

## LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 149 INCISO 2° DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Francisco Ferrada Culaciati<sup>1 2</sup>

*A propósito de una consulta que hice a don Mariano relativa al derecho que asegura la Constitución sobre prisión de individuos sin orden competente de juez [...] me ha contestado [...] un tratado, sobre la ninguna facultad que puede tener el gobierno para detener sospechosos por sus movimientos políticos. [...] En resumen, de seguir el criterio del jurisperito Egaña, frente a la amenaza de un individuo para derribar a la autoridad, el gobierno debe cruzarse de brazos, mientras, como dice él, no sea sorprendido infraganti. [...] ¡Maldita la ley entonces si no deja al brazo del gobierno proceder libremente en el momento oportuno [...]! Diego Portales, carta del 6 de diciembre de 1834.*

I. INTRODUCCION; II. REGIMEN ANTERIOR Y ACTUAL REGULACION; III. EL SUPUESTO EFECTO SUSPENSIVO; IV. LA INEVITABLE NATURALEZA CAUTELAR DE LA MODIFICACION; V. LA PRIVACION DE LIBERTAD Y LA DETENCION; VI. DETENCION Y MEDIDA CAUTELAR; VII. ¿ES ACEPTABLE UNA MEDIDA CAUTELAR IMPUESTA POR LEY?; VIII. MEDIDA CAUTELAR Y JURISDICCION; IX. EL DEVENIR EN INCONSTITUCIONALIDAD POR CONTRAVENIR LA JURISDICCIONALIDAD; X. PRESUNCION DE INOCENCIA; XI. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCION

El propósito de este trabajo es evaluar en qué medida se adecua con la Constitución, la reforma que introdujo la Ley 20.253 en el artículo 149 del Código Procesal Penal, que impide ahora que el imputado sea puesto en libertad, mientras pende la apelación de la resolución que rechazó la solicitud de prisión preventiva o revocó esa medida cautelar<sup>3</sup>. Sin duda es un tema relevante, desde que hace tiempo

---

<sup>1</sup> Profesor invitado de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>2</sup> El autor agradece la colaboración en la recopilación de antecedentes y aporte de ideas, a sus alumnos del curso de Derecho Procesal V, Carolina Escobar y Daniel Bravo.

<sup>3</sup> Se debe hacer presente que a esta fecha se encuentra pendiente de resolver ante el Tribunal Constitucional el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 149 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal, en la causa rol N° 1.065-2008.

no se veía que el legislador efectuara declaraciones de esa índole, que son más bien “imposiciones”, en materia de medidas cautelares<sup>4</sup>.

Antes de entrar al análisis, resulta necesario destacar las razones dadas para modificar la norma. En el Mensaje el Ejecutivo advierte que “la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor”. De esa manera, se pretende solucionar la “falencia” de que los “delincuentes habituales o peligrosos se encuentren en libertad o la recuperen fácilmente”<sup>5</sup>.

Dejando de lado cualquier consideración al lenguaje, resulta cuestionable de partida que cualquier reforma legal al régimen de las medidas cautelares en el proceso penal, que son un indicativo elocuente para determinar el grado de respeto de los derechos fundamentales en una sociedad, venga dado por las encuestas de opinión<sup>6</sup>.

Para ver si los medios instaurados por el legislador para cumplir su objetivo han sido acertados, intentaremos dilucidar la naturaleza jurídica de la nueva disposición. Primeramente, revisaremos el denominado efecto suspensivo de la apelación, para determinar si es suficiente para explicarla. Luego, la analizaremos asumiendo que se trata de una nueva medida cautelar creada y aplicada por ley, y desde esa perspectiva estudiaremos si se aviene con los parámetros constitucionales de las medidas cautelares y de la presunción de inocencia.

## II. REGIMEN ANTERIOR Y ACTUAL REGULACION

Antes de la modificación en estudio, el artículo 149 prescribía únicamente que si se negaba lugar o revocaba la prisión preventiva, la resolución era impugnabile mediante el recurso de apelación, cuando era dictada en audiencia. Esa resolución podía ejecutarse de inmediato, al no traer aparejado el recurso el efecto suspensivo, de conformidad al artículo 368 del Código Procesal Penal<sup>7</sup>. Entonces el imputado quedaba en libertad mientras la Corte de Apelaciones conocía del recurso. Si la Corte confirmaba la resolución, se mantenía al imputado en libertad. Por el contrario, revocada la resolución, se debía hacer efectiva la prisión preventiva.

---

<sup>4</sup> Véase el detalle de medidas cautelares impuestas por el legislador en el capítulo VIII.

<sup>5</sup> Mensaje 188-354.

<sup>6</sup> Se adscribe así a la opinión de Guzmán Dalbora, José Luis, que cuestiona que el Mensaje se abstenga “de citar estudios criminológicos y estadísticas criminales confiables”. “Reincidencia y Defensas Privilegiadas en la denominada Agenda Corta Antidelincuencia Gubernamental contra la Criminalidad”, en Gaceta Jurídica N° 317, año 2006, pp. 10 y 11.

<sup>7</sup> “La apelación se concederá en el solo efecto devolutivo, a menos que la ley señale expresamente lo contrario”.

La norma llamó la atención de los legisladores<sup>8</sup>, por un tema práctico evidente: mientras pende la apelación, hay posibilidades de que el imputado intente eludir su presencia en el procedimiento, frustrando de ese modo los fines del mismo.

La modificación que ha sido introducida al artículo 149, establece que en caso de determinados delitos<sup>9</sup>, si se pide la prisión preventiva y se deniega, o se solicita la revocación de esa medida cautelar y esa petición se acoge, “el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva”.

En la primera hipótesis, si se solicita esa medida cautelar respecto a un imputado que no se encuentra sometido a prisión preventiva y esa petición es rechazada, no puede aquél recuperar su libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución. Por tanto si el solicitante apela, lo que debe hacer en la misma audiencia, se deberá esperar a que la Corte de Apelaciones confirme la resolución para que el imputado quede libre. Esta regla se aplica siempre y cuando el imputado haya sido “puesto a disposición” del tribunal en calidad de detenido.

Como segunda hipótesis, si el imputado se encuentra sujeto a prisión preventiva y se solicita la revocación de esa medida cautelar, de acogerse la solicitud no puede salir en libertad si el interviniente apela, mientras la resolución no sea confirmada por el tribunal de alzada<sup>10</sup>.

A poco avanzar con esta revisión, queda la duda acerca de qué es lo que el legislador ha querido hacer. No se sabe bien si estamos ante la presencia de un

---

<sup>8</sup> El Mensaje expresa que con la reforma propuesta se “abre la posibilidad de una efectiva revisión por el tribunal de alzada, sin riesgo de fuga del imputado mientras se resuelven los recursos”. Con motivo de la discusión del Proyecto, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento quedó constancia de la explicación del Senador Espina: “el nuevo inciso segundo que se agrega al artículo 149 tiene por finalidad impedir que los imputados sean puestos en libertad cuando los juzgados de garantía desechen decretar la prisión preventiva de detenidos por los delitos que allí se indican, mientras no se pronuncie la Corte de Apelaciones respectiva, en los casos en que se recurra de apelación. Ello a fin de evitar engrosar la lista de prófugos”.

<sup>9</sup> Los establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la Ley N° 20.000, que tengan asignada pena de crimen.

<sup>10</sup> El Mensaje proponía agregar en el artículo 149 los siguientes incisos segundo y tercero: “En todo caso, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva”. “Tratándose de los delitos señalados en el artículo 78 bis del Código Penal, el imputado cuya prisión preventiva se niegue o revoque quedará siempre sujeto a la medida cautelar establecida en la letra b) del artículo 155, sin perjuicio de las reglas sobre sustitución de medidas cautelares establecidas en el artículo 145”. Como puede apreciarse, la propuesta del ejecutivo era bastante más drástica que el texto que finalmente se aprobó, ya que aplicaba las dos hipótesis que acabamos de enunciar a todos los casos, no sólo a aquellos delitos de mayor gravedad; y aparejaba las medidas cautelares del artículo 155 cuando la finalmente la prisión preventiva se dejaba sin efecto, en algunos casos.

efecto propio del sistema de recursos del Código, un efecto adicional a la detención y prisión preventiva o de una nueva medida cautelar creada e impuesta por ley. Estudiaremos primeramente los dos primeros caminos.

### III. EL SUPUESTO EFECTO SUSPENSIVO

El sistema del Código Procesal Penal se basa en que las resoluciones dictadas en audiencia y que se pronuncian acerca de la medida cautelar de prisión preventiva son apelables, de conformidad al artículo 149 inciso 1º. Relacionando esa norma con los artículos 355 y 368, esa apelación no conlleva el efecto suspensivo. Se mantiene, por ende, la regla general en el proceso penal de que a la apelación sólo se le asigna el efecto devolutivo, salvo mención expresa que incluya el efecto suspensivo.

Ahora bien, la reforma introducida por la Ley N° 20.253, indica expresamente que en las hipótesis especialísimas ya previstas, “el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva”. ¿Se introduce con ello el efecto suspensivo en la apelación del artículo 149 inciso 2º? La norma no lo dice expresamente. Sin embargo, por la historia de la ley, pareciera que el legislador tiene zanjado el tema, inclinándose por la afirmativa<sup>11 12</sup>.

Discrepando de la opinión anterior, creemos que no se ha dotado a la apelación de los dos efectos. Según Eduardo Couture, el suspensivo “consiste en el enervamiento provisional de los efectos de la sentencia” quedando éstos “detenidos”<sup>13</sup>. Cuando el recurso reconoce este efecto, la resolución “no puede hacerse efectiva durante el plazo para recurrir, y frente al caso de haberse deducido el recurso, hasta la resolución de éste”<sup>14</sup>. En consecuencia, se debe mantener la situación de hecho o de derecho objeto de la litis sin las modificaciones que pudiera introducir la resolución impugnada. En caso contrario, cuando sólo va

---

<sup>11</sup> En efecto, en el debate que se produjo al interior de la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el Segundo Informe, el Senador Espina afirmó “que la indicación no introduce el recurso de apelación respecto de la prisión preventiva, como se ha sostenido, porque dicho recurso existe desde la puesta en vigor del Código Procesal Penal; **lo nuevo es el efecto suspensivo de la apelación**. Si la Corte coincide con el criterio del juez el imputado queda en libertad; de lo contrario, se evita engrosar la lista de prófugos”.

<sup>12</sup> En el mismo sentido es la opinión de Lama Díaz, Rossy, “Agenda Corta Antidelincuencia, Modificaciones al Código Procesal Penal”, en Gaceta Jurídica N° 338, año 2008, p. 15: “El primer inciso que se incorpora [al artículo 149] establece la apelación verbal [... recurso que ...] se concede en ambos efectos”.

<sup>13</sup> *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958, tercera edición, p. 370. Para Devis Echandía, Hernando, “no se cumple con la providencia mientras el superior no la haya confirmado”. *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, tercera edición, p. 510.

<sup>14</sup> Palacio, Lino Enrique, *Los Recursos en el Proceso Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 25.

acompañada la apelación del efecto devolutivo, “la resolución impugnada se ejecuta de inmediato”<sup>15</sup>, y por lo mismo la situación previa se modifica, pese a la eventual interposición de recursos.

Si bien se ha discutido cuál es la naturaleza jurídica de la resolución sometida a impugnación mientras pende el recurso<sup>16</sup>, es forzoso reconocer que estamos ante la presencia de un acto jurídico procesal perfecto, de cumplirse en él los requisitos necesarios para su validez<sup>17</sup>. Desde que se notifica a las partes, la resolución adquiere la aptitud suficiente para modificar la situación de hecho o de derecho previa. Si se ejercen los recursos, se aplaza su tránsito a cosa juzgada. Y si hay efecto suspensivo, además se retarda su exigibilidad.

Se debe aclarar, entonces, cuál es la situación de hecho previa que no se puede modificar mientras pende el recurso. En el caso del imputado que no ha sido sometido a esa medida cautelar, se trata de un detenido que es puesto a disposición del tribunal. Como veremos, por regla general la detención termina con el cumplimiento de su finalidad, esto es, cuando se pone al imputado a disposición del juez. Si entendiéramos que se aplica en la especie el efecto suspensivo de la apelación, tendríamos que afirmar que por ley se está prolongando una detención que ya se agotó. Ello no es posible, ya que la ampliación de la detención sólo procede por resolución judicial, no por disposición legal, según la Constitución y el Código Procesal Penal, en los artículos 19 N° 7 c) y 132, respectivamente<sup>18</sup>, lo que nos llevaría de plano a concluir su inconstitucionalidad.

A mayor abundamiento, si se tratara del efecto suspensivo, debiéramos concluir que estamos ante una detención prolongada y aplicada forzosamente por ley, y sin límite de duración (tanto como tarde la Corte de Apelaciones en fallar el recurso), lo que es inaceptable, según se estudiará. En otra cuerda, como sostenemos que la detención se agotó al poner al imputado a disposición del juez, el hecho de que antes de ella el imputado se encontraba en libertad resulta ser incompatible con el efecto suspensivo, debido a que nos obligaría a reafirmar ese estado de libertad, cuando la ley sostiene precisamente lo contrario. En

---

<sup>15</sup> Ibid., p. 26.

<sup>16</sup> Véase Couture, obra citada, p. 341.

<sup>17</sup> Devis Echandía, obra citada pp. 507 y 508.

<sup>18</sup> Artículo 19 N° 7 c): “Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, **por resolución fundada**, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas”. Artículo 132 inciso 2° del Código Procesal Penal: “En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. **El juez accederá a la ampliación** del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida”.

consecuencia, en esta hipótesis no es el efecto suspensivo el que explica que el imputado no pueda ser puesto en libertad.

En el caso de la revocación de la prisión preventiva, lo que el efecto suspensivo nos diría es que existe una resolución previa que la decretó y que ha perdido vigencia, pero que esa cautelar –la prisión preventiva, y no otra- debe mantenerse inamovible mientras pende la apelación. Sin embargo, la nueva regla no expresa que al imputado se le mantendrá en prisión preventiva, sino que mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución apelada, no es admisible dejarlo en libertad. Como se ve, son cosas distintas.

Además, y este argumento es válido para ambas hipótesis en estudio, el artículo 368 es claro al prescribir que la regla general en la apelación es la ausencia del efecto suspensivo, salvo que “expresamente” la ley lo incorpore. Y como la modificación al artículo 149 no lo ha declarado categóricamente, debe entenderse que no se contempla para la apelación en este caso. Si la intención del legislador hubiera sido dotar a la apelación del efecto suspensivo, habría bastado que señalara, conforme al artículo 368, que el recurso se concede en ambos efectos. Sin embargo fue más allá, condicionando la libertad a la ejecutoria, que es distinto.

Entonces, el imputado no se encuentra sometido a prisión preventiva, por cuanto esta medida ha sido dejada sin efecto mediante resolución que ha sido apelada, recurso que no procede en el efecto suspensivo, por lo que puede cumplirse de inmediato, dejando de estar sometido el imputado a esa medida cautelar, y quedando privado de libertad por disposición legal.

Hay otro argumento de texto expreso que avala las afirmaciones anteriores. El inciso tercero agregado por la reforma<sup>19</sup> al artículo 149 reconoce expresamente la posibilidad de decretarse orden de no innovar. Sin embargo, esta institución no tiene lugar en un recurso de apelación que se concede en ambos efectos.

Entonces, si no hay efecto suspensivo<sup>20</sup>, ni prolongación de la detención o de la prisión preventiva, lo único que nos queda es a un imputado que no puede ser puesto en libertad por disposición legal expresa.

---

<sup>19</sup> “En los casos en que no sea aplicable lo dispuesto en el inciso anterior, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la posible fuga del imputado, la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiscal o del querellante”.

<sup>20</sup> Aparentemente, la Corte Suprema entiende que se ha dotado de efecto suspensivo al recurso de apelación en este caso. Así se desprende del acuerdo adoptado con ocasión de la divergencia de criterios de las distintas Cortes de Apelaciones del país a raíz de la modificación en estudio. El documento, denominado “Acta 46-2008”, del 28 de marzo de este año, en el punto D.1 dispone: “Cuando se resuelva la libertad de los imputados que fueren puestos a disposición del Juzgado o Tribunal por Gendarmería de Chile y **no existan recursos pendientes que suspendan su cumplimiento**, la orden respectiva deberá ser entregada a Gendarmería de Chile para su ejecución y no se dispondrá la libertad materialmente por el Tribunal en audiencia”.

#### IV. LA INEVITABLE NATURALEZA CAUTELAR DE LA MODIFICACION

La prohibición de dejar al imputado en libertad, que viene impuesta por ley, no puede carecer de justificación alguna, por cuanto atentaría contra el artículo 19 N° 7 b)<sup>21</sup> y c)<sup>22</sup> de la Constitución, y menos podría significar que estemos aplicando una condena anticipada, puesto que ese caso estaríamos frente a una infracción burda al principio de inocencia. Por ello, y siguiendo la historia de la ley en comento (evitar la fuga), se debe entender que tiene naturaleza cautelar.

De esa manera, tendremos que dilucidar si se aviene la modificación legal con el régimen de la potestad cautelar. Sin embargo, para poder continuar, es preciso establecer previamente el tratamiento constitucional de la privación de libertad desde la perspectiva cautelar, y de paso enfatizar el momento en el cual la detención se agota y extingue en sus efectos.

#### V. LA PRIVACION DE LIBERTAD Y LA DETENCION

La Constitución prescribe en su artículo 19 N° 7, que toda persona tiene derecho a la libertad personal, que abarca “la libertad física, de movimiento y de actividad”<sup>23</sup>, formulando así el principio básico y general de la regulación. Como no es absoluto, un individuo puede ser privado o restringido en el ejercicio de la libertad personal, en los casos y en la forma establecidos en la Constitución y en la Ley, según dispone el artículo 19 N° 7 b)<sup>24</sup>. Los supuestos constitucionales de privación o restricción de libertad vienen establecidos en la letra d) del artículo 19 N° 7 de la Carta, y son el arresto, la detención, la prisión preventiva y la prisión. La letra c) del mismo número establece que sólo se puede arrestar o detener por **orden del funcionario público expresamente facultado por Ley**.

A excepción de la flagrancia, que no presupone orden previa, todos los casos de privación o restricción de libertad presuponen la existencia de una orden

---

<sup>21</sup> “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”.

<sup>22</sup> “Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal”.

<sup>23</sup> Verdugo Marinkovic Mario, Pfeffer Urquiaga Emilio y Nogueira Alcalá Humberto, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, Tomo I, p. 235.

<sup>24</sup> A nivel supraconstitucional, el Pacto de San José de Costa Rica, junto con declarar en el art. 7.1 el derecho a la libertad personal, establece en el art. 7.2 que nadie puede ser privado de su libertad física, **sino por las causas y en las condiciones establecidas en la Constitución y en las leyes** dictadas a su conformidad, proscribiendo, de paso, en el 7.3, la detención o encarcelamiento arbitrario. A su turno, el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el art. 9.1 que “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. **Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley** y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

de autoridad, y esa autoridad, sólo puede ser el juez, quien lo hará mediante un mandato contenido en una resolución judicial. Recordemos que ya no existe norma alguna que faculte a la autoridad político administrativa a decretar detenciones, desde la modificación de la Ley 18.314 de conductas terroristas el año 2002. En armonía con esa regulación, el inciso final del artículo 122 del Código Procesal Penal deja reservada a una resolución judicial la posibilidad decretar una medida cautelar personal. A mayor abundamiento, la letra d) del artículo 19 N° 7 exige una “orden” para que los encargados del recinto puedan recibir a una persona en calidad de arrestada, detenida, sujeta a prisión preventiva o simplemente presa.

Entonces, lo que la Constitución nos dice es que sólo mediante una resolución judicial es posible privar de libertad a una persona, salvo casos de flagrancia. Esta es la primera conclusión.

Ahora bien, en tanto medida cautelar personal, se define la detención como “aquella en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento”<sup>25</sup>. Lo relevante de la definición es que centra la razón de ser en poner a una persona a disposición del tribunal<sup>26</sup>.

El Código Procesal Penal establece la misma finalidad para la detención, lo que se colige de varias de sus disposiciones<sup>27</sup>. Especial referencia merece el artículo 132: en primer lugar, se libera al detenido si no concurre el Ministerio Público a la audiencia de control de la detención. Luego, si concurre el Ministerio Público y

---

<sup>25</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Jurídica, Santiago, 2002, T. 1, p. 364.

<sup>26</sup> En el mismo sentido, “[l]a detención consiste, por definición, en una privación de libertad de corta duración, a la cual se le pone término tan pronto ha comparecido el detenido al acto del procedimiento que motivó la medida”. *Ibid.*, p. 382.

<sup>27</sup> El artículo 125: “[n]inguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere”; artículo 127: se “podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada.”; artículo 129: “Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.”; artículo 131: en caso de detención por orden judicial se conducirá “inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden”; artículo 131: “[e]l fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado”; y “[p]ara los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal”; y, el artículo 94 c) que establece como derecho del detenido el ser conducido sin demora ante el tribunal que ordenó su detención.



formaliza, recién en ese momento se pueden pedir las medidas cautelares que sean pertinentes (artículo 230 inciso 2°), lo que indica lógicamente que la medida cautelar anterior (detención) cesó en sus efectos. La tercera hipótesis lo confirma, por cuanto si no se pudiere formalizar, es posible pedir una ampliación de la detención, caso en el cual sólo mediante resolución judicial expresa es posible extender la detención. En síntesis, como no hay más detención, por cuanto ya se puso al individuo a disposición del juez, si el fiscal o su asistente no concurren y formalizan, queda el imputado en libertad. Si se le formaliza y no se solicita medidas cautelares, queda en libertad. Y si no se formaliza y se pide ampliación de la detención, queda detenido sólo en virtud de resolución expresa. De lo contrario, queda libre.

Nótese que la regulación precitada no hace sino confirmar la regulación constitucional, que en el artículo 19 N° 7 c), nos dice, en relación a la flagrancia, que se autoriza la detención “con el solo objeto de **ser puesto a disposición del juez** competente dentro de las veinticuatro horas siguientes”. Enseguida, “[s]i la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su **disposición** al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas”.

La segunda conclusión es que la detención tiene por única finalidad poner al imputado a disposición del juez. Su plazo de duración no tiene por finalidad mantener sin más y arbitrariamente la privación de libertad. Con ello, si se pone al imputado a disposición del juez a las 6 horas de practicada la detención, no implica que la autoridad tiene “reservadas” 18 ó 42 horas adicionales (según nos rijamos por el Código Procesal Penal o por la Constitución) para mantener detenido al imputado<sup>28</sup>. A pesar del tenor de las actas de la Comisión Constituyente, es claro que con la actual normativa procesal penal por regla general no se faculta a detener para investigar<sup>29</sup>. La única excepción que reconoce el nuevo orden procesal penal es el artículo 132 inciso 2°, que se pone en el caso que el Ministerio Público carezca de antecedentes suficientes para formalizar la investigación y fundar medidas cautelares personales post detención, por lo que puede ser necesario ampliar el plazo por 3 días para así recabar mayores antecedentes destinados a cumplir con esos objetivos.

---

<sup>28</sup> Ello aunque la ampliación del plazo que reconoce la Constitución en el artículo 19 N° 7 c) inc. 2° tenga su origen en la necesidad de desarrollar “pesquisas”. Véanse las notas 29 y 30.

<sup>29</sup> Véase al efecto la sesión 371, del 16 de mayo de 1978. En ella se deja constancia expresa por el señor Ortúzar que “el problema estriba en que, tratándose de casos excepcionales, los servicios investigadores requieren de mayor tiempo para cumplir sus diligencias y evitar que los detenidos tomen contacto con personas que puedan estar comprometidas en la situación e impidan el arresto de éstas”. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, volumen 11, p. 2582. Hay jurisprudencia que sostiene que no es la finalidad de la detención el obtener prueba o investigar con ella. Véase al efecto la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, sentencia del 4 de marzo de 2005. Publicada en Revista Procesal Penal, Editorial Lexis Nexis N° 33 pp. 128 y ss.

Como tercera consecuencia, sólo mediante resolución judicial previa es posible ampliar el plazo de detención. De lo contrario, si se pone al imputado a disposición del juez, la detención termina. Las hipótesis de ampliación del plazo a 5 y 10 días que establece la norma constitucional, requieren expresamente resolución judicial que las decrete<sup>30</sup>, al igual que la ampliación del 132 inciso 2° del Código Procesal Penal. La situación en el Código de Procedimiento Penal es similar<sup>31</sup>. El constituyente advierte la necesidad de dar una justificación a esa ampliación de la detención, mediante una resolución fundada

En resumen, según nuestro ordenamiento la privación de libertad que no tiene su origen en la flagrancia, debe necesariamente provenir de una resolución judicial. Luego, tratándose de la detención, se agota cuando el imputado es puesto a disposición del juez. La única manera de ampliarla es mediante una nueva resolución judicial.

## VI. DETENCION Y MEDIDA CAUTELAR

El que la detención se agote al poner al individuo privado de libertad a disposición del juez no es más que una demostración del carácter instrumental y provisional de las medidas cautelares. Se entiende que son instrumentales, desde que “no son un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva, cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente”<sup>32</sup>. La provisionalidad, en tanto, consiste en que las medidas cautelares han de terminar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar, que en el ámbito civil establece el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, del modo que lo reconoce a su vez el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal.

---

<sup>30</sup> La historia del precepto constitucional reafirma la necesidad de una resolución que amplíe el plazo. Originalmente el texto contemplaba sólo el plazo de 48 horas, sin posibilidad de ser extendido. La prórroga fue acordada por la Comisión de Estudio a solicitud de la Dirección General de Investigaciones, debido a la necesidad de dar término a las pesquisas que quedaban inconclusas por el breve plazo. Al aceptar la indicación, la Comisión dejó constancia expresa de que la necesidad de una resolución para poder ampliar la detención, la que debe ser fundada, por los recursos que se puedan deducir contra la misma. Asimismo, se dejó constancia que el plazo máximo es por 5 días, que incluyen las 48 horas previas. Véase al efecto la sesión 112, en Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, volumen 3, pp. 22 y ss.

<sup>31</sup> Aunque un tanto ambiguo en un principio, y apartándose del claro tenor Constitucional, el art. 272 establece que “[l]a detención no podrá durar en ningún caso más de cinco días, contados desde que el aprehendido sea puesto a disposición del tribunal”. Con ello, puesto a disposición del tribunal el imputado, puede entenderse que sigue manteniendo esa calidad durante los 5 días siguientes, sin necesidad de una resolución judicial. Sin embargo, el art. 272 bis claramente exige una resolución judicial expresa que amplíe el plazo de detención: “El juez podrá, por resolución fundada, ampliar hasta un total de cinco días el plazo de cuarenta y ocho horas de detención ordenada o practicada por cualquiera otra autoridad”.

<sup>32</sup> Tavolari Oliveros, Raúl, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, p. 143.

Juan Carlos Marín González ha explicado que “las medidas cautelares no tienen vocación de perdurar indefinidamente en el tiempo, sino que son provisionales en su naturaleza y no aspiran jamás a convertirse en definitivas”<sup>33</sup>. Tratándose específicamente de la detención, con acierto afirma que la provisionalidad tiene una nota distintiva en sede procesal penal, puesto que tiene asignado previamente un plazo de duración, se sabe cuándo va a terminar. Por lo mismo, y siguiendo a Ortells, la detención no es instrumental respecto a la sentencia, ya que termina mucho antes, pero sí en relación a la prisión preventiva, razón por la cual se le conoce incluso como medida “precautelares”<sup>34</sup>.

En virtud de su naturaleza cautelar, establecidas la instrumentalidad y la provisionalidad, debemos entender que, agotada la finalidad de la detención, esto es, puesto el imputado a disposición del juez, se extingue. Esta conclusión viene reafirmada y exigida por el Código Procesal Penal para la detención y el resto de las medidas cautelares<sup>35</sup>. Forzoso es reconocer, entonces, que si luego de ser puesto el imputado a disposición del tribunal se solicita a su respecto la prisión preventiva y esta es negada, en el tiempo que media entre la apelación y la resolución el recurso, el imputado no tiene el estatus de detenido. Ello no es óbice para afirmar, en todo caso, que se debe aplicar el estatuto del imputado privado de libertad, del artículo 94 del Código Procesal Penal.

## VII. ¿ES ACEPTABLE UNA MEDIDA CAUTELAR IMPUESTA POR LEY?

En el tiempo que media entre la resolución del tribunal *a quo* y la del *ad quem*, el imputado se encuentra privado de libertad por expresa disposición legal, al no haber una resolución judicial que así lo disponga. Como no hay condena a firme previa, y en virtud del principio de inocencia, sólo es posible explicar esa privación impuesta por ley desde el punto de vista cautelar. Esto se reafirma con la historia de la ley, que como vimos, persigue evitar la “fuga” del imputado, mientras pende el recurso de apelación. Por ello, la norma ha creado una categoría nueva de privación de libertad, que podríamos denominar “el no puesto en libertad”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> “Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno”, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 1 año 2002, p. 12.

<sup>34</sup> Ibid., p. 25.

<sup>35</sup> En efecto dispone el artículo 122, respecto a las medidas cautelares, que “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”. En consecuencia, si la finalidad de la detención es poner al imputado a disposición del juez, cumplido el objetivo queda sin efecto la detención, la persona ya no tiene el estatuto o la condición de detenido.

<sup>36</sup> En el debate que se produjo al interior de la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con ocasión del Segundo Informe de la ley 20.253, el Defensor Nacional fue el único que advirtió el hecho de que con la norma una persona queda detenida “por mandato de la ley, sin orden judicial”.

El hecho que la Constitución no reconozca o establezca la medida cautelar, no significa que sea inconstitucional *per se*. La Constitución menciona algunas de las medidas cautelares en el artículo 19 N° 7 d), esto es, la detención y la prisión preventiva. Pero omite la referencia a las medidas de citación, del artículo 123 del Código Procesal Penal, y a las establecidas en el artículo 155 del Código Procesal Penal. Sin embargo, por el momento estamos dispuestos a aceptarlas y a no hacer cuestión acerca de su adecuación, desde que presentan un grado inferior de afectación de la libertad personal que la detención y la prisión preventiva.

Además, recordemos que la Constitución habilita a la ley establecer los casos y forma en que se puede privar de libertad, en el artículo 19 N° 7 b), norma que reconocería dentro de sus destinatarios al propio juez, prohibiéndole aplicar una restricción de libertad que no se encuentre establecida en la Constitución o en la ley.

Pese a lo anterior, lo que nos hace dudar de aceptar pacíficamente la constitucionalidad de la medida cautelar en estudio es que es más severa que la citación y que las establecidas por el artículo 155 del Código Procesal Penal. Si bien probablemente no en cuanto a duración, sí en intensidad, ya que la privación de libertad es equivalente a la detención y a la prisión preventiva en la afectación del núcleo del derecho a la libertad. Pese a ello, y a diferencia de estas últimas, no viene reconocida en la Constitución, lo que parece un error técnico de consideraciones.

Un segundo reproche que podemos formular, y que será en base al cual desarrollaremos la argumentación, dice relación con que se trata de una medida cautelar aplicada o impuesta por ley. Es decir, la ley no se limita a establecerla, lo que es imprescindible según el artículo 19 N° 7 b) de la Constitución, sino que en este caso va más allá, imponiéndola en las dos hipótesis que establece ahora en artículo 149 inciso 2º. En otras palabras, cada vez que se niegue la prisión preventiva o se revoque, se debe aplicar la medida cautelar consistente en no poner en libertad al imputado, porque la ley lo ordena o lo impone.

¿Es aceptable esta imposición legal? ¿Es posible prescindir absolutamente del rol evaluador de los presupuestos cautelares del juez?.

## VIII. MEDIDA CAUTELAR Y JURISDICCION

El artículo 76 de la Constitución, que establece los denominados momentos jurisdiccionales<sup>37</sup>, no incluye la potestad cautelar dentro de las atribuciones de la autoridad judicial. Se ha dicho, sin embargo, que no obstante esa

---

<sup>37</sup> “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales”.

omisión, la jurisdicción debe entenderse integrada por aquélla. Así, “[n]o sería íntegra ni verdaderamente eficaz la respuesta jurisdiccional si a ella no se entendiera siempre perteneciente esta actividad complementaria y asegurativa”<sup>38</sup>. Ante la duda, se debe afirmar que así como un juez tiene atribuciones para resolver un conflicto de relevancia jurídica, también puede decretar medidas cautelares durante la tramitación del juicio. En consecuencia, así como la potestad jurisdiccional es de conocimiento exclusivo y excluyente del Poder Judicial, también lo es el ejercicio de las atribuciones cautelares.

Por ello, dentro del ámbito jurisdiccional sólo un juez se encuentra habilitado para decretar e imponer las medidas cautelares que vienen preestablecidas por la ley o por la Constitución. En consecuencia, al ser la detención y la prisión preventiva medidas cautelares, por mencionar algunas, se debe entender que es eminentemente jurisdiccional su aplicación (salvo flagrancia), de modo que sólo pueden ser decretadas por un juez mediante resolución judicial<sup>39</sup>.

Por su lado, el Ministerio Público no es autoridad facultada para decretar medidas cautelares. Ello emana, además de lo anterior, del artículo 83 de la Constitución, que de manera similar al artículo 1° de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, expresamente señala que el Ministerio Público no ejerce facultades jurisdiccionales<sup>40</sup>. A mayor abundamiento, si bien el Mensaje del Código Procesal Penal de 1995 confería atribuciones cautelares al Ministerio Público, durante la discusión parlamentaria no prosperaron<sup>41</sup>. El propio

---

<sup>38</sup> Tavolari, obra citada, p. 140.

<sup>39</sup> El artículo 122 del Código Procesal Penal, estima Marín que establece el principio de juridicidad, que conlleva que la aplicación de las medidas cautelares exige resolución judicial fundada, esto es, que contenga “una justificación que permita saber por qué se ha considerado oportuno por el tribunal decretar alguna de estas medidas que, como sabemos, pueden afectar seriamente la libertad ambulatoria del imputado”, y prohíbe a un órgano no jurisdiccional, como el Ministerio Público, que las pueda imponer. Obra citada, p. 20.

<sup>40</sup> El artículo 1° prescribe que el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, que no puede ejercer funciones jurisdiccionales. Reafirma la conclusión el artículo 4° que dispone que las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán siempre de aprobación judicial previa. El artículo 63 prohíbe a los fiscales d) Efectuar actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, sin autorización judicial previa. Todo ello en directa relación con el artículo 9° del Código Procesal Penal, con lo que es obligatorio contar con una autorización judicial previa en caso de una actuación del procedimiento que prive, restrinja o perturbe el ejercicio de un derecho de rango constitucional. Esta situación no venía reconocida por el Mensaje 98-334 por el cual se promovió la reforma constitucional que estableció el Ministerio Público. Ello fue agregado en el debate parlamentario, con motivo de la necesidad de excluirlo del control de la Corte Suprema. Véase al efecto el Boletín 1943-07, en que consta el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

<sup>41</sup> Los artículos 37 y 166 del Proyecto del Ejecutivo (Mensaje N° 110-331) facultaban al Ministerio Público para decretar la detención en determinados casos. En el Primer Informe de la Comisión de

Ministerio Público ha suscrito esa postura, a raíz de las dudas que despertó en su momento el artículo 131 inciso 2° del Código Procesal Penal, que facultaba a los fiscales a “dejar sin efecto la detención” en caso de flagrancia<sup>42</sup>. A pesar de la claridad de esta circunstancia, esta postura no es unánime<sup>43</sup>.

Tratando de ir un poco más lejos, sostenemos que la Constitución establece lo que podríamos calificar como el principio de reserva jurisdiccional de las medidas cautelares. Así como el juez no puede crear nuevas medidas cautelares, por prohibírsele el artículo 19 N° 7 b) y ser éstas de reserva legal en su creación, todas aquellas medidas que se impongan dentro del ámbito jurisdiccional necesariamente deben provenir de una resolución judicial. Es el sentido de la Constitución en el artículo 19 N° 7 c), al prohibir arrestar o detener sino existe de por medio una **orden** de funcionario público expresamente facultado por la ley, que es el juez, y al establecer en la letra e) que sólo se puede restringir la libertad cuando el **juez estime** que la detención o prisión son necesarias en el proceso penal.

Es lo que Luigi Ferrajoli denomina la garantía procesal de la jurisdiccionalidad, recordando que nace ya en 1215 con la Carta Magna, que prohibía la detención o prisión sin juicio legal. Esta garantía implica dos atributos importantes para nuestro estudio, la denominada reserva de jurisdicción, que consiste en que sólo mediante el juicio legal de un tercero imparcial e independiente es viable la averiguación y represión de los delitos. Y la presunción

---

Constitución, Legislación y Justicia, del 6 de enero de 1998, se da cuenta de la eliminación de esa atribución “por estimar la Comisión que el ministerio no debe tener esta atribución”.

<sup>42</sup> Oficio N° 194 de fecha 22 de mayo de 2001 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. Por la trascendencia, copio algunos párrafos del oficio: “Esta Fiscalía Nacional estima que **esta atribución de dejar sin efecto una detención en caso de flagrancia**, debe ser ejercida en forma prudente y moderada por las repercusiones sociales y políticas del caso. Pero, es posible ejercer esta atribución cuando el fiscal se percata de que el delito por el que se detiene, no es de aquellos que permite la detención sino los que admiten simple citación. [...] Este Fiscal Nacional tuvo en especial consideración al formular este instructivo, la circunstancia de que **constitucionalmente los fiscales no son órganos jurisdiccionales y que la carta fundamental obliga a poner al detenido por flagrancia a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención** (Art. 19 N° 7, letra c), inc. 2°) de modo que la facultad legal del Art. 131 del C.P.P. era necesaria interpretarla restrictivamente para armonizarla con el texto constitucional. De otra parte, si bien el Ministerio Público es titular de la acción penal pública y dirige exclusivamente la investigación, conforme lo establece el artículo 80 A de la Constitución Política, la propia norma constitucional establece al final del primer inciso que **“en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”**, lo cual está indicando que los fiscales están limitados en el ejercicio de la acción penal pública al no poder en caso alguno decidir materias propias de competencia de los órganos judiciales”.

<sup>43</sup> Véase Pereira Anabalón, Hugo, “Naturaleza del Ministerio Público y de sus Funciones”, en Gaceta Jurídica N° 333, Santiago, 2008, p. 13, para quien la investigación es parte del juicio ordinario penal, y por ello esa atribución investigativa es jurisdiccional. No compartimos este juicio, por cuanto al afirmar que el Ministerio Público no tiene atribuciones jurisdiccionales, se hace en el entendido que nos referimos a la facultad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

de inocencia, en virtud de la cual “nadie puede ser tratado o castigado como culpable, sin un juicio legal”<sup>44</sup>. En la misma línea, en España se habla del “principio de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares”, de acuerdo con el cual “sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente”<sup>45</sup>. En Chile también ha sido reconocida su vigencia<sup>46</sup>.

Pensemos que en el caso de la actividad cautelar, existe toda una labor previa del juez destinada a establecer si se cumplen los presupuestos cautelares de humo de buen derecho, esto es, “la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada”, y peligro en la demora o “peligro de fuga o de ocultación personal o patrimonial del imputado”<sup>47</sup>, que aplicados al ámbito procesal penal algunos los han denominado supuesto material y necesidad de cautela<sup>48</sup>, dentro del límite de la proporcionalidad. Al tener origen legal y ser de aplicación forzosa la medida del artículo 149 inciso 2º, no es posible cumplir con esa labor previa de evaluación, rompiendo de esa forma la jurisdiccionalidad de la misma, pasando a ser más que una medida cautelar, una medida de policía<sup>49</sup>.

Lamentablemente esta tendencia del legislador a imponer medidas cautelares por ley no es nueva. Recordemos el denominado “arraigo de pleno derecho”, contemplado en el antiguo Código de Procedimiento Penal en el artículo 305 bis C<sup>50</sup>, que lleva aparejada la detención y el auto de procesamiento; o la improcedencia de la libertad “provisional” durante el procedimiento de extradición pasiva, que dispone el artículo 650 del mismo Código. Y, en el ámbito procesal civil, la suspensión provisional de la obra nueva denunciante, del artículo 565 del Código de Procedimiento Civil<sup>51</sup>. La situación es similar a la vivida en Argentina, en que se establecían delitos inexcusables, lo cual fue tachado de inconstitucional<sup>52</sup>. Lo mismo que en Italia<sup>53</sup>. Llama la atención que esta situación se

---

<sup>44</sup> *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, quinta edición, p. 539.

<sup>45</sup> Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1999, tercera edición, p. 473. “[L]as medidas cautelares, que en cierta medida anticipan los efectos de la pena, únicamente pueden ser adoptadas por el juez ordinario, que ha de ser el de la jurisdicción penal competente y a través del procedimiento preestablecido”. P. 474

<sup>46</sup> “[S]upone que las medidas cautelares personales sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente”, Horvitz-López, obra citada, p. 350.

<sup>47</sup> Para ambas, Gimeno Sendra, obra citada, pp. 472 y 473.

<sup>48</sup> Véase Duce, Mauricio, y Riego, Cristián, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica, Santiago, 2007, pp. 251 y ss.

<sup>49</sup> Ferrajoli, obra citada, p. 554.

<sup>50</sup> Art. 305 bis C. No obstante lo dispuesto en el artículo 305 bis A, las órdenes de detención y la resolución que somete a proceso al inculcado llevan consigo el arraigo, mientras están vigentes en el proceso y aun cuando el inculcado o reo se encuentre en libertad provisional.

<sup>51</sup> “Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciante, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su costa, de lo que en adelante se haga”.

<sup>52</sup> Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 293.

da a pesar de lo manifestado en contra y de manera expresa por la Comisión Constituyente, en la discusión de la letra e) del artículo 19 N° 7<sup>54</sup> a propósito de los delitos inexcusables, que es lo mismo que imponer la prisión preventiva por ley.

En ese orden de cosas, el Tribunal Constitucional español ha resuelto que sólo la jurisdicción ordinaria puede constatar y valorar los antecedentes fácticos que hagan procedente una medida cautelar, siendo improcedente por tanto que la sola sentencia condenatoria (no ejecutoriada) lleve aparejada de manera automática la prolongación de la prisión provisional<sup>55</sup>.

## **IX. EL DEVENIR EN INCONSTITUCIONALIDAD POR CONTRAVENIR LA JURISDICCIONALIDAD.**

Las medidas cautelares son esencialmente jurisdiccionales, puesto que es éste el ámbito en que nacen, viven y mueren. Ello significa que sólo mediante una resolución judicial pueden nacer, existir y perder vigor. En esto la Constitución en el artículo 19 N° 7 c)<sup>56</sup> y e) es clara, indicando expresamente que sólo en virtud de

---

<sup>53</sup> Ferrajoli recuerda que en Italia existía la prisión obligatoria y automática del imputado en espera de juicio, la que recién en 1988 se suprimió, y que era ilegítima desde el punto de vista constitucional. Obra citada, p. 554.

<sup>54</sup> En efecto, al aprobarse el texto de esa norma, en la sesión 118, del 6 de mayo de 1975, el señor Ovalle propuso dejar constancia de que la regulación constitucional “implica la eliminación de los delitos inexcusables por su sola naturaleza”. Así lo acordó la Comisión con expresa constancia de que está implícita en la aprobación del precepto esa indicación. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, volumen 4, p. 23. Se debe reconocer que en principio era una idea arraigada en los miembros de la Comisión, a excepción del señor Guzmán, establecer la inexcusabilidad de los delitos que merecieran pena aflictiva. Sin embargo, la intervención del Ministro de Justicia don Miguel Schweitzer, quien calificó de “monstruosidad” esa posible regulación, fue decisiva para la eliminación de cualquier indicación en el texto constitucional en ese sentido. Véase al efecto las sesiones 112 y 117.

<sup>55</sup> Fallo del 11 de febrero de 2008. Transcribo parte del Fundamento jurídico 4 b): “No es constitucionalmente razonable la interpretación según la cual el dictado de una Sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, pues el tenor literal del art. 504.2 LECrim y las generales exigencias de motivación de tan drástica medida cautelar exigen rechazar esta tesis (SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FFJJ 2 y 4; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 231/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 272/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 98/2002, de 29 de abril, FJ 4; 144/2002, de 15 de julio, FJ 3; 121/2003, de 16 de julio, FJ 3; 22/2004, de 23 de febrero, FFJJ 2 y 4; 99/2005, de 18 de abril, FJ 4)”. Y del Fundamento jurídico 5: “Ciertamente corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (STC 40/1987, de 3 de abril, FJ 2), ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley. Sentencia registro 137-2006. Disponible en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2008-0027](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2008-0027).”

<sup>56</sup> En la sesión 107, del 18 de marzo de 1975, en que se discutió sobre el precepto, la necesidad de una “orden de funcionario público” para detener o arrestar no fue objeto de debate, por la claridad



una orden de funcionario público (juez-resolución) se pueden imponer restricciones cautelares.

En consecuencia, la modificación al artículo 149, en tanto dispone que por aplicación legal y no por decisión de un juez se debe privar de libertad a una persona, es inconstitucional.

En la misma línea, pero por distintas razones, discurrió el voto de minoría del Tribunal Constitucional, cuando se pronunció acerca de la constitucionalidad en abstracto del proyecto de ley. En efecto, estuvo por declarar inconstitucional la norma que modificó el artículo 149, por contravenir el artículo 19 N° 7 c), por cuanto: “[e]n esta norma se asegura a toda persona que no podrá ser arrestada ni detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley. En la especie, el imputado permanecerá privado de libertad en contra de la orden de la única autoridad competente, como lo es el juez de garantía luego que el imputado ha sido puesto a su disposición”<sup>57</sup>.

Sin embargo, esa postura fue más allá, estimando que también se vulneraba el artículo 19 N° 7 e). Se lee en el considerando segundo “[q]ue el efecto de mantener privada de libertad a una persona en contra de la decisión del único juez que se ha pronunciado a su respecto es, en primer lugar, contrario a lo dispuesto en la letra e) del numeral 7° del artículo 19 de la Carta Fundamental. En ella, la Constitución asegura que la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para alguno de los tres bienes que la propia norma señala. En virtud de la disposición legal en examen la privación de libertad del imputado se mantendrá aun cuando el juez expresamente haya resuelto que no la considera necesaria. La contradicción de ambas normas es palmaria y la Carta Fundamental no autoriza que un imputado puesto a disposición de un juez permanezca privado de libertad por la sola voluntad de un fiscal del Ministerio Público”.

Estimamos que es efectivo lo anterior, sólo en cuanto es mediante una medida cautelar adoptada o impuesta por resolución judicial que se puede privar de libertad a una persona, no mediante una imposición legal. La segunda parte del análisis es errado, por cuanto no es una cautelar impuesta por el Ministerio Público, sino por la ley, como ya referimos.

---

de la necesidad de esa orden. A mayor abundamiento, el señor Ovalle señaló: ¿Por qué dice funcionario público y no juez? Porque, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, no sólo los jueces, sino también diversos funcionarios públicos [...] pueden detener”. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, volumen 3, p. 11.

<sup>57</sup> Sentencia librada en los autos rol N° 1001, de fecha 29 de enero de 2008, voto de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza y Jorge Correa Sutil, Considerando Tercero.

En fin, si una norma legal impone una medida cautelar, es inconstitucional, no sólo por oponerse al artículo 19 N° 7 c) y e) de la Constitución, que exige una resolución jurisdiccional, sino además por vulnerar el artículo 76 de la Carta Fundamental, que establece el ejercicio exclusivo de la jurisdicción por el Poder Judicial, no compartiéndolo con el Legislativo. En cambio si dotamos a este Poder de la facultad de imponer medidas cautelares, se vulnera la separación de funciones. Y, por cierto, se contraviene de paso el artículo 7° inciso 2° de la Constitución<sup>58</sup>, que prescribe que prohíbe a cualquier autoridad irrogarse más facultades que las atribuidas por la Constitución o las leyes dictadas a su conformidad.

## X. PRESUNCION DE INOCENCIA

Pese a la categórica discordancia expuesta precedentemente, queda pendiente el análisis de la modificación en estudio a la luz de otra faceta que resulta afectada, que es la presunción de inocencia. Su regulación expresa se ha omitido en nuestra Constitución, salvo por la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal que establece el artículo 19 N° 3. Hay consenso, sin embargo, en estimar que esa sola mención es insuficiente<sup>59</sup>. Sin pretender agotar el tema, estimamos que es posible también encontrar su reconocimiento en la consagración de la libertad del imputado durante el procedimiento, que hace el artículo 19 N° 7 e) de la Constitución, por cuanto inequívocamente establece el derecho del imputado a ser tratado como inocente mientras dure el procedimiento, salvo detención o prisión preventiva. Por otra parte, hay quienes afirman que proviene su reconocimiento de los incisos finales del artículo 19 N° 3 de la Constitución<sup>60</sup>.

En todo caso, para que no queden dudas acerca de su vigencia, se debe recurrir a los pactos internacionales, especialmente al artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre<sup>61</sup>, en virtud del artículo 5° de la Constitución. A diferencia

---

<sup>58</sup> “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

<sup>59</sup> Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones Sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia”, en *Ius et Praxis*, vo. 11 N° 1, Talca, 2005, p. 5; y el Prólogo de Tavolari, Raúl, al libro de Zapata García, Francisca, *La Prueba Ilícita*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 4.

<sup>60</sup> Esto es, la irretroactividad de la ley penal más desfavorable, y la prohibición de leyes penales en blanco. Véase al efecto Pozo Silva, Nelson, “Presunción de Inocencia o Estado de Inocencia en el Nuevo Proceso Penal”, en *Gaceta Jurídica* N° 313, año 2006, p. 13.

<sup>61</sup> Esclarecedora es, al efecto, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de noviembre de 2007, que reconociendo la ausencia de normativa de jerarquía suprallegal, recurre a los tratados internacionales en virtud del art. 5° de la Constitución, autos rol N° 3419-2007. El fallo reconoce al derecho a defensa en su relación con la presunción de inocencia. Transcribimos el considerando

del texto constitucional, a nivel legal está ampliamente reconocida la presunción de inocencia por los artículos 4<sup>62</sup> y 340<sup>63</sup> del Código Procesal Penal, de los cuales se colige que sólo en virtud de una sentencia condenatoria firme es posible imponer penas privativas de libertad. Otros ordenamientos han sido más locuaces a la hora de referirse en sus Normas Fundamentales a la institución<sup>64</sup>.

Se la ha entendido como “el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”<sup>65</sup>. Esta situación proviene del hecho evidente, como destaca Alberto Binder, que los ciudadanos no son inocentes, son libres, y sólo se les puede tildar de lo primero cuando

---

respectivo: “DECIMO CUARTO: Que a lo anterior y conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, el reconocimiento del derecho a la defensa debe extenderse también a aquéllos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se hayan asegurado o todas las garantías necesarias para su defensa”; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b.- A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; “; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d.- Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.”

<sup>62</sup> “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

<sup>63</sup> “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, mas allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido un hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

<sup>64</sup> La presunción de inocencia se consagra en el art. 24.2 de la Constitución española de 1978, que reza: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la **presunción de inocencia**”. En el artículo 27 N° 2 de la Constitución italiana de 1948 se establece que “*il imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”.

<sup>65</sup> Nogueira, obra citada, p. 3.

“ingresan” al proceso<sup>66</sup>. En lo relativo a su naturaleza jurídica, es claro que no se trata de una presunción<sup>67</sup>.

En la definición anterior podemos encontrar los dos elementos fundamentales que componen la presunción de inocencia: el principio *nulla poena sine iudicio*, por el cual sólo mediante un proceso previo será posible aplicar una pena; y el derecho a ser tratado como inocente mientras tiene lugar el proceso penal<sup>68</sup>.

En relación al primer elemento, se debe resaltar que no cualquier procedimiento es apto para atacar el principio de inocencia. Es requisito, entre otros, “la realización de un proceso de investigación y discusión en el que se respete la inviolabilidad de la defensa y se verifique una valoración crítica y fundada por parte del juez de los elementos fácticos y jurídicos de los cuales ha de extraer su decisión”<sup>69</sup>. Como afirma Iñaki Esparza Leibar, “[l]a fuerza de la presunción de inocencia no podrá ser enervada salvo por la obtención de pruebas lo suficientemente persuasivas como para demostrar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”<sup>70</sup>.

El catedrático español Andrés de la Oliva pone de relieve esta circunstancia al afirmar que la presunción de inocencia comprende: “1) que la sentencia condenatoria no puede recaer sin destrucción de la presunción de inocencia; y 2) que la presunción de inocencia sólo puede ser destruida mediante prueba de cargo”<sup>71</sup>. Es el primer aspecto que regula el Código Procesal Penal<sup>72</sup> en su artículo 1º. Para Maier, la ausencia de certeza “representa la imposibilidad del Estado de

---

<sup>66</sup> *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, segunda edición, 1999, pp. 124 y 125.

<sup>67</sup> Entre nosotros Tavolari, estima que se debe hablar del principio de inocencia (en Zapata, obra citada, p. 4) y Pozo prefiere hablar de estado de inocencia (obra citada, p. 13). En España, basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, se la considera un verdadero derecho fundamental de naturaleza procesal, susceptible de ser reconocida por la vía del amparo. Véase al efecto Díaz Cabiale, José Antonio y Martín Morales, Ricardo, *La Garantía Constitucional de Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 28.

<sup>68</sup> Hay sistematizaciones más prolijas, por ejemplo Maier agrega el principio *indubio pro reo*, obra citada p. 256. Binder adiciona la necesidad de construir jurídicamente la culpabilidad, la inexistencia de ficciones de culpabilidad, etc. Pero lo relevante, en definitiva, es que todas ellas provienen de la misma idea de juicio previo, son “la otra cara de la moneda”. Obra citada, p. 125.

<sup>69</sup> Pozo, obra citada, p. 12.

<sup>70</sup> *El Principio del Debido Proceso*, 1994, p. 125. Disponible en <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0312108-092039/index.html>. Entre nosotros, Duce-Riego, obra citada p. 111.

<sup>71</sup> “Presunción de Inocencia, Prueba de Cargo y Principio de Conformidad”, en *Prueba y Proceso Penal*, coordinador Juan Luis Gómez-Colomer, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 70.

<sup>72</sup> “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”.

destruir la situación de inocencia [...] que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución<sup>73</sup>.

Respecto de la otra faceta, el “derecho a ser tratado como inocente”, Ferrajoli enseña que “[s]i la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”<sup>74</sup>. Según Esparza, “[e]n todos los asuntos criminales se presume, o más exactamente es asumida la legalidad de la conducta del acusado y correlativamente su no culpabilidad respecto de las acusaciones contra él formuladas”<sup>75</sup>.

A consecuencia de esta obligación del Estado y sus órganos de dispensar el trato de inocente, concurrimos con Pozo a estimar que deben limitarse las medidas precautorias respecto del imputado, ya que por “imperativo constitucional” estamos frente a una persona que es inocente<sup>76</sup>. Reiterando la definición de Nogueira, la garantía del debido proceso “exige aplicar las medidas cautelares [...] en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”. Sin lugar a dudas, aquí se encuentra la principal falencia que ostenta el antiguo procedimiento penal vigente aún en Chile<sup>77</sup>, y es tal vez el aspecto de la presunción de inocencia más difícil de implementar.

Es conocida la tensión entre el derecho a ser tratado como inocente y la necesidad de imponer medidas cautelares dentro del procedimiento. Para Maier, “no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal [...] durante el procedimiento de persecución penal”<sup>78</sup>. Por lo mismo, la ley no deja al mero arbitrio del juez la determinación acerca de su procedencia. En otras palabras, así como el constituyente prohíbe al juez establecer restricciones o privaciones de libertad no contempladas en la Constitución o en la ley, también le impone ponderar si concurren o no los

---

<sup>73</sup> “Cualquier otra posición del juez respecto la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución”. Obra citada, p. 257.

<sup>74</sup> El principio de jurisdiccionalidad, al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. Obra citada, p. 549. Binder, en el mismo sentido, afirma que “si el imputado no es culpable mientras no se pruebe su culpabilidad en la sentencia, de ningún modo podría ser tratado como culpable”. Obra citada, p. 129.

<sup>75</sup> Obra citada, p. 125. El que durante el proceso se considere inocentes a aquellas personas cuya culpabilidad aún no ha sido fehacientemente acreditada, es uno de los aspectos que más celosamente resguarda la presunción de inocencia. *Ibid.*, p. 179.

<sup>76</sup> Obra citada, pp. 12 y 13.

<sup>77</sup> Duce-Riego, obra citada, p. 111.

<sup>78</sup> Obra citada, p. 274.

presupuestos legales para determinar si se aplican las medidas cautelares durante el procedimiento, esto es, el supuesto material y a la necesidad de cautela.

Como señalamos, la valoración que hace el juez no es de plena apreciación, debido a que necesariamente se deben aplicar las medidas cautelares con criterios restrictivos, evitando adelantar los efectos propios de la sentencia definitiva, para no vulnerar el derecho del imputado a ser tratado como inocente<sup>79</sup>. De esa manera, el legislador lo que entrega son “pautas objetivas”, que el juez “deberá tener en cuenta en el caso, pero que de ningún modo cabe entenderlas como presunciones *iure et de iure*, pues el riesgo de que el imputado intente imposibilitar el ejercicio de la acción judicial sólo puede verificarlo en cada caso el juez de garantía”<sup>80</sup>. Es lo que Maier ha denominado el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo, que, para no vulnerar el derecho a ser tratado como inocente, debe venir justificado y legitimado por un “juicio previo de conocimiento” que dé por establecidos los presupuestos de existencia de la imputación y el peligro de los fines del proceso<sup>81</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha refrendado lo anterior reiteradamente, al afirmar que “las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”. Sólo excepcionalmente “el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención”<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Horvitz-López, obra citada, p. 82. En el mismo sentido, Pozo: “durante la tramitación del proceso sólo se puede detener al imputado, como excepción, cuando el juez en el caso concreto presuma fundadamente que aquél pretenderá entorpecer el proceso o eludir la realización del derecho penal material”. P. 15.

<sup>80</sup> Pozo, obra citada p. 15.

<sup>81</sup> Maier, obra citada, pp. 287-289.

<sup>82</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Caso Palamara con Chile, párrafos 197 y 198. De paso, el fallo cuestiona la aplicación necesaria de la prisión preventiva del Código de Procedimiento Penal en relación al auto de procesamiento, en razón precisamente de la presunción de inocencia, ya que “los requisitos para que se pueda emitir un auto de procesamiento son diferentes a los exigidos para ordenar prisión preventiva, dado que esta última exige, además de un grado razonable de imputabilidad de la conducta delictiva al procesado, que la privación de la libertad sea necesaria para evitar un daño al proceso que pueda ser ocasionado por el acusado”. Párrafo 206.

Nuestro Código Procesal Penal, de manera genérica pero no menos categórica, reconoce el trato o estado de inocencia, al supeditar la procedencia de las medidas cautelares cuando, en criterio del juez, sea “absolutamente indispensable” a los “fines del procedimiento”, en el artículo 122. Lo mismo ocurre en la regulación específica de los requisitos de la prisión preventiva, en los artículos 139 y 140, que establecen los antecedentes que deben ser verificados por el tribunal para decretar esa medida.

Estimamos, entonces, que la única vía para mantener el trato de inocente al que obliga el principio de inocencia, es aplicando las medidas cautelares personales no sólo de manera restrictiva, sino además previa ponderación hecha por el juez de la concurrencia de los requisitos legales. La denominada jurisdiccionalidad (Ferrajoli) o juridicidad (Marín) es la única salvaguardia que nos permite mantener el equilibrio entre el estado de inocencia y las medidas cautelares. Ello en la medida que los requisitos que la ley establezca que deben ser verificados por el juez al momento de pronunciarse acerca de las medidas, se mantengan dentro del ámbito restrictivo y cautelar<sup>83</sup>.

Si la ley reduce el ámbito de la actividad del juez a un mero aplicador de la disposición legal que ordena mantener privado de libertad al imputado, dejando de lado su propia apreciación y ponderación, e incluso contra su opinión de que no procede medida cautelar de prisión preventiva, entonces se desploma la única salvaguardia que tenemos para justificar que la medida cautelar restringe pero no atenta el derecho a ser tratado como inocente mientras dura el proceso penal. Sin esa justificación, es fácil advertir que se conculca la presunción de inocencia, contraviniendo los artículos 5°, 19 N° 3 y N° 7 de la Constitución.

## **XI. CONCLUSIONES**

1) El artículo 149 inciso 2° ha establecido una medida cautelar que viene impuesta por la ley. No es efectivo que se trate del efecto suspensivo en el recurso de apelación. Tampoco, por tanto, se trata de una extensión de la detención previa o de la prisión preventiva que ha sido dejada sin efecto.

2) El principio de jurisdiccionalidad importa que cualquier restricción o privación de libertad en sede cautelar debe provenir necesariamente de una resolución judicial, lo cual viene consagrado expresamente en el artículo 19 N° 7 c) y e) de la Constitución. La imposición de la medida cautelar por ley, entonces, no supera el estándar constitucional. De paso, se vulnera el principio de separación de funciones, siendo expropiada en parte la potestad cautelar por el legislador.

---

<sup>83</sup> Esto último es dudoso si la Constitución habilita el peligro para la sociedad como causal para negar la libertad durante el proceso, que se encuentra fuera de los fines del procedimiento penal.

3) Asimismo, se ha vulnerado la presunción o estado de inocencia, en la variante que no se puede tratar como culpable a aquél cuya inocencia no ha sido descartada por sentencia firme, puesto que no se dan las garantías dadas por el legislador para su otorgamiento, esto es la ponderación de los antecedentes por el juez, al ser reemplazada su valoración por el legislador.

4) Más allá de lo cuestionable de las razones esgrimidas por el legislador para promover la reforma del Código de Procedimiento Penal, que importan reconocer que la agenda legislativa viene dirigida por las encuestas de opinión, y dejando de lado cualquier consideración al lenguaje del Mensaje, que sustituye la voz neutra de imputado por la de delincuente, es preciso reconocer que la técnica empleada por el legislador fue francamente deficiente. Si se piensa, además, que el garantismo fue una de las premisas que inspiró el sistema del Código Procesal Penal, resulta paradójico constatar con qué facilidad el legislador reniega de lo consagrado hace apenas 10 años, poniendo trabas al ejercicio de las garantías establecidas en su momento, en nombre del “temor subjetivo” que inspira al Ejecutivo<sup>84</sup>.

5) Lamentablemente, de manera temprana ha pasado el principio de inocencia de ser un logro alcanzado con el advenimiento de la reforma procesal penal, a “un programa a realizar, una tarea pendiente”<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> El Mensaje del Código Procesal Penal funda en el principio de inocencia la necesidad de “rediseñar el régimen de medidas cautelares aplicables” hasta ese momento, en razón de su excepcionalidad y su subordinación a los “objetivos del procedimiento”. Se “autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y debidamente fundadas que restringen los derechos del imputado, cuando ello parezca indispensable para garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación [o] para proteger a las víctimas”.

<sup>85</sup> Binder, obra citada, p. 130.



## BIBLIOGRAFIA

- BINDER, ALBERTO, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, 2° edición, 1999.
- COUTURE, EDUARDO. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires, 1958.
- DE LA OLIVA, ANDRÉS, Presunción de Inocencia, Prueba de Cargo y Principio de Conformidad, en Prueba y Proceso Penal, coordinador Juan Luis Gómez-Colomer, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, Teoría General del Proceso, Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.
- DUCE, MAURICIO, Y RIEGO, CRISTIÁN, Proceso Penal, Editorial Jurídica, Santiago, 2007.
- ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, El Principio del Debido Proceso, 1994. Disponible en <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0312108-092039/index.html>.
- FERRAJOLI, LUIGI, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, 5° ed., Madrid, 2001.
- GIMENO SENDRA, Vicente, Moreno Catena, Victor y Cortés Domínguez, Valentín, Derecho Procesal Penal, Tercera edición, Editorial Colex, Madrid, 1999.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, Reincidencia y Defensas Privilegiadas en la denominada Agenda Corta Antidelincuencia Gubernamental contra la Criminalidad, Gaceta Jurídica N° 317, año 2006.
- HORVITZ MARÍA INÉS Y LÓPEZ JULIÁN, Derecho Procesal Penal, T I, Editorial Jurídica, Santiago, 2002.
- LAMA DÍAZ, ROSSY, Agenda Corta Antidelincuencia, Modificaciones al Código Procesal Penal, en Gaceta Jurídica N° 338, año 2008.
- MAIER, JULIO, Derecho Procesal Penal Argentino, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS. Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno, Revista de Estudios de la Justicia, N° 1 año 2002.
- PALACIO, LINO ENRIQUE, Los Recursos en el Proceso Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- POZO SILVA, NELSON, Presunción de Inocencia o Estado de Inocencia en el Nuevo Proceso Penal, en Gaceta Jurídica N° 313, año 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, Consideraciones Sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia, Ius et Praxis, vo. 11 N° 1, Talca, 2005.
- PEREIRA ANABALÓN, HUGO, Naturaleza del Ministerio Público y de sus Funciones, en Gaceta Jurídica N° 333, Santiago, año 2008.
- TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. Tribunales, Jurisdicción y Proceso, Editorial Jurídica, Santiago, 1994.
- VERDUGO MARINKOVIC MARIO, PFEFFER URQUIAGA EMILIO Y NOGUEIRA ALCALÁ HUMBERTO, Derecho Constitucional, Editorial Jurídica, Santiago, 1994.