP en relación con la tramitación de la medida cautelar real, dice relación con el plazo para la presentación de la demanda civil, que conforme al art. 280 CPC es de treinta días. El CPP establece que, una vez concedida la medida cautelar real, dicho plazo se extiende hasta la oportunidad fijada por el CPP para la presentación de la demanda civil en el procedimiento penal (arts. 60 y 157 CPP), esto es, hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, como regla general (art. 261 CPP), o conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación, si la demanda civil la presenta el querellante (art. 60 inc. 1º CPP).

Las resoluciones que negaren o dieran lugar a medidas cautelares reales son impugnables por

---

la vía del recurso de apelación (art. 158 CPP ).

## 6. Efectos

Más allá de los efectos que son propios a las medidas cautelares reales y que se traducen en restricciones a la libertad de administración y/o disposición de bienes del imputado, su sola solicitud produce también ciertos efectos en el proceso penal.

En efecto, la ley reconoce a la simple solicitud de una medida cautelar real valor para determinar la calidad de imputado de una persona, si en ella se le atribuyere responsabilidad en un hecho punible (art. 7º inc. 2º CPP ). Por otra parte, la presentación de una solicitud de medida cautelar real constituye una forma de ejercicio de la acción civil que interrumpe la prescripción. Aunque esta consecuencia no se desprende nítidamente del art. 61 CPP , que pareciera dar un tratamiento diferenciado a la solicitud de cautelares reales y a la solicitud de diligencias necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de la demanda, la identidad de efectos entre ambas actuaciones se manifiesta evidente en el art. 66 inc. 2º CPP , que expresamente declara, refiriéndose a los efectos del ejercicio exclusivo de la acción civil en un delito de acción penal privada, que, para esos efectos, "no constituirá ejercicio de la acción civil la solicitud de diligencias destinadas a preparar la demanda civil o a asegurar su resultado".

-----

[1] Véase MONTERO AROCA (J.) y otros, Derecho jurisdiccional, Valencia, 1998, t. II, pp. 631-632; t. III, p. 441.

[2] Como explica MAIER, el derecho implica "la mediatez de la conminación penal , en el sentido de que el poder penal del Estado no habilita a la coacción directa, sino que la pena instituida por el Derecho Penal representa una previsión abstracta, amenazada, al infractor eventual, cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley, que culmine en una decisión formalizada, autorizando al Estado a aplicarla". MAIER, Derecho procesal penal argentino, t.1b Fundamentos Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 249.

[3] MONTERO AROCA (J.) y otros, Derecho jurisdiccional , cit., t. III, p. 441.

[4] MARIN considera entre las primeras manifestaciones de esta doctrina, la obra de Chiovenda: Principii di diritto processuale civile , 3a. ed. Napoli, 1919. No obstante, en su opinión la obra de mayor influencia en la literatura procesal española y de Iberoamérica es la de Calamandrei: Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. de SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1945, cuyo original italiano data de 1936. El antecedente más antiguo citado por MARIN con respecto a la aplicación de la doctrina de las medidas cautelares al proceso penal es obra de ALCALA ZAMORA Y LEVENE: Derecho procesal penal , t. II, Buenos Aires, 1945. MARIN (J.C.), Las medidas cautelares en el nuevo [Código Procesal Penal](#) chileno. Apuntes de clase para el Diplomado sobre la Reforma Procesal Penal, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 3.

[5] Vid. ROXIN, Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 249 y ss. MAIER, Derecho procesal penal argentino, cit., pp. 274 y ss.

[6] Nos referimos, por ejemplo, al arresto por falta de comparecencia de testigos y peritos (art. 33 CPP).

[7] El sistema procesal penal chileno no admite, en sede penal, el ejercicio de otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado. El artículo 59 inciso 3º CPP dispone que estas acciones deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente, de acuerdo a las reglas generales.

[8] GIMENO SENDRA, Derecho procesal penal (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), Editorial Colex, Madrid, 1997, p. 480.

[9] MORENO CATENA, El proceso penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, v. II, p. 1536.

[10] En términos más gráficos se suele decir que las medidas cautelares personales tienden a asegurar la persona del imputado, en tanto las medidas cautelares reales tienden a asegurar sus bienes .

[11] MORENO CATENA, El proceso penal, cit., p. 1537.

[12] Vid., por todos GIMENO SENDRA, Derecho procesal penal (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 480.

[13] MAIER, Derecho procesal penal argentino, cit., p. 274.

[14] Art. 7.5 CADH y art. 9.3 PIDCP.

[15] En palabras de MANZINI: "La privación de libertad individual del imputado sólo es justificable racional y políticamente cuando se vea que es necesaria para conseguir los fines del proceso penal". MANZINI, VINCENZO, Tratado de derecho procesal penal, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1952, t. III, p. 641.

[16] MAIER, Derecho procesal penal argentino, cit., p. 279. Esta dualidad de fines procesales aparece explicitada incluso por MANZINI: "La finalidad del proceso es eminentemente práctica, actual y jurídica, y se limita a la declaración de certeza de la verdad en relación al hecho concreto y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas", MANZINI, ob. cit., t. I, p. 248. MAIER considera también como una finalidad del procedimiento que puede justificar medidas de coerción procesal, un fin preventivo inmediato y concreto tendiente a "evitar la consumación de un delito tentado o consecuencias posteriores perniciosas del delito consumado". Este fin justificaría -en adición a las finalidades propiamente procesales- la detención y el allanamiento sin orden judicial en caso de flagrancia. MAIER, Derecho procesal penal argentino, cit., pp. 280 y ss.

[17] Vid. GIMENO SENDRA, Derecho procesal penal (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 482.

[18] Idem nota anterior.

[19] El CdPP de 1906 autorizaba en ciertos casos para despachar órdenes de detención a los

intendentes regionales y gobernadores provinciales (art. 258 CdPP) e incluso a los alcaldes (art. 259 CdPP). A modo ilustrativo, cabe mencionar que los casos que habilitaban a los primeros incluían, entre otros, los crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado; contra la seguridad interior del Estado; la falsificación de monedas, papel moneda, instrumentos de crédito del Estado, de establecimientos públicos y sociedades anónimas o de bancos e instituciones financieras legalmente autorizadas; los crímenes o simples delitos de tráfico de estupefacientes; los crímenes o simples delitos que la ley tipifique como conductas terroristas; y la sustracción y secuestro de personas (art. 258 CdPP de 1906).

[20] Vid. infra, VI A.3.2.1.2.

[21] Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo [Código de Procedimiento Penal](#). Boletín 1.630-07, art. 154.

[22] Vid. infra, VI.A.1.2.

[23] GIMENO SENDRA, Derecho procesal penal (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 483.

[24] Vid. infra, VI.A.3.5. y VI.A.4.7.1.

[25] Art. 7.5 CADH. Vid. supra, II.C.2.2.2.

[26] La citación como medida cautelar personal es también judicial en cuanto supone una resolución judicial motivada que la ordene. Vid. infra, VI.A.2.4.

[27] PFEFFER, [Código Procesal Penal](#). Anotado y concordado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, art. 123, p. 146.

[28] MORENO CATENA, El proceso penal, cit., p. 1640.

[29] Como expresa MORENO CATENA, refiriéndose a la institución española, "la citación coercitiva de los arts. 486 a 488 LECRIM presenta unos caracteres de coerción de mayor intensidad (que las citaciones en el proceso civil), en cuanto consiste en una orden de comparecencia para un día y hora determinados, cuyo acatamiento supone desde luego el traslado a la sede del Juzgado y su permanencia en la misma durante el tiempo de la declaración, bajo la intimación de que si el citado no comparece sin justa causa que se lo impida, podrá acordarse su detención". MORENO CATENA, El proceso penal, cit., p. 1640.

[30] En el caso del imputado, la citación debiera expresar el hecho que se le imputa, ya que en este caso debe reconocerse a la citación el carácter de imputación. MORENO CATENA, El proceso penal, cit., p. 1642.

[31] La "comprobación de domicilio" es una expresión inadecuada. Actualmente debe entenderse que esta actuación se satisface con el "señalamiento de domicilio" por parte del imputado, ya que de otro modo resultaría una inconsistencia, dentro del mismo artículo, entre el deber que se impone a la policía y al fiscal como paso previo al reconocimiento de la libertad en caso de flagrancia.

[32] Vid. infra, VI.A.2.5.2.

[33] Adicionalmente, debe tenerse en consideración que el conflicto, surgido de la reiteración en el artículo 141 CPP de las mismas situaciones del artículo 124 CPP, obedece a una inconsistencia surgida durante la tramitación del proyecto en la Cámara de Diputados. En efecto, en el texto del proyecto propuesto por el Ejecutivo, la disposición correspondiente al actual artículo 141 CPP consideraba improcedente la prisión preventiva en la letra a) cuando el delito imputado no mereciere pena aflictiva; y en la letra b) cuando la pena mínima asignada al delito no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. Se trataba, como se observa, de casos en que la pena era superior a la de aquellas imputaciones que sólo hacían procedente la citación. La Cámara de Diputados modificó esta norma determinando su redacción definitiva, ya que a pesar de que el Senado había restituido el límite a los casos en que el delito no mereciere pena aflictiva, la Cámara de Diputados insistió en su texto, resolviendo definitivamente en favor de esta última, la Comisión Mixta.

[34] Citando a GIMENA SENDRA, Derecho procesal penal (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 485.

[35] STC 98/1986, citada por MORENO CATENA, El proceso penal, cit., p. 1550.

[36] Vid. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Instituciones de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 219.

[37] Nótese que, en nuestro sistema, la detención imputativa no tiene nunca por objeto asegurar la disponibilidad del imputado para el interrogatorio del juez, ya que éste carece de atribuciones al efecto. La posibilidad de que el imputado declare ante el juez de garantía está concebida como un derecho del imputado, que éste puede ejercer o no como medio de defensa (art. 98 CPP). La detención puede, sin embargo, ser decretada por el juez para asegurar que el imputado comparecerá a declarar ante el fiscal, pero sólo cuando éste no haya comparecido a la citación del ministerio público (arts. 23 y 193 CPP). En este último caso no se trata de una detención imputativa, sino de una detención por incomparecencia.

[38] El artículo 255 del CdPP de 1906 establecía: "El juez que instruye un sumario podrá decretar la detención: 1º Cuando, estando establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, tenga el juez fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a aquel cuya detención se ordene".

[39] PFEFFER (E.), [Código Procesal Penal](#). Anotado y concordado, cit., art. 126, p. 148.

[40] Vid. supra, VI.A.1.4.2.

[41] Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo [Código de Procedimiento Penal](#). Boletín 1.630-07, art. 154.

[42] Vid. supra, III.A.2.3.1.1. y III.A.2.3.2.5.

[43] MONTERO AROCA (J.) y otros, Derecho jurisdiccional, cit., p. 448.

[44] Excluimos el tercer ejemplo citado por la disposición, esto es, que la persona "pudiera suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito", porque tal situación, en cuanto se dirige a un tercero, escapa del marco de las medidas cautelares personales, que es el objeto de este capítulo.

[45] Por otra parte, los verdaderos intentos de restablecer la detención por sospecha durante la tramitación del proyecto de [Código Procesal Penal](#) corrieron por parte de la Cámara de Diputados, que había agregado a la enumeración de las situaciones de flagrancia propuestas por el Ejecutivo una letra g) que entendía encontrarse en situación de flagrancia "el que inequívocamente se aprestare a dar comienzo a la ejecución de un delito". La hipótesis fue afortunadamente suprimida por el Senado, aun cuando la razón para ello no fue el deseo de impedir la reedición de la detención por sospecha sino la circunstancia de tratarse, supuestamente, de una situación ya contemplada en las letras anteriores, debido a que en tal caso habría siempre principio de ejecución o actos preparatorios penados por la ley. PFEFFER, [Código Procesal Penal](#). Anotado y concordado, cit., art. 129, pp. 149 y ss.

[46] DE LLERA SUAREZ (B.), Derecho procesal penal (Manual para criminólogos y policías), Valencia, 2ª ed., 1997, pp. 288 y 289, citado por MORENO CATENA, El proceso penal, cit., p. 1560.

[47] En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se estimó que este plazo de detención era inferior al plazo establecido constitucionalmente. Esto, sin embargo, sólo es correcto con respecto a la detención ordenada por funcionarios públicos distintos del juez, caso para el cual el art. 19 N° 7° letra c) CPR establece un plazo de cuarenta y ocho horas, dentro de las cuales la autoridad debe "dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado". La detención por orden judicial no tiene fijado un plazo máximo por la CPR. Era el CdPP de 1906 el que establecía un plazo máximo de cinco días desde que el detenido sea puesto a disposición del tribunal (art. 272 N° 1° CdPP de 1906), entendiéndose que en ese caso el detenido quedaba a disposición del tribunal "por el mismo hecho de la detención" (art. 291 inc. final CdPP de 1906).

[48] MORENO CATENA, El proceso penal, cit., p. 1626.

[49] Para una revisión de la discusión doctrinaria existente en Alemania acerca de las facultades del Juez Municipal para ordenar la liberación del detenido o revocar la orden de detención. Véase ROXIN, Derecho procesal penal, cit., pp. 266 y ss.

[50] En España, donde el problema de respeto al plazo de la detención se planteó al Tribunal Constitucional español con ocasión de una detención practicada en alta mar, a considerable distancia de las costas españolas más próximas, el TCE consideró que debía desestimarse en ese caso una vulneración a la garantía del art. 17.2, al poner el énfasis en el "pleno control judicial sobre la libertad del recurrente", más que en la presencia física del detenido ante el juez dentro del plazo previsto constitucionalmente. Teniendo en consideración que el Juzgado Central de Instrucción competente, dentro de las 72 horas establecidas por la Constitución, había dictado un auto en el que, teniendo en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo que impedían la presencia física de los detenidos ante el órgano judicial y valorando los indicios de criminalidad existentes, había acordado la prisión provisional del detenido, el TCE estimó que no existía infracción constitucional, recordando que "el mandato de la Constitución es que, más

---

allá de las setenta y dos horas, corresponde a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad" (STC 115/1987), lo que se había cumplido en la especie (STC 21/1997).

[51] En la discusión legislativa del proyecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado tuvo presente "que la ley puede establecer plazos menores, lo que se explica en el nuevo procedimiento por las restricciones a las diligencias policiales autónomas y el derecho a guardar silencio que se reconoce al detenido". Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo [Código de Procedimiento Penal](#). Boletín 1.630-07, arts. 161 y 162.

[52] Vid. supra, VI.A.3.2.1.4.c.

[53] MORENO CATENA, Derecho procesal penal (con GIMENO SENDRA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 524.

[54] Vid. supra, VI.A.1.2.

[55] Desde luego, nos parecería incorrecto un argumento destinado a elaborar esta diferencia a partir de las garantías de segregación y trato menos riguroso a que alude el artículo 150 CPP. Si el trato de inocente que permite distinguir la prisión preventiva de la prisión punitiva consiste en que la primera se cumpla, como expresa la ley, "de manera tal que no provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto", lo que cabe realmente discutir es por qué razón la pena privativa de libertad involucra limitaciones adicionales de ese tipo, que no tienen justificación alguna en su propia naturaleza.

[56] MANZINI, Tratado de derecho procesal penal, cit., t. I, pp. 253 a 256.

[57] En su Tratado de derecho procesal penal, y bajo el título "La presunción de inocencia está fuera de lugar", FONTECILLA sostiene que ésta debe considerarse "desterrada" por resultar "inaplicable desde el momento en que la extraviada conducta del hombre comienza a revelarse en los ámbitos del proceso penal, donde impera el régimen de prueba legal, que encauza y guía el convencimiento del juez". A su juicio, frente a las leyes reguladoras de la prueba "ninguna relevancia puede tener la llamada presunción de inocencia, y resaltarían en forma más elocuente su falta de lógica y su ausencia de realidad si el juez pretendiera mantener la presunción de inocencia frente a un individuo confeso o convicto o sorprendido in fraganti". Sobre la base de estos fundamentos, FONTECILLA califica la presunción de inocencia como "absurda". FONTECILLA RIQUELME, (R.), Tratado de derecho procesal penal, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago, 1978, t. II, p. 442.

[58] FERRAJOLI, Derecho y razón, cit., p. 555.

[59] Para un completo desarrollo del argumento véase: FERRAJOLI, Derecho y razón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 549 a 561.

[60] BECCARIA, De los delitos y de las penas, cit., t. XIX, pp. 60-61, citado por FERRAJOLI, Derecho y razón, cit., p. 552.

[61] CARRARA, Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa. Traducción dirigida por Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, v. II, 897, p. 285.

[62] Conforme a la doctrina predominante en Chile, la libertad provisional del CdPP constituía la suspensión de los efectos de la prisión preventiva. No debe ser confundida con la libertad provisional del sistema español, donde constituye una medida cautelar personal alternativa a la prisión preventiva. Véase LOPEZ (O.), Derecho procesal penal chileno, EDIAR Editores Ltda., 2ª ed., Santiago, 1983, p. 201, quien sin embargo considera a la libertad provisional del CdPP chileno como una medida cautelar.

[63] La norma se refiere a conductas terroristas. Véanse [art. 9º CPR](#) y [Ley 18.314](#) de 1984.

[64] El PIDCP había sido suscrito por Chile en el año 1966 y ratificado en el año 1972.

[65] MEDINA (C.), Constitución, tratados y derechos esenciales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 39 y ss.

[66] Mensaje Nº 110-331 de S.E. el Presidente de la República a S.E. el Presidente de la H. Cámara de Diputados, de fecha 9 de junio de 1995.

[67] Vid. supra, VI.A.1.4.5.

[68] Vid. supra, VI.A.2.5.

[69] Vid. supra, VI.A.2.5.2.

[70] Vid. supra, VI.A.2.5.2.

[71] La diferencia entre el arresto por falta de comparecencia y la prisión preventiva destinada a asegurar comparecencia nos parece tenue pero real. En el primer caso, la privación de libertad debe preceder a la actuación el tiempo mínimamente necesario para permitir la conducción del arrestado al tribunal y no puede incluir el encarcelamiento en un recinto penitenciario; en el segundo caso, la medida conlleva encarcelamiento y puede ejecutarse con mayor anticipación que la mínimamente requerida para la celebración de la audiencia.

[72] Dice MAIER: "Quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar decisiones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que lo afirman en esa posición superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la duda es absoluta". MAIER, Derecho procesal penal argentino, cit., p. 258.

[73] Vid. MAIER, Derecho procesal penal argentino, cit., p. 262; ROXIN, Derecho procesal penal, cit., p. 259; GIMENO SENDRA, Derecho procesal penal (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 481.

[74] A favor de la tesis que exige sólo tipicidad en el nivel de procesamiento, véase FONTECILLA (R.), Derecho procesal penal, Imprenta El Imparcial, Santiago, 1943, t. I, pp. 79 y ss.; QUEZADA MELENDEZ (J.), Derecho procesal penal. Del sumario, EDIAR Conosur Ltda., Santiago, 1988, pp. 159-161.

[75] JIMENEZ DE ASUA (L.), Tratado de derecho penal, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1951, t. III, 1236 y 1237, p. 804.

[76] JIMENEZ DE ASUA, Tratado de derecho penal, cit., p. 808.

[77] JIMENEZ DE ASUA sostiene que "...en los tipos anormales en que a más de elementos puramente descriptivos, hay elementos normativos y subjetivos, el juez no puede contentarse con el mero proceso de conocimiento. Incluso ante elementos subjetivos del tipo la función objetiva debe ser superada, y, sin quebrantar su papel cognoscitivo, penetrar en el ánimo del agente. Con mayor motivo aún, en presencia de elementos normativos, el juez de instrucción no ha de reducirse a su habitual menester. En tales hipótesis que han de ser fijadas cuidadosamente en cada caso, el juez de instrucción está obligado a hacer un juicio valorativo sobre la índole antijurídica de la conducta del autor". JIMENEZ DE ASUA, Tratado de derecho penal, cit., p. 807.

[78] FONTECILLA (R.), Tratado de derecho procesal penal, cit., 281, pp. 172-173.

[79] Véase QUEZADA MELENDEZ, Derecho procesal penal..., cit., pp. 159-161; POZO SILVA (N.), El cuerpo del delito en nuestra ley procesal penal, Ediciones Contumancia, Santiago, 1984, pp. 47-49; en contra: PAILLAS (E.), Derecho procesal penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, v. I, pp. 175 y ss.

[80] CLARIA OLMEDO (J.), Derecho procesal penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, t. II, 717 y 718, pp. 502-504.

[81] CLARIA OLMEDO, Derecho procesal penal, cit., p. 503.

[82] CLARIA OLMEDO, Derecho procesal penal, cit., p. 504.

[83] VELEZ MARICONDE (A.), Estudios de derecho procesal penal, Córdoba, 1956, t. II, pp. 232 y ss., citado por PAILLAS, Derecho procesal penal, cit., v. II, p. 193.

[84] Caso De Cubber (26 de octubre de 1984). MONTERO AROCA, Sobre la imparcialidad del juez...., cit., pp. 43 y 45.

[85] Los partidarios de la tesis que identifica delito con tipicidad sostienen, por ejemplo, la inevitabilidad del procesamiento (y en su caso de la prisión preventiva) del imputado que ha obrado en legítima defensa, afirmando que esta última sólo puede ser establecida en la sentencia definitiva. Véase JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal, cit., p. 808. FONTECILLA tuvo la oportunidad de redactar una sentencia aplicando la teoría a un caso concreto en que el imputado invocaba haber obrado en legítima defensa. Véase Resolución de 17 de septiembre de 1947 de la Corte de Apelaciones de Santiago, Revista de Ciencias Penales, segunda época, tomo X, N° 4, octubre-diciembre de 1948, p. 382, citada por PAILLAS, Derecho procesal penal, cit., v. I, p. 177.

[86] JIMENEZ DE ASUA ha dicho: "Es curioso que quienes combaten nuestra doctrina, en nombre del principio individualista favorable al acusado y contra el principio pro societate , no vean que con su tesis se llega a un resultado contrario. Si el procesamiento supusiera la existencia de un criminal y la valoración de antijuridicidad, culpabilidad y hasta punibilidad de la conducta, los autos llegarían a manos de los jueces y tribunales sentenciadores verdaderamente prejuzgados, y en el juicio no comparecería ya un simple procesado o acusado, sino un criminal autor de una conducta antijurídica, culpable y punible ". JIMENEZ DE ASUA, Tratado de derecho penal, cit., p. 809.

[87] Vid. supra, II.C.2.3.2.

[88] Lo anterior no implica desconocer, por supuesto, que la resolución inhabilitará al juez que la pronuncia para participar en el juicio oral por el hecho de afectar tal resolución su imparcialidad, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo. Vid. supra, II.C.2.1.2.1.

[89] Sobre la relación entre duda, probabilidad y certeza, vid. supra, VI A.4.5.1. (nota 72).

[90] Vid. supra VI.A.4.3.

[91] Véanse MAIER, Derecho procesal penal argentino, cit., pp. 274 y ss. En contra: FERRAJOLI, Derecho y razón , cit., pp. 556 y ss.

[92] Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párrs. 76-78.

[93] MAIER, Derecho procesal penal argentino, cit., p. 279.

[94] BARONA VILAR, Prisión previsional y medidas alternativas, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 20.

[95] Para una sintética descripción y crítica de la aceptación del peligro de fuga como justificación de la prisión preventiva, véase, FERRAJOLI, Derecho y razón , cit., pp. 551-559.

[96] ROXIN, Derecho procesal penal, cit., p. 258.

[97] Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párrs. 76-78.

[98] Las hipótesis de este numeral y el anterior deben entenderse con excepción de los casos en los que sólo procede la citación. Vid. supra, VI. A. 2.5.2.

[99] Aunque en este último caso la ley utiliza una fórmula imperativa ("se decretará"), lo cierto es que la posibilidad de reemplazo de la medida por una caución, conforme a lo dispuesto por el art. 146 CPP, reafirma el carácter facultativo de la adopción de la medida.

[100] Nótese, por el contrario, que sí constituye una justificación general de las medidas cautelares personales generales del art. 155 CPP.

[101] FERRAJOLI, Derecho y razón , cit., p. 553.

[102] Idem nota anterior.

[103] Afirma MARIN que "Este criterio de peligrosidad social aisladamente considerado es desde todo punto de vista censurable como elemento para negar la libertad del imputado y decretar en su contra la prisión preventiva. Con todo, al explicitar el legislador en el inc. 3º del art. 140 el contenido de la peligrosidad para la sociedad vemos aparecer algunos elementos que atenúan la crítica señalada. En efecto, el legislador reconoce fines cautelares a la prisión preventiva en cuanto pretende evitar la fuga del imputado. Las situaciones previstas por el legislador van desde la gravedad de la pena asignada al delito (entendiéndose que a mayor gravedad hay mayor riesgo de fuga y, por tanto, mayor posibilidad de que se aplique la medida), del número y carácter de los delitos; de los antecedentes del imputado (existencia de condenas anteriores, de procesos pendientes, de otras medidas cautelares, etc.) hasta las circunstancias mismas del hecho delictivo que revelen una peligrosidad especial del imputado (haber actuado en grupo o pandilla). Todo ello en una interpretación que debe armonizarse necesariamente con el principio de proporcionalidad". MARIN (J.C.), *Las medidas cautelares en el nuevo código procesal penal* chileno, cit., p. 30.

[104] Vid. supra, III.D.3.1.1.

[105] Vid. supra, VI.A.3.2.1.1.c.i.

[106] Cabe recordar que, aunque el proyecto del Ejecutivo consideraba el establecimiento de un límite temporal absoluto de 18 meses a la prisión preventiva, la norma fue suprimida por la Cámara de Diputados, y el Senado se negó a reponerla. Por otra parte, fue también modificado el proyecto del Ejecutivo en cuanto obligaba al juez a ordenar la cesación de la prisión preventiva cuando su duración alcanzare la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria o la que se hubiere impuesto, existiendo recursos pendientes. Se estableció, en definitiva, que el transcurso de este término sólo hace obligatoria la revisión de la medida. PFEFFER, *Código Procesal Penal*. Anotado y concordado, cit., art. 152, pp. 173 y ss.

[107] Vid supra, VI.A.4.6.5.

[108] Art. 7.5 CADH. Vid. supra, II. C.2.2.2.

[109] Lo anterior es tan evidente, que la ley no ha podido menos que establecer que el tiempo durante el cual el imputado ha permanecido sometido a prisión preventiva (e incluso detenido) debe abonársele al cumplimiento de la pena (art. 348 CPP).

[110] En otras palabras, no se observa razón para no adoptar respecto de los condenados las mismas medidas de protección que aquí se garantizan a los sometidos a prisión preventiva. Los condenados no son menos merecedores de que la ejecución de la pena no "provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o que por cualquier motivo se encontraren en el recinto". El "trato de inocente" que la ley ofrece a los presos no supone que deba existir para los condenados un "trato de culpable". Si alguna diferencia pudiera establecerse entre prisión preventiva y pena en materia de ejecución, ella debería aparecer vinculada exclusivamente a consideraciones de prevención especial positiva. Esto implica excluir la

---

posibilidad de que el "tratamiento resocializador" eventualmente asociado a la ejecución de la pena pueda tener cabida en la ejecución de la prisión preventiva.

[111] Vid. supra, VI.A.3.2.1.1.c.iv.

[112] Vid. supra, VI.A.3.5.

[113] Vid. Supra, VI.A.3.6.

[114] MORENO CATENA, Derecho procesal penal (con GIMENO SENDRA y CORTES DOMINGUEZ) cit., p. 524.