

5. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PROCESAL PENAL

Parricidio frustrado y otros. I. Encuadre típico de los hechos al ilícito por el que se ha formalizado, de parricidio frustrado. Justificación de la calificación dada al hecho específico. II. Deber de determinar la necesidad y proporcionalidad de medida cautelar. Los antecedentes permiten acreditar que libertad del imputado representa un peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima. Improcedencia de acoger sugerencias contenidas en informes médicos producidos y costeados por la propia parte que quiere servirse de ella. III. Determinación del lugar de cumplimiento de prisión preventiva. Inexistencia de patología mental que amerite o justifique la internación en un centro psiquiátrico de aquellos establecidos por la ley al efecto. Cumplimiento de medida cautelar en establecimiento penitenciario.

HECHOS

La Corte de Apelaciones revoca el resolución dictada por Juzgado de Garantía, en cuanto por ella se dispuso el ingreso transitorio del imputado a la Clínica El Cedro y, en su lugar, se dispone el ingreso al establecimiento penitenciario que corresponda y sea determinado por Gendarmería de Chile, dentro de sus atribuciones privativas; se confirma en lo demás la indicada resolución, en cuanto dispuso la medida cautelar de prisión preventiva del imputado y en el extremo referido a la calificación de los hechos de la formalización cuestionada, en lo pertinente, tanto por el Ministerio Público como por la defensa.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (acogido, revoca).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago.*

ROL: *4392-2020, de 27 de agosto de 2020.*

PARTES: *Ministerio Público con Hernán Calderón Argandoña.*

MINISTROS: *Sra. Paola Plaza G., Sr. Guillermo E. de la Barra D. y fiscal judicial Sra. Javiera Verónica González S.*

DOCTRINA

I. En relación al suceso N° 3 –de los hechos imputados–, si bien los reparos de la defensa son atendibles en cuanto la inexistencia del dolo de matar,

lo cierto es que en esta etapa de la investigación, la fiscalía ha justificado adecuadamente el encuadre típico de los hechos al ilícito por el que se ha formalizado, de parricidio frustrado, en razón de la cantidad y entidad de las heridas inferidas a la víctima producto del ataque sufrido, la naturaleza del arma empleada y las circunstancias que rodearon la comisión de este delito, que se presenta inmerso en una seguidilla de agresiones a la persona y bienes del afectado, lo que permite justificar de manera razonable la calificación que se ha dado al hecho específico (considerando 4° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. Con relación a la naturaleza de la medida cautelar, lo que ha de elucidarse es la necesidad y proporcionalidad de esta en relación con los eventos indagados y la peligrosidad del imputado. En tal entendimiento, no es posible soslayar la multiplicidad de hechos ilícitos acaecidos y que han motivado la formalización –daños, amenazas y lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, parricidio frustrado e infracción a Ley de Armas–, además de las circunstancias que los rodearon, las conductas reiterativas y la gravedad de la pena asignada a estos en conjunto. Unido a ello, los altos niveles de impulsividad del imputado, sin indicadores de psicopatía, lo que incluso se desprende de la propia documentación aportada por la defensa y que se manifiesta en la concretización de los hechos delictivos, son antecedentes que conducen a estos sentenciadores a decidir que la libertad del imputado representa un peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima, motivo por el cual se mantiene en esta parte la decisión en alzada, desatendiéndose en lo demás las sugerencias contenidas en los informes médicos, en especial el de 25 de agosto, en tanto se trata de prueba producida y costada por la propia parte que quiere servirse de ella (considerando 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*
- III. En cuanto al lugar de ejecución de la medida, la Corte tiene en consideración lo informado por los médicos especialistas, en el sentido de que, si bien presenta rasgos de personalidad alterados, no son constitutivos de una patología mental que amerite, justifique o propicie la internación en un centro psiquiátrico de aquellos establecidos por la ley al efecto, habiendo incluso la defensa descartado la aplicación de lo previsto en el artículo 458 del Código Procesal Penal. En estas condiciones, no queda sino disponer el ingreso del imputado en un establecimiento penitenciario de acuerdo con su situación procesal, debiendo Gendarmería de Chile dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6° inciso 3° del Decreto N° 518, de 21 de agosto de 1998, del Ministerio de Justicia (considerando 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

Cita online: CL/JUR/76087/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 139 y 140 del Código Procesal Penal; 6° inciso 3° del Decreto Supremo N° 518, Ministerio de Justicia.*

PRISIÓN PREVENTIVA COMO SUCEDÁNEO DE LAS
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

ALEJANDRO AWAD CHERIT
Universidad de Chile

Este fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago recayó en uno de los casos más bullados del año 2020, no precisamente por el interés que despertara el derecho sustantivo o procesal que resultaba aplicable, sino porque se trató de un espectacular hecho de sangre cuyos protagonistas pertenecen a una de las familias más conspicuas de la farándula nacional. Un joven mayor de edad, incipiente artista musical con miles de seguidores en redes sociales, habría irrumpido en el domicilio de su padre y procedido a acuchillarlo en el estómago, dejándolo con heridas graves y dándose luego a la fuga. Forma parte de la imputación del Ministerio Público un episodio anterior, protagonizado por las mismas personas; otra vez el hijo, a metros del padre, habría disparado una pistola en dirección a la ventana, esto es, en una dirección distinta a la de la víctima. En la audiencia de formalización de la investigación, el Ministerio Público buscó la calificación de ambos comportamientos como instancias de parricidio frustrado y solicitó la prisión preventiva para el imputado con base en los criterios de peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima –ambos recogidos en la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal–, a lo cual se adhirió la parte querellante. El fallo de primera instancia aceptó la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público para el episodio de las estocadas abdominales, pero optó por la tesis de la defensa tratándose de las percusiones del arma de fuego y, por ende, las calificó como amenazas en contexto de violencia intrafamiliar. Acto seguido, por los fundamentos invocados por el Ministerio Público, concedió la prisión preventiva para el imputado, pero, en una nota algo inédita, aceptó que se cumpliera en un recinto psiquiátrico privado, en el que el imputado se había internado después del segundo de los episodios y antes de que se formalizara la investigación a su respecto.

El fallo de segunda instancia no presenta anomalías que lo alejen de la práctica usual de los tribunales chilenos en la determinación de la medida cautelar de prisión preventiva. La decisión confirma ordenadamente la verificación del a quo respecto de cada uno de los presupuestos del artículo 140 y solo revoca la

decisión del Juzgado de Garantía acerca del lugar de cumplimiento de la medida cautelar de prisión preventiva.

Respecto de los presupuestos materiales requeridos para imponer al imputado la prisión preventiva, y dado que la participación del imputado en los hechos a él atribuidos no había sido debatida por los litigantes, el ad quem concentró sus esfuerzos en la determinación de la calificación jurídica de los hechos imputados, de acuerdo con la exigencia de la letra a) del artículo 140 del Código Procesal Penal. A este respecto, la Corte de Apelaciones concuerda con el a quo en cuanto a la calificación de los disparos del arma de fuego como delito de amenazas consumado –y no parricidio frustrado, como habían pretendido el Ministerio Público y el querellante–, ratifica la apreciación de la precisa infracción a la Ley de Armas hallada por el Juzgado de Garantía, y coincide también en la calificación de las estocadas abdominales como parricidio frustrado. Esta última conclusión es formulada por el ad quem a pesar de que, a juicio de la Corte, “los reparos de la defensa son atendibles en cuanto la inexistencia del dolo de matar”, dejando así traslucir el distinto estándar probatorio aplicado a la acreditación de los hechos en fase de medidas cautelares en relación con el de convicción más allá de toda duda razonable, requerido para la dictación de una condena¹.

En cuanto a la necesidad de cautela de la letra c) del artículo 140, la Corte ratifica la determinación de la jueza de primera instancia que consideró la libertad del imputado como un peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima, y por ende confirma la decisión de someter al imputado formalizado a la medida cautelar de prisión preventiva.

Como se anticipó, la Corte de Apelaciones discrepó del Juzgado de Garantía en un solo punto: el lugar de cumplimiento de la medida cautelar. Según la Corte, esta debía cumplirse en un establecimiento penitenciario de aquellos definidos en el artículo 11 del Decreto N° 518 del Ministerio de Justicia² y no en una clínica psiquiátrica privada, como había autorizado la jueza de primera instancia. Para fundamentar su decisión, el ad quem consideró decisivo que, incontrovertidamente, no se tratara de un inimputable por enajenación mental.

¹ No está claro en nuestro medio cuál es, sin embargo, precisamente este estándar de prueba. Véase VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan, “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”, en *Política Criminal* 13, N° 26 (2018), p. 839. En el derecho alemán, el estándar es de “sospecha vehemente”. Ver ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 259. En EE. UU. la Bail Reform Act de 1984 estableció como estándar probatorio de los presupuestos materiales el de “probable cause”. Véase DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián, *Proceso penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 251.

² El fallo comentado cita el artículo 6° del Reglamento.

Con arreglo al artículo 464 del Código Procesal Penal, tratándose de un imputado de este tipo, verificada la existencia de un informe psiquiátrico indicativo de que el imputado “sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentará contra sí o contra otras personas” y los presupuestos de los artículos 140 y 141 del mismo Código, el juez puede imponerle –en vez de la prisión preventiva u otra medida cautelar personal– la medida de internación provisional, la cual debe cumplirse en un establecimiento asistencial, en vez de en los establecimientos penitenciarios³ en que se cumple la prisión preventiva. La Corte estimó que esta razón era suficiente para revertir lo resuelto por el a quo; bajo la consideración dicotómica de la Corte, los imputables pueden ser sometidos a prisión preventiva en establecimientos penitenciarios y los inimputables pueden serlo a internación provisional en establecimientos asistenciales.

En principio, el anterior es un argumento literalista con sólido fundamento en las disposiciones citadas. Sin embargo, un examen respetuoso de las funciones que está llamada a cumplir la prisión preventiva y del mandato del artículo 139 del Código Procesal Penal, de recurrir a la prisión preventiva solo como último recurso, revela que se trata de un argumento mal encaminado. La prisión preventiva solo puede imponerse, de acuerdo con el artículo 140 del mismo Código, cuando lo exijan cuatro posibles riesgos –o elementos de “necesidad de cautela”–, a saber, peligro de fuga, peligro para la investigación, peligro para la seguridad de la sociedad y peligro para la víctima. Dentro de estos, el a quo y el ad quem coincidieron en que se verificaban los dos últimos. Verificados dichos fundamentos, el principio de proporcionalidad⁴ hace forzosa para el tribunal la pregunta acerca de cuál es la medida cautelar personal menos lesiva para el afectado que resulte suficiente para conjurar estos riesgos. El Juzgado de Garantía estimó que la reclusión total en un recinto psiquiátrico privado era suficiente para aplacarlos y a esa medida cautelar la llamó prisión preventiva. La Corte estuvo de acuerdo con el rótulo formal de la medida cautelar impuesta por el a quo, pero acto seguido recordó que las reglas legales e infralegales aplicables hacen que la prisión preventiva deba cumplirse en un recinto penitenciario, y por lo tanto revocó parcialmente la resolución del a quo. Dicho de otro modo, el ad quem no centró su esfuerzo argumentativo

³ Los mismos recintos en que se cumplen las penas privativas de libertad. Nótese que su nombre alude a lugares de penitencia o castigo.

⁴ Nadie discute que este principio, en la base del artículo 139 del Código Procesal Penal, debe guiar las decisiones acerca de medidas cautelares personales. Por todos, véase HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*, t. I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 353 y ss.

en evaluar la idoneidad de la específica privación de libertad impuesta por la jueza de garantía –reclusión total en clínica psiquiátrica privada–, sino en la evaluación del rótulo que la misma jueza escogió para dicha medida. Solo así se entiende que la resolución comentada no le haya dedicado siquiera una línea a una pregunta ineludible a la hora de evaluar la decisión del a quo: ¿resulta suficiente la privación de libertad en una clínica privada para conjurar los riesgos específicamente acreditados por ambos tribunales? Si respondía afirmativamente, pudo haber mantenido la medida con indicación de que no se trataba de prisión preventiva sino de alguna de las medidas cautelares personales del artículo 155 del Código Procesal Penal. Como es obvio, sin embargo, nada impide que la Corte pudiera haber respondido negativamente la pregunta y, con eso, alcanzar el mismo resultado al que arribó. Lo que importa es que apelar al Decreto N° 518 es una manera de no responderla.

Otro elemento digno de análisis del fallo de alzada fue la exclusión de un informe médico presentado por la defensa. Para refutar el argumento de la defensa de la falta de peligrosidad del imputado para la sociedad y la víctima, la Corte de Apelaciones descartó la consideración de los informes psiquiátricos presentados por la defensa “en tanto se trata de prueba producida y costada por la propia parte que quiere servirse de ella”. En un sistema adversarial sometido a las reglas de la sana crítica para la valoración de la prueba, esta frase del ad quem resulta difícil de comprender. Mal que mal, los informes esgrimidos por los litigantes son usualmente costados ellos mismos, ya sea que lo haga el Ministerio Público, el querellante o la defensa. Si nos tuviéramos que tomar en serio la frase de la Corte, tendríamos que leerla como la negación del valor probatorio, desde ya, de cualquier informe pericial pagado, lo cual resulta abiertamente inverosímil a la luz de la práctica procesal penal chilena.

Por esto, este comentario opta por la consideración de la frase recién citada del *ad quem* como la señalización por parte de la Corte, no del todo consciente, de algunos de los elementos críticos que atraviesan una decisión por lo demás rutinaria. Bajo esta óptica, se puede concebir la aseveración de la Corte respecto del informe médico aportado por la defensa como una señal al público de que la condición socioeconómica de los imputados no debe incidir ni directa –como una suerte de inmunidad– ni indirectamente –a través de los medios que el dinero pone a disposición de los litigantes– en su suerte judicial.

No es casual que una señal de este tipo se haya expresado en una decisión de prisión preventiva. Como se pretende explicar en este comentario, en Chile la prisión preventiva, una de las instituciones más problemáticas del derecho

moderno⁵, ha venido, mala e insuficientemente por cierto, a compensar un agudo déficit de legitimidad de la práctica penal nacional: la imposición de presidio efectivo queda sustancialmente restringida, por expreso diseño legal, a los reincidentes, esto es, la mayor parte de las veces, a delincuentes profesionales, provenientes casi siempre de los sectores socioeconómicamente más desfavorecidos de la población⁶⁻⁷. Si bien en el discurso criminológico está masivamente extendida, desde los años setenta, la crítica a la legitimidad de la generalidad de los sistemas penales a partir de la constatación de que “el castigo está sobrerrepresentado en los grupos económicamente más desaventajados”⁸, la regulación de las formas de ejecución de las penas hace del caso chileno uno particularmente grave.

Antes de abordar el modo en que la prisión preventiva desempeña en la práctica esta espuria función de compensación ante la proyectada ausencia de presidio efectivo para ciertos imputados, conviene hacer una breve referencia al modo en que se cumplen las condenas –formalmente– privativas de libertad en Chile. Ello pasa necesariamente por describir a trazos gruesos la Ley N° 18.216, la llamada ley de penas sustitutivas a las privativas o restrictivas de la libertad. En términos generales, la mentada ley, inspirada en ideales resocializadores, permite que quienes no han sido condenados anteriormente por otros delitos puedan, con tal de que la pena a la que han sido condenados no sea superior a los cinco años –y en la medida que se den algunos supuestos de usual y rutinaria acreditación en la práctica–, cumplir las penas privativas de libertad de una manera distinta a la privación total de libertad; I. e., a través de la remisión condicional de la pena, la reclusión parcial, los trabajos comunitarios o la libertad vigilada. El efecto que esta ley trae consigo, en dos palabras, es que quienes delinquen por primera vez, y con tal que la suma de las penas a las que hayan sido condenados no exceda los cinco años, no tengan que cumplir la pena privativa de libertad establecida en la sentencia definitiva condenatoria

⁵ Véase DEI VECCHI, Diego, “La prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales”, en *Ideas & Derecho* 11, (2015), p. 5.

⁶ “Delincuentes habituales o profesionales”, quienes “muy probablemente seguirán delinquiendo porque este es su modo de vida y no hay posibilidades reales de un cambio de actividad”. DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián, ob. cit. (n. 1), p. 264.

⁷ Con un diagnóstico similar, aunque enfocado a los delitos económicos, CORREA ROBLES, Carlos y WINTER ETCHEBERRY, Jaime, “¿Hipertrofia de la prisión preventiva por peligro para la seguridad de la sociedad? Algunas reflexiones a la luz del caso Penta”, en *Revista de Ciencias Penales* 42, N° 2 (2015), pp. 473-490.

⁸ LORCA FERRECCIO, Rocío, “Pobreza y responsabilidad penal”, en GARGARELLA, Roberto, (editor), *El castigo penal en sociedades desiguales*, Buenos Aires: Miño y Dávila (2012), p. 173.

firme que se haya dictado en su contra, sino medidas punitivas sustancialmente menos intensas. Esta ley hace que las penas privativas de libertad del Código Penal, en general, solo las sufran los reincidentes. Si bien, como se mencionó recién, esta ley se encuentra noblemente inspirada en la reducción de los efectos criminógenos que suelen asociarse a la privación de libertad en las cárceles chilenas, su aplicación hace que no resulte demasiado exagerada la afirmación, agudamente inconsistente con el principio de igualdad ante la ley, de que en Chile las penas de cárcel están reservadas para los pobres.

Como es obvio, la situación descrita resulta altamente problemática desde el punto de vista de la legitimidad de la práctica penal chilena, y no puede resultar misteriosa su contribución a la desconfianza en la opinión pública.⁹ El problema se hace especialmente palpable cuando estalla algún caso mediático que tiene como imputado a algún miembro de la clase alta, usualmente sin antecedentes penales. En estos casos, salvo que se trate de un delito particularmente grave (o que se trate de aquellos delitos que resultan incompatibles con las penas sustitutivas, referidos en el art. 1º de la Ley N° 18.216), la ponderación de agravantes y atenuantes —entre las cuales desde ya podemos contar la irreprochable conducta anterior del imputado— hace altamente probable que la pena privativa de libertad a que se expone el imputado vaya a ser cumplida mediante un sucedáneo del presidio dramáticamente menos intenso. Precisamente, el avizoramiento de este derrotero procesal suele producirse en la formalización de la investigación, justamente el momento de más alta atención pública sobre el hecho supuestamente delictivo¹⁰. Por cierto, es en esta misma audiencia de formalización de la investigación en que habitualmente el Ministerio Público solicitará medidas cautelares personales para el imputado y, si el hecho es grave y de connotación pública, muy probablemente optará —en contra de lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 139 del Código Procesal Penal¹¹— por la prisión preventiva. El resultado de esta configuración de circunstancias es que, como un fantasma

⁹ En la última encuesta del Centro de Estudios Públicos, de 2019, la confianza en los tribunales de justicia (sin distinción entre ellos) bordea el 8%. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200116/20200116081636/encuestacep_diciembre2019.pdf.

¹⁰ CORREA ROBLES, Carlos y WINTER ETCHEBERRY, Jaime, “Prisión preventiva y delitos empresariales en Chile”, en *Revista de Investigaciones Jurídico-Penales del Centro de Estudios Penales y Penitenciarios de la Universidad Mayor* 3 (2014), p. 211.

¹¹ Que con claridad sitúa a la prisión preventiva como la *ultima ratio* de las medidas cautelares personales, bajo un estándar de necesidad derivado del test de proporcionalidad del derecho público: “La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”.

que nadie nombra¹² pero de cuya presencia en la sala de audiencias de primera o segunda instancia nadie duda, suele acechar un dilema urgente enteramente ajeno a las reglas y a la literatura legal acerca de la prisión preventiva: ahora o nunca. Ya que probablemente la sentencia condenatoria que se dicte será cumplida en libertad, la prisión preventiva pasa a ser la única oportunidad de castigar al imputado¹³.

El anterior representa un dilema particularmente escabroso en la medida en que pone de manifiesto el contenido latente de una de las dimensiones más ilegítimas de la prisión preventiva en Chile, una que ni el sistema procesal menos respetuoso de las garantías individuales se atrevería a explicitar: la prisión preventiva como castigo. La literatura legal chilena ha criticado duramente esta dimensión punitiva que amenaza con asumir la prisión preventiva, siendo habitual que se la califique críticamente como pena anticipada¹⁴. Cabe precisar que, en el contexto que se viene discutiendo, tratándose de imputados sin condenas anteriores en casos cuyo pronóstico más verosímil es la aplicación, con base en la Ley N° 18.216 de penas sustitutivas, una mejor descripción del carácter punitivo de la medida de prisión preventiva es la de sucedáneo de la pena. Ello porque la pena privativa de libertad que no ha de cumplirse no puede adelantarse. A lo más puede imponerse por otra vía. Visto así, la prisión preventiva en casos como este admite ser descrita como una pena sustitutiva de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216.

¹² En realidad, casi nadie. Esperando una audiencia, un fiscal me comentó que en la Corte de Apelaciones, para mantener o conseguir la prisión preventiva respecto de imputados en casos económicos mediáticos, solía bastarle interpelar a los ministros: “Y por todos estos graves hechos, ¿parece justo que el imputado no pase un solo día en la cárcel?”.

¹³ Nótese cómo esto es exactamente lo que, por aplicación del principio de proporcionalidad, se pretendía excluir mediante la letra c) del artículo 141 en la formulación original del texto del Código Procesal Penal (disposición derogada por la Ley N° 20.074, del año 2005), según la cual no procedía la prisión preventiva “[c]uando 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”. En plena coincidencia con la disposición derogada, Hassemer: “La prohibición de exceso exige que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva sólo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión”. HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy. Normas, interpretación, procedimiento. Límites a la prisión preventiva*. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 121.

¹⁴ Solo a modo ejemplar, ver BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón, “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, en *Política Criminal* 7, N° 14 (2012), p. 467; CORREA ROBLES, Carlos; WINTER ETCHEBERRY, Jaime, ob. cit. (n. 6), p. 487; DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián, ob. cit. (n. 1), p. 259.

Las consideraciones anteriores reclaman algunas –inevitablemente resumidas y rudimentarias– explicaciones acerca de la prisión preventiva, tanto en general como del modo en que está regulada y aplicada en Chile.

Suele constatar que la prisión preventiva se encuentra en tensión con la presunción de inocencia, uno de los principios fundamentales del sistema procesal penal¹⁵. Si el imputado es tenido por inocente hasta que una sentencia condenatoria firme dé cuenta de la demostración por parte del Estado, en el marco de un juicio oral con toda clase de garantías y bajo un estándar de prueba de convicción más allá de toda razonable, de la responsabilidad penal del acusado, y si la sanción más grave que puede imponerle dicha condena es una pena privativa de libertad, entonces resulta altamente problemático que la misma privación de libertad pueda imponérsele a través de una medida cautelar personal en una etapa temprana del procedimiento. Bajo una mirada estrictamente fenomenológica, que atienda solo a la dimensión descriptiva de las condiciones a las que se somete al afectado, la prisión preventiva y la pena privativa de libertad resultan prácticamente iguales.¹⁶ Solo es el distinto significado institucional y los diversos fundamentos de ambas lo que permite diferenciarlas. La pena expresa reproche. La pena, para los defensores de teorías prevencionistas, está justificada en la prevención de delitos posteriores. Nada de esto puede predicarse –en teoría– de la prisión preventiva.¹⁷

Es precisamente a partir de estas diferencias entre la prisión preventiva que ha surgido la defensa estándar a la legitimidad de la prisión preventiva (tesis compatibilista entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia), bajo la cual esta medida cautelar solo resulta justificable en la medida en que se imponga con base en criterios y fines enteramente distintos de los que justifican la pena. Como señalaba Hassemer, “[l]a persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de ese derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación de un peligro de reiteración, la intimidación, o la integración normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización solo pueden ser ejecutados sobre una persona con respecto a la

¹⁵ Por todos, NIEVA, Jordi, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, en *Indret* 1/2016, p. 4. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1203_es.pdf.

¹⁶ Así, VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan, ob. cit. (n. 1), p. 837. En el mismo sentido, véase HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, ob. cit. (n. 4), p. 425.

¹⁷ Como es obvio, optar por una tesis retribucionista de la pena no soluciona el problema. La objeción fundante del retribucionismo, esgrimida por Kant contra la justificación prevencionista de la pena –no puede tratarse a las personas como medios, sino como fines en sí mismos–, mantiene más vigor todavía de cara a la prisión preventiva. Véase MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La pena como retribución”, en *Estudios Públicos* 108, 2007, p. 179.

cual el derecho penal se ha asegurado de su culpabilidad en forma conforme al ordenamiento”¹⁸. Bajo esta concepción cautelar de la prisión preventiva, esta se considera legítima “tan solo si es concebida en términos cautelares”¹⁹, esto es, si la prisión preventiva se fundamenta en fines propios del proceso penal, tradicionalmente la prevención de la fuga del imputado y el aseguramiento de la evidencia recabada en el procedimiento.²⁰

Como se sabe, la regulación chilena no se ajusta a este modelo. En la letra c) del artículo 140 se establece expresamente que la prisión preventiva puede justificarse, además de por el peligro de fuga o de entorpecimiento de investigación –en contra de los tratados internacionales suscritos por Chile que regulan la materia²¹–, para preservar “la seguridad de la sociedad o del ofendido”. Estos factores de cautela corresponden a lo que la doctrina designa como peligro de reincidencia y se corresponden perfectamente con el fundamento de la teoría preventivo-especial de la pena. Chile no está solo, en todo caso, en esta subversión de la naturaleza cautelar de la prisión preventiva; solo a modo ejemplar, el peligro para la sociedad como antecedente justificatorio de la prisión preventiva está consagrado legalmente en Alemania –aunque acá se ha restringido judicialmente la causal hasta reconfigurarla²²– y, abiertamente, en el sistema federal de EE. UU. después de la Bail Reform Act de 1984²³.

La sola existencia de la causal de peligro para la seguridad de la sociedad –agravada por la reforma operada por Ley N° 20.253, que pretende establecer presunciones de peligrosidad que tienden a reconfigurar hipótesis de inexcusabilidad²⁴– justifica por sí sola contundentes pronunciamientos en contra de la legitimidad de la regulación chilena de la prisión preventiva. Y, por cierto, fueron justamente el peligro para la seguridad de la víctima y de la sociedad las razones aducidas por el fallo en comento para decretar la aplicación de esta medida cautelar al imputado.

¹⁸ HASSEMER, Wilfried, ob. cit. (n. 13), p. 118.

¹⁹ Véase DEI VECCHI, Diego, “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”, en *Revista de Derecho Valdivia* 26, N° 2, 2013, pp. 198-199.

²⁰ Ya Beccaria en el siglo XVIII restringía la legitimidad de la prisión preventiva a estas dos causales. *Ibid.*, p. 194.

²¹ Véase HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, ob. cit. (n. 14), pp. 394-5.

²² ROXIN, Claus, op. cit (n. 1), p. 261.

²³ ALLEN, Ronald; STUNTZ, William; HOFFMANN, Joseph; LIVINGSTON, Debra; LEIPOLD, Andrew; MEARES, Tracey, *Comprehensive criminal procedure, Aspen casebook series*, Wolters Kluwer, Fourth edition, 2016, pp. 1004-5.

²⁴ DUCE JULIO, Mauricio; RIEGO RAMÍREZ, Cristián, *La prisión preventiva en Chile: análisis de los cambios legales y su impacto*, Santiago: Ediciones UDP, 2011, pp. 53-4.

Sin embargo, desde el punto de vista de la práctica judicial, parece emerger bajo el peligro para la sociedad otra causal implícita –de aquellas que Hassemer ha llamado causales apócrifas²⁵–, quizá todavía más atentatoria contra la fisonomía legítima de la prisión preventiva: la repercusión pública o (el resguardo de la) legitimidad del sistema. Esta causal fue expresamente consagrada en la reforma penal nacional socialista alemana de 1935 y se encuentra recogida como motivo terciario en la regulación canadiense, que se aplica cuando “la prisión preventiva es necesaria para mantener la confianza de la opinión pública en el sistema”²⁶.

Casos como el comentado acá permiten elucubrar la presencia latente de esta causal. Como dijimos, se trata de un caso de alta connotación pública contra un imputado de clase alta, sin antecedentes penales, que probablemente no terminará condenado a una pena privativa de libertad. Es probable que la libertad del imputado no haya constituido un serio peligro a la seguridad de la sociedad. Y si representaba un riesgo, es posible que alguna medida cautelar personal menos intensa del artículo 155 del Código Procesal Penal hubiera podido aplacarlo. Lo que parece seguro es que ninguna de esas otras medidas podría haber conjurado ese otro riesgo que la causal apócrifa descrita se ocupa de conjurar: la amenaza que para la “legitimidad del sistema” representan estos casos de alta connotación pública.

Es prudente cerrar con una advertencia: nada permite asegurar que las tensiones acá descritas hayan estado efectivamente en la base del fallo comentado. Incluso el propio el punto de partida del presente análisis quizá demuestre estar equivocado y el imputado termine cumpliendo una eventual sentencia condenatoria privado de libertad. De cualquier forma, eso no debiera anular la pertinencia de estos apuntes; como es obvio, la pena que se acabe imponiendo no se conocía al momento del fallo comentado. Por lo demás, en línea con lo sugerido con Hassemer²⁷, la legitimidad de la prisión preventiva en Chile, tanto en su regulación legal como en su modo de aplicación, parece lo suficientemente dudosa como para justificar hipótesis especulativas como las acá planteadas. Y en todo caso, hay al menos dos elementos del fallo del ad quem que sugieren que la igualdad ante la ley –principio que como se ha explicado resulta a lo menos amenazado por la Ley N° 18.216– forma parte de los fundamentos no

²⁵ HASSEMER, Wilfried, ob. cit. (n. 13), p. 111.

²⁶ DUCE JULIO, Mauricio; RIEGO RAMÍREZ, Cristián, *op. cit.* (n. 1), p. 265.

²⁷ Sostiene Hassemer: “Con relación a los fundamentos de la detención no sabemos, tomado estrictamente, cuáles son los ‘verdaderos’ fundamentos de la prisión, ni tampoco cuáles han conducido ‘realmente’ al juez, sino solo cuáles son los que ha asentado en el decreto de prisión preventiva”. HASSEMER, Wilfried, ob. cit. (n. 13), p. 113.

explicitados del fallo. El primero es la desconsideración del informe siquiátrico por haber sido prueba “costeada” por la defensa. El segundo viene dado por los argumentos de tenor literal para descartar la posibilidad de cumplir la medida cautelar personal impuesta en una clínica siquiátrica. Si bien este segundo punto tiene apoyo en una interpretación literalista de las reglas citadas por el ad quem, es crucial advertir su nula vinculación con la función de la prisión preventiva de protección de la seguridad de la sociedad y de la víctima en virtud de la cual se justificó la procedencia de la medida. Mucha más vinculación tiene esta decisión con la igualdad ante la ley: si es verdad que la igualdad en la fase de prisión preventiva opera —no del todo conscientemente, como se ha dicho— como compensación de la desigualdad en la imposición de las penas, entonces permitir el cumplimiento de la medida cautelar en una clínica siquiátrica privada resulta un contrasentido.

Roxin sostuvo célebremente que el derecho procesal penal admite ser considerado como sismógrafo de la Constitución²⁸. La idea de este comentario es mostrar cómo casos aparentemente rutinarios, como el acá comentado, operan como sismógrafos de buena parte de los problemas de legitimidad del derecho penal chileno.

²⁸ ROXIN, Claus, ob. cit. (n. 1), p 10.

CORTE DE APELACIONES

Santiago, veintisiete de agosto de dos mil veinte.

Proveyendo al folio 4: a sus antecedentes.

Proveyendo a los folios 5, 6, 7, 8 y 9: a todo, téngase presente.

Desestimado el incidente promovido por la defensa en relación con la admisibilidad de la apelación deducida por el Ministerio Público, por los fundamentos que constan en el registro de audio, esta corte se avoca al fondo de lo debatido en los siguientes términos.

Visto, oídos los intervinientes y teniendo en consideración:

1°.- Que con relación al presupuesto material que exige toda medida caute-

lar, a que hace referencia la letra a) del artículo 140 del Código Procesal Penal, lo cierto es que los delitos por los que se ha formalizado la investigación, signados como hechos 1 a 4 de dicha actuación, sujetándose exclusivamente a los elementos que hasta ahora arroja la investigación, no permiten justificar la existencia de los ilícitos a que aluden los N°s. 1 y 4.

2°.- Que, en efecto, respecto del acaecido el pasado 5 de junio, que se identifica como hecho 1, calificado por el Ministerio Público como constitutivo de parricidio frustrado, no aparece debidamente sustentado en la investigación que la conducta desplegada o actividad desarrollada por el imputado se

haya agotado en los términos exigidos por el referido tipo penal, coincidiendo en esta parte con la jueza a quo en el sentido de que lo que se desprende de los sucesos es una amenaza en contexto de violencia intrafamiliar, utilizando para ello un arma de fuego que incluso fue percutida con el fin de amedrentar a la víctima.

3°.- Que, en cuanto a los hechos señalados con el N° 4, ocurridos el 12 del mes en curso, efectivamente se trataría de la falta prevista en el artículo 11 de la Ley N° 17.798, y no tenencia ilegal de arma de fuego, como los califica el Ministerio Público, pues el acontecimiento, tal como se encuentra descrito, se ajusta de manera más precisa a la disposición antes reseñada.

4°.- Que con relación al suceso N° 3, si bien los reparos de la defensa son atendibles en cuanto la inexistencia del dolo de matar, lo cierto es que en esta etapa de la investigación, la fiscalía ha justificado adecuadamente el encuadre típico de los hechos al ilícito por el que se ha formalizado, de parricidio frustrado, en razón de la cantidad y entidad de las heridas inferidas a la víctima producto del ataque sufrido, la naturaleza del arma empleada y las circunstancias que rodearon la comisión de este delito, que se presenta inmerso en una seguidilla de agresiones a la persona y bienes del afectado, lo que permite justificar de manera razonable la calificación que se ha dado al hecho específico.

5°.- Que en lo concerniente a la existencia de antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado

ha tenido participación en tales injustos, si bien no se ha cuestionado por la defensa, es manifiesto que los elementos de la investigación conducen a dar por satisfecha esa exigencia, contenida en la letra b) del artículo 140 del Código Procesal Penal.

6°.- Que, con relación a la naturaleza de la medida cautelar, lo que ha de elucidarse es la necesidad y proporcionalidad de esta en relación con los eventos indagados y la peligrosidad del imputado. En tal entendimiento, no es posible soslayar la multiplicidad de hechos ilícitos acaecidos y que han motivado la formalización –daños, amenazas y lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, parricidio frustrado e infracción a Ley de Armas–, además de las circunstancias que los rodearon, las conductas reiterativas y la gravedad de la pena asignada a estos en conjunto.

Unido a ello, los altos niveles de impulsividad del imputado, sin indicadores de psicopatía, lo que incluso se desprende de la propia documentación aportada por la defensa y que se manifiesta en la concretización de los hechos delictivos, son antecedentes que conducen a estos sentenciadores a decidir que la libertad del imputado representa un peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima, motivo por el cual se mantiene en esta parte la decisión en alzada, desatendiéndose en lo demás las sugerencias contenidas en los informes médicos, en especial el de 25 de agosto, en tanto se trata de prueba producida y costada por la propia parte que quiere servirse de ella.

7°.- Que, en cuanto al lugar de ejecución de la medida, esta corte tiene en consideración lo informado por los médicos especialistas, en el sentido de que, si bien presenta rasgos de personalidad alterados, no son constitutivos de una patología mental que amerite, justifique o propicie la internación en un centro psiquiátrico de aquellos establecidos por la ley al efecto, habiendo incluso la defensa descartado la aplicación de lo previsto en el artículo 458 del Código Procesal Penal.

En estas condiciones, no queda sino disponer el ingreso del imputado en un establecimiento penitenciario de acuerdo con su situación procesal, debiendo Gendarmería de Chile dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 6° del Decreto N° 518, de 21 de agosto de 1998, del Ministerio de Justicia.

En consecuencia y por lo razonado, se revoca la decisión impugnada de dieciocho de agosto de dos mil veinte, dictada en la causa Rit 7571-2020, del Cuarto Juzgado de Garantía de esta ciudad, en cuanto por ella se dispuso el ingreso transitorio del imputado a

la Clínica El Cedro y, en su lugar, se dispone el ingreso al establecimiento penitenciario que corresponda y sea determinado por Gendarmería de Chile, dentro de sus atribuciones privativas, designando el lugar en que deba ejecutarse la medida cautelar dispuesta, de acuerdo con las características y perfil del imputado, conforme a sus parámetros de segmentación de la población penal.

Se confirma, en lo demás apelado, la indicada resolución, en cuanto dispuso la medida cautelar de prisión preventiva del imputado Hernán Calderón Argandoña y en el extremo referido a la calificación de los hechos de la formalización cuestionada, en lo pertinente, tanto por el Ministerio Público como por la defensa.

Comuníquese por la vía más expedita.

Resolución incluida en el Estado Diario de hoy.

Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por los ministros (as) Paola Plaza G., Guillermo E. De La Barra D. y fiscal judicial Javiera Verónica González S.

Rol N° 4392-2020.