

EL TRATO DE INOCENTE Y LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD CAUTELAR. GARANTÍAS DE UNA DECISIÓN RAZONABLE EN TIEMPOS DE PANDEMIA

159

Rodrigo Cerda San Martín¹

RESUMEN: En el presente trabajo intentaremos identificar algunos criterios mínimos de legitimidad y razonabilidad de la decisión judicial que decreta una medida cautelar privativa de libertad, conforme lo exige el completo sistema de fuentes normativas y las consideraciones adicionales que se han agregado al debate en los tiempos de emergencia sanitaria.

I. Legitimidad

Nuestro punto de partida básico es que en un Estado Democrático de Derecho el aparato persecutor debe actuar, durante todo el procedimiento penal, con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas, erigiéndose estos en límites del ejercicio de ese poder punitivo, y los órganos estatales en garantes de los mismos. Ese es el sentido sustancial del derecho a un debido proceso penal y sus garantías legales en un procedimiento y a una investigación racionales y justos, en los términos previstos en el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República (en adelante CPR).

¹ Ministro Corte de Apelaciones de Concepción, Profesor Derecho Procesal Penal Facultad de Derecho, Universidad de Concepción (rodcerda@udec.cl).

En consecuencia, los Fiscales del Ministerio Público y las policías deben ejercer sus facultades legales en los estrictos términos regulados en el amplio sistema de fuentes normativas vigentes, comprensivo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Carta Fundamental y las leyes respectivas, con la menor afectación posible de los derechos de las personas.

En el tema específico que nos ocupa, los derechos fundamentales involucrados son el debido proceso, el estado jurídico de inocencia y la libertad personal ambulatoria, cada uno de ellos con su correspondiente contenido de protección y limitaciones o restricciones previstas en el ordenamiento jurídico.

La regulación *ius fundamental* de la llamada presunción de inocencia la encontramos en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), al señalar que “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”, y en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), que expresa: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*”, sin que nuestra CPR contenga una norma explícita al respecto. Podría eso sí argumentarse que en el artículo 19 N° 3, inciso 7°, existiría una manifestación de tal postulado al señalar que “*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*”.² En todo caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5°, inciso 2°, de nuestra Carta Magna, dichos Tratados Internacionales, forman parte de la Constitución material.

En el rango legal, es el artículo 4° del Código Procesal Penal (en adelante CPP) el que consagra este principio, a modo de garantía, al establecer que “*Ninguna persona será considerada culpable ni tratada*

² DURÁN, R., *Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal*, Librotecnia, Santiago, 2011, p. 78.

como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”, plasmando así la llamada regla de trato, en cuya virtud los órganos de persecución estatal deben respetar la condición básica de todo ciudadano, de persona libre e inocente. De este modo, la regla general será el juzgamiento en libertad, respetándose al imputado su condición inicial de sujeto libre, pudiendo modificarla únicamente a consecuencia de una sentencia condenatoria firme.

Para Jonatan Valenzuela esa regla de trato procesal indica que durante el proceso penal el imputado debe ser tratado como si fuera inocente, hasta no arribar a una decisión concreta que nos permita decidir la sustitución de ese trato de inocente por el trato de culpable. Entonces el mundo se divide entre culpables e inocentes por medio de la condena.³

Sucede que las medidas cautelares personales, especialmente las privativas de libertad, afectan intensamente esa regla de trato desde una doble perspectiva, por un lado, en la decisión que las impone se da por concurrente una presunción fundada de atribución material del hecho al imputado y, por el otro, impiden su libre circulación, e incluso pueden determinar su encierro en un recinto penal, en términos similares a la pena definitiva.

De lo dicho resulta evidente que los otros derechos fundamentales afectados son la libertad personal ambulatoria y la seguridad individual, reconocido en el artículo 19 N° 7, especialmente en sus literales a), b) y e) de la CPR. El primero, en cuanto establece que *“Toda persona tiene derecho a 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”*; el segundo, al prevenir que *“Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma*

³ VALENZUELA, J., *Hechos, Pena y Proceso*, Rubicón Editores, Santiago, 2017, pp. 54 y 58.

determinados por la Constitución y las leyes”, y el tercero, al disponer que “la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”.

Se trata de un derecho de tres dimensiones, a saber, la libertad personal, la libertad de desplazamiento o ambulatoria y la seguridad individual.

162

En opinión de Rocío Lorca, la razón por la cual la norma constitucional regula de modo principal la dimensión de libertad ambulatoria obedece a que es un presupuesto fundamental para el ejercicio de sus otras dimensiones y, además, porque históricamente es el espacio en que las personas se encuentran más vulnerables a los abusos en que puede incurrir el Estado y sus agencias coactivas. Añade que las limitaciones y protecciones que recibe el derecho a la libertad ambulatoria configuran de manera esencial la naturaleza de la relación política y la forma de vida que es posible en el contexto de una determinada comunidad. La libertad personal se vincula con la idea de autonomía o autodeterminación, es decir, como un derecho a determinar de manera independiente cómo queremos vivir nuestras vidas y a tener la capacidad de llevar a cabo dicho plan de vida en la medida que sea legítimo de cara a la autonomía de los demás. Implica un deber correlativo de no obstaculizar o interferir nuestra posibilidad de llevar adelante ese plan de vida, nuestra esfera de organización, pero también un deber estatal positivo de establecer las condiciones que permitan que las personas tengan una oportunidad real de llevar adelante sus legítimos planes de vida. Por su parte, la seguridad individual alude a la existencia de un contexto de confianza que hace posible que una persona pueda autocomprenderse como un ser autónomo, en el sentido de no estar sometido a restricciones arbitrarias en su capacidad de determinar un plan de vida y ejecutarlo o a cualquier forma de abuso de poder por parte de la autoridad (libertad como ausencia de dominación). Especialmente interesante es la faceta de la libertad ambulatoria, como

la posibilidad de decidir dónde estar físicamente, es fundamental de cara a la dimensión social de nuestra autonomía, toda vez que muchas veces las personas organizan sus vidas en relaciones íntimas de apoyo y colaboración, de modo que el éxito de sus proyectos personales y la calidad de su vida dependen de la cercanía física con ciertas personas, como sus familiares, amigos, vecinos, etc.⁴

Además, a nivel legal, resultan especialmente relevantes las normas contenidas en los artículos 5° y 122 y siguientes del CPP.

De acuerdo al primer precepto: *“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”*. Luego agrega en su inciso 2° que *“Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”*.

Esas son las normas constitucionales y legales que determinan el marco de actuación legítimo de los órganos de persecución penal cuando de privar o restringir la libertad se trata. Sin embargo, para un adecuado ejercicio de esas potestades es preciso capacitar con profundo sentido democrático a nuestras policías, correspondiendo a los Fiscales del Ministerio Público un rol de primer control de juridicidad de tales actuaciones, ya sea mediante la emisión de instrucciones generales o particulares, ya a través de las decisiones que la ley les otorga al efecto, con pleno respeto de los principios de objetividad y legalidad. Así por ejemplo, dentro del plazo de doce horas contadas desde la realización de una detención en flagrancia, el Fiscal, ante la comunicación de la policía, puede dejar sin efecto la detención, disponiendo la libertad

⁴ LORCA, R. “Libertad personal y seguridad individual. Una revisión del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 32 (2020), pp. 73-74.

del imputado u ordenando que éste sea conducido ante el juez dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 131 del CPP.

Por su parte, los Tribunales Penales son los garantes principales de los derechos fundamentales de las personas, correspondiéndoles controlar el cumplimiento efectivo del justo y racional procedimiento e investigación, de modo que la afectación del estado jurídico de inocencia y de la libertad individual solo se produzca en los estrictos términos regulados por la Constitución y las leyes.

II. Principios que guían y limitan la adopción de medidas cautelares personales

Se trata de directrices interpretativas y criterios orientadores del actuar de los órganos de persecución y jurisdiccionales, que se encuentran expresamente establecidos en las normas o subyacen implícitamente en el sistema jurídico penal.

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas coercitivas que implican formas de restricción o privación de libertad. Como ya indicamos, solo la Constitución y la ley pueden establecer los casos en que será lícito privar o restringir la libertad de los habitantes de la República (artículos 19 N° 7, letra b, CPR y 5° CPP). Asimismo, deben respetarse estrictamente las condiciones legales de procedencia y de improcedencia de estas medidas.

Comenta Rocío Lorca que en su evolución histórica la reserva legal se ha identificado primeramente como un límite al ejercicio del poder punitivo estatal. Es una garantía de carácter general para la restricción de los derechos fundamentales, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 19 N° 26, 32 N° 6 y 63 de la CPR. En tanto

regla de distribución de competencia entre la potestad normativa del legislador y la potestad normativa del Poder Ejecutivo, establece que corresponde exclusivamente al legislador, como representante de la voluntad soberana, autorizar limitaciones o restricciones a las garantías y derechos individuales constitucionalmente consagrados. Agrega que los principales fundamentos del principio de legalidad son el control de la arbitrariedad y la configuración de un contexto de certeza y confianza frente a las actuaciones de las agencias coactivas del Estado, así como dotar de legitimidad democrática a las normas que autorizan la privación de libertad de una persona.⁵

165

2. PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD

En virtud de este postulado las medidas cautelares personales solo pueden ser adoptadas fundadamente por el órgano jurisdiccional competente (artículo 122, inciso 2º, CPP), con la salvedad de la facultad excepcional que tienen ciertas autoridades, incluso particulares, para detener a una persona. Además, este principio implica que el control del régimen de las medidas cautelares personales está reservado a los tribunales.

3. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD

Si el juzgamiento en libertad es la regla general, la investigación y el procedimiento penal deben avanzar sin detrimento para el imputado en el ejercicio de sus derechos individuales, en tanto no exista una sentencia condenatoria firme. Entonces, las medidas cautelares personales deben ser entendidas como excepcionales; además, de carácter eventual y que solo deben decretarse cuando resulten absolutamente indispensables y fundadas en causales muy precisas, especificadas en la Constitución y en las leyes (artículos 4º, 5º y 122, inciso 1º, CPP).

⁵ LORCA, cit. (n. 3), pp. 79-80.

En razón de lo anterior es que la ley señala que las disposiciones del CPP que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades, serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía (artículo 5°, inciso 2°, CPP).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“El principio general en esta materia es que la libertad es siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción”* (Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, párrafo 309), agregando luego que *“La aplicación de ese principio general a los casos de detención o prisión preventiva surge como efecto combinado de los artículos 7.5 y 8.2. En virtud de ellos, la Corte ha establecido que la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad, ya que éste goza de un estado jurídico de inocencia que impone que reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada. En casos excepcionales, el Estado podrá recurrir a una medida de encarcelamiento preventivo a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso. Para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”*.

4. PRINCIPIO DE INSTRUMENTALIDAD

Implica que estas medidas no constituyen un fin en sí mismas, sino que son instrumentos orientados a la consecución de fines de carácter procesal penal. De este modo, solo pueden imponerse cuando aparezcan como absolutamente indispensables para asegurar los fines del procedimiento al que acceden (artículos 19 N° 7, letra e), 122, inciso 1°, 140 inciso 1°, y 155 inciso 1° CPP).

Las medidas cautelares personales son medios que garantizan la efectividad de la ejecución de la resolución que pone fin al proceso

penal, existiendo una relación de dependencia entre la medida cautelar y la resolución definitiva (artículos 153, inciso 1° y 347 CPP).

5. PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD

Esta directriz propugna que las medidas cautelares personales deben mantenerse solo mientras subsista la necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente sirven (artículo 122, inciso 1° CPP). Por lo tanto, deben cesar cuando desaparezca el peligro o necesidad que las justifica, o bien, sustituirse por otra menos gravosa cuando dicho peligro o necesidad disminuya o se atenúe (artículo 144 CPP).

6. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Este postulado parte de la base que las medidas estén en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga. La regla general está constituida por la aplicación de las medidas cautelares personales menos intensas para la libertad del imputado, y la prisión preventiva solo procederá cuando las demás medidas fueren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento (artículos 139, inciso 2°, y 141 CPP).

En el caso de la responsabilidad penal adolescentes el artículo 33 de la Ley N° 20.084 enfatiza este principio al disponer que en ningún caso el tribunal puede dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena.

7. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL IMPUTADO

Constituye una de las manifestaciones concretas del estado jurídico de inocencia del imputado penal y consiste en que en caso de

duda, tanto en lo fáctico como jurídico, ha de primar la tesis más favorable al imputado (artículos 4° y 5° CPP y 19, inciso 3°, COT).

III. Garantías adicionales que conducen a una legítima y razonable decisión

Se trata de reconocer el conjunto de mecanismos normativos establecidos para hacer efectivos los principios del sistema, en general, y de las medidas cautelares, en especial, para luego garantizar una equilibrada afectación de los derechos fundamentales y evitar decisiones ilegítimas, ilegales y/o arbitrarias.

168

1 LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN COMO PRESUPUESTO

Recordemos que la formalización es una actuación unilateral, exclusiva y soberana del fiscal, que cumple una función esencialmente garantista, que consiste en informar al imputado, en presencia del Juez de Garantía, de manera específica y clara, acerca de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra (artículo 229 CPP).⁶

De acuerdo a lo establecido en el inciso 2° del artículo 230 del CPP, cuando el fiscal deba requerir la intervención judicial para la resolución sobre medidas cautelares estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

En consecuencia, dicha exigencia legal favorece el derecho de defensa, pues como se trata de una actuación informativa relativa a los hechos atribuidos al imputado y su calificación jurídica, el abogado

⁶ CERDA, R., *Manual del Sistema de Justicia Penal*, Librotecnia, tercera edición actualizada, Santiago, 2019, p. 233.

defensor podrá desplegar de mejor manera su estrategia a favor de los derechos de su representado, en especial en el debate de cautelares y eventual interposición de recursos procesales.

Hace excepción a esta exigencia el caso de la detención, que puede ser decretada judicialmente sin previa formalización, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada (artículos 9° y 127 del CPP), cuando se practique en flagrancia, por particulares o la policía, sin necesidad de autorización judicial (artículos 125, 129 y 130 del CPP), o cuando se trate de medidas cautelares por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar (artículo 15 Ley N° 20.066).

2. LA PETICIÓN POR LEGITIMADO ACTIVO

La orden de detención judicial debe ser solicitada por el Ministerio Público (artículo 127, inciso 1°, CPP), la prisión preventiva por el Fiscal o el querellante (artículo 140, inciso 1°, CPP) y las otras cautelares menos intensas deben ser solicitadas por el Fiscal, por el querellante o por la víctima (artículo 155, inciso 1°, CPP).

Esta exigencia es manifestación de los principios acusatorio, de pasividad e imparcialidad del Tribunal Penal. En efecto, cada interviniente y cada sujeto procesal tienen señalada legalmente su función específica, debiendo actuar en el ámbito de sus competencias y rol sistémico.

Con ello se deja atrás el antiguo modelo procesal penal inquisitivo, que permitía al juez (persecutor y juzgador) decretar de oficio la citación, detención y prisión preventiva, concibiendo incluso la mutación de la segunda por la última por el solo ministerio de la ley, al someterse a proceso al imputado privado de libertad, hemos transitado hacia otro modelo que no permite, por regla general, la actuación oficiosa del tribunal, quedando entregada la iniciativa a los persecutores penales.

De otro lado, en razón del principio de inocencia que opera a favor del imputado, el peso de probar los supuestos de hecho que habilitan la imposición de una medida cautelar personal recae sobre el solicitante, y si no cumple con dicha carga o si la información que aporta no logra superar los estándares de prueba exigidos, su petición deberá ser rechazada.

3. EL DEBATE EN AUDIENCIA

Una definición fuerte del sistema se relaciona con el conocimiento y decisión de los asuntos relevantes en audiencia, permitiendo así un debate de mejor calidad, en un contexto realmente adversarial, oral, inmediato y público.

Hacen excepción a esta regla la posibilidad de solicitar y decidir la detención judicial sin previo debate, en casos urgentes y, por cierto, los casos de detención en flagrancia que operan con autorización directa de la ley.

4. LA LICITUD DE LOS ELEMENTOS DE INFORMACIÓN UTILIZADOS PARA ACREDITAR LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Un Estado Democrático de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales, en especial el debido proceso y el estado jurídico de inocencia, no puede permitir la obtención irregular de medios de prueba y su posterior utilización en el procedimiento. Es lo que se denomina legalidad o licitud de la prueba, como condición para la valoración legítima de la misma, única forma de vencer válidamente la llamada presunción de inocencia.

Conforme a esta garantía, los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso en forma legal, de modo que será ineficaz la prueba

obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales de las personas (artículos 276, inciso 3°, y 373 letra a) CPP).

Al sistema procesal penal no le es indiferente la forma en que se obtiene la información de cargo, por el contrario, contempla una serie de mecanismos y controles legales para que ello no ocurra. Si bien la averiguación de la verdad es un objetivo del procedimiento, ella no debe buscarse sin límites, ni a cualquier precio.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el estándar exige la exclusión de cualquier valor probatorio a pruebas obtenidas en violación a derechos humanos. Así como no puede condenarse a una persona si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, con más razón no se puede condenar si obra en contra de ella prueba ilegítima, por haberse obtenido en violación a sus derechos humanos (Caso Lori Berenson vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 129.2.b).

En consecuencia, el juez solo puede ponderar actos de investigación que sean relevantes y lícitos, adquiriendo importancia la posibilidad de la defensa de alegar la inutilización de ciertas fuentes de información, cuando se estima que ellas fueron obtenidas con vulneración de garantías fundamentales. La práctica judicial mayoritaria rechaza estos incidentes cuando son planteados al modo de una exclusión probatoria, por estimar que la solicitud es inoportuna, sosteniendo que el momento para efectuar ese tipo de reclamo es durante la audiencia de preparación de juicio oral, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 276 del CPP. En efecto, no existe norma que autorice la aplicación de la regla de exclusión en forma previa, lo que parece lógico si se tiene en cuenta que tal regla solo puede emplearse en el momento en que la prueba del juicio es ofrecida por los intervinientes, esto es, en la etapa intermedia.

No obstante lo anterior, obtener un pronunciamiento de esa índole en la etapa de investigación no es ocioso, toda vez que los antecedentes obtenidos en forma espuria podrían ser usados, de un

modo inmediato, para justificar ante el Juez de Garantía la adopción de medidas cautelares y medidas intrusivas. Parece ilógico, entonces, que si un elemento de prueba ilícitamente obtenido no puede incorporarse posteriormente en forma válida para fundar la decisión definitiva de absolución o condena, se utilice para decidir cautelares o medidas de molestia. Un procedimiento penal coherente, que entiende la etapa de investigación como una fase preparatoria del juicio oral, no puede aceptar que elementos probatorios que son ineficaces para fundar la sentencia definitiva puedan resultar eficaces para justificar resoluciones provisionales durante la etapa preliminar. Aceptar lo contrario significaría romper la unidad del sistema, generando en la práctica dos investigaciones paralelas: una, en la que prácticamente todo estaría permitido, con el solo objeto de justificar medidas cautelares y de molestia, y otra, en la que se exigiría el respeto de los derechos fundamentales con el objeto de asegurar la validez de la prueba para el juicio oral.⁷

Así las cosas, en el debate oral relativo a la procedencia de medidas cautelares debe permitirse a la defensa sostener que la información proporcionada por antecedentes de prueba obtenidos con vulneración de garantías fundamentales es inutilizable en la adopción y justificación de la resolución, y es deber del Tribunal, en cumplimiento de su función cautelar, negar valor a esos elementos informativos, porque la prueba ilícita, aun antes de ser declarada inadmisibles (en la etapa intermedia), es derechamente inutilizable, incluso como fundamento de resoluciones provisionales.

5. EL DEBER REFORZADO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA DECISIÓN QUE IMPONE UNA CAUTELAR PERSONAL

Por imperativo del diseño legal del debido proceso, toda resolución relevante debe ser debidamente fundada, esto es, expresando

⁷ CERDA, cit (n.5), pp. 82-84.

sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas, sin que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los elementos de información o las solicitudes de los intervinientes se entiendan como suficiente fundamentación (artículo 36 CPP).

De este modo, en su decisión el tribunal debe justificar a los intervinientes y a la sociedad las razones de fondo en que se apoya, siendo insuficiente una mera motivación formal para dar por cumplido el estándar legal exigido.

Tratándose de la adopción de medidas cautelares personales, los artículos 122, inciso 2º, y 143 del CPP reiteran esta exigencia de fundamentación, agregando la segunda disposición que la resolución respectiva deberá expresar claramente los antecedentes calificados que la justificaren. Por ello hablamos de una obligación legal reforzada, que implica una mayor rigurosidad y más alto estándar de justificación.

6. EL CONTROL DE LA DECISIÓN A TRAVÉS DEL RECURSO DE APELACIÓN

En el diseño recursivo del CPP la facultad de apelar durante el procedimiento es más bien excepcional, de hecho, solo lo son las resoluciones relevantes dictadas por los Jueces de Garantía en los casos expresamente previstos por la ley (artículo 370 CPP), siendo uno de ellos la resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva, norma que es igualmente aplicable a las otras cautelares personales menos intensas (artículos 149 y 155, inciso final, CPP).

Además, tratándose de la solicitud de detención denegada, la ley faculta al Ministerio Público para apelar (artículo 127, inciso final, CPP).

Este doble conforme permite controlar la racionalidad y corrección jurídica de la decisión que se pronuncia respecto de una medida

cautelar, posibilitando la corrección de los eventuales errores que se cometan en tan relevantes resoluciones.

IV. Requisitos de procedencia de las medidas cautelares personales

En este punto nos ocuparemos específicamente de los requisitos legales previstos para las medidas cautelares de detención, prisión preventiva y otras cautelares personales menos intensas.

174

1. LA DETENCIÓN JUDICIAL POR IMPUTACIÓN

Nos referimos a aquella solicitada por el Ministerio Público al Juez con el objetivo de obtener que el imputado sea conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pueda verse demorada o dificultada (artículo 127, incisos 1° y 4°, CPP).

No obstante que la norma citada solo alude a la necesidad de cautela, que pretende cubrir el riesgo de fuga y obstaculización del avance del procedimiento, estimamos que el Juez no debe otorgar la orden sin que previamente determine, además, la seriedad de la imputación, esto es, que existan antecedentes que avalen indicativamente la comisión de un hecho punible y la atribución de ese suceso al imputado, pues en caso contrario se estaría imponiendo una medida privativa de libertad con la sola necesidad de cautela, desproporción que no acontece ni siquiera en las medidas cautelares reales, de efectos meramente patrimoniales.

En cuanto al estándar de prueba a utilizar para la determinación del presupuesto material, si bien la ley nada dice, estimamos que debe ser un umbral de suficiencia menor al estándar de “*presunciones fundadas*” que se exigen en el caso de la prisión preventiva, umbral que podría ser expresado a través de la fórmula de la “*fundada sospecha*”.

Debemos advertir, sin embargo, que con las adiciones que se hicieron a este artículo 127 del CPP, por la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016, los requisitos expresados con antelación pueden ser relativizados, toda vez que se establece, además, que podrá decretarse la detención del imputado por un hecho al que la ley asigne una pena privativa de libertad de crimen, actual inciso 2°, y que tratándose de hechos a los que la ley asigne las penas de crimen o simple delito, el Juez podrá considerar como razón suficiente para ordenar la detención la circunstancia de que el imputado haya concurrido voluntariamente ante el Fiscal o la policía, y reconocido voluntariamente su participación en ellos, actual inciso 3°.

175

2. LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los requisitos de procedencia de esta medida cautelar personal los encontramos en el artículo 140 del CPP, pudiendo dividirlos en presupuestos materiales, esto es, los contenidos en los literales a) y b) de dicho precepto; y la necesidad de cautela a que se refiere el literal c) del mismo artículo.

En la letra a) se exige la concurrencia de “*antecedentes que justifiquen la existencia del delito*”, lo que implica dos cosas: en primer lugar, que al momento del debate el persecutor penal haya aportado información objetiva, seria y confiable que corrobore los enunciados fácticos contenidos en la formalización. No es exigible aquí el mismo estándar probatorio que para la sentencia condenatoria, pero sí con un grado de probabilidad importante, no establecido por la ley en concreto, pero eso sí coherente con los intensos efectos jurídicos que implica una prisión preventiva.⁸ En segundo lugar, implica que las

⁸ En palabras de VALENZUELA: “*Es difícil imaginar que un juez pudiera aceptar como una explicación razonable acerca de los antecedentes que permiten afirmar la necesidad de aplicación de una medida cautelar una explicación que resulte abiertamente ilógica o insensata. Hay enunciados sobre hechos y ellos deben ser mensurados y sometidos a una regla de*

calificaciones jurídicas realizadas por el MP sean atendibles, tanto en relación al tipo de delito de que se trata, cuanto a la etapa de desarrollo del mismo.

La Corte de Concepción ha resuelto al respecto que

“la conducta específica atribuida al imputado XXX consistió en haber sido sorprendido en la vía pública en horario de toque de queda, dispuesto por la autoridad para fines sanitarios”. “El Ministerio Público ha sostenido que dicho comportamiento configura el tipo penal previsto en el artículo del 318 del Código Penal, que sanciona al que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”. “Para esta Corte, la mera circunstancia de no respetar la orden de la autoridad con el fin indicado, sin que se haya verificado alguna situación concreta adicional de riesgo para la salud pública, ya sea porque el imputado se encontraba en cuarentena o contagiado por el virus COVID-19, o porque en dicho momento y lugar no existían las condiciones de aislamiento social dispuestas por la autoridad sanitaria, no tiene la entidad suficiente para constituir una acción penalmente relevante con capacidad de afectar o poner en riesgo el bien jurídico que se pretende proteger. En consecuencia, ya sea bajo la tesis de falta de tipicidad por ausencia de acción relevante o de falta de antijuridicidad por ausencia de suficiente lesividad, no se logra configurar el ilícito imputado” (Resolución de 23 de junio de 2020, en causa rol N° 655-2020; en igual sentido roles N° 669-2020, 673-2020, 685-2020, 686-2020, 709-2020 y 711-2020).

En sentido contrario, en otra Sala de la misma Corte se ha concluido:

“...el imputado fue sorprendido transitando por la vía pública, vulnerando las medidas sanitarias y las prohibiciones que establece la Resolución 208 de 26 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud, que dispone medidas de aislamiento por brote del Covid-19, por lo que se estiman concurrentes los presupuestos del artículo 318 del Código Penal, más aun considerando que las restricciones de

suficiencia”, sugiriendo como modo de enfrentamiento el examen de plausibilidad, derivado del esquema de una teoría general sobre estructura de la prueba, cit. (n.2), p. 76.

circulación que impone el referido decreto, lo son para impedir la propagación del virus y las posibilidades de contagio, teniendo en consideración como bien jurídico protegido la salud pública” (Resolución de 3 de julio de 2020, en causa rol N° 699-2020. También en causa rol N° 700-2020, de la misma fecha).

El presupuesto material de la letra b) del artículo 140 del CPP exige la existencia de “*antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor*”. En este caso sí existe un estándar de prueba legal para confrontar la suficiencia de la información aportada por el persecutor, en el sentido de su intervención material en los hechos que se le atribuyen. Además, en el ámbito jurídico, es necesario realizar un juicio de aceptabilidad respecto del grado de participación que se le imputa, como autor, cómplice o encubridor.

En dicho sentido la Corte de Concepción confirmó la decisión de primer grado que rechazó la imposición de medidas cautelares personales, por no concurrir el requisito en estudio, señalando que

“la sola circunstancia de haber sido identificado éste mediante un ejercicio denominado ‘cuadro comparativo’, situándolo en el Banco Estado de Talcahuano el día de los hechos y ser amigo de Facebook del otro imputado en la causa, no permiten afirmar con algún grado de probabilidad aceptable que se trata de alguno de los sujetos que supuestamente transitaban en el vehículo desde donde bajó el imputado que le sustrajo la cartera a la víctima” (Resolución de 11 de marzo de 2020, en causa rol N° 221-220).

En otro caso, revocó la resolución que impuso prisión preventiva al estimar que

“...el reconocimiento que efectúan funcionarios policiales, a partir de videos y fotogramas de éstos, son insuficientes para generar un indicio fuerte relativo a la participación de XXX en tales ilícitos. Además, no impresiona como elemento corroborador suficiente la circunstancia de haber sido localizada en una zona cercana al sitio del suceso, a través del dispositivo electrónico que mantenía la imputada para el control de una sanción de reclusión parcial domiciliaria nocturna. En consecuencia, no es posible configurar presunciones fundadas de

participación a su respecto”. Luego agregó que “...otro tanto acontece con el delito de hurto simple, donde la conducta material de ingresar al local comercial y conversar con la dependiente de éste, no nos parece suficiente para dar por acreditada, con un estándar de probabilidad aceptable, que ella estaba concertada con el otro sujeto que ingresa al local y sustrae especies” (Resolución de 19 de marzo de 2020, en causa rol N° 253-2020).

En similares términos razonó que

“...con lo expuesto en la audiencia por las intervinientes, resulta ser efectivo que la Policía de Investigaciones, cumpliendo una orden de investigar dada por la Fiscalía, concurre al lugar de los hechos en diciembre de 2019 (los hechos ocurrieron en octubre de 2019), y en el lugar dice empadronar testigos; sin embargo, no individualiza a nadie como tal, señalando que un testigo habría indicado que en el robo a la Distribuidora Milly Ltda. habría participado un sujeto apodado “El XX”. Con esos antecedentes (los que no pueden ser corroborados), la Policía de Investigaciones ubica en su archivo biométrico un sujeto de nombre “XXXX” y que luego, al comparar ese antecedente biométrico con las imágenes obtenidas de las cámaras en la Distribuidora Milly, se habría establecido la participación del imputado en los hechos investigados.

Como se puede apreciar de lo señalado, hay una falta de corroboración en el origen de la información que lleva a sindicarlo como partícipe de los hechos al imputado; dicho de otro modo, no existen las presunciones fundadas de participación a que se refiere la letra b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, razón por la cual necesario resulta revocar la resolución en alzada, sin imponer cautelar alguna al imputado” (Resolución de 2 de mayo de 2020, en causa rol N° 455-2020).

En sentido inverso, para dar por establecido el requisito de la letra b) del artículo 140 del CPP, concluyó que

“...existen indicios suficientes para configurar una presunción fundada en relación a la autoría de XXX en los ilícitos que se le atribuyen. En efecto, en cada uno de los delitos existen videos, y especialmente en aquél cometido en el Punto Copec de Penco, aparece el aludido imputado; además, la declaración de la víctima en dicho ilícito, quien habla de tres sujetos como los partícipes de la acción, aunque sólo dos de ellos ejecutando la intimidación y la sustracción; la

declaración del coimputado YYY, quien alude a una concertación para actuar; la circunstancia de haberse encontrado en el domicilio de XXX una chaqueta que pertenecía a YYY y la circunstancia aludida por el señor Fiscal en el sentido que, si bien este imputado es miembro de la aplicación Uber, el día y a la hora de comisión de los hechos, no registraba viaje, sin que hasta ahora exista elemento objetivo que demuestre que trabaje además para la aplicación Didi. Todos esos datos informativos, unido al tiempo que transcurrió entre el primer y segundo hecho, esto es, desde las 01.30 a las 05.00 del día 28 de enero de 2020, permiten inferir, con un grado de probabilidad suficiente, que XXX actuó de consuno con los otros dos agentes de los hechos” (Resolución de 5 de mayo de 2020, en causa rol N° 461-2020).

179

Por su parte el requisito de la letra c) del artículo 140, corresponde a la necesidad de cautela, esto es, el riesgo que pueda existir respecto de los fines del procedimiento, esto es, el peligro para la seguridad de la sociedad, el peligro para la seguridad de la víctima, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización para el esclarecimiento de los hechos, o sea, para el éxito de la investigación.

Recordemos que la CPR señala al efecto que

“la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad” (artículo 19 N° 7 letra e).

A diferencia de los presupuestos materiales, que inciden en un hecho pasado, que trata de reconstruirse con evidencias y de su calidad de ilícito punible, la necesidad de cautela apunta hacia el futuro, ya que constituye un juicio de predictibilidad, que puede ocurrir o no, en relación a un riesgo futuro que se pretende evitar, de afectación de los fines del procedimiento, atendidas las especiales circunstancias del caso que se juzga.⁹ No se trata de meras especulaciones, sino de

⁹ Para VALENZUELA la plausibilidad aquí supone la definición de una relación entre los hechos que son corroborados en la audiencia con aquellos que se busca evitar. En alguna medida las evidencias sobre hechos deben permitir la afirmación de un enunciado

afirmaciones que tengan apoyo en antecedentes que, atendidas las regularidades empíricas verificables, resulten aceptables racionalmente.

Así por ejemplo, en el evento del peligro para el éxito de la investigación deben acreditarse circunstancias que configuren una “*sospecha grave y fundada*” de que el imputado pudiere obstaculizarla 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.

Otro tanto debe acontecer con el peligro para la seguridad de la víctima, en cuyo caso deben existir “*antecedentes calificados que permiten presumir*” que el imputado realizará atentados en su contra, en contra de su familia o en contra de sus bienes.

Tratándose del peligro para la seguridad de la sociedad, el legislador no aporta un estándar de valoración como en los casos precedentes, sino que entrega al juzgador criterios objetivos que lo guían para estimar concurrente este fin cautelar, y son los siguientes: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos imputados y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla. Para luego añadir otros criterios orientadores que deberán tenerse en especial consideración, como son el hecho que los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente (para concurrir a un tribunal en calidad de imputado) u otras, en libertad condicional o cumpliendo alguna de las penas sustitutivas.

sobre la probabilidad de ocurrencia de un determinado hecho en el futuro, que permita justificar la medida cautelar, cit. (n.2), p. 76.

Finalmente, respecto del peligro de fuga, la ley no señala estándar alguno, ni criterios objetivos para ponderar su concurrencia, quedando entregada la valoración al Tribunal. En todo caso, teniendo en cuenta las expresiones de la ley, podemos afirmar que debe tratarse de situaciones concretas y objetivas de las cuales pueda desprenderse que el imputado evadirá la acción de la justicia, por ejemplo, si en el mismo procedimiento o en otros procedimientos penales coetáneos no ha comparecido voluntariamente a las actuaciones del procedimiento o la ejecución de sentencias, siendo necesario llevarlo a presencia judicial compulsivamente.

De las distintas necesidades cautelares indicadas solo el peligro para la seguridad de la sociedad no puede ser reconducido naturalmente a un fin del proceso penal. En efecto, tanto el riesgo para la seguridad de la víctima, atendido el derecho de protección que le asiste (artículo 109, letra a, CPP), cuanto los riesgos para el éxito de la investigación y de fuga, se corresponden con claros objetivos procesales, tendientes al esclarecimiento de los hechos y al avance del procedimiento y aplicación de la ley penal. Por el contrario, el peligro para la seguridad de la sociedad ha tenido una lectura jurisprudencial de “*riesgo de la comisión de nuevos delitos por parte de ese imputado concreto*”, o sea, una visión que no se ajusta a los fines procesales penales y genera dudas respecto de su constitucionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Norín, Catrimán y otros vs. el Estado de Chile, expresó que

“...el solo cumplimiento de las formalidades legales no es suficiente pues el artículo 7.3 de la Convención Americana, al disponer que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios, prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero en la práctica resultan irrazonables, imprevisibles o carentes de proporcionalidad” (párrafo 309).

Además, precisó las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana (párrafo 311) a saber:

“a) Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.

b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes: Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.

c) Está sujeta a revisión periódica: La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. También ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. La Corte resalta, además, que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe”.

Más adelante indica

“La Corte considera que el referido fin de impedir que la libertad del imputado resultara peligrosa “para la seguridad de la sociedad” tiene un sentido abierto que puede permitir fines no acordes con la Convención. Al respecto, el perito Duce, propuesto por CEJIL, explicó que dicha causal tiene un carácter abierto a diferentes interpretaciones que pueden comprender no solo fines procesales y legítimos, pero también fines que la Corte en su jurisprudencia ha considerado ilegítimos para ordenar y mantener la prisión preventiva” (párrafo 322).

También consideró

que la causal de “peligro para la seguridad de la sociedad” tiene una redacción que admite varias interpretaciones en cuanto a la consecución tanto de fines legítimos como de fines no cautelares. En cuanto a una interpretación en este último sentido, la Corte reitera su jurisprudencia constante en materia de los estándares que deben regir la prisión preventiva en cuanto a su excepcionalidad, carácter temporal limitado, estricta necesidad y proporcionalidad y, fundamentalmente, los relativos a que los fines que busque alcanzar deben ser propios de su naturaleza cautelar (fines de aseguramiento procesal de acuerdo a las necesidades que se justifiquen en el proceso concreto) y no puede constituirse como una pena anticipada que contravenga el principio de presunción de inocencia que protege al imputado. La Corte estima que no está en discusión que los Estados Parte pueden adoptar medidas de derecho interno para prevenir la delincuencia, una parte de ellas a través de su ordenamiento jurídico y particularmente del Derecho Penal a través de la imposición de penas, pero estima necesario enfatizar que ello no es función de la prisión preventiva” (párrafo 361). Asimismo, la Corte constata que al estipular dicha causal en el referido artículo 140.c) del Código Procesal Penal se establecía que para estimar si se configuraba la misma “el juez deb[ía] considerar especialmente alguna de las [...] circunstancias” descritas en la norma. De los elementos aportados a esta Corte, es posible sostener que dicha regulación no prohibía la posibilidad de que el juez tomara en cuenta otros criterios que le permitieran valorar la necesidad de la medida en el caso concreto para la obtención de fines procesales. Sin embargo, la Corte toma en cuenta lo explicado por el perito Duce en el sentido de que “los tribunales [chilenos] entienden habitualmente que el peligro para la seguridad de la sociedad se constituirá por la concurrencia objetiva de una o algunas de [esas] circunstancias”, lo cual resulta

particularmente grave si se toma en cuenta que entre ellas están “la gravedad de la pena asignada al delito” y “el carácter de los [delitos imputados]”. La Corte reitera que ambos constituyen criterios que no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva (supra párr. 312.a) y agrega que fundar la prisión preventiva únicamente en tales criterios conlleva una vulneración de la presunción de inocencia. Criterios de esa naturaleza deben ser valorados en el contexto de la evaluación de la necesidad de la medida en las circunstancias del caso concreto (párrafo 362).

184

En relación con lo anterior, Raúl Núñez afirma que la aplicación de esta causal *es siempre e inevitablemente una anticipación de pena, a menos que la pena sea considerada pura retribución. En efecto, si reconocemos a la pena efectos preventivos generales o especiales, resulta evidente que lo que entendemos por evitación de peligro para la seguridad de la sociedad no es sino una de las finalidades de la pena y, por tanto, si permitimos que una de las finalidades de la pena se cumpla anticipadamente durante el proceso, lo que estamos haciendo no es sino anticiparla en violación del principio de inocencia.*¹⁰

Por su parte, Jonatan Valenzuela sostiene que *el juicio prospectivo que encierra el “peligro” nos quita del ámbito de la pena, pues el riesgo que entraña la puesta en libertad de quien puede cometer nuevos delitos entra en la lógica de las medidas de seguridad.*¹¹

Profundizando en el tema, Max Troncoso asevera que la peligrosidad que se predica del imputado se estructura en base a sus características (subjettivas) y antecedentes personales (objetivos), realizando un juicio de pronóstico de baja probabilidad empírica que, parafraseando a Binder, distorsiona el régimen constitucional de la prisión preventiva, toda vez que se le utiliza como una medida de seguridad predelictual, bajo el estigma del delincuente habitual. Concluye que

¹⁰ NÚÑEZ, R., *Código Procesal Penal*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 144-145.

¹¹ VALENZUELA, cit. (n.2), p.56.

la garantía del trato de inocente y la peligrosidad no pueden coexistir, pues a través de ese principio fundamental debe respetarse tanto el estado de inocente y como de no peligroso, de otro modo se estaría aceptando una situación de prejuzgamiento inaceptable.¹²

No obstante lo señalado, no se han presentado requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de este precepto ante el Tribunal Constitucional, en la parte que consagra dicho peligro como un fin cautelar a considerar, tal vez por el hecho de estar contemplado en la letra e) del numeral 7 del artículo 19 de la propia CPR, pudiendo también influir el corto tiempo que existe entre el debate donde se decide la cautelar y es revisado por la Corte de Apelaciones, de modo que ya no existe gestión pendiente.

De otro lado, la generalidad de los estándares probatorios antes aludidos para la concurrencia de los requisitos de la prisión preventiva, necesitan de una elaboración adicional que permita un control intersubjetivo de la solicitud y decisión de las medidas cautelares penales. Al efecto, Valenzuela plantea, como primera consideración, que no puede tratarse del mismo estándar del juicio sino de uno menor. Luego, la razón principal a atender es la clase de error que supone una y otra decisión; en el caso de la decisión sobre aplicación de una medida cautelar, atendidas su provisionalidad e instrumentalidad, unidas a la menor información con que se cuenta, lo que se debe buscar es racionalizar los criterios por los cuales puede adoptarse una determinada cautelar. En esta perspectiva, las medidas cautelares expresan una forma de reducción del error en la medida que sirven a fines procesales generales que quedan expresados en la sentencia, pero también expresan una forma de distribución del error en tanto decisión individualmente considerada. El error que se encuentra en juego en las

¹² TRONCOSO, M. “La peligrosidad como supuesto ilegítimo en la prisión preventiva. El rol del juez como solución al problema”, en *Revista de la Justicia Penal*, Librotecnia, N° 10, octubre de 2014, p. 150.

medidas cautelares es de menor intensidad que el error de condena o absolución propio de la sentencia. La concesión o denegación errónea de una cautelar en un caso comporta un daño a bienes de intensidad similar al de la pena en algunos casos, pero que por definición resulta provisional. Dado lo anterior y tomando como base la fórmula de Ferrer para la sentencia definitiva, propone el siguiente estándar de prueba cautelar personal: 1) La hipótesis de hecho debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente; 2) Las predicciones de nuevos datos y sus correlativas hipótesis de hecho deben haber resultado confirmadas; 3) Deben formularse predicciones basadas en las evidencias, que permitan que se acepte como probable un determinado enunciado sobre hechos necesarios para la imposición de la medida cuyo acaecimiento debe tener lugar en el futuro.¹³

En el punto 1 los enunciados de hecho que den lugar a la cautela deben apoyarse en evidencias producidas por el persecutor. Esos datos deben ser integrados de modo coherente con una versión preliminar de los hechos acaecidos en el pasado permitiendo tenerlos por verdaderos provisionalmente. Lo que se requiere de las evidencias en este punto no es diferente de lo requerido ante la decisión de juicio, y ello es razonable, pues es la mínima exigencia de racionalidad de la decisión.

En los puntos 2 y 3 se contemplan dos clases de predicciones cautelares, de primer y segundo orden.

En el punto 2, es decir sobre las predicciones cautelares de primer orden, deben realizarse predicciones de nuevos datos que resulten confirmadas (por ejemplo, si se investiga por un delito usando un arma de fuego, puede confirmarse la hipótesis relativa a la presencia de pólvora en las manos del imputado). Estas predicciones permiten un avance desde los datos conocidos hacia datos desconocidos, que pueden mejorar la hipótesis explicativa de los hechos.

¹³ VALENZUELA, cit. (n.2), pp. 79-83.

En este paso el juicio sobre las evidencias sigue dirigido al pasado, reforzando la tesis cuya coherencia ha sido integrada en el punto 1.

En cambio, cuando se trata de predicciones cautelares de segundo orden (punto 3) se propone realizar un ejercicio predictivo abiertamente prospectivo, que permita tener por verdadero un enunciado, pues resulta razonable esperar el acaecimiento de un hecho que justifique la imposición de la medida. Ello con independencia del efectivo acaecimiento de ese hecho en el futuro. En otros términos, el razonamiento probatorio cautelar supone anticipar una clase de acontecimientos, y la aceptación de la actividad cautelar depende de la racionalidad de la afirmación de la premisa sobre necesidad de cautela que queda enmarcada en las predicciones cautelares de segundo orden.

Dilucidada la concurrencia de los presupuestos materiales y de la necesidad de cautela, todavía falta por realizar el juicio de proporcionalidad exigido en los artículos 139 y 141 del CPP, pues la prisión preventiva es el último recurso disponible, de modo que el Juez deberá aplicar preferentemente otras medidas menos intensas del artículo 155, que obedecen a los mismos fines cautelares, en tanto sean igualmente eficientes; además, debe realizar un pronóstico de pena con el fin de poder efectuar un control de exceso.

En aplicación del citado artículo 139, la Corte de Concepción revocó la prisión preventiva impuesta y en su lugar dejó sujeta a la imputada únicamente a la privación total de libertad en su domicilio. Si bien concluyó que concurrían criterios de peligro para la seguridad de la sociedad, agregó que

“...las circunstancias que rodean el caso concreto, tales como la ausencia de condenas anteriores de la imputada y especialmente su condición de madre de una menor de un año, que se encuentra actualmente con ella en la Sección Femenina del Centro Penitenciario de Concepción. Todo lo cual nos permite concluir que, para este caso, una medida cautelar menos intensa, pero igualmente privativa de libertad, permite satisfacer los fines cautelares penales y el interés superior de la niña” (Resolución de 19 de marzo de 2020, en causa rol N° 259-2020).

En otro caso razonó señalando que

“Si bien es efectivo que concurren elementos objetivos para estimar que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima, lo cierto es que entre la época de la comisión del hecho y la fecha actual han transcurrido diez meses, permaneciendo el imputado sujeto a la cautelar de prisión preventiva desde el día 4 de julio de 2019, de modo que esta Corte debe realizar el juicio de proporcionalidad a la luz de la pena probable a imponer en el caso de condena y la intensidad de la medida cautelar vigente”. A continuación agrega: “Las razones esgrimidas por el Ministerio Público, que justifican la demora en el cierre de la investigación, no son imputables al sujeto preso, de modo que se accederá a la solicitud planteada por el recurrente, estimando que la privación total de libertad en el domicilio del imputado puede cumplir los fines cautelares previstos, debiendo, obviamente, el ente persecutor, adoptar las medidas de protección de la víctima que el caso amerite” (Resolución de 27 de mayo de 2020, en causa rol N° 551-2020).

También ha expresado que

“En cuanto a la idoneidad de la medida cautelar en relación a las circunstancias del caso, esta Corte considera que las medidas de privación parcial de libertad en el domicilio del imputado y prohibición de acercamiento a la víctima cubren suficientemente el fin cautelar previsto, de modo que se accederá a lo pedido por la defensa” (Resolución de 4 de junio de 2020, en causa rol N° 594-2020).

En el caso de los imputados adolescentes, el artículo 33 de la Ley N° 20.084 enfatiza este principio al disponer que *“en ningún caso el tribunal puede dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena”*, lo que obliga a realizar un pronóstico de pena concreta, a la luz de los antecedentes existentes al momento del debate, determinada obviamente por la especial manera de individualización de las sanciones, esto es, de acuerdo a lo previsto en los artículos 20 (finalidad de las penas), 21 (reglas de determinación del cuántum de pena), 22 (límites máximos), 23 (naturaleza de penas, de acuerdo al cuántum, escalas alternativas) y 24 (criterios de determinación para ajustar la elección de pena) de la ley antes citada, la que refuerza, además, el

carácter de último recurso de la privación de libertad, ya sea como pena (artículo 26) o como medida cautelar de internación provisoria (artículo 33). Los órganos de la persecución penal y los Tribunales de Justicia deberán tener siempre presente los efectos perniciosos que la privación de libertad produce en la vida futura de los adolescentes, procurando evitar el contagio criminógeno nefasto.

Haciendo aplicación de esta regulación especial, la Corte de Concepción ha revocado decisiones que imponían o mantenían internaciones provisorias, teniendo en cuenta que

“...si bien existen antecedentes objetivos que permiten calificar que la libertad del imputado adolescente XXX constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, lo cierto es que éste ha permanecido privado de libertad por más de ocho meses, ha prestado declaración reconociendo su participación en los hechos atribuidos y, a su respecto, el plazo legal de la investigación se encuentra vencido, atendida la aplicación del sistema reforzado y especializado de responsabilidad penal adolescente”.

Además, tuvo en consideración

“...la emergencia sanitaria que vive el país y los riesgos de contagio a un grupo de personas especialmente vulnerable, como son los adolescentes privados de libertad, se accederá a la petición planteada por el recurrente” (Resolución de 28 de abril de 2020, en causa rol 429-2020); o que resulta desproporcionada, toda vez que *“...en la especie, realizado un pronóstico de pena y de conformidad a lo establecido en los artículos 21 y 23 N° 5 de la ley 20.084, la sanción de mayor intensidad que arriesga dicho imputado, es la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, vale decir, menos interventiva que la medida cautelar que el Ministerio Público ha solicitado”* (Resolución de 22 de mayo de 2020, en causa rol N° 530-2020).

La Corte de Rancagua, por su parte, ha concluido que

“tratándose el imputado de un menor de edad, y teniendo presente que la internación provisoria constituye una medida de ultima ratio, conforme lo establecen los artículos 32 y 33 de la Ley N° 20.084, por lo que la internación provisional debe ser proporcional, considerando además, que el adolescente imputado

tiene irreprochable conducta anterior y que la Defensa ha planteado una tesis alternativa, la que más allá de que lo que se resolverá en el fondo, lo cierto es que es posible con los antecedentes referidos imponer una medida cautelar de menor intensidad, como la que se indicará a continuación” (Resolución de 2 de mayo de 2020, en causa rol N° 577-2020).

3. OTRAS CAUTELARES PERSONALES MENOS INTENSAS

190

En el caso de las otras medidas cautelares personales establecidas en el artículo 155 del CPP, el inciso final señala que *“la procedencia, duración, impugnación y ejecución de ellas se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva”*, en cuanto no se opusieren a las reglas específicas del párrafo respectivo del mismo Código. También son coincidentes los fines cautelares, al indicar su inciso 1° *“Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia”*.

Como sabemos, se trata de un amplio catálogo de medidas, algunas privativas de libertad (total o parcial en el domicilio del imputado) otras restrictivas del mismo derecho (como la sujeción a vigilancia de una persona o institución; la obligación de presentación periódica ante el juez o autoridad designada; los arraigos locales o nacional; la prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; la prohibición de comunicarse con personas determinadas; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar común; la prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego, municiones o cartuchos; y la obligación de abandonar un inmueble determinado), que deben ser utilizadas conforme a los principios y reglas ya analizados, pudiendo el tribunal imponer una o más, según resulte adecuado al caso y ordenar las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (artículo 155, inciso 2°, CPP).

A dicho listado debemos agregar las medidas cautelares especiales contempladas en el artículo 156 bis del CPP respecto de los delitos de fraude en el otorgamiento de licencias médicas, esto es, decretar la suspensión de la facultad de emitir dichas licencias mientras dure la investigación o por el menor plazo que, fundadamente, determine.

También debemos adicionar aquellas a que alude la Ley N° 20.066, para los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, en cuyo artículo 7° se incorpora, además, el criterio de “*riesgo inminente*” de maltrato, que impone al tribunal, con el solo mérito de la denuncia, el deber de adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan. Existirá tal riesgo cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la Ley N° 17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta. Asimismo, se presumirá que hay una situación de riesgo inminente cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima. Además, el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable. Se considerará especialmente como situación de riesgo inminente el hecho de que un adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él, relegado a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz, por algunos de los parientes señalados en el artículo 5°.

En relación a las medidas a decretar, el artículo 15 de dicho texto legal dispone que en cualquier etapa de la investigación o del procedi-

miento y aun antes de la formalización, el tribunal con competencia en lo penal podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el artículo 92 de la Ley N° 19.968, esto es: 1) Prohibir al ofensor acercarse a la víctima, prohibir o restringir la presencia de aquél en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias; 2) Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común; 3) Fijar alimentos provisorios; 4) Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos; 5) Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos; 6) Prohibir el porte y tenencia de cualquier arma de fuego, municiones y cartuchos; retención de los mismos, y prohibir la adquisición o almacenaje de los objetos singularizados en el artículo 2° de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas; 7) Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante; 8) Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.

Además, el tribunal puede imponer las medidas contempladas en el artículo 9° de la Ley N° 20.066, a saber: a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima; b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias; c) Prohibición de porte y tenencia de armas de fuego; d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de

orientación familiar; e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.

Como se puede apreciar, la gama de medidas que es posible de adoptar según los casos y tipos de delitos es amplísima, debiendo el tribunal decretar aquellas que estime más idóneas y proporcionadas, con la correspondiente fundamentación.

V. Otras consideraciones adicionales para la decisión

Además de los principios, garantías, estándares y criterios antes estudiados, las especiales circunstancias que ha impuesto en nuestro país el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, atendida la emergencia sanitaria por pandemia, desde el mes de marzo de 2020, se ha hecho imperioso considerar los riesgos para la vida y salud de las personas en el funcionamiento del aparato de judicial, incluido el ámbito penal.

La primera reacción de los Tribunales fue activar el funcionamiento adicional del servicio judicial a través del mecanismo de teletrabajo y videoconferencias, dictando la Corte Suprema el *Acta 41-2020*, de fecha 13 de marzo de 2020.

Acto seguido, con fecha 16 de marzo de 2020, dictó el *Acta 42-2020*, en la cual se destacan las medidas adoptadas en resguardo de la salud pública, coherentes con las medidas sanitarias vigentes, que propugnaban el aislamiento social, pero sin despreocuparse de la continuidad del servicio judicial en casos estrictamente indispensables, urgentes, como lo era el de las audiencias de control de detención, formalización y medidas cautelares personales, por videoconferencia, pero respetando siempre el debido proceso y los derechos fundamentales, lo que suponía necesarias coordinaciones con las instituciones relacionadas, tales como el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, Gendarmería, Sename y las policías. En dicha regulación se especificó la calidad de personas en situación de riesgo, a saber, los

mayores de 70 años, los enfermos que padecen enfermedades crónicas o de base (diabetes, hipertensión, respiratorias, obesidad) y los progenitores de niños menores de 10 años o en situación de salud que requieran cuidados especiales.

El día 2 de abril de 2020 se dictó la Ley N° 21.226, en cuya virtud se facultó a la Corte Suprema para ordenar se suspendan las audiencias de los tribunales, entre ellos los penales, atendidas las limitaciones a la movilidad o al ingreso o salida a determinadas zonas o por las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria, para evitar así la vulneración a las garantías del debido proceso. En el artículo 1° letra b), relativo a los Tribunales Penales hizo excepción al control de detención y a la revisión de medidas cautelares personales privativas de libertad.

Con posterioridad, la Corte Suprema mediante el Acta 51-2020 estableció un protocolo para anuncios y alegatos en Tribunales de Alzada, durante la catástrofe y, a través del Acta 53-2020, de 8 de abril, refundió los textos precedentes para adecuarlos a la Ley N° 21.226, buscando asegurar la continuidad del servicio judicial de un modo compatible con el resguardo para la salud pública, en especial para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, dentro de los cuales se encuentran los privados de libertad, los adultos mayores, las mujeres y los niños, niñas y adolescentes. También en los casos de urgencias calificadas, por peligro inminente para la vida y salud.

Finalmente, en Acuerdo del Tribunal Pleno de 28 de mayo de 2020, la Corte Suprema fijó el correcto sentido y alcance de las instrucciones impartidas con anterioridad respecto de las labores que deben cumplirse, precisando que la continuidad del servicio judicial cobra un valor secundario frente a la vida y salud de usuarios y funcionarios judiciales, sin embargo, debe mantenerse la tutela de los derechos fundamentales de las personas que lo requieran, de modo que se instruyó

que el teletrabajo es la forma regular y ordinaria en que debe prestarse el servicio judicial durante el período de contingencia sanitaria.

Pues bien, bajo esa compleja regulación legal y administrativa hemos debido seguir funcionando, celebrando las respectivas audiencias de medidas cautelares privativas de libertad, a través de videoconferencias que, si bien aseguran la continuidad del servicio judicial, conllevan un detrimento al mejor estándar de garantías descrito en los números anteriores.

En este nuevo escenario han aumentado las audiencias de revisión de las prisiones preventivas y se han incorporado al debate de medidas cautelares, en general, argumentos relativos al riesgo para la salud y vida de las personas imputadas, conectados con la necesidad de cautela y el principio de proporcionalidad. En efecto, a las tradicionales alegaciones de arraigo social, laboral y familiar del imputado, se han agregado referencias a su edad, estado de salud (enfermedades crónicas y de base que complican la sintomatología y tratamiento del virus), embarazo, niños y niñas menores de 2 años con sus madres presas, hacinamiento y deficientes condiciones carcelarias, de modo que el juicio de proporcionalidad exige una ponderación no solo entre el fin cautelar y el estado jurídico de inocencia, como regla de trato, sino también con la vida y salud del imputado, con la protección de personas vulnerables y con el juzgamiento dentro de un plazo razonable, lo cual ha generado una disminución de las medidas de prisión preventiva decretadas judicialmente y un aumento de las sustituciones hacia otras cautelares menos intensas, ya se trate de las igualmente privativas en el domicilio u otras diversas, suficientemente eficientes.

En numerosas ocasiones la Corte de Concepción ha revocado decisiones que decretaron o mantuvieron prisiones preventivas, dejando a los imputados sujetos únicamente a la privación total o parcial de libertad en sus domicilios.

Se ha fundado para ello en “*las circunstancias actuales del país*” (Resolución de 26 de marzo de 2020, en causa rol N° 282-2020);

o “...dado el tiempo que el imputado lleva en prisión preventiva, la prognosis de pena y, fundamentalmente, el estado de salud del imputado XX, éste habría sido incorporado en un listado de internos de alto riesgo sanitario en el actual estado de pandemia por Covid-19, hace necesario y proporcional la aplicación de una cautelar de menor intensidad, pero que resguarde igualmente los fines del procedimiento, como la privación total de libertad en el domicilio del imputado, del artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal” (Resolución de 16 de abril de 2020, en causa rol N° 382-2020); también porque el imputado es mayor de 70 años, agregando que “si bien es cierto las hipótesis contempladas en la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal no advierten la situación de salud o de avanzada edad del imputado como factor de riesgo de contagio de alguna enfermedad viral, ello es así porque dicha norma legal ha regulado las situaciones de normal ocurrencia, pero la pandemia que hoy se vive a nivel global es una situación anormal y excepcional, que obliga al tribunal a velar no sólo porque se aseguren los fines del procedimiento, sino además que ello resulte compatible con la salud y aun la vida del imputado, cuestión a que obligan las normas constitucionales y de los tratados internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile. En el caso de autos, existe otra medida cautelar menos rigurosa pero igualmente eficaz para resguardar los fines del procedimiento y, además, permite en época de pandemia como lo que se vive, resguardar también la salud del imputado...” (Resolución de 16 de abril de 2020, en causa rol N° 384-2020); o porque “...si bien existen elementos objetivos que permiten concluir que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, a saber, la gravedad de la pena asignada a los delitos, la pluralidad de los mismos y haber actuado en grupo o pandilla, lo cierto es que dicha necesidad cautelar se cubre adecuadamente con otra medida igualmente privativa de libertad, pero menos lesiva, teniendo en especial consideración la ausencia de condenas anteriores y su condición de riesgo, al padecer de diabetes mellitus grado 1, razón por la cual se accederá a la petición planteada por el recurrente” (Resolución de 5 de mayo de 2020, en causa rol N° 461-2020); para mantener la cautelar del artículo 155 letra a) del CPP y no intensificarla hacia la prisión

preventiva razonó: *“Para la adecuada decisión del caso, es preciso tener en cuenta el tiempo de duración de esta causa, desde el 2 de mayo de 2019, y aquél que ha permanecido el imputado privado de libertad, ya en su modalidad domiciliaria total ya en prisión preventiva, lo que unido a la entidad de los incumplimientos denunciados, nos permite concluir que la intensificación de la medida cautelar resulta excesiva y, teniendo en consideración además la compleja situación que se viven en los hogares chilenos con ocasión de la emergencia sanitaria, nos conduce a revocar lo decidido y a dejar como medida cautelar idónea la privación parcial de libertad en el domicilio del imputado, otorgándole así la posibilidad de trabajar y contribuir con recursos para su familia”* (Resolución de 15 de mayo de 2020, en causa rol N° 516-2020); considera el riesgo de contagio para sustituir la prisión preventiva: *“En cuanto a la necesidad de cautela, si bien existen elementos objetivos que permiten concluir que la libertad de Riquelme Soto constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, lo cierto es que dicho fin cautelar puede igualmente cumplirse con otra medida privativa de libertad, pero menos intensa, habida consideración, además, del arraigo familiar de la imputada y el riesgo de contagio en la Unidad Penal”* (Resolución de 4 de junio de 2020, en causa rol N° 593-2020).

Otras Cortes de Apelaciones del país también se han pronunciado en similar sentido, así el Tribunal de Alzada de Talca concluyó que

“considerando la naturaleza de los delitos por los cuales se encuentra formalizado el imputado, el estado de salud del mismo quien padece de cirrosis hepática crónica y la circunstancia de que la Defensa señaló que una eventual medida cautelar en libertad sería cumplida fuera de la región del Maule, constituyen circunstancias que permiten afirmar que la seguridad de la víctima y los fines del procedimiento pueden ser resguardados a través de una medida cautelar de menor intensidad” (Resolución de 22 de abril de 2020, en causa rol N° 388-2020).

La Corte de San Miguel ha estimado

“Que la situación de pandemia que afecta al país, unido a la edad y al estado de salud de la imputada, hace colegir a esta Corte que existen otras medidas

de menor intensidad del artículo 155 del Código Procesal Penal que permiten satisfacer, por ahora, los fines del procedimiento” (Resolución de 27 de abril de 2020, en causa rol N° 1094-2020).

El mismo Tribunal de Alzada también ha concluido que

“...se ha centrado la discusión en la situación de salud del imputado, esta Corte se va a circunscribir sólo a la necesidad de cautela, en torno a reguardar la integridad física de XXX por el hecho de padecer éste una enfermedad de base que implica un riesgo vital y por razones humanitarias es necesario decretar otras medidas cautelares de menor intensidad como las impuestas por el Tribunal a quo” (Resolución de 11 de junio de 2020, en causa rol N° 1676-2020).

Además, numerosas acciones constitucionales de amparo han sido acogidas bajo este tipo de argumentos. Así por ejemplo, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 1 de junio de 2020, en causa rol N° 135-2020, se acogió el amparo solicitado, dejando sin efecto la orden de detención librada por el Tribunal de Garantía de Chiguayante el día 19 de mayo, ante su incomparecencia presencial a la audiencia de procedimiento simplificado, para ello

“...tuvo presente el estado de emergencia sanitaria que afecta a nuestro país y el cúmulo de medidas dispuestas por las autoridades, tendientes a evitar el contagio y propagación del Covid-19, impidiendo la concurrencia de personas a determinados lugares y en atención al número de ellas, restringiéndose su reunión y agrupación, para mantener las distancias correspondientes y evitar el referido contagio, situación que ha sido igualmente regulada por diversas Actas de la Corte Suprema, permitiendo a los tribunales la modificación de la fecha de las audiencias programadas, precisamente para evitar las reuniones de personas en las salas de audiencia que pudieren ser focos de contagio, como además se ha dispuesto en los artículos 1° inciso cuarto, letra b), 3° inciso final y 7 de la Ley 21.226. Añade que si bien el amparado y su defensa no han aducido una justificación concreta para no asistir a la audiencia, lo cierto es que su ausencia resulta entendible si se tiene en consideración el contexto anormal en que nos encontramos y la cantidad de regulaciones legales y de otro tipo que se han dictado desde el día 19 de marzo en adelante, transmitiendo mensajes múltiples y variados en cuanto a las medidas a adoptar, incluidas las suspensiones

de este tipo de audiencias, pero con un fin claro, esto es, que la salud pública e individual de los justiciables y funcionarios de tribunales está primero. Así las cosas, la incomparecencia del imputado no debe ser interpretada únicamente como un signo de mera rebeldía o negligencia a la convocatoria judicial, sino que, a través de un ejercicio de empatía con las personas comunes, puede tener su explicación en la incertidumbre misma de los días que corren, donde ni los letrados especialistas tenemos respuestas certeras a las interrogantes de las materias y actuaciones que deben realizarse y cuáles deben suspenderse, luego la modalidad presencial o virtual a emplear. A lo que se une el lógico temor a concurrir a lugares públicos que aumentan el riesgo de contagio. De este modo, la decisión de la jueza recurrida resulta desproporcionada, desde que solo atiende a razones de eficacia de la persecución penal y seguridad de la víctima, sin poner sobre la balanza, por una parte, que la celeridad, como principio, es un componente del derecho de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable y prudente, prerrogativa que debe ser analizada a la luz de sus específicos intereses y no en su contra, otra cosa es la mera eficacia del sistema de persecución que, atendidas las circunstancias actuales, no presenta la relevancia que se le asigna en tiempos normales; y por la otra, el hecho que la seguridad de la víctima, sobrina del imputado, se encuentra tutelada a través de una medida cautelar. El exceso consiste, entonces, en disponer una medida cautelar personal privativa de libertad, en circunstancias que no aparece como imprescindible ni urgente, en los términos que se indican en los artículos 122 y 127 del Código Procesal Penal, a la luz del contexto social que debe ser considerado. Luego, por excesiva deviene en carente de razonabilidad y debe ser enmendada para restituir la vigencia del derecho a la libertad personal amenazado”.

Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema en fallo de 9 de junio de 2020, en los autos rol N° 63.444-2020. En similar sentido se pronunció en sentencia de 12 de junio de 2020, en la causa rol N° 69.871-2020.

También podemos citar las sentencias dictadas en las acciones constitucionales de amparo de la Corte de Apelaciones de Concepción roles N° 176-2020, 177-2020 y 183-2020.

Conclusiones

En un Estado Democrático de Derecho la legitimidad de las actuaciones de los órganos estatales de persecución y justicia penal depende del respeto del diseño constitucional y legal del debido proceso que, a su vez, garantiza una afectación proporcional y equilibrada de los derechos fundamentales de las personas.

200

En el tema en análisis, si bien es efectivo que las medidas cautelares, privativas y restrictivas de libertad, son necesarias para el eficiente funcionamiento de todo sistema procesal penal, constituyendo una carga que eventualmente debemos soportar todos los miembros de la sociedad, en aras a conservar o lograr una convivencia armoniosa o al menos no dañina, no debemos olvidar que en un modelo de juzgamiento criminal legítimo, los derechos fundamentales, entre ellos el estado jurídico de inocencia y la libertad personal, no pueden ser afectados en esencia (artículo 19 N° 26 CPR), debiendo existir un equilibrio entre el interés social en la persecución penal y el individual.

Ha de tolerarse entonces que, en algunos casos, durante el proceso penal será necesario restringir los derechos del imputado con miras a lograr el establecimiento de la verdad, la protección de la sociedad y el efectivo cumplimiento de la sentencia, pero a su vez debe respetarse y promoverse por los órganos estatales el principio de inocencia que ampara a todo imputado, conforme al cual, durante el proceso, y antes de la dictación de la sentencia condenatoria, éste debe ser tratado como inocente.

Lo relevante es que en aquellos casos en que sea ineludible la imposición de dichas medidas cautelares personales, ello se realice cumpliendo con todos los derechos, principios, garantías y requisitos analizados, demostrando argumentalmente a los intervinientes y a la sociedad toda que la afectación de la regla de trato aludida resulta razonable y proporcionada.

Mención especial merecen los estándares de prueba y criterios valorativos de decisión en cada uno de los requisitos de procedencia que contempla el artículo 140 del CPP, sin dejar de controlar los excesos mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, ajustando la fundamentación reforzada a razones compatibles con los principios constitucionales y convencionales. En este último aspecto, la necesidad de cautela de peligro para la seguridad de la sociedad contiene ciertos criterios legales que no se ajustan a los fines del procedimiento penal y conectan más bien con objetivos propios de la pena o de las medidas de seguridad, vulnerando con su aplicación el estado jurídico de inocencia, tal como lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Norín Catrímán y otros vs. el Estado de Chile*, en sentencia de 29 de mayo de 2014.

Si todas las consideraciones precedentes son ineludibles en tiempos de normalidad con mayor razón deben serlo en períodos excepcionales de catástrofe, tales como la emergencia sanitaria, por pandemia, que estamos padeciendo, unido a la ponderación de los derechos a la vida, a la salud y al interés superior de niños, niñas y adolescentes, entre otros. Ello ha generado una cantidad importante de decisiones judiciales que aplican el conjunto de garantías que hemos analizado, reduciendo el uso de la prisión preventiva y de la internación provisoria a los casos de estricta necesidad y verdaderamente como un último recurso disponible.

Bibliografía

- CERDA, R. *Manual del Sistema de Justicia Penal*, Librotecnia, tercera edición actualizada, Santiago, 2019.
- DURÁN, R. *Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal*, Librotecnia, Santiago, 2011.
- LORCA, R. “Libertad personal y seguridad individual. Una revisión del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 32 (2020), pp. 71-104.

NÚÑEZ, R. *Código Procesal Penal*, Thomson Reuters, Santiago, 2016

TRONCOSO, M. “La peligrosidad como supuesto ilegítimo en la prisión preventiva. El rol del juez como solución al problema”, en *Revista de la Justicia Penal*, N° 10, octubre de 2014, Librotecnia, pp. 141-155.

VALENZUELA, J. *Hechos, Pena y Proceso*, Rubicón Editores, Santiago, 2017.

