



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO



**¿SE CUMPLEN LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS AL MOMENTO
DE DECRETAR PRISIONES PREVENTIVAS?**

TESINA DE PREGRADO DE LA CARRERA DE DERECHO UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO.

Autoras:

Camila Córdova Tapia

Vasthy Martínez González

Profesor guía: Javier Rojas-Mery

Disciplina principal: Derecho Procesal Penal

Disciplinas secundarias: Derecho internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal.

Diciembre 2021.

Agradecimientos:

Camila

A mi mamá Margarita, y mi hermana Laura por todo el apoyo entregado durante este tiempo.

A nuestro profesor Javier Rojas-Mery por el apoyo y guía durante este proceso.

Vasthy

A mi familia por su apoyo incondicional durante estos años de universidad.

A los buenos amigos que la facultad de Derecho me regaló.

Al profesor Felipe González, por enseñarme tantas cosas y poner en mí el deseo de seguir formándome en Derecho penal.

Al profesor Javier Rojas Mery, por aceptar ser nuestro guía y por corregirnos siempre con amabilidad.

Tabla de contenidos:

Introducción	4
Capítulo I: Tensión entre la prisión preventiva y principios del debido proceso.	5
1. Del derecho del imputado a un juicio previo.	6
2. Presunción de inocencia como principio orientador.	7
3. In dubio pro reo y sus implicancias.....	8
Capítulo II: De la regulación que hace el Código Procesal Penal respecto a la prisión preventiva. 9	
1. Principios aplicables a toda medida cautelar personal.....	10
-Principio de legalidad.....	11
-Principio de jurisdiccionalidad	11
-Principio de excepcionalidad e instrumentalidad:.....	11
-Principio de provisionalidad.....	12
-Principio de proporcionalidad	12
2. Causales específicas:	13
2.1 Resguardo de los fines de la investigación.....	13
2.2 Protección de la seguridad de la víctima.	14
2.3 Protección de la seguridad de la sociedad.....	14
3. Teorías que se han posicionado:	16
3.1 Teorías a favor de la aplicación de la prisión preventiva.....	17
3.2 Teorías eclécticas.....	19
3.3 Teorías abolicionistas, vinculadas al derecho penal garantista.	20
Capítulo III: Análisis de la prisión preventiva a la luz de los estándares internacionales y su aplicación en el derecho comparado.....	22
1. Los principios que rigen en materia internacional e interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza en esta materia:	22
2. Análisis comparado de la aplicación de la prisión preventiva:.....	25
Capítulo IV: Problemas que genera una aplicación flexible de la prisión preventiva.	33
1. Una breve referencia a la situación penitenciaria en Latinoamérica y el Caribe:	33
2. Prisión preventiva errónea.....	35
Conclusiones.....	37
Bibliografía	39

¿SE CUMPLEN LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS AL MOMENTO DE DECRETAR PRISIONES PREVENTIVAS?

Resumen

La presente tesis tiene como objetivo establecer si se cumplen los estándares de derechos humanos al momento de decretar prisiones preventivas, comenzando con una breve exposición respecto a los principios que la doctrina ha identificado que se encuentran en tensión cuando entramos a analizar esta medida cautelar, con especial énfasis en las objeciones desde la presunción de inocencia. También haremos un recorrido por las diversas teorías que se han posicionado en la materia, para establecer fundadamente si existe o no uso excesivo de esta medida y los problemas que su aplicación podría generar. Analizaremos también, cuáles son los criterios y parámetros que desde el derecho internacional de los derechos humanos se han fijado para regular el encarcelamiento preventivo con el fin de compararlo con la regulación nacional existente. A través de estadísticas se establecerá que tanta aplicación tiene esta medida cautelar en Chile, en Latinoamérica, y en Europa con el fin de dar cuenta de que este es un problema global, y que ha sido uno de los factores desencadenantes de las crisis penitenciarias que afectan a los países latinoamericanos.

Palabras claves: Prisión Preventiva - Presunción de Inocencia- Derecho Internacional- Derechos Humanos-Debido Proceso.

Introducción

La prisión preventiva, es la medida cautelar personal más gravosa del sistema procesal penal chileno, no obstante, si miramos su aplicación por parte de los tribunales, pareciera ser que no siempre que se decreta es indispensable para lograr los fines del proceso, tanto así, que varios autores han llegado a sostener que funciona como un adelantamiento de la pena, pues se le impone la medida cautelar personal al imputado basándose en la posibilidad de la existencia de un hecho futuro, como por ejemplo la posible fuga del imputado, o sustracción de la justicia; situación que perjudica especialmente a los imputados que luego resultan absueltos, ya sea porque no se logró acreditar su culpabilidad, o peor aún, porque durante el desarrollo del juicio se pudo probar su inocencia.

Los estándares internacionales de Derechos Humanos son claros en señalar que esta medida debe ser establecida exclusivamente para aquellos casos en que hay riesgo real e inminente de que el imputado se dé a la fuga, porque siendo la privación de total de libertad en extremo

gravosa, debe ser también muy excepcional. En este sentido nuestro ordenamiento queda al debe, especialmente al incluir como causal que el imputado sea considerado un peligro para la seguridad de la sociedad, fijando como criterios para su determinación la existencia de antecedentes penales previos, de procesos pendientes o de otras medidas cautelares lo que nos acerca a un derecho penal de autor o del enemigo, que no debiera tener cabida ya en un Estado democrático de Derecho.

Bien sabemos que el sistema carcelario en Chile, tiene inmensas deficiencias, y hay mucho que avanzar en cuanto a la humanización de las penas, pero mientras eso no suceda, debemos defender con fuerza los estándares que obligan al Estado a no imponer restricciones a la libertad personal sin antes llevar a cabo un proceso con todas las garantías, puesto que de no atribuirle la importancia trascendente que merecen los estándares que obligan al Estado en esta materia, es posible que personas se vean injustamente sometidas a sufrir una traumática experiencia carcelaria por un crimen que no cometieron, o respecto del cual no hay suficientes antecedentes para acreditar su participación o culpabilidad, con lo que su derecho a la presunción de inocencia -que en teoría está totalmente vigente durante el proceso penal- se vea a lo menos, debilitado.

Capítulo I: Tensión entre la prisión preventiva y principios del debido proceso.

Al hablar de las tensiones que se producen entre la prisión preventiva y los principios del debido proceso, nos estaremos refiriendo especialmente a los derechos y garantías que tienen por finalidad proteger a los individuos de una determinada comunidad frente a la utilización eventualmente arbitraria del poder penal estatal, y como estos pueden verse relativizados con la aplicación de las medidas cautelares personales, especialmente, de la prisión preventiva.

Como bien señala Roxin “el aumento de poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar un gran peligro para aquel que, siendo tal vez inocente, ha caído en sospecha” (2000, p.2) por esta razón, las garantías del imputado se consagran como un límite para que el Estado no ejerza la violencia penal infundadamente o de manera arbitraria. Es entonces cuando los principios del debido proceso aparecen como un límite de Derechos Humanos que el Estado debe respetar antes de arribar a una decisión condenatoria, que bien sabemos, será de privación o de restricción de los derechos.

El objetivo de este capítulo será precisamente describir algunas de esas garantías y ver si en la práctica ellas son compatibles con la imposición del encarcelamiento preventivo, y de no serlo, qué intereses debiesen prevalecer en dicha tensión.

1. Del derecho del imputado a un juicio previo.

La garantía del juicio previo se encuentra consagrada en el artículo 1 inciso 1° del Código Procesal penal, que señala que “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.” y podemos entender que esta garantía tiene dos grandes implicancias para el proceso.

La reacción penal debe ser precedida por una sentencia condenatoria:

Hoy por hoy, el juicio oral es entendido como un derecho del imputado, al que puede renunciar consintiendo en una salida alternativa, las cuales cabe decir, no afectan su presunción de inocencia, puesto que aceptar una salida alternativa no implica aceptar responsabilidad respecto a los hechos de la formalización, sino que solamente dan cuenta de la voluntad del imputado en orden a consentir en terminar el proceso por una vía distinta al juicio oral.

Este derecho al juicio previo daría cuenta de la necesidad de que exista una sentencia judicial de condena, firme, para poder aplicar una pena a alguien (Maier, 1989, p. 240) garantía que tiene sustento en el artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República, que consagra la igual protección en el ejercicio de los derechos, y para estos efectos, tiene especial importancia el inciso sexto en donde se establece que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.” lo que nos lleva a la segunda implicancia que trataremos a continuación.

La imposición de la pena que se disponga en la sentencia condenatoria debe ser consecuencia de un proceso:

El conocido aforismo nulla poena sine processu, da cuenta también de la necesidad de que las condenas sean producto de un proceso previo, legalmente tramitado tal como señala la carta magna, sumado también a que dicho proceso debe cumplir con exigencias mínimas en orden a garantizar los derechos humanos de los imputados, que se plasman en las garantías procesales que tienen una gran importancia en materia penal, sumado a que para arribar a una condena, el tribunal debe formarse una convicción que supere el estándar de la duda razonable. Dicho estándar de convicción tiene mayor relevancia para el siguiente principio que se pone en tensión al reflexionar sobre la prisión preventiva.

2. Presunción de inocencia como principio orientador.

La presunción de inocencia se entiende como el derecho que tiene toda persona a que se considere que su actuar dentro de una determinada situación se encuentra dentro del actuar razonable, de acuerdo a los valores, principios y reglas de nuestro ordenamiento jurídico; siempre y cuando el tribunal no adquiera la convicción de que dicha persona participó y es responsable en un determinado hecho punible. Esto quiere decir, que en principio todas las personas son inocentes hasta que se desvirtúe esa presunción en base a pruebas vertidas en un juicio, lo que quedará plasmado en una sentencia firme, fundada y congruente, obtenida bajo las reglas del debido, justo y racional procedimiento, y lo más importante, ajustada a Derecho. (Nogueira, 2005, p. 223)

Es también un estado jurídico en el que se halla una persona imputada y que debe orientar la actuación del tribunal, tal como señala Ferajoli, “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”. (2001, p.549)

Este derecho lo podemos encontrar consagrado en el artículo 19 n°3 inciso séptimo de la constitución vigente que señala “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.” de manera más robusta la Convención Americana de Derechos Humanos - también conocida como Pacto de San José de Costa Rica - en su artículo 8.2 establece, “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad”. Con todo, esta garantía no opera exclusivamente en el proceso jurisdiccional, sino también fuera de él. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “el derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella.”

Este derecho se encuentra también ligado al derecho a la defensa, y en este sentido la jurisprudencia de la Corte ha señalado que “el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quién acusa” con lo que se sostiene que

en general, el imputado podría mantener una actitud pasiva durante el proceso, siendo de cargo del órgano acusador probar los hechos y la participación.

Por otro lado, el principio o presunción de inocencia supone una regla de trato, esto significa que “el imputado no puede ser considerado culpable en tanto no sea condenado en la sentencia, esto es, (...) imponérsele por anticipado las consecuencias propias de la sentencia condenatoria.” El imputado debe “ser tratado como inocente durante todo el transcurso del proceso, desde los primeros actos de imputación (detención, denuncia, querrela, etc.), hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, que es la única que lo puede despojar de ese estado.” Ferrer por su parte señala que “el Estado no puede tratar al ciudadano de otra forma que como inocente hasta que un juez o tribunal, después de un proceso con todas las garantías, no declare probada su culpabilidad.” Asimismo, Nogueira es claro al afirmar que “es también una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, que obliga a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas del imputado en el proceso.”

De aquí nace la tensión que se analizará en lo sucesivo. Ya que esta dimensión del principio de presunción de inocencia, consiste, precisamente, en que al imputado no se le apliquen consecuencias propias de una sentencia condenatoria; consecuencias que afectan o restringen las garantías y libertades del imputado, lo que se vuelve particularmente problemático tratándose de la prisión preventiva que es la medida que más intensamente restringe las garantías del imputado.

3. In dubio pro reo y sus implicancias.

Siguiendo la misma línea, la presunción de inocencia se encuentra relacionada con el principio in dubio pro reo. Si bien ambas se podrían ver relacionadas en algún punto del proceso, en realidad algunos autores señalan que es necesario delimitar el ámbito de actuación entre la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, y también entienden que estas dos figuras presentan diferencias.

El principio In dubio pro reo se desprende en un primer lugar del artículo 456 bis del antiguo Código de procedimiento Penal el cual señala “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”. Luego dicho principio se regula en el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 340, que vendría siendo equivalente al antiguo artículo 456 bis, donde se señala que el tribunal debe adquirir la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, y agrega en su segundo inciso “El tribunal formará su convicción sobre la base de la

prueba producida durante el juicio oral” y en su tercer inciso “No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”. Esto se refiere a que en el caso de que el tribunal no logre formar una convicción que supere el estándar de la duda razonable y que se encuentre fundada con las pruebas presentadas en el transcurso del proceso, deberá dictar una decisión que absuelva al imputado, pues la sentencia debe fundarse en las pruebas, ni siquiera bastando su propia declaración para arribar a una condena.

Por lo tanto, se puede entender que la presunción de inocencia está más bien relacionada con la idea de “duda razonable” que puede existir durante un proceso en el cual no se tiene certeza de si el imputado participó en la comisión del delito o incluso la existencia de este; en cambio, el principio *in dubio pro reo* tiene más relación con la “certeza de la inocencia”, pues en caso de no existir la certeza que con los medios de pruebas obtenidos durante el proceso no se prueba la participación o existencia del delito no se le podrá condenar. (Bustamante y Palomo, 2018, pp. 659-662)

Por su parte el principio *in dubio pro reo* tiene ciertas características que lo diferencian de la presunción de inocencia, a saber: a) tiene presencia en la parte del proceso donde surge la duda que afecta el fondo de este; b) opera ante una situación subjetiva que es la duda; c) es un reconocimiento de orden jurisdiccional de que existe duda en el proceso que no se encuentra resuelta, en relación a las pruebas de cargo y descargo, lo cual no permite que el juez falle con seguridad; d) está dirigido al órgano jurisdiccional para que en caso de duda se absuelva al imputado, relacionado con la valoración de la prueba presentada; e) es aplicado en la sentencia una vez presentada las pruebas. (Bustamante y Palomo, 2018, p.662).

Entonces, al igual que la presunción de inocencia, opera como un estándar o principio orientador, pero que tiene sus propias particularidades que impactan en los estándares de convicción que deben ser alcanzados para condenar, y en la valoración que se hace de la prueba y cuya conclusión es que si al término del proceso penal no se alcanza la certeza acerca de los hechos de la imputación, la decisión que corresponde dictar ha de ser absolutoria. (Maier, 2008, p.517)

Capítulo II: De la regulación que hace el Código Procesal Penal respecto a la prisión preventiva.

El Código procesal penal regula la prisión preventiva en el artículo 140, estableciendo una serie de requisitos y criterios que deben ser estimados por el tribunal para decretar si es procedente o no, algunos de los cuales han sido objeto de muchas críticas. Ahora bien, a modo de

contextualización, antes de entrar de lleno al análisis de la prisión preventiva como medida cautelar, nos parece relevante señalar algunos principios que rigen la aplicación de toda medida cautelar en general, y por ende, deben considerarse también a la hora de decidir sobre la imposición de la prisión preventiva.

1. Principios aplicables a toda medida cautelar personal.

Antes de pasar al análisis de los principios aplicables en esta materia, hay dos presupuestos fundamentales que se deben acreditar para decretar cualquier medida cautelar, tanto reales como personales. Estos presupuestos tienen por finalidad precisamente que la aplicación de las medidas cautelares no sea infundada o arbitraria, y los conocemos bajo las expresiones “*fumus bonis iuris*” y “*periculum in mora*.”

El primero de ellos que podría ser traducido como apariencia de buen derecho, refiere -en materia penal- a que existan elementos que sirvan de base a un razonamiento en virtud del cual al imputado se le pueda considerar eventualmente responsable de un delito, presupuesto que tratándose de la prisión preventiva consistirá en que la fiscalía tenga suficientes antecedentes para acreditar la existencia del delito por una parte y la participación del imputado por otra. (Nogueira, 2005, p. 231). Esos dos primeros requisitos, son justamente los que se exigen en las letras a) y b) del artículo 140 para efectos de decretar la prisión preventiva.

El segundo presupuesto, está dado por el peligro en la demora, y lo que busca resguardar es la necesidad, o lo indispensable de la medida cautelar para lograr los fines propuestos. En el fondo, este presupuesto busca “evitar el riesgo de la realización de actos o hechos que impidan, disminuyan o dificulten a futuro la realización del procedimiento o ejecución de la sentencia definitiva que se dictará en el proceso” (Aguilar, 2014, p. 24).

La letra c) del artículo 140 establece cuatro fines que podría tener la medida cautelar, que se enmarcan precisamente en este presupuesto. Luego los incisos siguientes desarrollan cada una de las hipótesis que son: (i) evitar el peligro de fuga, (ii) proteger la integridad de la prueba; (iii) proteger la seguridad de la víctima y de sus bienes; y (iv) la protección de la sociedad, algunas más polémicas que otras pero todas orientadas a lo indispensable de la medida en relación con el peligro de la libertad del imputado.

Luego de analizar los presupuestos, corresponde revisar los principios más importantes que rigen, o más bien, que debieran orientar la aplicación de toda medida cautelar, y por supuesto, también de la prisión preventiva.

-Principio de legalidad

Conocido también como el mandato de reserva legal, se encuentra reconocido a nivel internacional en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala que: “...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.” y en la legislación interna, encuentra reconocimiento en artículo 5 del Código Procesal Penal que bajo el título “Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad” establece: “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”.

-Principio de jurisdiccionalidad

En relación al principio de jurisdiccionalidad este supone que las medidas cautelares personales sólo pueden ser determinadas por el órgano jurisdiccional competente. Ahora bien, este principio puede ser objeto de cuestionamiento, o podríamos decir que este no tiene un pleno reconocimiento, pues se le permite que funcionarios públicos distintos al juez puedan ordenar la detención de una persona y siendo la detención una medida cautelar, no obstante que de carácter muy breve, el irrestricto respeto del principio de jurisdiccionalidad exige que sean dictadas por el órgano jurisdiccional, no bastando la revisión posterior. (Horvitz y Lopez, 2008, pp.350-351)

Ahora bien, esta crítica se encuentra relativizada si consideramos que la constitución, en el artículo 19 n°7 letra c) exige que el funcionario que lleve a cabo el arresto o detención, esté expresamente facultado por ley, con una orden basada en causas legales, y es por esta razón, de competencia administrativa y judicial compartida, es que esta afectación es tolerada a nivel de principios.

-Principio de excepcionalidad e instrumentalidad

Por una parte el principio de excepcionalidad afirma que las medidas cautelares son eventuales, lo que significa que no es necesario que se adopten medidas cautelares dentro del proceso y solo deberán adoptarse cuando se consideren estrictamente necesarias. Por otra parte, el principio de instrumentalidad se refiere -como su nombre lo indica- a que las medidas cautelares son instrumentales, lo que significa que estas medidas no constituyen un fin en sí mismo. (Horvitz y Lopez, 2008, p.352)

Ambos principios tienen su regulación en el artículo 122 del Código Procesal Penal, “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.(...)”. Respecto de qué se entiende como fines del procedimiento, podemos señalar que se entiende como “el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal”. (Horvitz y Lopez, 2008, p.352).

Siendo el Derecho Penal una vía de última ratio, que se traduce en que la aplicación de este solo debe ser cuando su intervención sea estrictamente necesaria, hay que tratar siempre de buscar vías menos lesivas para lograr una protección eficaz de los bienes jurídicos a través de los medios menos gravosos. (Carnevali, 2008 p. 13) Todo se resume en que “si es posible obtener iguales fines mediante la aplicación de otros medios menos restrictivos el Juez debe preferir estos últimos.” (Vial, 2002, p. 232)

-Principio de provisionalidad

El principio de provisionalidad tiene una estrecha relación con la regla *rebus sic stantibus*, esto quiere decir que las medidas cautelares solo deben seguir vigentes en tanto las consideraciones que le sirvieron de fundamento para su aplicación, cuando éstas subsistan, por lo tanto el principio de provisionalidad se refiere a que mientras permanezca pendiente el procedimiento y la necesidad de que sea aplicada dicha medida, estas deben mantenerse. (Horvitz y Lopez, 2008, p.352)

Este principio se encuentra regulado en el final del primer inciso del artículo 122 del Código Procesal Penal, cuando señala “(...) sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación (...)”. También podemos encontrar regulación de este principio, en relación con la medida cautelar de prisión preventiva, en el artículo 152 inciso 1° del Código Procesal Penal, el cual señala “el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado”.

Por último hay que tener presente no confundir el principio de provisionalidad con el carácter temporal de las medidas cautelares personales, porque la detención es temporal, o sea, esta tiene un límite o plazo establecido en la ley; pero la medida cautelar de prisión preventiva no tiene un límite, es decir, no se regida bajo plazos legalmente establecidos. (Horvitz y Lopez, 2008, p. 353)

-Principio de proporcionalidad

Este último principio se refiere a que las medidas cautelares deben estar proporcionalmente relacionadas con la gravedad del hecho que se está investigando y el procedimiento que se persigue.

Respecto a este no lo encontramos incorporado de forma expresa en nuestra carta fundamental, como sí ocurre en el caso de España, podemos señalar que para algunos como por ejemplo Humberto Nogueira Alcalá quien señala que este principio se encuentra incorporado constitucionalmente en la prohibición general de la arbitrariedad, como también en las garantías establecidas en las bases de la institucionalidad, las cuales dan forma al Estado de Derecho; y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos, y por último el valor de justicia inherente al Derecho, señalando de este modo “(...)el principio de proporcionalidad opera como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio del Estado de Derecho, por lo cual tiene rango constitucional. Tal derivación del Estado de Derecho, es en virtud del contenido esencial de los derechos que no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos”. (Fuentes, 2008, p.25)

2. Causales específicas:

2.1 Resguardo de los fines de la investigación.

Esta es la causal que mejor se ajusta a los fines que doctrinalmente se le atribuyen a la prisión preventiva dado su carácter de instrumentalidad. (Marín, 2002, p. 37) El inciso 2º del artículo 140 establece que se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

En este sentido, el descubrimiento de la verdad aparece como un fin del proceso, y por tanto, es de toda lógica sostener que tanto la alteración de pruebas como la inducción a terceros para que informen falsamente obstaculiza o entorpece esa finalidad específica del procedimiento. (Maier, 1989, p 279.)

Respecto al peligro de fuga, si bien no aparece contemplado dentro de las causales que establece nuestro código procesal penal, es una de las causales ampliamente aceptadas por la doctrina y que tiene también un amplio reconocimiento a nivel internacional, como una de las causales que justificaría la aplicación de esta medida. Ahora bien, algunos autores señalan que no bastaría por sí misma, y que más bien el peligro de fuga opera como una justificación implícita requiriéndose la incomparecencia del imputado a algún acto del procedimiento, e incluso en estos

casos, la ley faculta al reemplazo de la medida por una caución económica suficiente. (Horvitz y López, 2002, p 410)

2.2 Protección de la seguridad de la víctima.

Se encuentra regulado en el artículo 6 del Código Procesal Penal que señala “El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento. El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir”.

Existe una constante “lucha” entre la víctima y el autor del delito, pues el interés por la protección de las víctimas conlleva a que las garantías básicas de quienes son inculcados, se ven disminuidas, por lo tanto mientras el acusado tenga menos garantías y se le restrinjan sus derechos dentro del proceso, más protección y seguridad sentirá la víctima, lo cual aumenta sus derechos y garantías, disminuyendo las de la otra parte. (Duce y Riego, 1994, pp.158-159)

Podemos entender que existe una estrecha relación entre la protección de la seguridad de la víctima y la protección de la seguridad de la sociedad, pues a medida que pasan los años la población siente más temor por el hecho de pensar que puede ser víctima de algún delito, junto con esto los delitos efectivamente han aumentado lo que genera más pánico colectivo y la sensación de que el Estado no se está haciendo cargo de la delincuencia de forma correcta, lo que conlleva a que al momento de establecer medidas cautelares personales a favor de una víctima y en contra del imputado, se endurecen las determinaciones tomadas con los jueces, lo que nos lleva a que hoy en día en una gran parte de los procesos penales se utilice la prisión preventiva como medida cautelar personal, generando así una cierta tranquilidad y seguridad a la víctima.

2.3 Protección de la seguridad de la sociedad.

Esta es la última causal específica por la que el juez puede autorizar la prisión preventiva como medida cautelar, es decir, el juez puede determinar una medida cautelar personal cuando la seguridad de la sociedad peligra en el caso que el imputado quede libre durante el proceso. La determinación de esta causal, y los mecanismos para su determinación en los casos concretos es

un tema bastante problemático, puesto que importa un criterio de prevención especial ajeno a los fines específicos del proceso penal.

Esta causal fue introducida por el Acta Constitucional N°3, luego es incorporada en la Constitución Política de la República de 1980. Ahora bien, en el ámbito legal, esta causal es incluida en el año 1979 en el antiguo Código de procedimiento Penal por la Ley 2.186, donde se aprecian dos situaciones en las cuales se consideraba que el imputado era un peligro para la sociedad: a) peligro de que el imputado eludiera la acción de la justicia y b) que el imputado continuaría delinquir en el caso de quedar en libertad mientras dura el proceso. En este caso, la segunda hipótesis era la que generaba conflictos, pues supone justificar la coerción del imputado a través de una acción que se aleja de los criterios objetivos de las medidas cautelares, pues el hecho de que el sujeto no vaya a delinquir en un futuro, no es un hecho objetivo del proceso, ya que se entiende que este es un presunto inocente y nada más alejado a esta idea es el que considerar que de no encerrarlo seguirá con sus acciones delictivas, lo que claramente llevaba hasta un cierto punto al sistema de aplicación de la pena de forma anticipada. (Duce y Riego, 2009, pp. 258-259)

En el año 1991, luego de terminada la dictadura militar, y durante la transición a un régimen democrático se dicta la Ley N° 19.047, donde se incorpora y recalca la necesidad de respetar los derechos humanos que se encuentran establecidos en los tratados internacionales que se encontraban ratificados y vigentes en Chile. Con esta ley la causal de peligro para la seguridad de la sociedad sufre una modificación quedando totalmente abierta a la interpretación del juez, además respecto de la prisión preventiva se enfatiza su excepcionalidad, estableciéndose así mayores requisitos para que el juez pueda decretar esta medida cautelar. En este sentido queda excluida la hipótesis de peligro de la continuación de la actividad delictiva del imputado, pudiendo sólo decretar la causal de peligro para la seguridad de la sociedad en dos hipótesis, a saber: a) peligro de fuga, y b) aseguramiento de la comparecencia futura. De todas formas gran parte de los jueces seguían utilizando la hipótesis de la posible reiteración del delito, para entender que se encontraba el imputado dentro de la causal de peligro para la seguridad de la sociedad. (Duce y Riego, 2009, p.259)

Por último a finales de los 90 se incluyen dos modificaciones contenidas en la Ley N° 19503 (1997) y la Ley N° 19661 (2000), teniendo como finalidad endurecer la respuesta estatal frente al crimen. Ambas normas son incorporadas al nuevo Código Procesal Penal y tienen como finalidad de que los jueces fueran más rigurosos al momento de otorgar libertades provisionales, y que esta decisión exclusivamente la debe tomar un juez. De esta manera queda establecido el peligro para la sociedad, basándose en los siguientes fundamentos o hipótesis: peligro de fuga;

peligro de reiteración; y alarma pública o legitimidad del sistema. (Duce y Riego, 2009, pp. 259-265)

Ahora bien, para revisar si normativamente hay un ajuste de la legislación interna a las exigencias internacionales, es importante citar el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su parte final señala que la libertad del imputado podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio, no estableciendo otras razones para privar al imputado durante el proceso, en otras palabras, la libertad del imputado procede y debe ser la regla general de acuerdo a una interpretación que respete el principio pro homine.

3. Teorías que se han posicionado:

Tratándose de este tema podemos encontrar tres grandes posturas, que tienen por finalidad fijar los deslindes respecto a en qué casos es legítimo que el Estado ejerza el ius puniendi, imponiendo la prisión preventiva y en qué otros esta medida no debiera tener cabida, y por tanto su imposición podría significar un atentado en contra de los derechos fundamentales del imputado, dentro de los cuales son especialmente importantes el derecho a la presunción de inocencia y las garantías derivadas del debido proceso, particularmente aquellas que se incorporan por la vía del artículo 5 de la constitución, que constan en diversos tratados internacionales.

La regulación que hace la Constitución y la legislación interna sobre esta materia es bastante deficitaria, el artículo 19 n°7, que consagra el derecho a la libertad personal, señala en su letra e) que “La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.” Cuestión que de buenas a primeras parece muy razonable, pero que al señalar como causal de excepción el peligro para la seguridad de la sociedad no se ajusta a los estándares de derechos humanos que señalan que gozando el imputado todavía de su presunción de inocencia, las restricciones que se puedan aplicar para fines procedimentales, no pueden estar fundadas en su peligrosidad o en hechos que asuman su culpabilidad.

Por su parte, el artículo 140 del Código Procesal Penal, que es el que regula la prisión preventiva, señala que para decretarse se deben cumplir tres presupuestos, a saber: que se encuentre acreditado el delito; que existan antecedentes que permitan presumir que la persona ha tenido participación en el delito; y que se encuentre justificada la necesidad de cautela, lo que se considerará cuando existan diligencias investigativas que pueden verse obstruidas por el imputado

o cuando su libertad pueda ser considerada un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. Este último presupuesto es el que mayor polémica ha causado, porque el legislador al establecer los criterios para estimar el peligro del imputado señala que el tribunal deberá considerar las circunstancias siguientes: que la pena asignada al delito sea de cinco años y un día o más; que el imputado haya sido condenado anteriormente por un delito que tenga igual o mayor pena; cuando éste tuviese procesos pendientes; o cuando se encuentre condenado cumpliendo su pena en libertad. En este punto, las tensiones con la presunción de inocencia -que debe ser un principio rector que racionalice y encauce la persecución penal, sin obstaculizarla- se vuelven evidentes. Por esta razón, a continuación, sistematizaremos brevemente las posturas de doctrinales que se han referido a este tema.

3.1 Teorías a favor de la aplicación de la prisión preventiva.

Como cuestión preliminar, es importante señalar que, no obstante, los diversos cuestionamientos doctrinales a la prisión preventiva por la incompatibilidad insubsanable que esta tendría con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, la posibilidad de encarcelamiento preventivo se ha admitido en la generalidad de los textos pertinentes de la cultura jurídica occidental. (Dei Vecchi, 2013, p. 190)

¿Cómo justificar entonces su aplicación? Es lo que buscan responder los autores que adscriben a la concepción cautelar de la prisión preventiva, quienes para defender la aplicación de esta medida cautelar parten de una distinción conceptual entre la prisión como pena, y la prisión preventiva como algo distinto. (Dei Vecchi, 2013, p. 202) Esta distinción, sería un presupuesto insoslayable, para que podamos mantenerla fuera del campo prohibitivo de la presunción de inocencia que señala que no es legítimo imponer consecuencias propias de una sentencia condenatoria, mientras esta presunción no sea destruida en un proceso con todas las garantías. (Horvitz y López, 2008 p. 82)

Para esta teoría, lo que diferenciaría a la prisión preventiva de la prisión como pena, serían precisamente los fines que persiguen, siendo los de la primera exclusivamente tutelar los fines del proceso, siempre y cuando exista necesidad de esa tutela, (Dei Vecchi, 2013, p.202) mientras que la finalidad de la pena –que dependerá de la teoría a la que adscribamos- será la retribución o la prevención general o especial del delito.

Ahora bien, ante el cuestionamiento de si es legítimo encerrar individuos con la finalidad exclusiva de resguardar los fines del procedimiento, se señala que fenómenos distintos requieren fundamentaciones distintas. Las bases mismas de la concepción cautelar de la prisión preventiva

como medida excepcionalmente limitativa de derechos constitucionales exigen una justificación que depende de la presencia de determinada clase de razones, no ya explicativas de la prisión preventiva como fenómeno particular, sino más bien normativas: justificativas de la afirmación de que la necesidad de tutela de los fines del proceso penal puestos en peligro obliga a privar de la libertad a una persona no condenada. (Dei Vecchi, 2013, p. 203)

El problema radicaría en la existencia de ciertos principios de orden jerárquico superior que rigen como regla general, como lo es el que el imputado no debe ser privado del goce de sus derechos sin una sentencia condenatoria y el principio de la presunción de inocencia, la respuesta que se da desde esta postura, es que tratándose de principios puede haber colisiones y que un principio se vea desplazado por otro que en ese caso particular resulte prevaleciente en peso. (Dei Vecchi, 2013, p. 204)

Siendo esto así podría ocurrir que la libertad fundada en los principios y derechos constitucionales deba ser dejada de lado en ciertas circunstancias de necesidad cautelar. En ese sentido, ellos entienden que la prisión preventiva está justificada porque los fines para los que es necesaria son indispensables para la realización de “la justicia” entendida esta como un principio deseable que perfectamente podría sobreponerse a la libertad personal, y en tal caso no sería solo posible, sino que obligatorio imponer la prisión preventiva. (Dei Vecchi, 2013, p.209)

En la misma línea de las teorías de la concepción cautelar de la prisión preventiva, Salas sostiene que el trato de inocente que ampara al imputado no permite atribuirle el carácter de pena al tiempo que estuvo privado de libertad mientras no estaba condenado, desde que en tal caso la sospecha implícita de culpabilidad no logró ser confirmada probatoriamente en el juicio. En este escenario, el encierro provisional tampoco puede ser considerado una pena anticipada. Para él, la prisión preventiva tiene que ver con una necesidad de orden puramente procesal, y por esa misma razón -en estricto sentido- hablar de presunción de inocencia en cuanto estándar probatorio de la culpabilidad sólo tiene impacto frente al discurso propio del juicio y de la pena y no en el marco de la discusión sobre si decretar o no una medida cautelar personal. En este último caso, en cambio, la presunción de inocencia se erige solo como un principio orientador de la imparcialidad del juez de cara a las decisiones que deba adoptar durante el transcurso de la investigación y que puedan afectar los derechos del imputado no condenado.

De todos modos, podríamos señalar que una primera respuesta que se le da a los autores que abrazan la teoría de la concepción cautelar, es que si bien, es cierto que jurídicamente la prisión preventiva es algo distinto a una pena privativa de libertad, la razón de los cuestionamientos y de

la polémica que esta forma de coerción procesal provoca, no guarda relación con una cuestión meramente conceptual, sino con la misma posibilidad de ampliar de manera rápida y menos exigente la respuesta punitiva, lo que termina siendo un fraude de etiquetas. Como señala Duce, se vuelve un “apliquemos más penas de manera más rápida y menos exigente, pero con otro nombre.” por tanto la distinción desde la que parte la ya mencionada teoría, no sería errónea, sino que irrelevante para estos efectos. Continuaremos con las críticas a esta teoría cuando abordemos las posturas abolicionistas o vinculadas a un derecho penal más garantista. (Duce y Riego, 2009, p. 245)

3.2 Teorías eclécticas.

Siguiendo con las posturas que son favorables a la aplicación de esta medida, quizás de manera menos radical, el profesor Nogueira señala que la presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de la prisión preventiva en cuanto esta sea adoptada por un órgano competente y fundada en derecho, basada en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida, esto es asegurar la realización de los fines del procedimiento de acuerdo a las circunstancias del caso. Para ello, se deben respetar los principios de adecuación y proporcionalidad, al efecto, la medida sólo durará mientras subsistiere la necesidad de su aplicación según el principio *rebus sic stantibus*. (Nogueira, 2005, p. 229)

Entonces, para esta doctrina se debe presuponer el derecho del imputado a permanecer en libertad durante el proceso, lo que no obsta a que la ley procesal deba establecer en qué casos y bajo qué presupuestos y requisitos el Estado tendrá derecho a limitar o restringir dicha libertad. De tal manera, dichos requisitos evitan restricciones innecesarias a la libertad de los imputados que se proyectarán, además, en su reputación, en sus relaciones familiares y laborales, etc., si es que estas restricciones no son provechosas para la consecución de los fines del proceso.

Si bien Nogueira reconoce que la prisión preventiva eventualmente podría constituir una anticipación de la pena, lo que es contrario a los principios elementales del Estado constitucional y de los derechos humanos, hace hincapié en la excepcionalidad siendo esta una de las limitaciones de derechos que pueden aplicarse por ley, pero que para cumplir con los estándares debe ser interpretada y aplicada siempre de forma muy restrictiva. (Nogueira, 2005, p. 235)

En este punto, pareciera ser indiscutible que esta es la tesis por la cual optó el legislador procesal penal, lo que se sustenta en varias normas, pero explícitamente en el artículo 139 que en su inciso 2º precisa “La prisión preventiva solo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.”

Cabe reparar en que lamentablemente esta consagración de excepcionalidad se ve relativizada por los criterios que luego el legislador fija en el artículo 140 para dotar de contenido la necesidad de cautela, señalando que se entenderá que la libertad del imputado es peligrosa para la sociedad cuando la pena correspondiente al delito que se le imputa sea de crimen, cuando hubiere sido condenado anteriormente por igual o mayor pena (aun cuando ya hubiere cumplido efectivamente su condena) o cuando se encontrare gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley, criterios que se centran en el delito o en las circunstancias personales del imputado -cuestión que se acerca incluso a un derecho penal de autor-, pero no dicen relación alguna con las finalidades del procedimiento.

3.3 Teorías abolicionistas, vinculadas al derecho penal garantista.

De manera introductoria, hay que señalar que dentro de los autores que están de acuerdo con la teoría abolicionista podemos identificar que en términos generales este grupo se encuentra dividido en dos tipos de abolicionismo: uno es el abolicionismo moderado; y el otro el abolicionismo radical.

El primero-el abolicionismo moderado- se refiere a aquellos autores que creen que es necesario prescindir de ciertas partes del sistema penal, siendo necesaria la abolición de la cárcel, y de la pena de prisión. Esto se justifica en primer lugar por los daños que suele sufrir aquel que se encuentra privado de libertad, junto con el rechazo social que provoca el hecho de haber sido parte del sistema penitenciario; y que en fin consideran que esta medida sería inútil. Tal como señala Mathiesen “La prisión es un sistema profundamente irracional en términos de los propios objetivos declarados. La dificultad, no obstante, es que esta información es en gran medida un secreto. Si la gente en realidad supiera lo mal que la protege la prisión - así como otras partes del sistema de control criminal-; si supieran que la prisión sólo crea una sociedad más peligrosa produciendo personas más peligrosas, se produciría necesariamente un clima para dismantelar las prisiones. Porque la gente, en contraste con las prisiones, es racional en este tema (...). En términos de sus propios objetivos declarados, la prisión en nada contribuye a nuestra sociedad y modo de vida. Informe tras informe, estudio tras estudio, decenas, cientos, miles, lo demuestran con claridad.” (Pérez, 2003, pp. 158-159)

En segundo lugar, en relación a aquellos autores que son partidarios del abolicionismo más estricto, podemos señalar que para ellos es necesario prescindir del sistema penal de forma completa, es decir, se debe prescindir de la cárcel, el tribunal, la policía, etc., dando a notar su extremo pensamiento. Señalan que es necesario prescindir de todo el sistema penal conocido hasta

el día de hoy fundándose en que este no tendría ninguna utilidad para la sociedad; que es muy difícil que una pena ilegítima como la prisión sea sacada del sistema; que el sistema opera de forma irracional y nadie controla esto; además que la mayor parte de los conflictos que vemos día a día se resuelven por fuera; que este sistema penal crea el delito y permite generar conductas negativas para la sociedad; que las personas involucradas realmente no son escuchadas, además de la utilización de un lenguaje formal que no permite que los involucrados tengan certeza del procedimiento y de lo que ocurre en este; se trabaja sobre hipótesis que suelen estar viciadas; presupone la existencia de una sociedad ideal libre de conflictos generando de esta manera cultura penal y de castigo dentro de la sociedad. (Pérez, 2003, pp. 163-165)

Claramente podemos constatar que este abolicionismo más estricto, tiene un punto de vista mucho más extremo que el anterior, y además ambas teorías no han estado exentas de críticas, a este respecto, muchos autores señalan que la idea del abolicionismo es más bien una idea utópica, siendo esto relacionado con el miedo que genera pensar en que ocurriría en la sociedad si no tuviéramos un sistema penal. Muchos señalan que el hecho de estar de acuerdo con la teoría abolicionista nos llevaría a un retroceso en el avance de la sociedad, volviendo a “una sociedad salvaje carente de cualquier orden y abandonada a la ley natural del más fuerte o, alternativamente, de una sociedad disciplinaria, pacificada y totalizante”. Es por esto que, al hablar de abolicionismo, nos referiremos preferentemente al abolicionismo moderado, puesto que de lo contrario no tendría sentido discutir sobre medidas cautelares en general ni sobre la prisión preventiva en particular.

Dentro de los autores que podríamos circunscribir dentro de estas teorías garantistas encontramos a Ferrer, quien de manera muy interesante analiza y descarta la aplicación de la prisión preventiva en términos absolutos, por los argumentos que pasaremos a exponer a continuación.

Según el autor tres son los supuestos en los que habitualmente se considera que procedería adoptar la prisión preventiva del imputado, a saber, el peligro de reincidencia, el aseguramiento de las pruebas y el peligro de fuga del acusado. Primero, para Ferrer resulta difícil, por no decir conceptualmente imposible, sostener la argumentación de que el imputado sea tratado como si fuera inocente y, a la vez, sea sometido a prisión preventiva para evitar que reincida en la comisión del delito, evidentemente para reincidir hay que haber incidido en el delito, que es justo lo que la presunción de inocencia obliga a presumir que no se ha hecho. Es Segundo, en el caso del aseguramiento de las pruebas en donde se trata de evitar que el imputado manipule o haga desaparecer pruebas en su contra, aunque no es necesario que el imputado sea el autor del delito para que pueda tener interés en manipular el material probatorio, el argumento de forma general sí contradice la presunción pues se entiende que es el autor del delito y, por ello, hará lo posible

para que esa circunstancia no pueda probarse en el proceso. Tercero, respecto del peligro de fuga, hay un problema conceptual pues el inocente no se fuga, sino que simplemente viaja. (Ferrer, 2010, pp. 9-10)

Ferrajoli, refiriéndose a la circunstancia del peligro de fuga, acota que la prisión preventiva no cumpliría el efecto deseado respecto del imputado, porque es también probable que el temor a la prisión preventiva –fundado temor, si consideramos que la medida es materialmente idéntica a una pena de cárcel- provoque que este se de a la fuga y que, de lo contrario, tendría al menos durante el proceso previo a la condena el máximo interés de defenderse y no así de escapar. (Ferrajoli, 2001, p. 558)

Uno de los problemas o cuestionamientos que se le podrían realizar a estas teorías, tienen relación con los intereses de la víctima, y con que ellas también tienen derechos con consagración legal que deben ser resguardados en el contexto del proceso penal, como por ejemplo, el que señala el artículo 109 del código del ramo en su letra a) que es el de solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia; sin embargo, este cuestionamiento puede ser enfrentado con la existencia de diversidad de medidas cautelares menos gravosas que sean compatibles con las garantías fundamentales del imputado, sin desatender por ello los derechos de la víctima. En este sentido, la prisión preventiva no sería la vía idónea para evitar estos hostigamientos, amenazas o atentados, porque implica sacrificar las garantías del imputado asumiendo su peligrosidad.

Capítulo III: Análisis de la prisión preventiva a la luz de los estándares internacionales y su aplicación en el derecho comparado.

1. Los principios que rigen en materia de derecho internacional e interpretaciones que la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y otros organismos internacionales realizan en esta materia:

Como punto de partida, es importante señalar que la ratificación de diversos instrumentos de Derechos Humanos ha sido una práctica frecuente tanto en Chile, como en el resto de países latinoamericanos, no obstante, parece ser que esta incorporación formal no ha sido suficiente para generar cambios sustanciales en el ejercicio del poder, puesto que las decisiones de los tribunales de justicia en esta materia, dan la impresión de que los estándares de Derechos Humanos serían solo principios, cuya aplicación es deseable, pero no obligatoria para los Estados que se mantienen en la inactividad frente a la necesidad de adecuar la legislación interna, lo que termina en una grave afrenta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desconociéndole su auténtico valor

jurídico y pasando a identificarla frente al derecho doméstico como no-derecho. (Camaño, 2007, p. 86)

En materia de Derecho Internacional, el sistema interamericano contempla una serie de principios que debieran adoptarse para la aplicación de la prisión preventiva. Para iniciar nos remitiremos a lo ya señalado en los acápites anteriores: la prisión preventiva es una medida excepcional y su imposición debe considerar siempre los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, además de tener a la vista que la presunción de inocencia se encuentra completamente vigente para personas encarceladas, pero no condenadas. Es por esto que los Estados solo deberán recurrir a utilizarla cuando resulte indispensable, y fundada en una necesidad social apremiante. En este sentido -para aplicarla causando el menor daño posible- es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sugiere adoptar las siguientes medidas:

- a) Reformas legislativas e institucionales necesarias que tiendan asegurar un uso más racional de la prisión preventiva.
- b) Establecimiento legal de plazos máximos en que una persona pueda encontrarse sometida a prisión preventiva.
- c) Promoción del uso de otras medidas cautelares que resulten menos gravosas desde la perspectiva de afectación a los derechos.
- d) Implementación de acciones enfocadas en el seguimiento y monitoreo de estas medidas que consideren los estándares aplicables en materia de derechos humanos e incluyan una perspectiva de género, raza, etnia, orientación sexual, interculturalidad, interseccionalidad, discapacidad, así como poner especial atención en el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, haciendo una interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que los únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva, son los riesgos de que el imputado intente eludir la justicia u obstaculizar la investigación judicial, causal que encontramos en el ordenamiento jurídico nacional, en la primer parte de la letra c) del artículo 140 del código procesal penal, haciendo presente que la causal del peligro para la sociedad, en caso alguno podría tener cabida bajo el respeto del mencionado estándar.. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señala que “la presunción de inocencia obliga a respetar ciertas medidas en pro de la consecución de los objetivos de ésta, y que, en este sentido, la prisión preventiva debe tener una duración razonable, considerando en cada caso, su complejidad, la conducta del imputado durante el procedimiento y la manera en que las autoridades del poder ejecutivo y judicial hayan abordado el asunto.” (Cavada, 2019, p.1)

Podemos enfatizar por lo tanto, que la prisión preventiva no tiene como finalidad sancionar al imputado de un delito, sino que más bien es una medida para resguardar el procedimiento penal para que este se lleve a cabo de la forma correcta y bajo las reglas del debido proceso. El hecho de mantener en prisión preventiva a una persona deriva en muchas consecuencias negativas como lo son el hacinamiento en las cárceles; la posibilidad de que a través de la tortura se consiga una confesión viciada; y existe el riesgo de que ocurran actos de corrupción y violencia por parte de quienes está a cargo de custodiar a estas personas, e incluso - algo que es muy frecuente- pueden acontecer hechos de violencia perpetrados por parte de la misma población penitenciaria. (García, 2019, pp.2-3)

Es en base a estas razones que el derecho internacional establece que la prisión preventiva debe ser una excepción, y no la regla general, máxima que puede ser puesta en duda si revisamos los porcentajes de encarcelamiento preventivo del continente americano. El mencionado principio de excepcionalidad se encuentra de forma expresa en la regla 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, conocidas también como Reglas de Tokio, que señala: “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”. De manera incluso más favorable a las garantías de los imputados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva, el riesgo de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia, o de que intente obstaculizar la investigación judicial y señalando en la misma línea que la peligrosidad del imputado -que se esconde detrás de la protección de la sociedad- resulta incongruente con los fines de la prisión preventiva, que deben ser de orden procesal, de este modo ha sostenido:

Lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación pro homine, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho. No sólo por las razones expuestas, sino porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva (CIDH, 2013, p. 61-62, punto n°144).

Por otra parte, la Comisión señala que la legitimidad de las causales para decretar la prisión preventiva no depende de que estén comprendidas en la ley, puesto que por vía legal bien podrían establecerse causales que atenten contra los principios y garantías que la Convención Americana de Derechos Humanos prevé en esta materia. Opinión que resulta especialmente relevante si nos remitimos al análisis de las causales específicas que contempla el artículo 140 del Código Procesal Penal chileno, ya analizadas, pero que no se condicen con los mencionados criterios, en tanto que hay causales que van más allá de los fines procesales, e incluso algunas que atentan contra directrices que los órganos encargados de velar por el cumplimiento de la Convención han promovido, por ejemplo, en materia de reincidencia, la Comisión ha sostenido que:

En cuanto al criterio de reincidencia, la Comisión estima que el mismo pudiera considerarse como un elemento más en el análisis de procedencia de la medida (de prisión preventiva en caso de reincidencia) en el caso concreto, pero en ningún caso debería utilizarse como criterio rector de su aplicación, por ejemplo, mediante la presunción legal de que con esta sola circunstancia se configura el riesgo procesal, ello sería contrario al principio de presunción de inocencia. (CIDH, 2013:65, punto n° 157)

Por tanto, los criterios definidos en abstracto para considerar que concurren las causales de peligro para la seguridad de la víctima, por la existencia de procesos pendientes, o de peligro para la seguridad de la sociedad por haber sido condenado con anterioridad por delito que merezca igual o mayor pena, no debieran tener cabida a la luz de una interpretación que respete estándares de convencionalidad.

2. Análisis comparado de la aplicación de la prisión preventiva:

Junto con lo antes señalado, es importante mencionar que a pesar de que esta medida cautelar personal sea utilizada de forma masiva y ya no excepcional dentro de América, en América Latina se encuentra reconocida la presunción de inocencia y el carácter excepcional de la prisión preventiva en los textos constitucionales de países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Por lo tanto, esto demuestra que a pesar de aquella regulación en gran parte de los países latinoamericanos, en la práctica esto no se respeta o se interpreta de otra manera, siendo “la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva un problema crónico en la región” y así lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Medidas Dirigidas a Reducir el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas. (García, 2019, p.3)

Cabe destacar, que si bien la regulación de esta medida cautelar es bastante similar en aspectos tales como causales de aplicación, límites temporales a su aplicación (que pueden ser de 12, 18 o 24 meses) y existencia de medidas alternativas que deben favorecerse en lugar de la prisión preventiva, algo que llama la atención es que Chile, es el único país de América Latina que no contempla causales de improcedencia, ya sea por edad, enfermedad, parto reciente o amamantamiento. (Cavada, 2019, p.1) Causales que como podemos ver, obedecen a razones de orden humanitario y que debieran contemplarse normativamente como un límite para la discrecionalidad del juez.

Para analizar el problema ya enunciado, nos parece importante hacer una breve revisión de la situación de los países ubicados en nuestro continente, enunciando desde ya que el gran problema presente dentro de este extenso territorio es el uso no excepcional de la prisión preventiva, teniendo este fenómeno una mayor repercusión en países de América Latina. De acuerdo a las opiniones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la prisión preventiva ha tenido un aumento considerable durante las últimas décadas, siendo esta una de las principales causas del hacinamiento de la población penitenciaria en las cárceles. Si observamos las cifras de Estados Unidos y Canadá, uno de cada tres personas que se encuentran a la espera de un juicio por algún delito, están en prisión preventiva, demostrando eso en que en los últimos años las personas que se encuentran tras las rejas mientras el proceso no está finalizado ha aumentado en un 60%, dentro de la región señalada. (García, 2019, p. 1)

En el siguiente cuadro¹ se expresa con datos concretos entre los años 2015 al 2018, la cantidad de personas en prisión preventiva en distintos países latinoamericanos y el porcentaje que dicha población penal representa:

País (Año)	Número de personas en prisión preventiva	Porcentaje de personas en prisión preventiva respecto de la población penitenciaria total.
Paraguay (2015)	9.922	77.9%
Bolivia (2018)	12.537	69.9%
Uruguay (2017)	7.726	69.7%
Haití (2018)	5.929	66.8%

¹ Tabla confeccionada con datos de The World Prison Brief.

Venezuela (2017)	35.970	63%
Honduras (2017)	9.660	53.1%
Panamá (2018)	8.584	53%
Guatemala (2018)	12.636	51.8%
Argentina (2016)	36.374	47.7%
Perú (2018)	35.029	39.8%
México (2018)	80.442	39.4%
Brasil (2018)	244.306	35.4%
Ecuador (2018)	13.073	34.9%
Chile (2018)	14.628	33.9%
Colombia (2018)	40.070	33.6%
El Salvador (2018)	11.434	29.5%
Nicaragua (2016)	3.140	21.4%
Costa Rica (2016)	2.543	13.3%

Otro dato que es importante señalar es que luego del continente africano, el continente americano es la región que tiene a más personas encarceladas sin que hayan recibido una condena, esto en relación a la población carcelaria, en promedio 36.3 personas se encuentran en esta condición; e incluso en algunos países esta cifra es alarmante, tal es el caso de Bolivia, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela, donde más de la mitad de la población carcelaria se encuentra en privada de libertad sin haber sido condenada.

El siguiente cuadro² demuestra el aumento de la población carcelaria relacionada con personas que se encuentran en prisión preventiva, aumentando porcentualmente en casi todos los países observados. Además durante el mismo periodo la población carcelaria total ha aumentado en un 41%, lo que no encontraría una justificación en el aumento o crecimiento de la población puesto que este solo ha sido de un 21.1%. (García, 2019, pp. 4-5)

País	Años	Incremento porcentual de la prisión preventiva
-------------	-------------	---

² Tabla confeccionada con datos de The World Prison Brief.

Venezuela	2000-2016	516.5%
Nicaragua	2004-2016	289.2%
Brasil	2000-2018	209.2%
Guatemala	2001-2018	180.8%
Bolivia	2005-2018	149.3%
Ecuador	2001-2018	139.8%
El Salvador	2002-2018	135.1%
Perú	2001-2018	121.6%
Paraguay	2004-2016	103.5%
Colombia	2000-2018	88.2%
Panamá	2000-2018	63.9%
Uruguay	2007-2017	48.6%
Argentina	2002-2016	37.4%
Costa Rica	2002-2016	35.3%
Honduras	2005-2017	31.3%
México	2000-2018	25.6%
Chile	2000-2018	-11.6%

Cabe mencionar que si bien en la tabla se ve que la situación de Chile es la deseable, puesto que es el único país de los analizados en que no se ve un aumento en la aplicación de la prisión preventiva, hay que considerar que estos datos se basan en información recopilada entre los años 2000 a 2018, lo que no se condice necesariamente con la situación actual, y aun así, las tasas de encarcelamiento preventivo eran todavía altas.

Al reducir el periodo de años en que se realiza el análisis la situación cambia, puesto que, tal como señalan los investigadores del Proyecto Inocentes de la Defensoría Penal Pública, entre los años 2007 y 2017 la prisión preventiva presentó un aumento de un 40.7%, pasando de un promedio de 63.1 personas que se encontraban en prisión preventiva cada 100.000 habitantes, a un 88.8. Según datos de la misma entidad se ha visto un aumento en las personas que tuvieron prisión preventiva, resultando después absueltas de los cargos, aumentando de 1500 personas, a

2800 personas en el periodo que comprende los años 2006 al 2016, notándose un aumento del 90%. (Grau, 2018)

“Un reciente informe de Gendarmería de Chile en que se señala que el uso de la medida cautelar más grave aumentó en un 20,4% entre 2014 y septiembre del 2017. Para graficar el aumento de inocentes que fueron injustamente encarcelados en los últimos años, Moraga señaló que en 2014 hubo 2462 personas inocentes que estuvieron en prisión preventiva o internación provisoria (en el caso de jóvenes de entre 14 y 18 años), total que aumentó a 2650 casos en 2015, siguió con 2854 en 2016 y sumó 3092 personas inocentes encarceladas durante año pasado”. (Grau, 2018)

Esta información se puede contrastar con el informe The World Prison Brief del año 2021, siendo esta la información más reciente, enfocándonos específicamente en Chile, donde se señala que a la fecha de 30 de octubre del presente año la población penitenciaria incluída las personas que se encuentran en prisión preventiva asciende a 39.825, equivaliendo a que cada 100.000 habitantes, 213 se encuentran en prisión en la actualidad. Del total de población penitenciaria, un 37% de la población corresponde a aquellos que se encuentran en prisión preventiva. Junto con esto la capacidad de los centros penitenciarios en todo el país, es de 43.413, encontrándose al 30 de septiembre del 2021 a un 91.3% de su capacidad.

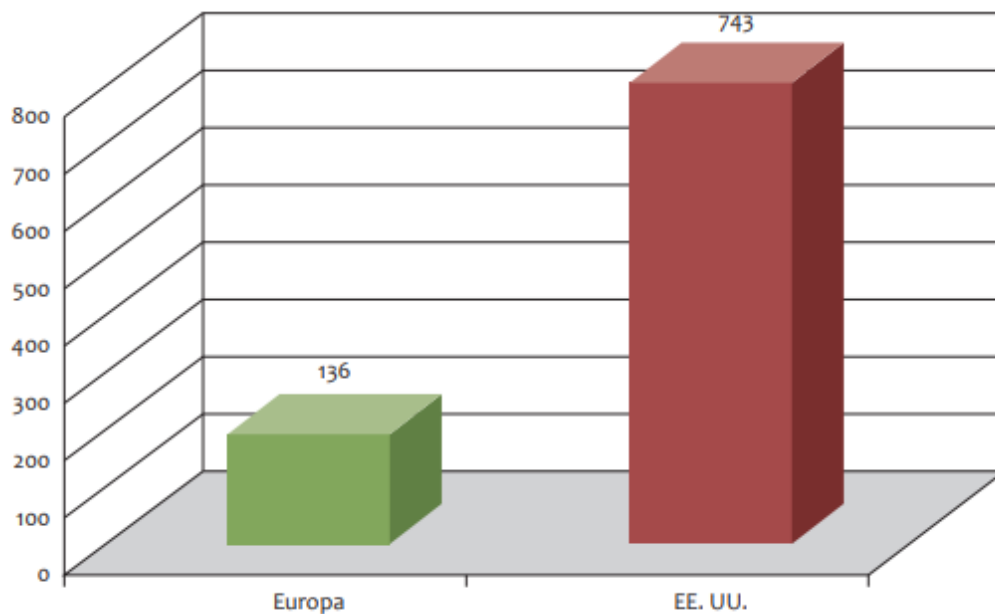
En la siguiente tabla³ se puede apreciar la tendencia de la población carcelaria en Chile con paso de los años:

Año	Población carcelaria total	Tasa de población carcelaria
2000	33.050	215
2002	34.901	222
2004	36.374	226
2006	39.417	240
2008	48.826	291
2010	54.628	320
2012	51.882	298
2014	45.501	257

³ Tabla confeccionada con los datos obtenidos en la página oficial World Prison Brief, disponible en el siguiente link: <https://www.prisonstudies.org/country/chile>

2016	43.603	242
2018	41.689	228
2020	39.884	215

Ahora bien, trasladándonos hasta el otro extremo del planeta, y tomando como punto de referencia la población penitenciaria de Estados Unidos y la Unión Europea, podemos notar grandes diferencias entre ambas regiones. Tal como señala la siguiente gráfica, la tasa de población penitenciaria en los Estados Unidos durante el año 2009 es cinco veces mayor a la del continente europeo. (García, et al., 2012, pp. 80-81)



4

Teniendo a la vista este antecedente es que nos parece interesante detenernos a revisar las cifras sobre la utilización de la prisión preventiva como medida cautelar personal en el continente europeo, y analizar si el fenómeno de la sobrepoblación carcelaria, y la crítica acerca del uso indiscriminado de esta forma de encarcelamiento tiene el mismo asidero, o bien, si en dicha región efectivamente se respeta el carácter de excepcionalidad y de última ratio que dicha medida debiera

⁴ Confeccionado con informe SPACE 2009 para la media europea y el World Prison Brief para los datos estadounidenses, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v54n2/v54n2a06.pdf>

tener, lo que conllevaría tasas más bajas de encarcelamiento. Para ello revisaremos la siguiente tabla⁵:

País	Población del país a Enero 2020	Población penitenciaria incluido a aquellos que se encuentran en prisión preventiva
Eslovenia	2.095.861	1.449
Finlandia	5.525.292	2.756
Dinamarca	5.822.763	4.140
Suecia	10.327.589	6.709
Irlanda	4.963.839	4.052
Alemania	83.166.711	63.399
Grecia	10.709.739	10.972
Suiza	8.606.033	6.906
Austria	8.901.064	9.189
Francia	67.098.824	7.0651
Portugal	10.295.909	12.793
Italia	60.244.639	6.0971
Chipre	888.005	829
Rumania	19.317.984	20.570
Bulgaria	6.951.482	7.340
Luxemburgo	626.108	594
Inglaterra y Gales	6.003.0516	82.868
España	47.332.614	58.372
Hungría	9.769.526	16.783
República Eslovaca	5.457.873	10.555
República Checa	10.693.939	21.048
Polonia	37.958.138	74.130

⁵ Tabla confeccionada con información obtenida de informe SPACE 2020, disponible en: https://wp.unil.ch/space/files/2021/04/210330_FinalReport_SPACE_I_2020.pdf

Lituania	2.794.090	6.138
Estonia	1.328.976	2.450
Letonia	1.907.675	3.414
Rusia	14.5934.000	51.9618

Si analizamos la población penitenciaria en general, a simple vista podemos notar que los países europeos tienen tasas de encarcelamiento muchísimo menores que las de Estados Unidos y que América en general. Letonia, siendo el país europeo que presenta la mayor población penitenciaria, es superado en más del doble por el país norteamericano, pero al revisar las tasas de población penitenciaria que se encuentra sujeta a una medida cautelar de encarcelamiento preventivo, la situación cambia quedando de la siguiente manera⁶:

Población penitenciaria preventiva respecto del total en enero 2019.

País	Porcentaje del total de la población penitenciaria
Eslovenia	23.8%
Finlandia	22.9%
Dinamarca	38.2%
Suecia	28.1%
Irlanda	20.4%
Alemania	21.9%
Grecia	31.1%
Suiza	47.7%
Austria	22.4%
Francia	29.0%
Portugal	17.1%
Italia	32.8%
Chipre	30.4%

⁶ Tabla confeccionada con información obtenida de informe SPACE 2019, disponible en: https://wp.unil.ch/space/files/2020/04/Key-Findings-2019_200406.pdf

Rumania	9.3%
Bulgaria	19.1%
Luxemburgo	48.6%
Inglaterra y Gales	11.3%
España	15.7%
Hungría	2.8%
República Eslovaca	15.3%
República Checa	8.4%
Polonia	10.2%
Lituania	9.3%
Estonia	15.1%
Letonia	27.9%
Rusia	9.2%

Esto nos demuestra que el uso indiscriminado de la prisión preventiva es un problema global, en este caso, varios países del continente europeo se encuentran por sobre el porcentaje de Estados Unidos, lo que nos da a entender que en Europa también se utiliza esta medida cautelar de forma excesiva. Si nos fijamos en la población penitenciaria general, los países nórdicos son los que tienen tasas de población penitenciaria más bajas, pero en materia de encarcelamiento preventivo, entre los que menores porcentajes tienen, encontramos países nórdicos, de Europa del Este y del centro, no pudiendo darse una explicación geopolítica al porcentaje de presos preventivos en las prisiones europeas. (García et al., 2012, pp. 83-85)

Capítulo IV: Problemas que genera una aplicación flexible de la prisión preventiva.

1.Una breve referencia a la situación penitenciaria en Latinoamérica y el Caribe:

Es un hecho sabido que en Latinoamérica hay una crisis carcelaria, situación que ha sido evidenciada incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Uno de los principales factores que han desencadenado dicha crisis es el fenómeno de la sobrepoblación. La sobrepoblación penitenciaria es producto del acelerado crecimiento de las tasas de encierro, con el consiguiente aumento del número de presos y presas excediendo la capacidad instalada de las

prisiones para alojarlos, lo que ha provocado violencia, muertes y diversidad de delitos cometidos al interior de los recintos penitenciarios, lo que constantemente pone en tela de juicio el respeto por los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad. Se estima que desde 1980 a la fecha la situación penitenciaria ha ido empeorando, y los expertos señalan que se ha salido de control en las últimas décadas. (Carranza, 2012, pp. 32-33)

Ahora bien, ante la pregunta ¿por qué han aumentado tan aceleradamente las tasas de encierro en la región? Dos respuestas clásicas se han dado; una primera respuesta nos dice que hay más encarcelamiento, simplemente porque hay más delitos. Bajo esta lógica, las tasas penitenciarias serían índices de criminalidad. Una segunda respuesta, alude a un fenómeno interesante que es el populismo penal que ha surgido con fuerza en los países latinoamericanos. Desde esa teoría, la razón por la que hay más encarcelamiento es porque hay políticas que promueven un mayor uso de la justicia penal y la prisión. Esta respuesta recoge el resultado de investigaciones que verifican que no siempre existe correlación entre el aumento de las tasas penitenciarias y las tasas de criminalidad, habiendo casos en los que aumenta la población penitenciaria paralelamente a tasas de criminalidad planas o inclusive descendentes. (Carranza, 2012, p.37)

En este contexto, las políticas legislativas orientadas a calmar a la población suelen implantar directrices de política criminal que en lugar de prevenir el delito lo promueven y el efecto directo que se produce es que vemos las cárceles colmadas con personas históricamente excluidas, que sabemos pertenecen a los estratos más vulnerables, situación que agrava los problemas sociales que las colocaron en situación de ser criminalizadas. (Carranza, 2012, p. 53)

Según las cifras recopiladas por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (en adelante ILANUD) en Chile, por el año 1992 había 154 presos por cada 100.000 habitantes, cifra que se duplicó en el año 2011, aumentando el número a 311.⁷

Un factor central a considerar en el análisis de la situación penitenciaria de la región, es precisamente el objeto de esta investigación, el problema de los presos sin condena, que permanecen en prisión incluso durante muchos años. La situación es bastante objetable, especialmente si nos fijamos en que se invierten las etapas del proceso, ya que durante la investigación, gozando los imputados de su derecho humano a la presunción de inocencia son encarcelados, y al momento de ser condenados son puestas en libertad por ya haber cumplido su

⁷ ILANUD, 2008. Elaborado con información penitenciaria y policial oficial de los países, y datos de población del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE).

condena durante el tiempo que duró el encarcelamiento preventivo, y eso sin considerar, una situación más grave aún que es el caso del importante grupo de personas que finalmente resultan absueltas. (Carranza, 2012, p. 38)

No podemos negar que la criminalidad en la región efectivamente es muy alta y en la mayoría de los países se encuentra en ascenso, pero un factor que no hay que dejar de considerar es que en los países latinoamericanos también prevalecen políticas de mayor uso y mayor severidad de la justicia penal. (Carranza, 2012, p.37) En Chile dicha severidad se ha vuelto visible. Nuestro país tiene una alta tasa de encarcelamiento si lo comparamos con Brasil, México o Colombia, no obstante, nadie puede decir que la situación de violencia delictual acá es mayor que en esos países, y en ese sentido las cifras muestran que nuestro sistema es extraordinariamente severo en comparación a otros con tasas de criminalidad mayores. Este fenómeno de encarcelamiento masivo va de la mano con lo que conocemos como populismo penal, que se materializa mediante la implementación de leyes represivas, aprobadas sin objeciones de ningún sector político, y sin las consideraciones de política criminal respectivas.

2. Prisión preventiva errónea.

Un segundo problema a abordar guarda relación con la conocida máxima que señala: “más vale un culpable libre, que un inocente preso.” Esta expresión, es uno de los pilares en que debiera asentarse el derecho penal moderno, y es una de las razones que hay que tener a la vista para reafirmar la excepcionalidad de la prisión preventiva. Los defensores penales públicos y académicos que adscriben a teorías más garantistas, han movilizado el discurso de que es urgente compatibilizar la necesidad de persecución penal -que bien sabemos, es legítima- con la de la adecuada garantía de los derechos de las personas.

Para visibilizar el impacto de la aplicación flexible de esta medida un estudio realizado con datos oficiales de la Defensoría Penal Pública determinó que tratándose de causas terminadas en 2018, de un total de 28 mil 670 personas sometidas a prisión preventiva en esas causas, 14 mil 97 (49,17 por ciento) nunca debieron estar privadas de libertad para enfrentar su proceso penal, ya sea porque finalmente fueron declaradas inocentes o no recibieron ninguna sanción (4 mil 864 personas) o porque, finalmente, la sanción que recibieron no las privaba de su libertad (9 mil 233 personas). (Romero, 2020, p. 11)

Es claro que existe una relación entre el error y la actividad probatoria cautelar penal, pues siempre estaremos frente a la posibilidad latente de que ocurra un yerro al momento de dictar una sentencia, (Manríquez, 2020, p. 277) provocando así que personas inocentes estén varios años en

prisión cumpliendo una condena de un delito que no cometieron, no obstante, esta posibilidad debiera reducirse especialmente en casos en que no se hubiere todavía llevado a cabo el procedimiento.

En términos más filosóficos, podríamos sostener que la garantía de la efectividad de las decisiones de los poderes públicos y de la ejecución de las resoluciones judiciales, es instrumental, no así la dignidad humana y la libertad, que siguiendo con la lógica kantiana, tienen su sustento en que los seres humanos son fines en sí mismos y no pueden ser jamás tratados como medios. Imponer una condena anticipada con el fin de asegurar un resultado, atenta contra esta máxima, puesto que significa colocar al instrumento por sobre lo sagrado, que es la libertad. (Vásquez, 2018)

Siguiendo con este razonamiento, hay argumentos de todo orden que debieran conducirnos a propender a disminuir progresivamente el encarcelamiento preventivo. En primer lugar, por razones sociológicas: privar a las personas de libertad provoca perjuicios irreparables, que tienen impacto especialmente en las clases más desaventajadas. Una investigación realizada por Ciper académico, es clara en señalar que el abuso de esta medida cautelar tiene un impacto directo: está volviendo más pobre a un grupo de por sí pobre. En este contexto, los investigadores Nicolás Grau y Jorge Rivera señalaron lo siguiente:

Un sistema penal no solo debe ser eficiente en juzgar y condenar a los culpables de ciertos ilícitos, sino que –incluso más importante en nuestra opinión– no debe condenar a personas inocentes, especialmente cuando la sanción penal es la privación de libertad. Encarcelar erróneamente a una persona representa una doble falla del Estado: aumenta el daño social al penalizar a un inocente y ello implica la impunidad del verdadero culpable. Esto último a pesar de generar la sensación de estar haciendo todo lo contrario: el peor de los mundos.

Aterrizando ahora las consecuencias que el paso por la cárcel genera en la vida de las personas, una primera tendencia que los investigadores descubren es que si bien siempre se generarán perjuicios irreparables, en términos socioeconómicos “mientras mayor tiempo un inocente está en la cárcel, el efecto negativo que se genera en su salario y empleo resulta más perjudicial.” Uniendo la información a nivel individual de los procedimientos penales con los salarios y empleos formales de las personas, se arribó a la conclusión de que la prisión preventiva en personas que luego resultan absueltas tiene como consecuencia una disminución del 10% de su salario, sumado a una caída de las probabilidades de obtener un empleo formal con contrato. (Grau y Rivera, 2018)

En segundo lugar, por cuestiones de eficiencia en la utilización de los recursos públicos, según un estudio realizado por la fundación paz ciudadana el costo promedio anual directo estimado de una persona en prisión preventiva para el sistema de justicia criminal -considerando el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y Gendarmería de Chile- ascendió a la suma de un millón 369 mil 297 pesos, sin considerar los costos indirectos en los que incurre la familia del imputado al efectuar visitas, por concepto de traslado, alimentos, sumado a la disminución de ingresos por dejar de percibir lo que el imputado aportaba.

Siguiendo con esta lógica, en el año 2017, los 14.097 imputados que estuvieron en prisión preventiva injustificada, significaron un costo de 35 mil 693 millones 322 mil 60 pesos para el Estado. Ese gasto fiscal, hubiera podido ser utilizado en construcción de centros de salud, en subvenciones escolares, en ayudas sociales, no obstante, son utilizados de manera ineficiente, desperdiciándose por causa de un error judicial, pérdida que se pudiera haber evitado de privilegiar el uso de otras medidas cautelares. (Romero, 2020, p.12)

Finalmente, otro grave problema que se puede detectar es que las personas requieren de relaciones sociales para su pleno desarrollo. Es por ello que resulta sencillo detectar la contradicción o dificultad inherente que tienen las prisiones para cumplir con su objetivo preparar para la adecuada resocialización para la vida en libertad. Tratar de cumplir esta función por medio de la privación de la libertad y el aislamiento resulta contraproducente, tal como señaló Zaffaroni, pretender socializar para la vida en libertad dentro de la prisión es como pretender enseñar a nadar en una piscina sin agua. (Carranza, 2012, p. 46)

Además, las cifras indican que la reclusión de las personas tiene menos efectos disuasivos que el cumplimiento de las mismas sanciones en libertad cuando se han impuesto otras medidas cautelares, puesto que existen diversas formas de supervigilancia y monitoreo de la autoridad pertinente que sirven para el mismo fin causando consecuencias menos lesivas de los derechos de los imputados. (Romero, 2020, p.13)

Conclusiones

A lo largo de esta investigación, pudimos constatar que la situación actual de la prisión preventiva en Chile es crítica y debe ser modificada prontamente, especialmente por las objeciones que se le pueden hacer a la institución desde diversas perspectivas, que expondremos a continuación:

1. Porque la regulación que el Código Procesal Penal contempla en esta materia, no se ajusta a los criterios fijados por la Convención Americana de Derechos Humanos, ni a las sugerencias que se dan a los Estados en base a las interpretaciones que los organismos encargados de velar por el respeto de dicha convención establecen, en tanto que se contemplan causales de Derecho penal material y no procesal. Por tanto, la legislación vigente en esta materia debe reformarse, para propender a la racionalización del uso de esta medida, especialmente considerando que conforme a la teoría del bloque de constitucionalidad, la regulación del Código Procesal Penal es de rango inferior a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, y por tanto, los jueces al aplicar esta medida cautelar, debieran tener a la vista la normativa internacional y las opiniones y jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
2. Porque el no respeto del carácter de excepcionalidad de esta medida, y la falta de promoción por la aplicación de otras medidas menos lesivas, ha traído como consecuencia el agravamiento de la crisis penitenciaria que tenemos en Chile, y en general en América Latina. Un gran porcentaje de las personas privadas de libertad, se encuentran a la espera de una condena y eso ha provocado mayor hacinamiento en los recintos penitenciarios, sumado a un incremento del gasto fiscal.
3. Porque la prisión preventiva tiene estándares menos exigentes que una condena, pero las consecuencias desde un punto de vista material son idénticas, consecuencias irreparables que impactan en la economía familiar y oportunidades laborales de los imputados, situación que se agrava especialmente cuando en juicio se logra acreditar su inocencia.
4. Porque si bien las ideas punitivistas resultan atractivas para las personas que buscan del Estado una mayor protección de sus bienes jurídicos y una sensación de seguridad, las estadísticas nos muestran que el endurecimiento de las penas no significa una disminución de las tasas de criminalidad que responden a otros factores, así como la prisión preventiva no logra evitar la reincidencia, sino que al contrario, la promueve. Por tanto, es necesario buscar medidas que favorezcan la resocialización y que logren el efecto disuasivo que se pretende al aplicar una pena.

En razón de lo expuesto, resulta urgente considerar todas las críticas y problemas para conducir a promover modificaciones legales que pretendan ajustar esta medida cautelar -la más intensiva de todas- a los estándares de Derechos Humanos que se han desarrollado en la materia e incluyendo también las consideraciones de política criminal respectivas.

Bibliografía

- Aguilar Aranela, Cristian (2014) *“Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal.”* Librotecnia, Santiago.
- Ahumada, Alejandra; Farren, Diego; y Williamson, Bernardita (2008) “Los costos de la prisión preventiva en Chile”, Fundación Paz ciudadana, editora Werth, Francisca.
- Bustamante Rúa, Monica y Palomo Vélez, Diego, (2018): *“La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile”*, en *Ius et Praxis*, vol. 24, N°3, pp. 651-692.
- Camaño Viera, Diego (2007) *“La Falta de Reconocimiento de los Estándares Internacionales sobre Prisión Preventiva en la Justicia Uruguaya”* En: Anuario de Derechos Humanos. pp. 85-92
- Carnevali Rodríguez, Raúl. (2008). “Derecho penal como última ratio, hacia una política criminal racional.” *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48.
- Cavada Herrera, Juan Pablo (2019) “Prisión preventiva Regulación en Chile y Latinoamérica y estándar internacional” Asesoría Técnica parlamentaria. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26979/1/Prision_Preventiva._Estandares_internacionales.pdf
- Carranza, Elías, (2012) Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?, pp. 31-66
- Defensoría Penal Pública, (16 de mayo de 2018) *“Más de tres mil inocentes estuvieron presos durante el año pasado”* Recuperado a partir de: http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/8551/mas-de-tres-mil-inocentespresos-estuvieron--durante-el-ano-pasado Fecha de última revisión 24 de junio de 2021.
- Dei Vecchi, Diego, (diciembre 2013): *“Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”*, en *Revista de Derecho*, vol. 26 n° 2, pp. 189- 217. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000200008
- Duce, Mauricio y Riego, Cristian. (diciembre 1994) *“La víctima en el proceso penal chileno y la seguridad ciudadana”* en *Cuadernos de análisis jurídicos*, Serie de publicaciones especiales, N°4, Universidad Diego Portales, pp. 154-158.

- Duce, Mauricio y Riego, Cristián. (2009) *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Ferrajoli, Luigi, (2001): *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 5ª edición, editorial Trotta S.A, Madrid.
- Ferrer Beltrán, Jordi, (abril 2010): “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en *Revista de la Maestría en Derecho Penal*, vol.4, N°1, pp.
- Fuentes Cubillos, Hernán, (2008) “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, en revista *Ius et Praxis*, versión 14, número 2, Universidad de Talca, Talca, pp. 15-42.
- García, Elisa; Becerra, José; Aguilar, Araceli, (2012) “Población presa en Europa: especial referencia a la realidad penitenciaria española” en *Rev. Crim*, volumen 54, n°2, pp.77-100. disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v54n2/v54n2a06.pdf>
- García Castro, Teresa, (2019) “prisión preventiva en América Latina: el impacto desproporcionado en mujeres privadas de libertad por delitos de drogas”, disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2019/05/Prisi%C3%B3n-Preventiva-en-America-Latina_Junio-2019.pdf
- Grau, Nicolas y Rivera, Jorge; “Abuso de la prisión preventiva y su impacto: empobrece a los más pobres”, en *Ciper Académico*, abril 2018. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2018/04/06/abuso-de-la-prision-preventiva-y-su-impacto-empobrece-a-los-pobres/>
- Horvitz, Maria y Lopez, Julian, (2008) “*Derecho Procesal Penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Manríquez Oyaneder, Jaime Andrés, (diciembre 2020): “*Prisión preventiva y error judicial probatorio*”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXXIII N°2, pp. 275-295.
- Maier, Julio (2008): “*Antología. El proceso penal contemporáneo.*” Palestra, Buenos Aires.
- Maier, Julio (1989) “*Derecho Procesal Penal Argentino*”. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989.
- Marín, Juan. (2002) “*Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno*”, en “*Revista Estudios de la Justicia*”, N° 1, pp 9-54.

- Nogueira Alcalá, Humberto, (enero 2005): “*Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*”, en *Revista Ius et praxis*, vol. XI, N°1, pp. 221-241.
- Pérez, William F, (agosto 2003): “*De qué prescindir y por qué hacerlo. Anotaciones sobre abolicionismo penal*”, en *Nuevo foro penal*, N° 65, pp. 151- 189.
- Romero Muza, Rubén (2020) “¿Es social y penalmente eficiente la prisión preventiva? En: revista noventaitrés Defensoría N°20.
- Roxin, Claus. (2000) *Derecho Procesal Penal*. 25° ed. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Vásquez Vaamondes, Alfonso (octubre 2018) “Más vale un inocente en la cárcel que un delincuente libre” disponible en: <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/mas-vale-un-inocente-en-la-carcel-que-un-delincuente-libre-2018-08-31/>
- Vial Álamos, Jorge, (mayo 2002) “*Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.29, N°2.