

# LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL

ALBERTO BALBOTÍN RETAMALES  
Profesor de Derecho Procesal  
Universidad de Valparaíso (Chile)

## I.- Introducción

Deseo agradecer muy sinceramente el honor que me han dispensado los organizadores del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal, al invitarme desde tierras tan lejanas a compartir con distinguidos maestros de la disciplina, permitiéndome a la vez regresar a La Coruña, ciudad bella y acogedora que invita a recorrerla disfrutando de su paisaje y de su gente.

### I.1.- El antiguo Código de Procedimiento Penal

Me corresponde hablarles en esta oportunidad de la tutela cautelar en el proceso penal chileno, como una forma de compartir con especialistas de países que integran nuestro entorno jurídico cultural, el modelo adoptado por nuestro país para enjuiciar las conductas que aparecen como constitutivas de delito, centrando mi discurso en las cautelares que pueden adoptarse durante el desarrollo del proceso.

Lo primero que debo aclarar es que si bien todo el proceso de adopción del nuevo régimen de enjuiciamiento penal se etiquetó en Chile como la *Reforma Procesal Penal*, lo cierto es que fue mucho más que eso, puesto que se trató, definitivamente, de un cambio radical de modelo.

En efecto, hasta el 16 de diciembre de 2000 existió en Chile un sistema que regía desde 1907, y que sigue vigente en cohabitación con la nueva modalidad, respecto de los hechos que ya estaban sometidos el procedimiento antiguo, así como también de aquellos cuya ocurrencia se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia de nuevo sistema<sup>1</sup>, aún cuando su investigación se inicie con posterioridad.

Dicho régimen se encuentra recogido en el Código de Procedimiento Penal, cuyo proyecto se envió al parlamento el año 1894, teniendo como modelos, desde luego, la Ley de enjuiciamiento criminal española de 1882, el

---

<sup>1</sup> El nuevo sistema entró en vigencia en forma escalonada por regiones, según un calendario fijado por la constitución.

código de instrucción criminal francés de 1808, y varios otros textos de la época tanto europeos como iberoamericanos. En definitiva, como se podrá imaginar, nuestro antiguo régimen respondía a las tendencias existentes en aquella época, que significaron la consagración de un sistema mixto de enjuiciamiento penal, el que tomaba tanto elementos propios de un régimen liberal, manteniendo ciertas características propias del sistema inquisitivo<sup>2</sup> que, quiérase o no, terminaron dominando la práctica judicial regulada por dicho código, al igual que en el resto de nuestro continente.

El mensaje con que el presidente de la época, Jorge Montt, envió el proyecto al Congreso Nacional, reconocía la existencia de modelos diferentes al que se proponía en el texto del ejecutivo. Daba cuenta de un régimen de enjuiciamiento por jurados, y de otro que caracterizaba como público oral ante jueces de derecho. Ninguno de los dos sistemas se adoptó, aduciendo razones como la idiosincrasia, o la estructura social o económica. El caso es que el tercero, que es el que se proponía al país, tampoco respondía a la fórmula de separación entre el instructor y el sentenciador pues mantenía la figura de un juez encargado de conducir la investigación y pronunciar la sentencia. Es decir, evidentemente, nuestro Código de Procedimiento Penal nació antiguo, puesto que terminó estableciendo un sistema en que un mismo juez asumía las funciones de investigador e instructor; con el agravante que, si bien en el régimen original se estableció la figura del *promotor fiscal*, al cabo de 20 años dicho representante del interés social fue abolido, disponiéndose que cada vez que “las leyes determinen la intervención del promotor fiscal como parte principal, como acusador público o como denunciante, el juzgado procederá de oficio”<sup>3</sup>. Es decir, en nuestro país tenemos un sistema de enjuiciamiento penal, que dejando de lado la tortura, no difiere mayormente en su orgánica de lo que fue el sistema inquisitivo. Ciertamente que más allá de la respetabilidad que se pueda reconocer a nuestros jueces, el enjuiciamiento penal chileno no era precisamente un motivo de orgullo nacional.

## I.2.- El Código Procesal Penal: un cambio impostergable

Aunque suele mencionarse la recuperación de la democracia como el hito que marcó el inicio de una serie de cambios en nuestro modo de convivir, lo cual no puede desconocerse, yo prefiero abordar dichos cambios desde la perspectiva del trauma que significó para nuestra conciencia ciudadana el sufrir una dicta-dura de 17 años, que siguió a un período de gran agitación política y social que también marcó nuestro modo de enfrentar las diferencias políticas. Y

---

2 Maier habla de un sistema inquisitivo reformado. Vid. Julio MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, 1b Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 218

3 Decreto con Fuerza de Ley, núm. 426 de 1927

es así que a inicios de la década de los 90 del siglo pasado, cuando ya contábamos con un gobierno elegido en las urnas, que se inicia un movimiento en el mundo jurídico, básicamente en el académico, que relevó la importancia de encarnar en nuestro ordenamiento interno los compromisos internacionales asumidos por nuestros gobiernos, en orden a modificar las relaciones entre el Estado y sus habitantes, conforme lo exigen los convenios internacionales sobre derechos humanos.

Es precisamente por el entusiasmo de encontrarnos nuevamente en democracia, y quién dice sí no, gracias a un cierto vértigo por cambiar pronto todo aquello que nos agobió por tantos años, que no sólo los académicos, sino también el mundo político de ambos lados del espectro, con el liderazgo de un gobierno que se comprometió a través de su ministra de justicia, que se iniciaron los trabajos para establecer en Chile un régimen de enjuiciamiento penal que respondiera a los compromisos internacionales y también a los modelos que se habían entronizado en el hemisferio norte y que venían entrando con mayor o menor éxito en el entorno latinoamericano.

La democracia no sólo había llegado a nuestro mundo político, sino que había conciencia de que también debía tener su reflejo en un ámbito tan sensible como es el proceso penal, donde el poder estatal se hace sentir con tanta fuerza y, a veces, no poca irracionalidad. Un país que habiendo mostrado una gran solvencia en su modelo económico, debía, ahora, mostrar su fortaleza y respetabilidad en la forma que trataba a sus habitantes a la hora de acusarlos de haber cometido un delito.

## **II.- Adecuación orgánica: primera tarea**

Como señalé antes, nuestro sistema judicial contemplaba un régimen de justicia penal servido por jueces unipersonales de primera instancia, que tenían un poder difícil de contrarrestar, cuyo control más inmediato estaba radicado en las Cortes de Apelaciones, en el que las partes, y particularmente la defensa, tenían muy poco espacio para ejercer sus derechos<sup>4</sup>.

La situación existente y la experiencia comparada, significó llegar a la convicción de que el diseño de la nueva modalidad debía contemplar cambios radicales en la orgánica penal, que se tradujeron en la introducción de los siguientes cambios verdaderamente novedosos o revolucionarios para nuestra conservadora cultura jurídica nacional:

---

4 Por escapar al propósito de esta relación, no podré justificar esta afirmación, pero lo cierto es que la forma en que se iba desarrollando el proceso, tal como estaba regulado y se practicaba, las posibilidades de la defensa se iban estrechando, y las probabilidades de una condena, ensanchando.

1.- Creación de un órgano investigador y acusador, como es el Ministerio Público, con rango constitucional y poderes exclusivos para dirigir la investigación de los delitos<sup>5</sup>.

2.- Como necesario contrapeso, una Defensoría Penal Pública, que aun cuando tiene un rango orgánico menor que el anterior, implicó tomarse en serio el derecho de defensa<sup>6</sup>, ya que si bien su fuente primaria no está recogida en la Constitución, tiene en cambio la característica de universalidad y la pretensión de gratuidad, puesto que sólo es pagada por quienes pueden asumir el costo de su defensa, aunque sujeto a aranceles previamente publicados.

3.- La creación de dos nuevas clases de tribunales con competencia penal, como son los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal. Los primeros, unipersonales, con competencia para intervenir en las fases anteriores al juicio oral (investigación y preparación del juicio oral) y los segundos colegiados, integrados por tres jueces, encargados de conocer, en única instancia, de la fase propiamente judicial, o sea, del juicio oral. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal es el único responsable de ponderar las pruebas incorporadas al proceso y previamente admitidas por el juez de garantía. Todo ello sin perjuicio de la competencia asignada a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema, para el conocimiento de los recursos que puedan deducirse.

4.- Sólo para completar el cuadro, pero sin incursionar en su pertinencia en este modelo de enjuiciamiento, he de agregar que recientemente se ha modificado la Constitución, para dar cabida a un nuevo organismo destinado a asumir la defensa de las víctimas<sup>7</sup> y cuyo desarrollo legal no se ha producido.

### **III.- La cautela en el proceso penal chileno: un breve enfoque dinámico**

No es la intención dar una explicación pormenorizada de cada una de las medidas cautelares personales que considera el Código Procesal Penal, sino comentar el modo en que opera dicho régimen en este nuevo sistema, denotando las relaciones que se generan al interior del proceso para su adopción,

---

5 De las más de 30 leyes que se han dictado para adaptar la legislación nacional en nuevo sistema procesal penal, la primera fue precisamente la que creó el ministerio público, modificando la Constitución Política para darle cabida entre las instituciones del Estado que tienen rango constitucional.

6 Por parafrasear a RAWLS.

7 “La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes” (Artículo 19 núm. 3, inciso 4º, modificado por la ley 20. 516, D.O. 11.07.2011).

mantención, modificación y cesación; enfoque más interesante en una ocasión como esta, me parece, que detallar la forma en que se regula cada cautelar.

### III.1.- Delimitando el objeto

La invitación cursada para participar en el Congreso, se formuló considerando mi intervención con el tema “La tutela cautelar en el proceso penal”, lo que hizo necesario que solicitara a su Director, el Dr. Agustín Pérez-Cruz, me aclarara el contenido esperado de mi ponencia, toda vez que en nuestro código, además de lo que tradicionalmente se ha concebido como tutela cautelar, esto es, las medidas destinadas a asegurar la presencia del imputado en el proceso, contempla también una figura novedosa en nuestro medio cual es la denominada cautela de garantías, prevista en artículo 10<sup>8</sup>, disposición que por la similitud de su rotulación, podría confundirse con aquellas.

Lo cierto es que el propósito de la mentada disposición radica en el resguardo que quiso tomar nuestro legislador, específicamente el Senado, para aquellos casos en que el imputado se encontrare en una situación mental que, sin alcanzar la entidad suficiente como para que se le declare demente y por tanto se cumpla la condición prevista en el artículo 465 para decretar el sobreseimiento temporal o definitivo, no se encuentre sin embargo en condiciones de enfrentar debidamente una defensa penal en los términos que se prevén en la Constitución o en los tratados internacionales que obligan a nuestro país.

La citada disposición impone el deber del juez de mantenerse atento a tales circunstancias, de modo que, de oficio o a petición de parte, adopte las medidas destinadas remediar dicha falencia, o bien, de estimarlas insuficientes, disponer la celebración de una audiencia, a fin de que se debata la situación entre los intervinientes, al cabo de la cual resolverá la continuación o el sobreseimiento temporal del procedimiento<sup>9</sup>.

---

8 “*Cautela de garantías*. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. “Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiese producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.”

9 Cuando se discutía el proyecto en el Senado chileno, con mayoría de senadores de derecha, cayó preso Augusto Pinochet en Londres, donde se invocaron razones humanitarias (su supuesta vejez para enfrentar un juicio en España), lo que llevó al gobierno británico a negar la extradición solicitada por el juez Garzón. Eso significó que se considerara la conveniencia de crear algún mecanismo intermedio para tratar casos como el del general, en que sin que pudiese establecerse

La respuesta a mi consulta fue que me centrara en los modos de aseguramiento de la presencia del imputado a los actos del procedimiento y al cumplimiento de la sentencia cuando fuere el caso.

Una segunda precisión que debo hacer, es que el código contempla también medidas de cautela real, tratadas en los artículos 157 y 158, destinadas a asegurar las responsabilidades pecuniarias del imputado, las que tampoco serán tratadas, por no guardar directa relación con la temática considerada para el módulo en que me ha correspondido participar.

### III.2.- La cautela personal en el Código Procesal Penal chileno

El código destina el Título V del Libro I a regular las medidas de cautela personal, donde trata sucesivamente la citación, la detención, la prisión preventiva y otras medidas restrictivas de la libertad del imputado, medidas éstas últimas que abren un abanico relativamente amplio, y que le da al juez la opción de disponer formas de aseguramiento del imputado que no signifiquen una afectación tan intensa de su derecho de libertad como es la prisión preventiva, pero que tampoco importen perder totalmente el control sobre su persona, como sería si se le mantuviera en libertad absoluta. Son los casos que contempla el artículo 155 bajo el rótulo de “Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares”<sup>10</sup>.

---

algún modo de enajenación mental, se estimara la conveniencia, en clave de garantía, de suspender el procedimiento a la espera de la recuperación mental del imputado.

10 “*Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales.* 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, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

- a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y
- g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este Párrafo.”

La breve explicación que quiero dar respecto de las cautelares personales en el régimen chileno, toma dos puntos de referencia, a saber, el principio de inocencia y el control horizontal de la actividad procesal.

El principio de inocencia se encuentra consagrado en el artículo 4 del código, y declara: “Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”, disposición ubicada en el título denominado “principios básicos” y que ciertamente es el que inspira todo el desarrollo posterior del régimen de enjuiciamiento y ciertamente debe determinar las conclusiones interpretativa de los agentes que intervienen en el proceso. Ese principio se refleja luego en el artículo 122, primero de los que tratan las cautelares personales, y único del párrafo que se titula “principio general”. Bajo el rótulo de “Finalidad y alcance”, declara: “Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.”

Bajo ese predicamento, el Código Procesal Penal exige de los órganos jurisdiccionales, particularmente de los jueces de garantía, que son quienes se encuentran en la primera línea de defensa de las garantías de los imputados<sup>11</sup>, observar con especial rigor la concurrencia de las condiciones bajo las cuales autorizarán la adopción de una cautelar.

En el sistema anterior, la detención y la prisión preventiva se practicaban con una liberalidad pasmosa y, lo que es peor, con una tolerancia de los operadores que sólo podía explicarse desde la perspectiva de la cultura jurídica recibida desde las primeras etapas de su formación profesional. No había conciencia ni cuestionamiento a los modales del Estado en el trato a sus habitantes. De allí es que el espíritu original del código fue cambiar la lógica existente, de modo que la pertinencia de aplicar una cautelar quedara sometida a un exigente régimen de análisis previo, de manera que el mandato del artículo 4 se encarnara efectivamente en una de las manifestaciones más duras de la relación del Estado con los individuos, cual es el trato que éste recibe a lo largo del proceso penal.

La inocencia predicada de cada imputado, como se sabe, debe orientar no sólo el juicio a la hora de definir si la prueba de cargo ha logrado superar el amparo de ese principio, privando al imputado de su inocencia previamente proclamada, sino que es preciso darle un trato de tal durante el desarrollo del procedimiento.

---

11 También de las víctimas y terceros que puedan verse afectados por una investigación penal, conforme lo ordenan los artículos 6 y 9.

En tal virtud es que los requisitos previstos por el código para aplicar cada una de las cautelares personales que consagra, deben observarse con rigurosidad, para satisfacer las exigencias de la inocencia y de la excepcionalidad; dos de los principios inspiradores del régimen de cautelares. No de otro modo puede aplicarse la frase “absolutamente indispensables” contenida en el artículo 122; sin olvidar que la excepcionalidad que consagra dicho precepto, viene asociada a los “fines del procedimiento”, que no son otros que el establecimiento de la verdad y la aplicación del castigo cuando se compruebe la existencia de los elementos del delito en el caso concreto.

Digo lo anterior teniendo presente que la legitimidad de las cautelares, particularmente las que importan privación de libertad, sólo puede sustentarse en la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, y en el momento de hacer efectiva la pena si fuere el caso, mas no aparece justificada su adopción para fines que no guardan relación tales fines, como cuando se autoriza su adopción fundada en la causal de constituir el imputado un peligro para la sociedad, o para la seguridad de la víctima, casos que el código (art. 140 letra c) y la Constitución! (art. 19 núm. 7, letra e) contemplan como justificativas de la prisión preventiva.

El control horizontal de la actividad procesal lo anoto para los efectos de esta presentación como el otro referente del régimen de cautelares en este sistema. Me refiero bajo este enunciado, a una modalidad que impone la exigencia de revisar ex ante la concurrencia de los requisitos previstos en la ley para disponer la aplicación de una cautelar, salvo la detención, atendida su naturaleza urgente y destinada a capturar a quien no está dispuesto a presentarse voluntariamente al proceso, lo que se cumple mediante la celebración de una audiencia a la que debe llamar el juez de garantía cada vez que se solicite decretar una cautelar, modificarla o hacerla cesar.

Y es en este punto donde invoco la referencia hecha previamente a la nueva estructura orgánica establecida para darle funcionalidad y legitimidad a la nueva modalidad de juzgamiento. De lo que se trata es que decisiones que afectarán tan dramáticamente la esfera de libertad de un imputado, no pueden ser adoptadas sin que el órgano competente para decidir las, haya podido tener en consideración todos los elementos de juicio concurrentes en el caso concreto; para lo cual no basta la mera solicitud del acusador, léase Ministerio Público o querellante<sup>12</sup>, sino que también se contempla la citación al imputado, al defensor, y a la víctima. Si el imputado legalmente citado no concurre, se puede ordenar su detención para el sólo efecto de hacerlo comparecer a la audiencia<sup>13</sup>.

---

12 Bajo el régimen antiguo la decisión la adopta el juez por sí solo puesto que, como he dicho antes, puede actuar como parte principal o como acusador.

13 Ese es uno de los casos en que la citación opera como cautelar, aun cuando su naturaleza, en mi concepto, dista de la esencia de una cautela personal, ya que, en rigor no se diferencia de la



Se puede ver de ese modo, cómo operan en igualdad de condiciones las funciones acusadora y defensora, frente a la otra función del proceso penal cual es el órgano juzgador, quien queda ubicado en una posición equidistante de los litigantes y en condiciones de resolver con total independencia.

En definitiva, aquél control que en el sistema tradicional es ejercido por los tribunales superiores, indispensable ante la ausencia de un análisis colectivo previo a la resolución del juez adoptada unilateralmente, en la modalidad establecida en el Código Procesal Penal, supone una audiencia al cabo de la cual podrá el juez de garantía resolver la petición.

De lo dicho se desprenden algunas consecuencias, a saber, 1) que el órgano jurisdiccional no tiene iniciativa para ordenar medidas cautelares, salvo la detención según lo señalado. Estas sólo pueden ser decretadas a petición de alguno de los intervinientes<sup>14</sup>. En algún caso, de oficio, puede citar a audiencia para analizar su cesación o modificación. 2) Con todo, aun cuando la cautelar puede ser ordenada luego del debate en audiencia, queda a salvo la posibilidad de recurrir ante el tribunal superior. Es decir, si bien existe lo que se ha dado en llamar el *control horizontal*, en tanto las decisiones importantes dentro del proceso se adoptan en audiencias, donde todos los intervinientes interactúan con el tribunal<sup>15</sup>, de modo que las decisiones son el precipitado de la discusión y por tanto no hay sorpresas, igualmente los errores pueden ser revisados y corregidos mediante los recursos previstos. Pero ciertamente las impugnaciones se ven reducidas; con lo cual se satisfacen dos ideas fundamentales del modelo, que son favorecer la solución en única instancia de las cuestiones discutidas, y el acceso público al proceso de adopción de las resoluciones judiciales, especialmente de los intervinientes.

A.- La detención: Puede comparecer en dos circunstancias: 1) por flagrancia y 2) por orden judicial.

En el primer caso estamos frente a un hecho, que no obstante autorizar a la policía y a los particulares para practicarla en situaciones de urgencia que no admiten dilación, debe ser homologada judicialmente.

El segundo caso corresponde a la situación prevista en el artículo 127, que autoriza al ministerio público a solicitar al juez de garantía la detención del imputado, “para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiere verse demorada o dificultada”. También puede solicitarse cuando legalmente citado a una audiencia no compareciere sin causa justificada.

---

citación ordenada respecto de un tercero.

14 Denominación genérica con que el Código Procesal Penal se refiere a las partes (art. 12)

15 El artículo 69 asigna un sentido genérico al vocablo tribunal, o sea se refiere a cualquiera de los órganos jurisdiccionales competentes para intervenir en el proceso penal.

Con todo, cualquiera fueren las circunstancias de la detención, está sujeta a ciertas condiciones de las cuales quisiera destacar dos:

- El detenido no puede permanecer en dicho estado más de 24 horas sin ser puesto a disposición del juez de garantía<sup>16</sup>. La detención está concebida exclusivamente para asegurar la puesta del imputado a disposición del tribunal. Se ha dicho que a diferencia del sistema anterior, en éste *no se detiene para investigar*.

- Dentro de las 24 horas, el imputado debe comparecer ante el juez de garantía para la celebración de una audiencia de control de la detención. En ella el juez verificará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la detención (en el caso de flagrancia) y los de la forma en que ésta debe ejecutarse (trato, información de derechos y motivos, etc.).

En dicha audiencia, puede solicitarse, discutirse y ordenarse la aplicación de otra medida cautelar de más largo tiempo (v. gr. prisión preventiva).

B.- La prisión preventiva: Se trata ciertamente de la cautela personal de mayor intensidad, por lo que su adopción está sujeta a condiciones mucho más exigentes que la detención, tanto más si se considera que su duración puede llegar a ser indefinida, en tanto no se convierta, si fuere el caso, en la pena privativa de libertad. Lo dicho, no obstante que el código favorece la limitación temporal de esta medida.

La prisión preventiva debe ser decretada necesariamente en audiencia, sea en alguna de las que conforman la tramitación normal del procedimiento, sea una especial a la que cite el tribunal o el juez de garantía a petición del ministerio público o del querellante.

En esta audiencia se abrirá un debate para verificar la concurrencia de los requisitos de procedencia de la medida, esto es la existencia de hechos que puedan ser constitutivos del delito que se imputa, y de antecedentes que incriminen, con algún grado de certeza, al afectado por la medida. Además debe acreditarse lo que se denomina la *necesidad de cautela*, esto es, que la prisión preventiva sea indispensable para el éxito de ciertas diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado revista peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

Por no corresponder al motivo de la presentación, no me detendré en el cuestionamiento de estos últimos motivos justificativos de la prisión preventiva, pero como lo anticipé, bien puede afirmarse que, más allá de la conveniencia práctica que pudiere afirmarse de garantizar la seguridad de la víctima o a la

---

<sup>16</sup> En ciertos casos muy excepcionales la detención puede llegar a 3 días, o 5 días en caso de delitos de tráfico de estupefacientes, o 10 en caso de delitos terroristas.

sociedad, lo cierto es que motivos de esta naturaleza escapan totalmente a las razones que permiten legitimar la presencia de la institución en el trámite del proceso penal, donde se ha proclamado como principio básico la [presunción de] inocencia del imputado.

La prisión preventiva no tiene una duración definida. Si bien inicialmente hubo la intención de fijar un límite definitivo<sup>17</sup>, lo cierto es que el código estableció un régimen de revisión para *considerar* su cesación cuando hubiere transcurrido la mitad del tiempo correspondiente a la pena esperable de privación de libertad. Con todo, cumplida dicha condición, el juez deberá citar de oficio a una audiencia *con el fin de considerar su cesación o prolongación*. Claramente entonces, dicha intención primitiva debió ceder ante la reticencia del parlamento que prefirió dejar abierta la posibilidad de mantener al imputado privado de libertad hasta la sentencia definitiva, en que eventualmente se le daría la libertad si resultare absuelto, aun cuando hubiere recursos pendientes.

Sin perjuicio de lo anterior, se contempla la posibilidad de pedir la modificación o revocación de la medida en cualquier momento, caso en el cual el tribunal podrá rechazarla de plano o bien citar a una audiencia para abrir debate sobre la petición.

Contra la resolución que se pronuncie sobre la prisión preventiva, cualquiera sea la petición concreta que se hubiere formulado, se concede recurso de apelación, siempre que la resolución hubiere sido dictada en audiencia. Siendo la regla general la concesión del recurso en el sólo efecto devolutivo, tratándose de ciertos delitos graves (v. gr. secuestro, homicidio, delitos sexuales, robo con violencia) y la solicitud de prisión preventiva o su mantención hubiere sido rechazada, el imputado no podrá ser puesto en libertad, mientras la resolución no estuviere ejecutoriada.<sup>18</sup>

C.- Otras medidas cautelares: Estas medidas<sup>19</sup> flexibilizan las posibilidades judiciales para disponer cautelas personales en el proceso penal. Están previstas en el artículo 155 y su finalidad específica es garantizar el éxito de la investigación, proteger al ofendido o asegurar la presencia del imputado en el proceso y ejecución de la sentencia. No vienen establecidas para el resguardo de la seguridad de la sociedad, como ocurre con la prisión preventiva.

---

17 El artículo 182 del proyecto del ejecutivo proponía “La prisión preventiva no podrá exceder en caso alguno de dieciocho meses ...”

18 Esta es una regla que ha sido fuertemente resistida por la Defensoría Penal, e incluso por los propios jueces de garantía quienes han recurrido, sin éxito, al Tribunal Constitucional requiriendo su inaplicabilidad o derechamente su declaración de inconstitucionalidad

19 Ver nota 10

Se les aplica el régimen de la prisión preventiva en lo que no sea incompatible con sus especificidades, y pueden ser dejadas temporalmente sin efecto, a petición del afectado, previa citación a audiencia a los intervinientes.

Su consideración dentro de las medidas de cautela personal, es ciertamente una de las virtudes que se pueden predicar del nuevo régimen procesal penal chileno, por la flexibilidad que implica abrir alternativas para que el tribunal, oyendo la opinión de los intervinientes, adopte una o más de ellas, en la medida que, cumpliendo los fines de una cautela personal, no afecte más de lo estrictamente necesario el derecho de libertad del imputado, evitando así su desarraigo familiar o laboral.

### Conclusión

A modo de conclusión podría señalar que el sistema de enjuiciamiento penal vigente en Chile a contar de diciembre de 2000, cumple con los estándares de respeto a los derechos de los imputados exigidos por la comunidad internacional, y que son reconocidos y practicados en el entorno jurídico occidental.

Más allá de las críticas que se le puedan formular -no pocas referidas a cuestiones que apuntan a las bases mismas del sistema- como por ejemplo “*la facilidad con que los delincuentes detenidos recuperan su libertad*”<sup>20</sup>, lo que ciertamente implica desconocer la esencia misma del proceso penal, el cual no está para el control ex ante de la delincuencia, sino para enjuiciar conductas que ha sido tipificadas como delito y aplicar las penas al final del proceso, lo cierto es que en materia de cautela personal el sistema muestra mayor racionalidad y coherencia con los principios democráticos y libertarios que el régimen anterior, cuya regulación legal y práctica no eran compatibles con un país comprometido a respetar los derechos esenciales de los imputados, cuya inocencia a lo menos, se presume.

---

20 Fenómeno que se conoce como “la puerta giratoria”.