



**Magister en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional
Centro de Estudios Constitucionales de Chile**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Talca**

**La prisión preventiva en el procedimiento simplificado como limitación al derecho fundamental
de libertad personal.**

**Proyecto de Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional con
Mención en Derecho Procesal Constitucional**

Tesista: Sergio André Ortega Obregón

Director de Tesis: Humberto Nogueira Alcalá

Introducción.

El objetivo del presente trabajo investigativo se encuentra referido a la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva en el procedimiento especial simplificado contenido en el Código Procesal Penal, que regula faltas y simples delitos de penalidad baja, relacionado con una reciente discusión jurisprudencial, la que se dio a propósito de la interposición del recurso de amparo constitucional por la Defensoría Penal Pública, acción que *ex ante* se presenta como una suerte de correctivo a lo resuelto en judicatura penal, en virtud de la aplicación formal del artículo 141 del Código Procesal Penal, aplicación que *prima facie* se presenta como contradictoria a los principios constitucionales, convencionales y legales, puesto que dicha norma establece la imposición de la prisión preventiva por incomparecencia del imputado a la audiencia de juicio oral, norma que en el caso en estudio, está recibiendo aplicación por remisión expresa del procedimiento simplificado a las normas del procedimiento ordinario.

De esta manera, la problemática asume dos formas: la primera, referida con el supuesto de incomparecencia injustificada del imputado a la audiencia de juicio oral simplificado, respecto del cual se decreta orden de detención, y posteriormente, en la realización de la audiencia de control de la detención por -una vez ejecutada dicha medida cautelar por las policías, medida que tiene por exclusivo objeto poner a disposición del tribunal al imputado-, se decreta la prisión preventiva por la incomparecencia a juicio, la que subsiste hasta la fecha que el propio tribunal determine de audiencia de juicio oral simplificado efectivo; y una segunda hipótesis, que en audiencia de juicio oral simplificado frente a la inasistencia injustificada del imputado, se decreta conjuntamente la orden de detención con la prisión preventiva anticipada, imposición que produce el efecto práctico que una vez puesto a disposición del tribunal, el imputado ingresa inmediatamente a dar cumplimiento a la prisión preventiva, suprimiéndose de esta forma la posibilidad de discusión de los supuestos que autorizan su imposición en el desarrollo de la audiencia de control de detención.

Para estos efectos, se analizará la prisión preventiva desde la óptica de limitación del derecho a la libertad personal, examinando la actuación de los tribunales ordinarios de justicia en su obligación de intérprete constitucional y convencional. Asimismo, se estudiarán los criterios de proporcionalidad y presunción de inocencia en contraposición a la interpretación legalista y tradicionalista de la disposición cuestionada.

De la misma manera, se examinarán las disposiciones convencionales de los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas en materia de prisión preventiva y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional, como los estándares establecidos por jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva y garantías judiciales pertinentes, ya que ello determina el cumplimiento de la obligación del Estado de Chile como Estado parte de dichas convenciones de respetar y garantizar tales derechos en virtud del control de convencionalidad determinado por la Corte Interamericana de acuerdo a lo prevenido en el artículo 2 de la Convención.

En este sentido, el objetivo general del presente trabajo investigativo tiene relación con determinar el ámbito de aplicación de la prisión preventiva por incomparecencia y anticipada en el procedimiento simplificado, estableciendo criterios específicos que determinan su aplicación, formulando criterios de interpretación y aplicación constitucional y parámetro de convencionalidad.

La metodología de la investigación será la propia de las ciencias jurídico-penales, por lo que se abordará el problema planteado a través del método dogmático jurídico, con base a principios y reglas constitucionales y convencionales como parámetro de enjuiciamiento para la interpretación y aplicación de las normas procesales penales por los jueces penales. La investigación pretende dar cuenta de la situación actual en nuestro ordenamiento jurídico en lo que respecta a la imposición de la prisión preventiva anticipada en casos de incomparecencia injustificada a la audiencia de juicio oral en procedimiento especial, por lo que metodológicamente se enmarca, dentro de las actividades de la dogmática jurídica, vale decir, la descripción del derecho vigente, su análisis sistemático y conceptual, así como la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos, para lo cual se realizará un análisis sistemático y conceptual del fenómeno descrito y la sistematización de sentencias de tribunales de garantía, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, en el periodo comprendido del año 2016. Se hace

presente que se revisó el año 2017, no existiendo jurisprudencia al respecto, fenómeno que se explicará en el presente trabajo.

En este sentido, como hipótesis general se plantea en el presente trabajo que la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva en el procedimiento especial simplificado constituye una infracción a los principios constitucionales, convencionales y legales, ya que limita el derecho fundamental de libertad personal.

Y en esta consideración, como hipótesis específicas se presentan las siguientes a analizar: que nuestro ordenamiento jurídico penal no aplica las fuentes de los derechos fundamentales, de interpretación y aplicación convencional y constitucional; que en la praxis de tribunales ordinarios se utilizan criterios de interpretación formal, legalistas y tradicionalistas en cuanto a la aplicación de la cautelar más gravosa en un proceso especial frente a una incomparecencia a audiencia de juicio; la incidencia de las acciones constitucionales en el proceso penal respecto de la aplicación de la prisión preventiva por inasistencia a audiencia de juicio oral simplificado, lo que podría ser considerado como un cambio de paradigma; que pese a la existencia de la normativa convencional, constitucional y procesal penal, que se impone la tarea de introducir criterios interpretativos y/o modificaciones legales con el objeto de proteger adecuadamente la libertad personal, estas no se cumplen.

De esta forma, se plantea un objetivo general que dice relación con determinar el ámbito de aplicación de la prisión preventiva por incomparecencia y anticipada en el procedimiento simplificado, estableciendo criterios específicos que determinan su aplicación, formulando criterios de interpretación y aplicación constitucional y parámetro de convencionalidad. Y en cuanto a objetivos específicos, se advierten los siguientes a analizar: la existencia de intereses jurídico-penales relevantes en relación a la imposición de la medida cautelar por incomparecencia en contraposición a los principios constitucionales, convencionales y legales; análisis de sentencias de tribunales ordinarios y superiores de justicia en cuanto recursos ordinarios y acciones constitucionales, y las decisiones adoptadas en relación a la medida cautelar en el caso propuesto, determinando criterios de interpretación utilizados; análisis resoluciones de los tribunales superiores de justicia respecto de la acción constitucional de amparo en el caso propuesto; sistematización de los criterios interpretativos acogidos y desestimados, con la finalidad de propender a la unificación de criterios para determinar la procedencia de aplicación de la prisión preventiva en procedimiento simplificado.

En pro de estos objetivos, un aspecto fundamental a examinar es la existencia de intereses jurídico-penales relevantes en relación a la imposición de la medida por incomparecencia, lo que se materializará en el análisis de sentencias de tribunales superiores de justicia en cuanto recursos ordinarios y acciones constitucionales, y las decisiones adoptadas, buscando establecer si la literalidad de la norma y los fines del procedimiento penal se encuentran en un estándar superior a los criterios de excepcionalidad y proporcionalidad.

En último término, se indagará la justificación de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, o si por el contrario, existe la necesidad de una modificación legal permitida en cuanto facultad de limitación de derechos fundamentales del legislador; o eventualmente la potencial inaplicación de la norma objeto de análisis en el caso propuesto en virtud de la concurrencia y aplicación de los criterios de proporcionalidad y excepcionalidad, para lo cual se extraerán las posibles medidas a adoptar para evitar la aplicación de la medida cautelar de mayor intensidad en el procedimiento especial simplificado en cumplimiento de los estándares internacionales.

Capítulo 1.

La prisión preventiva como limitación del derecho fundamental a la libertad personal.

Primeramente, resulta necesario acotar que este artículo investigativo no pretende analizar en profundidad la prisión preventiva como institución jurídica, habida cuenta de la profusa literatura jurídica que se ocupa de ello, sin perjuicio de aportar explicaciones y definiciones que sean de utilidad al tema que se pretende abordar. Preciado ello, es pertinente referir que el estudio de la prisión preventiva se realizará desde su faz de limitación a la libertad personal, siendo su objetivo el estudio de la aplicación de esta medida cautelar personal en el procedimiento simplificado contenido en el Código Procesal Penal, el que regula faltas y simples delitos que no excedan de la pena de presidio menor en su grado mínimo.

La discusión jurisprudencial subyace a propósito de la interposición del recurso de amparo constitucional por la Defensoría Penal Pública, en virtud de la aplicación formal de la norma contenida en el artículo 141 del Código Procesal Penal, aplicación que *prima facie* se presenta como contradictoria a los principios constitucionales, convencionales y legales, y como ya se expresó, la acción constitucional ha sido interpuesta frente a la aparente insuficiencia de los mecanismos procesales penales para otorgar una adecuada solución al conflicto jurídico-penal planteado.

Resulta relevante aclarar -como se expondrá en adelante- que la discusión se origina recién en el transcurso del año 2016, ya que fueron acogidos unos pocos recursos de amparo constitucional en nuestras Cortes de Apelaciones. Anteriormente a esa fecha, tanto las acciones procesales como constitucionales interpuestas por las Defensorías eran rechazadas sin mayor trámite. En otras palabras, esta problemática se suscitó desde la entrada en vigencia de la referida norma -modificación legal que data del año 2005, posterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal-, la que ha sido resuelta conforme a criterios legalistas, otorgándole una aplicación formal.

Se habrá de analizar si efectivamente se produce un cambio de paradigma en aquellos casos en que el recurso de amparo constitucional ha sido acogido, como también será objeto de examen, si la argumentación y fundamentación de estas resoluciones se ha dado aplicación a los principios constitucionales, legales y convencionales.

De esta forma, vale señalar que la norma en conflicto establece la imposición de la prisión preventiva por incomparecencia del imputado a la audiencia de juicio oral, norma que en el caso particular problemático, se aplica al procedimiento especial simplificado por remisión expresa del procedimiento simplificado a las normas comunes del procedimiento ordinario.

Como se observa, en este caso en particular, la prisión preventiva más allá de poder considerarse como una medida cautelar personal, constituye una evidente limitación del derecho fundamental a la libertad personal¹, limitación que se hace muy patente en el caso que analizado, cómo se evidenciará, máxime si se tiene en consideración que para disponer su aplicación se ordena indefectiblemente que las resoluciones que la apliquen deban respetar los requisitos de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y motivación,² requisitos que parecieran no ser analizados producto de la aplicación formal de la norma legal en cuestión.

En cuanto limitación, la prisión preventiva constituye una restricción al derecho fundamental³ de la libertad personal, siendo una limitación permitida por el constituyente conforme lo dispone el artículo 19 N° 7

¹ "El derecho a la libertad personal implica que no pueden realizarse privaciones o restricciones de libertad ilegítimas o arbitrarias que impongan límites a la autonomía de la persona que desnaturalicen su derecho, lo hagan impracticable o lo dificulten más allá de lo razonable", en Nogueira Alcalá, Humberto (2002). "La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno". *Rev. derecho (Valdivia)*. [fecha de consulta: 25 de enero de 2017]. [Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502002000100011&lng=es&nrm=iso]. ISSN 0718-0950.

² Del Río Labarthe, Gonzalo (2008). "La Prisión Preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". [fecha de consulta: 15 de enero de 2017]. [Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf].

³ Los derechos fundamentales suelen definirse como "el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos." Estos derechos, que como se precisa, emanan y son fundados en la dignidad humana, por

literal b) de la Constitución, que para tales efectos prescribe *"nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes"*.

En esta consideración de limitación permitida, se debe tener a la vista la premisa que afirma que los derechos fundamentales⁴ no son ilimitados, ya que resultaría contradictorio establecer libertad absoluta de algunos que por consecuencia lógica derivaría en limitaciones para otros, encontrándonos en la denominada imposibilidad material de ejercicio.⁵ Queda asentado desde ya que los derechos fundamentales en su mayoría no son ilimitados. Sólo el legislador y la ley pueden ser considerados como fuentes de limitación a estos derechos esenciales. Asimismo, para poder limitar un derecho fundamental, el legislador requiere de una habilitación de la Constitución, es decir, no puede limitar en todos los casos, existen derechos fundamentales absolutos.⁶ En este contexto, lo afirmado se desprende de los artículos 19 N° 26, 32 N° 6, 63 y 64 de nuestra Carta Fundamental, disposiciones que establecen que no existe norma constitucional alguna que habilite a ningún órgano o autoridad pública para introducir válidamente limitaciones-restricciones de los derechos fundamentales.

De lo dicho, se puede afirmar que los derechos fundamentales se encuentran sometidos a límites, aunque sólo sea por necesidad de articulación con los derechos de los demás,⁷ y su ejercicio se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad,⁸ y que, en el particular, deben ser respetados en el marco de un proceso penal, teniendo como consecuencia que adquieren una dimensión procedimental, y su irrespeto tiñe cualquier acto de ilegal e inconstitucional, no debiendo obviar que se

eso se habla de su *"fundamentalidad"*, en la medida que constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía, vale decir, del poder público del Estado, de sus órganos constituidos y de sus agentes de ejercicio, como lo explicita la propia Constitución Chilena en la frase inicial del artículo 5° inciso 2°. Los derechos fundamentales no son establecidos por el ordenamiento jurídico estatal, sino que son preexistentes y provienen de la dignidad. Nogueira Alcalá, Humberto (2015). "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia". Estudios constitucionales. [fecha de consulta: 10 de enero de 2017]. pp.301-350. [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>].

En una concepción similar, el profesor José Luis Cea Egaña los define como *"aquellos derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos"*.

⁴En contraposición a la definición anterior, se ha planteado una definición estructural, teórica o puramente formal de los derechos fundamentales, definiéndolos como *"todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas"*. Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. [fecha de consulta: 10 de agosto de 2017]. [Disponible en <https://ecaths1.s3.amazonaws.com/derechoshumanos/1485517429.Fundamentos%20de%20los%20derechos%20fundamentales.%20Ferrajoli.pdf>].

Sin embargo, *prima facie*, resulta cuestionable e incompleta esta definición, toda vez que circunscribe la existencia de los derechos fundamentales a su consagración positiva en algún texto constitucional o legal, olvidando que éstos emanan de la persona y le son inherentes, siendo una expresión de la dignidad humana, y su consagración en el texto constitucional sólo los asegura y garantiza.

⁵ Hines Céspedes, César. "Limitaciones de los derechos fundamentales" (2005). Revista de ciencias jurídicas. [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2016]. [Disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13329/14373>].

⁶ Aguiar de Luque, Luis. Los Límites de los Derechos fundamentales.[fecha de consulta: 15 de mayo de 2017][Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051173.pdf>]. Agrega el autor, a propósito del legislador orgánico y el legislador ordinario habilitado para limitar, que *"la intervención del legislador tiene en un caso y en otro sustanciales diferencias, toda vez que en el primero opera con carácter constitutivo en tanto que en el segundo tiene, en todo caso, un carácter meramente declarativo, pero la estructura de la norma constitucional es similar: declaración de un contenido constitucionalmente protegido y determinación de unas restricciones a aquél, ya en el mismo precepto constitucional, ya en otro lugar, pero en ambos supuestos con delimitación precisa de la limitación que se habilita a establecer o que se establece allí. En todo caso, unas y otras limitaciones, en la medida en que representan una intervención legislativa en el ámbito de los derechos fundamentales, se hallan sometidas a los límites de alcance general que afectan a este tipo de normas y que serán examinados más tarde bajo la rúbrica de «límites de los límites». Señalemos aquí como más relevantes el respeto al contenido esencial del derecho limitado (que consagra el art. 53.1) y el principio de proporcionalidad"*.

⁷ Aguiar De Luque, Luis (1993). "Los límites de los derechos fundamentales". [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2016]. [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051173.pdf>].

⁸ Tórtora Aravena, Hugo. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. Estudios constitucionales, 8(2), 167-200. [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2016]. [Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007>]. En este sentido, *"los derechos fundamentales, si bien no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites, explícitos o no. En palabras de José Luis Cea, estos derechos se tratan "de atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos"*.

encuentran protegidos por el sistema de garantías constitucionales y de protección internacional derivado del sistema interamericano.⁹

En este contexto, los derechos fundamentales tienen dos roles dentro del sistema constitucional a saber; son facultades de las personas y se pueden exigir a través de las garantías; y son elementos objetivos del sistema constitucional, lo que significa que tienen fuerza normativa, siendo normas de aplicación inmediata y de eficacia directa, lo que consiste en la capacidad de obligar a los poderes públicos, autoridades, grupos y personas, sin desarrollo legislativo previo, que establezcan las condiciones de su protección y ejercicio, constituyendo un deber positivo de garantía y promoción de todos los órganos estatales.¹⁰

La afirmación anterior se traduce en que los derechos humanos salvaguardan la libertad individual, operando como derechos de defensa frente al Estado, y al mismo tiempo, constituyen elementos objetivos del ordenamiento jurídico, dentro de un Estado Constitucional Democrático. De la misma forma, constituyen presupuestos de validez material para la creación, interpretación y aplicación de normas de derecho infraconstitucional, dada su posición dentro del Estado Constitucional, ya que operan como normas jurídicas supremas.¹¹

Los derechos fundamentales tienen una prevalencia sobre toda norma anterior o sobrevenida, la que proviene de su condición de derechos esenciales dentro del Estado Constitucional Democrático, erigiéndose como un límite al ejercicio de la soberanía, la que obliga a todos los órganos y poderes del Estado, lo que se encuentra consagrado en el inciso 2º del artículo 5to de la Constitución, los que pueden ser aplicados directamente ya que forman parte de la Constitución, y los que además constituyen criterios hermenéuticos preferentes en toda creación o aplicación del derecho, es decir, elementos de interpretación y de fundamentación, y como señala el artículo 1º, inciso 4º de la Constitución, *"el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*.¹²

De lo dicho, se razona que la obligación de tener a los derechos fundamentales como normas de aplicación inmediata y de eficacia directa pareciera no encontrarse totalmente internalizada por las judicaturas ordinarias ni por los demás organismos públicos, producto de la concepción positiva de la ley y de la propia Constitución, y evidentemente, la libertad personal participa de ambos caracteres.

Señalado ello, una premisa básica resulta ser que la prisión preventiva no debe constituir la regla general en materia de medidas cautelares personales, teniendo esta regla una consagración constitucional -art. 19 N° 7 literal e) de la Constitución-, legal -normas que la regulan en el Código Procesal Penal- y convencional, como lo determina el artículo 9 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entenderlo de otra forma, implicaría la comisión de un acto arbitrario e injusto al privar de libertad a una persona, constituyéndose *ex ante* en una medida desproporcionada y de anticipo de pena.¹³

⁹ Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia". *Ius et Praxis* [online]. vol.11, n.1 [fecha de consulta: 05 de enero de 2017]. [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>].

¹⁰ Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", [fecha de consulta: 16 de mayo de 2017]. [Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002#nota2].

¹¹ Nogueira Alcalá, Humberto (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales. Agrega el autor que *"esta vinculación del legislador por los derechos, propia del paso del Estado de Derecho al estado Constitucional, llevó a Krüger a afirmar, ya a mediados del siglo XX que, «Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales»"*.

¹² Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales".

¹³ Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia".

1.1. Derecho fundamental a la libertad personal, prisión preventiva, principio de inocencia y criterio de proporcionalidad.

a.- Libertad personal.

En primer lugar, resulta relevante señalar que la libertad es un principio básico y un valor reconocido en nuestra Constitución, reconocimiento que se expresa en el capítulo I de Bases de la Institucionalidad, cuyo artículo 1º inciso 1º determina que *"los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*. Además de gozar del carácter de valor y principio básico que fundamenta nuestro sistema constitucional, tiene una concreción práctica, ya que es un derecho que se encuentra asegurado en diversas formas en el artículo 19 de la Carta Fundamental, teniéndose por manifestaciones concretas el derecho a la libertad personal de residencia y circulación y de entrada y salida del país, derecho a la libertad de conciencia y culto, el derecho a la libertad de opinión e información, el derecho a la libertad de reunión y de asociación, entre muchos otros. Asimismo, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 6 de la Constitución, dichos derechos vinculan a todos los órganos del Estado y sus agentes en ejercicio, como también a toda persona, grupo o institución. Y de acuerdo al artículo 5 inciso segundo de la Constitución, es deber de los órganos del Estado promover y respetar los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, como también los derechos garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.¹⁴

En esta parte, se debe tener en consideración lo referido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución, el que asegura a todas las personas la libertad personal y la seguridad individual, debiendo tenerse presente que se encuentra protegido por las disposiciones constitucionales, los tratados internacionales ratificados y vigentes, especialmente el Pacto Internacional, artículo 9, y la Convención Americana artículos 7º y 22º.¹⁵

La libertad personal es un derecho matriz y residual, el que se encuentra referido a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, protegiendo expresiones de libertad no asegurados por los restantes derechos autónomos, el que permite que la persona pueda realizar todo aquello que le es permitido, lícito, sin que interfieran en su esfera de la autonomía personal ni los poderes públicos ni terceros, derecho que además contiene el derecho de autodeterminación y libertad de movimiento, lo que autoriza a disponer de su propia persona y a actuar determinado por su propia voluntad sin otras injerencias ni limitaciones que las que el medio natural imponga, derecho que finalmente debe ser asegurado y promovido por todos los poderes públicos y órganos del Estado, siempre que éste se manifieste en cualquier dirección que no esté prohibida por el Derecho Constitucional y los tratados.¹⁶

Resulta de utilidad proporcionar una definición de libertad personal. El profesor Nogueira señala que *"la libertad personal se refiere a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, constituyendo un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no asegurados específicamente por los demás derechos autónomos, posibilitando realizar todo aquello que es lícito; es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional"*.¹⁷

Conforme a esta definición, se ha señalado que no admite divisiones, es decir, que la libertad es una sola, entendiéndose como la facultad de autodeterminarse. No obstante, se advierten diversas manifestaciones de este derecho fundamental, al momento de ser regulado positivamente. Indudable es su vinculación directa con la seguridad personal. De la misma forma, se ha dicho que la libertad personal es *"la libertad física, de movimiento y de actividad"*. Por otra parte, se dice que la seguridad personal se traduce en un sistema de garantías que impiden la limitación o privación arbitraria de la libertad.¹⁸

¹⁴Nogueira Alcalá, Humberto. El derecho a la libertad personal individual en el ordenamiento jurídico chileno. Santiago de Chile, CL: Red Ius et Praxis, 2006.

¹⁵Nogueira Alcalá, Humberto. El derecho a la libertad personal individual en el ordenamiento jurídico chileno.

¹⁶Nogueira Alcalá, Humberto. El derecho a la libertad personal individual en el ordenamiento jurídico chileno.

¹⁷Nogueira Alcalá, Humberto (2002). La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico. [fecha de consulta: 20 de mayo de 2017]. [Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502002000100011&script=sci_arttext.].

¹⁸ Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Derecho Constitucional Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, pág. 25.

En un sentido amplio, la libertad es la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, siendo el derecho con arreglo a la ley que tiene toda persona de organizar su vida social e individual conforme a sus propias convicciones. Y la seguridad, corresponde a la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. Definida de esta forma la libertad, se constituye en un derecho humano básico que se proyecta a lo largo de toda la Convención Americana, siendo propia de los atributos de la persona.¹⁹

De esta forma, en el caso *Yvon Neptune Vs. Haití* del 06/05/2008, la Corte Interamericana delineó un concepto del derecho a la libertad personal, señalando que *"protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en movimiento físico"*.²⁰ Cabe apuntar lo interesante de este planteo ya que se pretende regular la libertad física, la que ciertamente puede manifestarse de múltiples formas inimaginables.

Sin embargo, se ha estimado que esta concepción de la libertad planteada en el caso *Yvon Neptune Vs. Haití* es más bien tradicional. En este contexto, ha sido la propia Corte Interamericana la que ha ampliado su concepción hacia la facultad de autodeterminación. A este respecto, en el caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, señaló la Corte que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar *"tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal"*.²¹ Se advierte que en este caso que se incorpora el concepto de seguridad personal, el que tan íntimamente ligado se encuentra al de libertad personal, siendo las dos caras de una misma moneda.

En cuanto a los elementos esenciales de la libertad personal, uno de ellos es la libertad frente al arresto o detención arbitraria. Evidentemente, la detención arbitraria constituye una de las principales vulneraciones a la libertad personal, teniendo en consideración que los tratados e instrumentos internacionales no definen de una manera clara cuando se está en presencia de una detención arbitraria. No obstante lo dicho y con la finalidad de superar esta omisión, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas (GTDA), determinó que se está en presencia de una detención arbitraria *"cuando es evidentemente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad"*.²², mientras que la doctrina de la Comisión Interamericana la ha entendido como *"aquella que es irregular, abusiva o contraria a derecho"*. Según el art. 15.1 del Pacto Internacional *"nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional"*.

Vale razonar en esta parte, que la definición del GTDA resulta ser demasiado restrictiva, ya que resuelve la arbitrariedad de la privación de libertad por medio de la existencia de un sustento legal que la justifique. Sin duda alguna, la discusión no se agota ni resuelve conforme a esta interpretación restrictiva, la que por cierto, no recoge las múltiples posibilidades de derechos y normas en conflicto. De esta manera, se encontraría plenamente justificada la prisión preventiva en el caso objeto de estudio, ya que tiene como sustento legal el inciso final del artículo 141 del Código Procesal Penal.

Por otra parte, a nuestro juicio resulta interesante la definición aportada de detención arbitraria, precisamente en aquella parte en que señala que es aquella irregular, abusiva o contraria a derecho –se ha entendido por arbitrario, como aquella resolución que se dicta de manera contraria a derecho, carente de

¹⁹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Libertad Personal. [fecha de consulta: 13 de julio de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf>]. Agrega *"en efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", y el reconocimiento de que "sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo"*.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Yvon Neptune vs Haití*, del 06-05-08, párrafo 90.

²¹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Libertad Personal.

²² Camara Arroyo, Sergio. Libertad personal, pág. 11.

razón, pero voluntad o capricho.²³ Como se verá más adelante, la privación de libertad en virtud de la prisión preventiva por incomparecencia a juicio oral simplificado se decreta conforme a una disposición legal que formalmente la autoriza. En este sentido, se puede afirmar que de una interpretación formal de la norma su imposición no sería contraria a derecho, tampoco podría estimarse como irregular -fuera de los casos expresados en la ley-, quedando abierta la interrogante de si esta pudiera considerarse como abusiva, sólo en el caso de que se le otorgue a la nomenclatura abusiva un significado equivalente a desproporcionada.

b.- Derecho a la libertad personal.

El análisis comienza con lo afirmado en nuestra Carta Fundamental en su inciso 1o. del artículo 1º, el cual prescribe: "*los hombres nacen libres e iguales en dignidad y en derechos*". En este sentido, resulta importante decir que la dignidad humana se identifica con la libertad, y a su turno, se encuentra vinculada estrechamente con la igualdad. De esta forma, dignidad, libertad e igualdad constituyen una trilogía ontológica que configura el núcleo de los derechos humanos.²⁴

Se ha expresado que en su encabezamiento el artículo 19 N° 7 establece un derecho genérico, y de mayor amplitud que la libertad ambulatoria o de movilización contenido en el literal a) del mismo precepto constitucional, siendo este derecho genérico la condición fundamental y básica de la libre actuación de las personas, constituyéndose en la base de la situación jurídica general de éstas, reconociendo en consecuencia la posibilidad de desarrollo individual.²⁵

En este mismo contexto se deduce lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, en dicha disposición la Convención asegura que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. En términos más específicos, la Convención en su artículo 22 regula el derecho a la circulación y residencia. En seguida, y de gran importancia para el objeto del presente trabajo investigativo, la Convención en su artículo 7.2 de la Convención regula el principio de reserva legal²⁶ en materia de libertad personal, el que regula los casos y formas en que se puede afectar la libertad personal o física de una persona, estableciendo que sólo el legislador formal puede regular las formas de privaciones o restricciones de este derecho fundamental. Íntimamente conectado al principio de reserva se encuentra el principio de tipicidad, el que instaura de manera concreta los supuestos en que se puede afectar o restringir la libertad personal.²⁷

De esta manera, lo primero que debe afirmarse es que los derechos fundamentales deben ser respetados en el marco de un proceso penal, respeto que tiene como consecuencia que adquieren una dimensión procedimental, y su irrespeto lo tiñe de ilegal e inconstitucional, considerando que se encuentran protegidos por el sistema de garantías constitucionales y de protección internacional derivado del sistema interamericano.²⁸

En consecuencia, el derecho a la libertad personal reconoce un importante abanico de protección consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana. Dicho precepto²⁹ protege este derecho desde las

²³ Navarro Beltrán, Enrique. Acción indemnizatoria por error judicial. Derechos Fundamentales (2012). Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda. Asociación de Derecho Constitucional. Pág.200.

²⁴ Nogueira Alcalá, Humberto (2003). Dogmática de los derechos esenciales de la persona humana, [fecha de consulta: 18 de julio de 2017]. [Disponible en: <https://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2015/06/lectura-nro-03-teoria-y-dogmatica-de-los-derechos-fundamentales-nogueira-chile.pdf>].

²⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. El derecho a la libertad personal individual en el ordenamiento jurídico chileno.

²⁶ Ninguna restricción o afectación al derecho fundamental de la libertad personal puede llevarse legítimamente a cabo sin encontrarse previamente prevista en la ley, por lo que cabe señalar afirmar en esta parte que la reserva de ley es de carácter absoluta. Lo anterior, también se desprende de lo prevenido en el artículo 61 de la Constitución, norma que impide al Presidente de la República regular a través de decretos con fuerza de ley las garantías constitucionales. La reserva de ley debe concretarse de acuerdo a las finalidades legítimas previstas por la propia Constitución y el Derecho convencional internacional de derechos humanos ratificados por Chile y vigente (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y sin afectar el contenido esencial del derecho, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

²⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. El derecho a la libertad personal individual en el ordenamiento jurídico chileno.

²⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, p.2.

²⁹ Artículo 7. *Derecho a la Libertad Personal.*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.*

diferentes perspectivas en que puede ser vulnerado, entre las cuales cabe mencionar la detención arbitraria, *habeas corpus*, detención ilegal, desaparición forzada, prohibición de prisión por deudas, entre otras.³⁰

En este sentido, se ha dicho que el artículo séptimo tiene dos regulaciones claramente diferenciadas, una general y una específica. La general se encuentra definida en el primer numeral de la disposición, la que prescribe *"toda persona tiene el derecho a la libertad y seguridad personales"*. En cuanto a la específica, está desglosada en una serie de garantías a saber: el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7).³¹

Como ya se adelantó, en un sentido amplio la libertad consiste en la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, de realizar su vida individual y social con arreglo a la ley y conforme sus creencias, convicciones u opciones. Como la otra cara de una misma moneda, la seguridad implica la ausencia de cualquier embarazo que limite o restrinja la libertad fuera de aquello considerado como razonable. Indudablemente se erige como un derecho humano básico que se proyecta a lo largo de la Convención, siendo un atributo de la persona. Del preámbulo de la Convención se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar *"un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"*, y el reconocimiento de que *"sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos"*. De esto resulta posible colegir que de cada derecho humano se puede afirmar la protección de la libertad del individuo.³²

Como se dijo al inicio, los derechos fundamentales no son ilimitados, respondiendo a este carácter la libertad, lo que se evidencia en la regulación del artículo 7 N° 2 de la Convención al establecer que *"nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"*. Subsiguientemente con la disposición citada, lo que regula la Convención Americana son las restricciones o límites que el Estado puede llegar a imponer de la libertad personal, determinando la obligación de establecer una serie de garantías y requisitos que deben darse a la hora de establecer la privación de libertad de una persona. De lo anterior se explica que la legislación interna para disponer la afectación del derecho a la libertad, deba regular de manera negativa los casos en que se autoriza la privación o restricción de la libertad. Queda de manifiesto que la libertad personal siempre constituirá la regla general, y su privación, limitación o restricción, la excepción. En consecuencia, el artículo 7 numeral 2° constituye un marco de legalidad de la privación de libertad. La Corte Interamericana ha ido precisando los aspectos

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios".

³⁰ Misuraca Mariángeles (2016). El Derecho a la Libertad personal. [fecha de consulta: 05 de mayo de 2017]. [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/007-misuraca-libertad-presonal-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.]

³¹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Libertad Personal.

³² Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

materiales y formales de los requisitos que deben cumplir los Estados para que una privación de libertad sea legal.³³

c.- Libertad personal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido criterios para determinar la razón o motivo que autoriza el arresto, aprehensión o retención de una persona, ya sea por autoridades estatales o terceras personas vinculadas al Estado, a fin de dar aplicación a las situaciones previstas por el artículo 7 de la Convención.

En la sentencia del caso Chaparro Álvarez la Corte Interamericana delineó el concepto de libertad y seguridad, señalando que *"la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido"*, y la seguridad está dada por *"la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable"*. Dentro de este razonamiento, el artículo 7 de la Convención *"protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico"*.³⁴

Continuando con el desglose que realizó la Corte, señaló que la libertad puede ejercerse de diversas maneras, regulando el mencionado precepto *"los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción."*³⁵ Es decir, la Corte ha razonado en el sentido que cualquier privación de libertad, sea por la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo, deba cumplir estrictamente con las garantías establecidas en resguardo del mencionado derecho fundamental.

A propósito del caso Velásquez Rodríguez,³⁶ la Corte Interamericana se refirió por primera vez a la detención ilegal, estableciendo que se había vulnerado el artículo 7 de la Convención, señalando que se trató de una *"detención arbitraria, que lo privó de su libertad física sin fundamento en causas legales y sin ser llevado ante un juez o tribunal competente que conociera de su detención"*.³⁷ Asimismo, la Corte en el caso Gangaram Panday distinguió dos aspectos de la detención ilegal a considerar *"nadie puede verse privado de la libertad personal sino por causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)"*.³⁸

d.- La Prisión Preventiva.

En primer lugar, se proporcionará una definición de prisión preventiva. Se le ha definido como *"una medida cautelar personal, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad"*.³⁹ Es una medida

³³ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁴ Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad. (2010): (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: Corte IDH, 2010, [fecha de consulta: 05 de abril de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf>].

³⁵ Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad.

³⁶ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29, de julio de 1988. Serie C No. 4.

³⁷ Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad.

³⁸ Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

³⁹ Cerda San Martín, Rodrigo (2009). "Manual del sistema de justicia penal". Editorial Librotecnia, Santiago, pág. 242.

cautelar personal que sólo procede cuando las demás medidas cautelares previstas por la ley fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.⁴⁰

Su imposición constituye una de las cuestiones más controvertidas a lo largo de la historia del derecho procesal penal, siendo un problema clásico en la configuración del ordenamiento jurídico, en especial a lo que a formulación de textos respecta, más aún en nuestros días en que la resolución de mantener a un individuo privado de libertad durante la tramitación de un proceso penal incoado en su contra, se inclina en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales occidentales a afirmar que dicho encarcelamiento resulta ilegítimo. Sin perjuicio de lo anterior, ha sido generalmente admitido el encarcelamiento preventivo en la mayoría de los textos normativos pertinentes de la cultura jurídica occidental, recayendo la problemática sobre los jueces, en cuyas espaldas cae el peso de fundamentar, dotando de contenido dichas resoluciones enmarcándolas dentro de las disposiciones constitucionales.⁴¹

En cuanto al fundamento de su imposición, *a priori* se observa nítidamente un conflicto intereses contrapuestos, esto es, el principio de inocencia frente al *ius puniendi*, ya que implica la privación de la libertad ambulatoria del imputado durante la sustanciación del proceso penal en pro de la obtención de los fines del procedimiento. En otros términos, el sistema procesal penal se encuentra estructurado con base al principio de inocencia, lo que conlleva a que la pena privativa de libertad -que constituye la sanción penal más generalizada en nuestro sistema- sólo puede imponerse y ejecutarse una vez dictada la sentencia condenatoria -que materializa, por cierto, el derecho del imputado a un juicio previo a la condena-. Esto implica obligatoriamente que la carga de la prueba recaiga sobre el Estado, el que para obtener una condena debe probar más allá de toda duda razonable la culpabilidad del sujeto (principio de inocencia como regla de enjuiciamiento), en contraposición con la exigencia de tratar al imputado como inocente hasta que la referida sentencia exista (principio de inocencia como regla de tratamiento del imputado), lo cierto es que, la sola existencia de la posibilidad de encarcelamiento pendiente el juicio implica una contradicción que es difícil de justificar.⁴²

En este sentido, la realidad de la prisión preventiva en los Estados Constitucionales de Derecho modernos tiene una consagración positiva y en consecuencia, los jueces se encuentran autorizados para privar de libertad a los individuos durante la sustanciación del respectivo proceso penal, lo que no significa que el principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad no se encuentre plenamente vigente, pero por diversas razones, su aplicación se encuentra flexibilizada por la imposición de esta medida cautelar. De allí que se advierta la imperiosa necesidad de averiguar cuáles son las razones —si es que ellas existen— que autorizan al Estado para restringir drásticamente la libertad de los individuos, sin que todavía se haya dictado una sentencia condenatoria y, por lo tanto, sin que se haya destruido el principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad que les favorece.⁴³

Señalado lo anterior, se debe enfatizar que la prisión preventiva no constituye -y no debe constituir- la regla general en materia de medidas cautelares. Sin perjuicio de lo anterior, tiene una consagración constitucional -art. 19 N° 7 literales b) y e) de la Constitución-⁴⁴, legal -normas que la regulan en el Código

⁴⁰ Inciso segundo artículo 139 Código Procesal Penal señala "*La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad*".

⁴¹ Dei Vecchi, Diego (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. [fecha de consulta: 10 de abril de 2017]. [Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000200008#n.1].

⁴² Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián (2002). "Derecho procesal penal chileno", Editorial Jurídica, tomo I, pág.390.

⁴³ Marín González, Juan Carlos (2002). "Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal chileno. REJ - Revista de Estudios de la Justicia - N° 1. [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2016]. [Disponible en: [http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej1/archivos/Medidas_Cautelares_personales%20\(5\).pdf](http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej1/archivos/Medidas_Cautelares_personales%20(5).pdf)].

⁴⁴ Art. 19 La Constitución asegura a todas las personas:

7º.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

e) 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.

La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u

Procesal Penal- y convencional, como lo determina el artículo 9 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, regulación que ciertamente es de carácter excepcional, interpretarlo de manera diversa implica la comisión de un acto arbitrario e injusto al privar de libertad a una persona, constituyéndose en una medida desproporcionada y de anticipo de pena.⁴⁵

En consecuencia, en materia de medidas cautelares personales, la prisión preventiva debe tener una aplicación subsidiaria, compartiendo el mismo carácter con el derecho penal, esto es, debe ser la *ultima ratio* en esta materia. En nuestro Código Procesal Penal se encuentra regulada expresamente y se declara su procedencia en el evento en que no tenga aplicación alguna de las otras medidas cautelares personales, y sólo en este caso puede el juez decretar la prisión preventiva del imputado en la medida que se cumplan los requisitos que autorizan su procedencia. En segundo término, en esta materia no sólo rige el principio de subsidiaridad que se acaba de mencionar, sino que también rige -como elemento esencial- el principio de proporcionalidad. Ahora bien, la norma en conflicto, en su redacción anterior a la modificación del año 2005, consagraba expresamente el principio de proporcionalidad, ya que en el artículo 141 del Código Procesal Penal, en su inciso primero establecía una norma de aplicación general: *"No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable"*. Es decir, el legislador procesal situaba expresamente la prisión preventiva en estricta relación con su carácter de medida cautelar personal y, por lo tanto, si el delito no revestía mayor gravedad y la sanción probable asignada, de acuerdo con las particularidades y circunstancias de su comisión, no hacían presumir que el imputado buscará eludir las fines de la medida — evitar el riesgo de fuga y destrucción de medios de prueba— entonces ella no debía decretarse.⁴⁶

En su redacción actual se eliminó esta cláusula referida a la proporcionalidad, limitándose a señalar los casos de improcedencia de la prisión preventiva, además de establecer casos de contra excepción en los que se autoriza su procedencia,⁴⁷ lo que ciertamente implica un retroceso en materia de garantías contenidas a nivel legal, máxime considerando el excesivo formalismo imperante en nuestro quehacer jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido al señalar que los casos de procedencia de la citación determinan que quede excluida la posibilidad de ordenar medidas cautelares personales que afecten de manera más intensa la libertad del imputado, tales como la detención o la prisión preventiva (art. 124 Código Procesal Penal),⁴⁸ pero en cuanto a regulación de la cautelar más intensa, ya no está establecido expresamente, lo que tiene como razón que las modificaciones posteriores a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal han venido a restringir el "excesivo garantismo" que contenían sus normas.

otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;"

⁴⁵Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, p.11.

⁴⁶ Marín González, Juan Carlos. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal chileno.

⁴⁷"Artículo 141. Improcedencia de la prisión preventiva. No se podrá ordenar la prisión preventiva:

a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos;

b) Cuando se tratase de delitos de acción privada, y

c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6º, podrá solicitarlas anticipadamente, de conformidad a las disposiciones de este Párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad.

Podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva en los eventos previstos en el inciso anterior, cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el Párrafo 6º de este Título o cuando el tribunal considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado de conformidad a los artículos 33 y 123. Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante".

⁴⁸"Artículo 124. Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33".

El mismo principio de proporcionalidad, unido al carácter excepcional de la prisión preventiva, ha llevado a la ley a establecer ciertos casos de improcedencia absoluta de esta última, por aparecer "*desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable*".⁴⁹

e.-Requisitos de la prisión preventiva.

Es ampliamente reconocido entre nosotros, que los requisitos de las medidas cautelares personales, y en particular de la prisión preventiva, se desglosan en dos conceptos generales; el primero, la apariencia del buen derecho *-fumus boni iuris-* y el segundo, peligro del retardo *-periculum in mora-*. Éstos imponen la elaboración de un juicio de probabilidad en relación al éxito de la pretensión, que en el procedimiento penal es concluyentemente la pretensión punitiva del Estado, y la consideración de que al no adoptar la medida cautelar el cumplimiento de la sentencia penal fuere ilusorio. En relación al *fumus boni iuris* se exige cierta veracidad en la pretensión; así, observa que por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud.⁵⁰

Este presupuesto, en el proceso penal, se mide por la probabilidad de que el sujeto en contra de quién se dirige la investigación haya tenido una participación como autor cómplice o encubridor en un hecho que revista caracteres de delito. De allí que parte de la doctrina comparada denomine a este presupuesto *fumus comisi delicti* porque en la adopción de una medida cautelar no se aventura un juicio sobre la existencia de ningún buen derecho, sino sobre la posible participación de una persona en un hecho delictivo.⁵¹ En el caso concreto, se exige la existencia de signos externos con soporte fáctico real, vale decir, antecedentes probatorios extraídos de la investigación que hagan constar la comisión de un hecho punible y, enseguida, que permitan al juez estimar como probable la participación del imputado en dicho suceso (artículos 140 letras a) y b)⁵² y 155⁵³ del Código Procesal Penal), lo que regularmente es conocido como el presupuesto material de la medida cautelar.

En cuanto al *periculum in mora*, la medida cautelar requiere para ser concedida la existencia de un peligro inminente de daño jurídico. En el proceso penal, este presupuesto se conforma por la amenaza de que durante el transcurso del proceso el imputado intente su fuga o intente destruir algún material que pueda usarse como prueba de cargo en el juicio oral. Son situaciones que de una u otra forma pueden impedir o dificultar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte. En el primer caso porque si el imputado no es habido será declarado rebelde con el consiguiente sobreseimiento de la causa; y en el segundo, porque se puede dificultar de manera importante la prueba del hecho delictivo y la participación del imputado y de sus eventuales cómplices.⁵⁴ En la práctica, no basta con que el fiscal alegue la probabilidad de que el imputado obstruya la investigación o eluda la justicia, sino que se requiere que la constatación del riesgo o peligro se haga en forma plena y razonable, demostrando actitudes positivas del imputado o circunstancias reales que hagan temer una perturbación al normal desarrollo del proceso.

En lo concreto, la aplicación de la prisión preventiva por el inciso final del artículo 141 obedece a este *periculum in mora*, puesto que se otorga –además de la aplicación meramente formal de la disposición discutida– precisamente para evitar que el imputado eluda la acción de la justicia, lo que se traduce en el caso objeto de análisis, en la realización de un juicio oral simplificado. A modo de razonamiento, vale aclarar que el requisito de *periculum in mora* en la generalidad de los casos en que se aplica la prisión preventiva obedece a la denominada necesidad de cautela, la que comprende el peligro para la seguridad

⁴⁹ Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián. "Derecho procesal penal chileno, Editorial Jurídica, tomo I, p.397.

⁵⁰ Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián. "Derecho procesal penal chileno, Editorial Jurídica.

⁵¹ Marín González, Juan Carlos. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal chileno.

⁵² **"Artículo 140 letras a y b:**

a) *Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;*

b) *Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y.."*

⁵³ **"Inciso primero artículo 155.-** *Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:..."*

⁵⁴ Marín González, Juan Carlos. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal chileno.

de la sociedad y de la víctima, además de los ya referidos, requisitos de cautela que en la especie –caso de juicio oral simplificado- no se verifican.

Ahora bien, el *periculum in mora* en su calidad de presupuesto que autoriza la aplicación de medidas cautelares, se manifiesta de diversas formas, en algunos casos se contempla expresamente en las normas, junto con las circunstancias determinantes del peligro específico que se pretende evitar, las cuales están tipificadas en la ley, como por ejemplo citar el inciso cuarto del artículo 129⁵⁵ o el artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal –necesidad de cautela-, el que prescribe como requisito para la prisión preventiva la existencia de antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que ella es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

En otros casos, la ley encomienda al tribunal la valoración si determinadas circunstancias son concretamente reveladoras de aquel peligro. Por último, si bien en ciertos casos no se exige expresamente forma parte de la *ratio iuris* de la disposición que establece la medida cautelar.

En nuestro Código Procesal Penal, se encuentran regulados sus requisitos expresamente, señalando el artículo 140. **"Requisitos para ordenar la prisión preventiva.** Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito 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.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado".

Con el artículo citado queda de manifiesto que existe una regulación expresa del presupuesto material –la existencia de antecedentes que justifiquen la existencia del delito y la participación del imputado o "fumus

⁵⁵ **Inciso cuarto artículo 129 Código Procesal Penal:** "La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena, al que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto, al que fuere sorprendido infringiendo las condiciones impuestas en virtud de las letras a), b), c) y d) del artículo 17 ter de la ley N° 18.216 y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas".

comisi delicti”- y de la necesidad de cautela -peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima, peligro de fuga o de destrucción de prueba, o “*periculum in mora*”. Evidentemente, la necesidad de cautela juega un rol fundamental en la imposición de esta medida cautelar, ya que tiene una vinculación directa con la proporcionalidad, puesto que, aún si se cumplen todos los requisitos que autorizan su aplicación, si de la necesidad de cautela se determina que existe la aplicación de otro medio menos perjudicial para la consecución del fin, cualquiera que éste sea, pero que diga relación con los fines del procedimiento, se deberá optar por la aplicación de otra medida cautelar personal menos gravosa.

Habiéndose contextualizado la prisión preventiva en su carácter de medida cautelar dentro del procedimiento penal, es necesario tener presente al momento de analizarla que finalmente su aplicación es un problema de resorte del tribunal, ya que es éste quien analiza luego de la exposición de los antecedentes por los intervinientes, si en el caso concreto se dan los supuestos fácticos y jurídicos que autorizan su aplicación, y más aún, debiendo cumplir con su rol, en esta labor, de intérprete constitucional, rol que evidentemente el juez ordinario por mandato debe cumplir.

Puestos en conocimiento estos factores que rodean la aplicación de la prisión preventiva, es que se ha suscitado esta importante problemática objeto del presente trabajo investigativo, y que subyace en la aplicación formal en el procedimiento simplificado de la disposición de la parte final del artículo 141 del Código Procesal Penal, que como ya se adelantó, a propósito de la improcedencia de la prisión preventiva establece una relevante contra excepción, disponiendo en su parte final “..se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que es dictada en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante”.

La referida norma fue incorporada por la ley 20.074 de fecha 14 de noviembre de 2005, ley modificatoria del Código Procesal Penal y del Código Penal. Del tenor de la norma, *prima facie* pareciera desprenderse que se encuentra referida exclusivamente a la audiencia de juicio oral del procedimiento ordinario. No obstante, la interpretación de la norma por los tribunales penales ha extensiva, esto es, haciéndola aplicable a todos los procedimientos contenidos en el Código Procesal Penal, y no únicamente al juicio ordinario, donde *ex ante* se presentaría como justificada y proporcionada, toda vez que las causas que llegan a etapa de juicio oral en tribunal oral en lo penal, por norma son todas aquellas de mayor gravedad -entiéndase mayor penalidad, tratándose de simples delitos de penalidades elevadas o derechamente crímenes, donde ciertamente en etapas anteriores a la audiencia de juicio se analizaron los presupuestos que autorizan la imposición de medidas cautelares personales-.

En este contexto, se ha apreciado que los tribunales penales han desarrollado una labor interpretativa, la que ha venido a conjugar la disposición analizada con otras normas establecidas en el código adjetivo, lo que ha dado como resultado la aplicación de la prisión preventiva por incomparecencia a la audiencia de juicio propiamente tal, en el procedimiento especial simplificado. Sin lugar a dudas, una de las normas utilizadas a favor de la aplicación de la medida, dice relación con aquella que establece una remisión expresa de este procedimiento especial a las normas comunes establecidas dentro de la regulación del procedimiento ordinario, remisión que dispone que serán aplicables las normas del juicio ordinario “*en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza*”.⁵⁶ Otra norma que ha sido considerada es la dispuesta en el artículo 33 del Código Procesal Penal.⁵⁷

Sin embargo, *a priori* se advierte que la aplicación de esta norma se contrapone a la “*brevedad y simpleza*” aludida, en consideración de la naturaleza jurídica del procedimiento especial en cuestión, el que regula faltas y simples delitos respecto de los cuales el Ministerio Público no requiere una pena superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo -pena en concreto-, lo que inmediatamente genera un llamado de atención en relación a la proporcionalidad de la medida. Más aún, a mi juicio, la prisión

⁵⁶ **Artículo 389.- Normas supletorias.** El procedimiento simplificado se regirá por las normas de este Título y, en lo que éste no proveyere, supletoriamente por las del Libro Segundo de este Código, en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza”.

⁵⁷ **Inciso tercero artículo 33 Código Procesal Penal:** “El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, podrán ser arrestados hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales”.

preventiva requiere de un debate en que se analicen y expongan por los intervinientes los presupuestos y requisitos de su aplicación, situación que como se analizará, pareciera no producirse.

f.- Principio de oportunidad en sentido amplio.

De lo dicho hasta esta parte y de lo que se analizará en lo sucesivo, se advierte la dificultad que plantea la aplicación formal del inciso final del artículo 141 del Código Procesal Penal en el procedimiento simplificado frente a la inasistencia del imputado a la audiencia de juicio oral -como supuesto que la autoriza-, apareciendo de inmediato en contraposición dos derechos; por una parte, los fines del procedimiento -emanación del *ius puniendi estatal*-, que en este caso se traduce en el aseguramiento de la comparecencia del imputado a la audiencia de juicio oral, y por otra, la libertad personal, como derecho fundamental consagrado convencional, constitucional y legalmente. Cabe razonar que la aplicación formal de la norma en cuestión -como fundamento legal de su imposición- permite estimar que no sólo constituye un quebrantamiento a los principios y normas convencionales, constitucionales y legales, sino que además, parece infraccionar al sistema procesal en su conjunto.

La infracción del sistema en su conjunto que se apunta, tiene relación directa con la regulación de este procedimiento especial, la que aporta diversas "soluciones" jurídico penales diversas a la realización de un juicio y dictación de una sentencia condenatoria. Estos remedios jurídicos no requieren el análisis de la concurrencia de los supuestos de aplicación de las medidas cautelares personales, entiéndase *fomus comisi delicti* y *periculum in mora*, sino que más bien apuntan a dotar al sistema de mecanismos de descongestión, los que obedecen principalmente a consideraciones de orden político criminal, y de los cuales se adolecía en el procedimiento penal inquisitivo.

En otras palabras, por su propia reglamentación, el procedimiento simplificado admite su término por salidas jurídicas diversas a la realización del juicio y a la condena, esto es, por la aplicación de las denominadas salidas alternativas o del principio de oportunidad en sentido amplio, los que son términos del procedimiento que abiertamente se contraponen con los fines del procedimiento que resguarda la imposición de la prisión preventiva, ya que la medida cautelar tiene como finalidad última el asegurar el éxito del proceso, no siendo una medida punitiva, por lo que mediante su imposición, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito acusado, hacerlo implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Es decir, se trata de una medida cautelar que tiene por objetivo principal resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional.⁵⁸ Entonces, resultaría alambicado aplicar la medida cautelar más gravosa en contra del imputado que no comparece a la audiencia de juicio oral simplificado, cuando en esta propia audiencia se puede proceder con un término al proceso en aplicación de otros mecanismos diversos a la realización del propio juicio y dictación de sentencia, y que en muchos casos implican una renuncia a la persecución penal.

Conviene detenerse en este punto. En la actual regulación procesal penal se introdujo **el principio de oportunidad en un sentido amplio**. Sin duda, son diversos los fundamentos que se tuvieron en vista para su introducción, pero en su mayoría dicen relación con razones prácticas de utilidad social o de justicia (material).⁵⁹

⁵⁸ Loza Avalos, Cintia (2013). "La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia". [fecha de consulta: 07 de enero de 2017]. [Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20151008_02.pdf].

⁵⁹ Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián. Lecciones de Derecho Procesal Penal, tomo 1. Dentro de las razones de utilidad social o de justicia, según los autores, se pueden agrupar en las siguientes:

"a) La necesidad de sujetar la selectividad inherente a todo sistema penal a principios de razonabilidad y transparencia, respetando al máximo el principio de igualdad;

b) La evitación de los efectos criminógenos de la prisión preventiva y las penas privativas de libertad y, por consiguiente, de la reincidencia;

c) La ausencia de utilidad y sentido de esperar hasta la sentencia para el goce de un beneficio, cuyo otorgamiento resulta evidente ya en la etapa de instrucción;

d) La posibilidad de otorgar rápida y oportuna reparación a la víctima;

e) La descongestión del sistema de justicia criminal de infracciones bagatelarias y la solución rápida y adecuada del conflicto;

f) La necesidad de racionalizar y planificar la persecución penal, lo que significa considerar las limitaciones económicas y políticas en la utilización de los recursos disponibles y la obtención de los objetivos político-criminales deseados. Esta priorización, evidentemente, entra en conflicto con la aplicación estricta del principio de legalidad".

Evidentemente el establecimiento del principio de oportunidad constituye un cambio de paradigma, ya que se puede con toda certeza afirmar que frente a una estructura procedimental rígida en términos normativos, la que caracteriza primordialmente a los procedimientos inquisitivos, rigidez que provenía de la vigencia irrestricta del principio de legalidad procesal, se pasa a una nueva realidad, la que sin abandonar la legalidad, incorpora criterios político-criminales orientados valorativamente hacia las consecuencias, criterios que ciertamente envuelven una flexibilización del sistema procesal penal.⁶⁰

Como se advierte en nuestro sistema procesal penal, en el artículo 166 inciso segundo del código del ramo se establece el principio de legalidad.⁶¹ En cuanto al principio de oportunidad en su sentido amplio, se puede señalar que implica la renuncia a la persecución penal cuando no existan razones preventivas, ya sean generales o especiales. A este respecto, conviene apuntar que existe divergencia entre los autores respecto del contenido de este principio, ya que algunos incluyen en aquél la facultad de no iniciar investigación o cesarla, siendo ésta incondicional o bajo el cumplimiento de ciertas prestaciones, incluyendo además la rebaja de pena por aceptación de cargos; mientras que otros, otorgan un concepto más restringido, el que comprende las modalidades de renuncia *tout court* a la persecución penal (principio de oportunidad *strictu sensu*⁶²) y las denominadas "*salidas alternativas*" del proceso penal -acuerdo reparatorio⁶³ y suspensión condicional-.⁶⁴

Indudablemente la existencia de estos mecanismos de flexibilización, obligan al intérprete a tenerlos en consideración *máxime* si tienen una aplicación explícitamente regulada para el caso del procedimiento simplificado, toda vez que este principio contiene diversas formas de abandono o cese de la persecución penal, entre ellos, el archivo provisional⁶⁵, la facultad de no inicio de investigación⁶⁶, el principio de oportunidad en un sentido estricto, la decisión de no perseverar, la suspensión condicional⁶⁷ y los acuerdos reparatorios. Con la excepción del archivo provisional y la facultad de no iniciar investigación -mecanismos que para ser aplicados no debe haberse producido la intervención del juez de garantía, lo que significa que

⁶⁰Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián. Lecciones de Derecho Procesal Penal, tomo 1.

⁶¹"Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley".

⁶²"**Inciso primero artículo 170.- Principio de oportunidad.** Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones".

⁶³"**Incisos primero y segundo artículo 241.- Procedencia de los acuerdos reparatorios.** El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos".

⁶⁴Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián. Lecciones de Derecho Procesal Penal, tomo 1.

⁶⁵"**Artículo 167.- Archivo provisional.** En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional. La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público".

⁶⁶"**Artículo 168.- Facultad para no iniciar investigación.** En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía".

⁶⁷"**Incisos primero, segundo, tercero y cuarto artículo 237.- Suspensión condicional del procedimiento.** El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento.

El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver.

La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse:

a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado,

en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad;

b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y

c) Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma".

se trata de investigaciones desformalizadas o no judicializadas-. *Ergo*, todos los mencionados resultan plenamente aplicables a la resolución del conflicto penal en procedimiento simplificado, siendo discrecional su aplicación por parte de órgano persecutor penal, o incluso con exclusión de éste, como ocurre en el caso del acuerdo reparatorio que es un acuerdo entre víctima e imputado aprobado por el Juez. De esta manera, el inciso primero del artículo 390⁶⁸ del Código Procesal Penal reconoce expresamente la aplicación del principio de oportunidad, mientras que el artículo 394⁶⁹ del mismo cuerpo normativo, y dentro de regulación de las primeras actuaciones en la audiencia de procedimiento simplificado, establece la posibilidad de poner término al procedimiento mediante el acuerdo reparatorio o la suspensión condicional del procedimiento.

Todo lo referido en este apartado, propone *a priori* la reflexión de que se presenta una pontencialidad -reglada- de aplicación del principio de oportunidad en sentido amplio, y existiendo esta potencialidad -que en una infinidad de casos constituye una realidad-, permite considerar que se debe tener al menos como parámetro de valoración e interpretación, y por otra parte, que su existencia debilita los requisitos de la imposición de cautelares personales, *fomus comisi delicti* y *periculum in mora*, lo que permite aventurar un juicio de valor, el que consiste en que frente a estas posibilidad de aplicación la necesidad de cautela decae, perdiendo sustento y contenido la imposición de la prisión preventiva en el caso del mencionado inciso final del artículo 141. La consideración de este principio perfectamente puede reconducirse dentro del criterio de proporcionalidad de la medida.

g.- Exposición preliminar del problema.

Conforme a lo que se ha expuesto, no habiéndose resuelto la imposición de la medida cautelar conforme a los criterios procesales penales señalados, es que la problemática se ha redirigido hacia el terreno constitucional, como una evidente medida de reacción de las Defensorías Penales, las que decidieron la interposición de la acción constitucional de amparo en directa oposición a la aplicación formal de la referida norma legal, advirtiéndose, por de pronto, la aparente insuficiencia del sistema procesal penal para resolver el conflicto, postura de la Defensa que ha sido -hasta ahora- mayoritariamente rechazada en virtud de la literalidad de la norma, discusión que de paso ha puesto de manifiesto lo vacilante de los tribunales superiores de justicia al momento de establecer un criterio unificador en la resolución de este conflicto jurídico-penal y constitucional. Además, a nuestro juicio, por lo que se ha señalado, y en especial en el apartado anterior, el sistema procesal penal pareciera proporcionar mecanismos de solución para problemática, los que no son considerados al momento de resolver este conflicto.

Seguido a lo anterior, es preciso referir que el código del ramo en su libro I, título V, párrafo 4º determina la procedencia de la prisión preventiva, estableciendo requisitos, causales de improcedencia, tramitación, imposición, modificación, revocación o sustitución, recursos relacionados, ejecución, límites temporales y término de la medida, además de establecer que su imposición debe ser en cumplimiento de los fines del procedimiento y a satisfacción de la denominada necesidad de cautela -peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de los actos del procedimiento-. Se requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas y jurídicas para determinar su imposición, puesto que no se debe perder en vista su carácter de medida limitadora del derecho fundamental de la libertad personal, siendo su aplicación doblemente excepcional, debiendo preferirse por expreso mandato del código adjetivo la aplicación de otras medidas cautelares personales y de una interpretación restrictiva, atendido que es la más gravosa de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, llama la atención su aplicación en este caso en específico, ya que de todo lo que se ha dicho hasta aquí, no se advierte que se realice una interpretación armónica de

⁶⁸"**Artículo 390.-** *Requerimiento. Recibida por el fiscal la denuncia de un hecho constitutivo de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 388, solicitará del juez de garantía competente la citación inmediata a audiencia, a menos que fueren insuficientes los antecedentes aportados, se encontrare extinguida la responsabilidad penal del imputado o el fiscal decidiere hacer aplicación de la facultad que le concede el artículo 170. De igual manera, cuando los antecedentes lo ameritaren y hasta la deducción de la acusación, el fiscal podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 230, y proceder conforme a las reglas de este Título".*

⁶⁹"**Artículo 394.-** *Primeras actuaciones de la audiencia. Al inicio de la audiencia, el tribunal efectuará una breve relación del requerimiento y de la querrela, en su caso. Cuando se encontrare presente la víctima, el juez instruirá a ésta y al imputado sobre la posibilidad de poner término al procedimiento de conformidad a lo previsto en el artículo 241, si ello procediere atendida la naturaleza del hecho punible materia del requerimiento. Asimismo, el fiscal podrá proponer la suspensión condicional del procedimiento, si se cumplieren los requisitos del artículo 237".*

las disposiciones que regulan las medidas cautelares personales, ni de los términos facultativos relacionados directamente con el principio de proporcionalidad.

Ciertamente, como ya se ha expresado, la reglamentación de la prisión preventiva tiene un reconocimiento convencional, constitucional⁷⁰ y legal, constituyéndose en virtud de esto, en un límite de la libertad personal. Entonces, se advierten dos situaciones *ex ante*; en primer término, se está en presencia de una potencial colisión de derechos fundamentales, la que en cierto modo pretende ser evitada en virtud de la habilitación de la Constitución al legislador para regular la procedencia de la privación de libertad conculcando la libertad personal en ciertos supuestos y condiciones; y en segundo lugar, que en uso de la facultad conferida por la referida disposición constitucional, el legislador reguló en el Código Procesal Penal, en su título V referente a las medidas cautelares, los requisitos legales para la restricción y/o limitación de la libertad personal en el ámbito de un proceso penal.

Por definición, vale decir que medidas cautelares personales son "*aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. Las medidas cautelares personales están llamadas a asegurar la persona del imputado en el curso del procedimiento penal*". Resulta conveniente decir que las medidas cautelares personales mantienen una relación de género a especie con las medidas de coerción procesal, las que se sólo se identificarán cuando las medidas de coerción sean dirigidas en contra del imputado. Entre las que no se dirigen contra el imputado se pueden mencionar las medidas de arresto a testigos o peritos.⁷¹

De la misma manera, parte importante de nuestra doctrina nacional las ha definido como aquellas "*resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa [. . .] por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia*".⁷²

En cuanto al fundamento de la prisión preventiva, se debe señalar que la única forma legítima mediante la cual un Estado Democrático puede llegar a imponer coercitivamente la privación de libertad a una persona es el proceso penal. Naturalmente, la presencia del derecho a un juicio previo y el principio de inocencia, en principio parecieran proscribir la posibilidad de imponer la privación de libertad antes de la dictación de una sentencia definitiva condenatoria -que establezca, por cierto, la privación de libertad efectiva-. Concluyentemente, su aceptación implica necesariamente el respeto al límite preestablecido: que no constituya pena anticipada. De lo dicho se desprende como consecuencia lógica que las medidas cautelares personales no pueden tener, ni aún implícitamente, un carácter sancionatorio, debiéndose exclusivamente su imposición estar orientada a fines eminentemente procesales. Bajo ningún punto de vista pueden estar orientadas al cumplimiento de finalidades preventivas o retributivas, propias de la pena. Cabe señalar que la ley no expresa el contenido de los fines del procedimiento, respecto de los cuales se ha señalado que son dos: el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal.⁷³

Para su aplicación, la que debe ser en observancia de los fines del procedimiento y a satisfacción de la llamada necesidad de cautela, se debe cumplir con la obligación de considerar de una manera irrestricta las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes para poder decretarla, convenga decir que se trata de una medida doblemente excepcional, debiendo siempre preferirse la aplicación de otras medidas cautelares personales por sobre la prisión preventiva. Más aún, vale añadir que es de una interpretación restrictiva, atendido que es la medida cautelar más gravosa de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, y a propósito del principio de excepcionalidad, se ha afirmado que las medidas cautelares personales tienen un carácter eventual, lo que indudablemente implica que deben decretarse solamente cuando resulten indispensables, lo que se encuentra concatenado con el principio de instrumentalidad que tiene por finalidad precisamente calificar la referida excepcionalidad, postulando que las medidas cautelares nunca

⁷⁰ En este sentido, el artículo 19 N° 7 literal b) establece "*Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes*".

⁷¹ Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián. Lecciones de Derecho Procesal Penal, tomo 1

⁷² Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián. Lecciones de Derecho Procesal Penal, tomo 1, página 343.

⁷³ Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián. Lecciones de Derecho Procesal Penal, tomo 1

constituyen un fin *per se*, sino que se encuentran orientadas a la consecución de fines eminentemente procesales, afirmándose por ello su carácter instrumental.⁷⁴

En consecuencia, constituye un importante llamado de atención la situación descrita, donde parece desprenderse que el juez ordinario no cumple con su rol de intérprete constitucional y convencional al momento de disponer sin mayor análisis -como se mostrará- la aplicación formal de la norma cuestionada, la que señala "*se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que es dictada en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante*".⁷⁵

Como se ha expresado al inicio del presente artículo investigativo, la prisión preventiva tiene un doble carácter; ser por una parte una medida cautelar personal, y por otra, constituir una limitación del derecho fundamental a la libertad personal⁷⁶, lo que conlleva necesariamente a que las resoluciones que se dicten a su respecto respeten los requisitos de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y motivación de las resoluciones que la impongan.⁷⁷ En este sentido, vale recordar que la prisión preventiva en su carácter de limitación, constituye una importante restricción al derecho fundamental de la libertad personal⁷⁸, siendo sólo permitida por el constituyente conforme lo dispone el artículo 19 N° 7 literal b) de la Constitución anteriormente citado.

Especial mención requiere en esta parte, dentro de las denominadas garantías normativas, el principio de reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales, la que incluye la aplicación del principio de proporcionalidad. Señalado ello, se debe afirmar que la prisión preventiva no debe constituir la regla general en materia de medidas cautelares, teniendo esta regla una consagración constitucional -art. 19 N° 7 literal e) de la Constitución-, legal -normas que la regulan en el Código Procesal Penal- y convencional, como lo determina el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entenderlo de otra forma, implicaría la comisión de un acto arbitrario e injusto al privar de libertad a una persona, constituyéndose en una medida desproporcionada y de anticipo de pena.⁷⁹

h.- Principio de inocencia.

Se erige como uno de los conceptos fundamentales al momento de delimitar la discusión propuesta en el presente trabajo investigativo, donde se ha sostenido que se trata de un derecho que garantiza una protección especial a todo aquel que se encuentra imputado por la comisión de un delito, lo que ciertamente significa que no debe estimar como un simple principio de interpretación o una regla probatoria. No en vano, en términos de argumentación jurídica, los jueces se ven hoy en día en la obligación de recurrir a juicios de valor con la finalidad de dotar de proporcionar significado a conceptos como *proporcionalidad* y *razonabilidad*.⁸⁰ Se expresa a través del axioma "*nulla accusatio sine probatione*".

⁷⁴ Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián. Lecciones de Derecho Procesal Penal, tomo 1.

⁷⁵ Véase artículo 141 del Código Procesal Penal, y disposiciones del párrafo 4° título V.

⁷⁶ "*El derecho a la libertad personal implica que no pueden realizarse privaciones o restricciones de libertad ilegítimas o arbitrarias que impongan límites a la autonomía de la persona que desnaturalicen su derecho, lo hagan impracticable o lo dificulten más allá delo razonable*", en Nogueira Alcalá, Humberto (2002). "La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno". *Rev. derecho (Valdivia)*. [fecha de consulta: 25 de enero de 2017]. [Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502002000100011&lng=es&nrm=iso]. ISSN 0718-0950.

⁷⁷ Del Río Labarthe, Gonzalo (2008). "La Prisión Preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". [fecha de consulta: 15 de enero de 2017]. [Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf].

⁷⁸ Los derechos fundamentales suelen definirse como "*el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos*". Estos derechos, que como se precisa, emanan y son fundados en la dignidad humana, por eso se habla de su "*fundamentalidad*", en la medida que constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía, vale decir, del poder público del Estado, de sus órganos constituidos y de sus agentes de ejercicio, como lo explicita la propia Constitución Chilena en la frase inicial del artículo 5° inciso 2°. Los derechos fundamentales no son establecidos por el ordenamiento jurídico estatal, sino que son preexistentes y provienen de la dignidad. Nogueira Alcalá, Humberto (2015). "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia". *Estudios constitucionales*. [fecha de consulta: 10 de enero de 2017]. pp.301-350. [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>].

⁷⁹ Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia".

⁸⁰ Duce Aguilar, Ana (2013). Presunción de Inocencia. [fecha de consulta: 25 de marzo de 2017]. [Disponible en: http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/coleccionDH_presuncionInocencia.pdf].

En términos prácticos, este principio implica la prohibición de que se trate como culpable a una persona a la que se le atribuye un hecho punible, mientras el Estado representado por el Ministerio Público, y por medio de sus tribunales, no declare mediante sentencia firme que los hechos ilícitos que se persiguen le son efectivamente atribuibles y la someta a una pena, como legítima consecuencia. Es decir, se le debe dar trato de inocente durante todo el transcurso del procedimiento. Así lo consagra el artículo 4 del Código Procesal Penal.⁸¹

El hecho de que nuestra Carta Fundamental no consagre de forma expresa la presunción de inocencia no obsta que el legislador deba observarla como norma suprema, ya que pasa a ser un *derecho fundamental* cuyo origen se encuentra en el bloque constitucional de derechos de acuerdo con el mandato preceptuado en el art. 5º inc. 2º de la Constitución, entendiendo por este, el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos.⁸²

Por primera vez apareció el derecho a la presunción de inocencia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 9, la que estableció en Francia que debía presumirse inocente *"a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable"*,⁸³ constituyéndose en una de las banderas de lucha de la reforma liberal al sistema inquisitivo.⁸⁴ Adquiere el estatus de derecho humano posterior al término de la Segunda Guerra Mundial, ya que la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 en su artículo 11.1 lo reconoce, disponiendo *"toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*, norma que posteriormente fue incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos.⁸⁵

También se le denomina como presunción de inocencia, y forma parte del bloque constitucional de derechos, porque está asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tales derechos, de acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, constituyen *límites a la soberanía*, debiendo ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado.⁸⁶

En cuanto a su reconocimiento orgánico, se puede señalar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 11 dispone que *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"*. En el mismo sentido, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: *"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*. En términos similares trata el tema la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, párrafo I, determina: *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad"*. A su turno, el Código Penal tipo para América Latina, en su número XI establece: *"La persona sometida a proceso penal se presume inocente en cuanto no sea condenada"*. Por último, el artículo 4 del Código Procesal Penal señala *"Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme"*.⁸⁷

Dicho de otro modo, se puede referir que la carga de probar la culpabilidad del sujeto se le entrega al Estado, y no es el presunto imputado quien deba probar su inocencia. Si en el juicio la parte acusadora no

⁸¹Artículo 4º.- Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme".

⁸² Reyes Molina, Sebastián (2012). "Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno", Revista de Derecho, Vol. XXV - Nº 2. [fecha de consulta: 20 de diciembre 2016]. [Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art10.pdf>]. Pág. 230.

⁸³ Señala el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *"Touthommeé tant innocent jusqu'a ce qu'il ait été déclaré o culpable"* (A todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable).

⁸⁴ Horvitz Lennon y López Masle. "Derecho procesal penal chileno", Editorial Jurídica, tomo I.

⁸⁵ Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia".

⁸⁶ Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia".

⁸⁷ Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia".

logra demostrar sin lugar a dudas y usando los medios de prueba legales, la culpabilidad del imputado, entonces éste deberá ser absuelto de la acusación.

Útil al efecto resulta precisar que en cuanto a la presunción de inocencia, la doctrina procesal está conteste en que la actividad probatoria sea el eje de giro de su contenido esencial. Es decir, contiene dos efectos prácticos a saber: por una parte constituye un criterio de decisión del juez, el que generalmente recibe aplicación cuando la prueba de cargo resulta insuficiente, y por otra parte, es un criterio de asignación del *onus probandi*. Adicionando a estas dos importantes funciones, también se erige como un elemento que ordena fijar el *quantum* de la prueba para condenar, siendo obligación del legislador el determinar el umbral de suficiencia de prueba, es decir, el estándar que permite tener por acreditada la comisión de un hecho punible y la participación del acusado en el mismo, la que para nuestro sistema procesal penal se encuentra establecida en el artículo 340 inc.1º del Código Procesal Penal, más allá de toda duda razonable.⁸⁸

Lo anterior conlleva a que parte de la doctrina observe al principio de inocencia como a un axioma jurídico que establece la calidad jurídica de no culpable penalmente, calidad que es inherente a la persona, resultando absurdo que sea probada por quien la detenta, y *a contrario sensu*, debiendo acreditarse a través de argumentos racionales y elementos empíricos su pérdida, acreditación que corresponde a los órganos encargados de ejercer el *ius puniendi* estatal, en aquellos casos en que se haya lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos que la sociedad ha estimado valiosos dignos de protección con la potestad punitiva de aquél.⁸⁹ La mayoría de las constituciones lo reconoce⁹⁰.

Abandonando las consideraciones procedimentales, se encuentra asentado que la presunción de inocencia es una garantía básica y fundamental del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezcan la carga al imputado de probar su inocencia. Refuerza esta idea, el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, donde se establece en su inciso sexto: "*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*". En su carácter de derecho fundamental, de principio o estado, ésta debe regir sin excepciones, debiendo ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, ya que el ejercicio del *ius puniendi* estatal se encuentra condicional a la valoración probatoria y al estricto respeto de un debido y justo proceso, el que encuentra su manifestación en la contradictoriedad y en el derecho a la defensa.⁹¹

⁸⁸ Reyes Molina, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal.

⁸⁹ Jara Muller, Juan Javier (1999). Principio de Inocencia: El Estado Jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del Proceso Penal. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. ago. 1999, vol.10 supl. [citado 01 Septiembre 2013], p.41-58. [fecha de consulta: 27 de diciembre 2016]. [Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000100007&script=sci_arttext].

⁹⁰ Como se dijo, la mayoría de las Constituciones latinoamericanas lo consagran en forma explícita.

La Constitución de Guatemala en su artículo 14, inciso 1º establece: "*Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.*" El artículo 29 de la Constitución de Colombia señala: "*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*"

La Constitución ecuatoriana en su artículo 24: "*Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: (...) Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada.*"

El art. 2º, N° 24, letra e de la Constitución peruana, señala: "*Toda persona tiene derecho: (...) 24.- A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.*"

La Constitución paraguaya establece en su artículo 17 los derechos procesales, expresando: "*En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1. Que sea presumida su inocencia.*"

⁹¹ Martínez Galindo, Gema (2016). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. [fecha de consulta: 17 de diciembre 2016]. [Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2016-10048100514 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Jurisprudencia del Tribunal Constitucional].

Adiciona la autora que "*el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o inculpativos de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8.b); y 169/1998, de 21 de julio, FJ 2].*"

En este mismo orden de ideas, resulta útil citar lo expresado por el informe del fondo N° 2-97 de la Comisión Interamericana, en relación a la presentación de un grupo de peticionarios. Razona la Comisión que la situación jurídica de una persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad, y que la prisión preventiva constituye un problema serio en varios de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos.⁹² Asimismo, la Comisión ha considerado, en primer término, que el uso excesivo de esta medida es contrario a la esencia misma del Estado democrático de derecho⁹³ y que la instrumentalización de esta medida cautelar personal como forma de justicia expedita, de la que eventualmente resulta una suerte de pena anticipada, es abiertamente contraria al régimen establecido por la Convención y la Declaración Americana, y a los principios que inspiran a la Carta de la Organización de los Estados Americanos.⁹⁴

Como corolario a lo dicho, desde una perspectiva constitucional y en tanto regla de juicio, se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidamente obtenidas en el transcurso de un debido proceso contradictorio, lo que evidentemente implica que con el debido respeto de las garantías constitucionales, se hayan realizado una mínima actividad probatoria referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.⁹⁵

Finalmente, cabe agregar que la Corte Interamericana exige que una persona no sea condenada mientras no exista absoluta certeza de su responsabilidad penal, lo cual emana del artículo 8.2 de la Convención. En este sentido, la Comisión ha recibido numerosas peticiones relacionadas precisamente con el uso excesivo de la prisión preventiva, siendo ésta -más bien su uso desproporcionado- atentatoria a diversos derechos y principios contenidos en la Convención.⁹⁶

i.- Criterio o parámetro de proporcionalidad.

Resulta interesante poder afirmar que la proporcionalidad responde a dos conceptos a tratar dentro del presente trabajo investigativo. En primer término constituye un criterio limitador en cuanto la aplicación de la prisión preventiva en el marco de un proceso penal. Un segundo concepto, constituye un criterio de interpretación constitucional. Ambos conceptos se abordarán, comprendiendo *ex ante* que son disímiles, pero ambos deben ser considerados en el conflicto jurídico penal propuesto en la investigación.

i.1.- En materia procesal penal.

En esta materia, el principio de proporcionalidad, que también es conocido como "*proporcionalidad de injerencia*", "*prohibición de exceso*", "*principio de razonabilidad*", entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que

⁹² Razona la Comisión en el mencionado informe, que los presos preventivos sufren un tremendo impacto psicológico y emocional, además de la separación forzada de su comunidad y de su familia, con la consecuente pérdida de ingresos. Aprecia la gravedad de esta medida y de la importancia de dotarla de las máximas garantías a fin de evitar su uso indiscriminado y abusivo, Jorge Luis Bronstein y otros, informe del fondo N° 2-97.

⁹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Comunicado de Prensa 23/13 – CIDH culmina 147º periodo ordinario de sesiones.

⁹⁴ A este respecto, la Comisión Interamericana en el mismo comunicado ha considerado "*absolutamente inaceptable, que de hecho, la prisión preventiva se transforme en la forma usual de administración de justicia, sin debido proceso, juez y sentencia*".

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 Rev. 1, adoptado el 7 de octubre de 1999. (en adelante "*Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*"), Cap. VI, párr. 224. [fecha de consulta: 15 de julio de 2017]. [Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/republicadominicana-2015.pdf>]. En este sentido, la Carta Democrática Interamericana expresamente señala que "*la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia*".

⁹⁵ Martínez Galindo, Gema. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Agrega que "*como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (FJ 2)*".

⁹⁶ Criterios relevantes de la Comisión interamericana de derechos humanos aplicables a la justicia penal. [fecha de consulta: 10 de julio de 2017]. [Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3817/3.pdf>.]

aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.⁹⁷

Se ha definido en general como "*el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)*". Resulta indiscutido que se erige como un elemento definidor de lo que debe ser la intervención penal, tanto en cuanto imposición de medidas cautelares personales como en cuanto a la pena, todo esto en el contexto de la necesidad de la sociedad por imponer una medida penal, -entiéndase- necesaria y suficiente, para la represión y prevención de la comisión de hechos ilícitos, por una parte, y como la garantía del individuo de no sufrir un castigo excesivo del límite del mal causado, por otra. No obstante, no se puede dejar de advertir que en su contenido se entrecruzan consideraciones empíricas con criterios eminentemente valorativos, teniendo consideraciones político-criminales más que en determinadas líneas de pensamiento filosófico. Su origen constitucional permite que se instituya como una de las directrices orientadoras que el Estado necesariamente debe observar para criminalizar y castigar conductas.⁹⁸

En otras palabras, este principio postula que las medidas cautelares personales que se adopten en el marco de un proceso penal deben guardar una relación directa con la finalidad del procedimiento que persiguen, es decir, con la necesidad de cautela y con la gravedad del hecho que se investiga. Un rasgo distintivo de las providencias cautelares es que nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Es decir, tienen por objetivo allanar o asegurar el camino de una resolución definitiva.⁹⁹

La proporcionalidad procesal penal está directamente vinculada con la provisionalidad, la que significa que las medidas cautelares se encuentran regidas por la regla *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual sólo han de mantenerse en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento.¹⁰⁰ Se encuentra consagrado en los artículos 122¹⁰¹ y 152 inciso primero¹⁰² del Código Procesal Penal.

Importante señalar que el principio de provisionalidad no debe confundirse con el eventual carácter temporal de las medidas cautelares personales, carácter que implica el término de la cautelar por el cumplimiento de un plazo, es decir, están sujetas a un límite absoluto. Ahora bien, se debe precisar que respecto de las cautelares personales, la detención efectivamente en nuestro ordenamiento jurídico contempla un plazo -el que puede ser prorrogado bajo la concurrencia de ciertas condiciones y circunstancias- pero no puede extenderse más allá del plazo previsto por la ley, en cambio, en el caso de la prisión preventiva, esta no se encuentra sometida a plazo alguno. No obstante lo anterior, la inexistencia de un plazo en carácter de limitación objetiva para la prisión preventiva no significa bajo ningún punto de vista que ésta pueda ser considerada como indefinida, puesto que naturalmente tiene un límite, el que se encuentra materializado en el derecho de todo detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.¹⁰³ El único plazo contenido en el Código

⁹⁷ Cerezo Mir, José (2006). En "Obras Completas" Tomo II - ARA Editores - Lima. Perú 2006 - Pág. 851.

⁹⁸ Fuentes Cubillos, Hernán (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. [fecha de consulta: 18 de julio de 2017]. [Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf>.].

⁹⁹ Marín González, Juan Carlos. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno.

¹⁰⁰ Horvitz Lennon, López Masle. Derecho Procesal Penal Chileno, tomo I.

¹⁰¹ **Artículo 122.-**"Finalidad y alcance. 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.

Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada".

¹⁰² **Artículo 152.-**"Límites temporales de la prisión preventiva. 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".

¹⁰³ Horvitz Lennon, López Masle. Derecho Procesal Penal Chileno, tomo I.

Procesal Penal respecto de la prisión preventiva, dice relación con el contenido en el inciso segundo del artículo 145, el que establece *"transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación"*, que en términos generales, más que imponer un plazo a la medida cautelar, viene en establecer una revisión de oficio por parte del Tribunal, con la clara finalidad de analizar si se mantienen los supuestos que autorizaron su imposición.

i.2.-Proporcionalidad procesal penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De manera sucinta se expondrán algunos fallos que grafican el concepto de la proporcionalidad en la Corte Interamericana. Ahora bien, como se podrá apreciar en los fallos citados, el concepto de proporcionalidad aludido dice relación con el de proporcionalidad procesal penal, más que con el juicio de ponderación. Realizada esta advertencia, evidentemente resulta de interés el desarrollo que realiza la Corte en cuanto a la aplicación de la cautelar, sobretodo en la estimación y/o valoración de este principio, y si la concepción que le da la Corte Interamericana es similar a la definición de proporcionalidad como principio orientador en el proceso penal en nuestro derecho interno.

En cuanto al principio de proporcionalidad, se puede señalar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo trata a propósito del artículo 7 de la Convención Americana, señalando que: *"...nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad."* **(Consid. 47 y 48, CIDH, Caso Gangaram Panday Vs. Surinam, Sentencia de 21 de enero de 1994).**

Más recientemente planteó la Corte sobre la misma cuestión que: *"la adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria. (...). La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena"* **(Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Consid. 68 y 69).**

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisó que: *"(109)...La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza."* **(Informe N° 35/07, Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso - Rep. Oriental del Uruguay, 01/05/07).**

En este último fallo se reconoce un interesante concepto, ya que propone una definición de proporcionalidad como la ecuación entre el principio de inocencia y los fines del procedimiento. A nuestro juicio, dicha ecuación debiera siempre ser utilizada al momento de analizar los supuestos que autorizan la aplicación de esta medida cautelar.

i.3.- Proporcionalidad convencional.

Se ha señalado que la imagen más simple del control de constitucionalidad de las leyes, dice relación con la búsqueda de incompatibilidad entre dos normas -ley y Constitución-, la que se resuelve mediante el criterio jerárquico de resolución de antinomias, en el caso de encontrarse una incompatibilidad. Ciertamente, *ex ante*, pareciera ser de resolución sencilla. No obstante, en la mayoría de los casos el razonamiento excede esta posibilidad, siendo de mayor complejidad. Se acusan diversos motivos, entre los cuales se pueden referir la denominada *indeterminación* de los contenidos materiales de Constitución, lo que se traduce en la dificultad de establecer lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite frente al supuesto a confrontar. En un segundo término aparece la existencia de mandatos u orientaciones normativas incompatibles entre sí

suministradas por la propia Constitución, la que *ex ante* determina la posibilidad de que dichas normas entren en conflicto, ya sea en abstracto o en concreto, siendo clásico el ejemplo de la contraposición entre la libertad de expresión y el derecho al honor.¹⁰⁴

Naturalmente, dentro de aquellos casos de mayor complejidad, están aquellos que se suscitan a propósito del control de normas que afectan algún contenido protegido, dentro de los cuales se puede decir que cuentan con razón a favor orientada a la protección de otros derechos o bienes jurídicos de protección constitucional, mientras que también cuenta con razones en contra de su constitucionalidad. Aquí resulta afirmar, que para la resolución de estas colisiones de derechos fundamentales, los tribunales constitucionales acuden al principio de proporcionalidad,¹⁰⁵ principio –como se verá más adelante- pareciera ser desconocido por los tribunales ordinarios de justicia, ya que no recibe aplicación alguna.

Básicamente, se analiza en cuanto la aplicación del parámetro de proporcionalidad si la intervención del legislador –para considerarse válida- ha sido conforme a los siguientes parámetros: "1) *persiga un fin constitucionalmente legítimo*; 2) *constituya un medio idóneo para alcanzarlo*; 3) *sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad*, y 4) *exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa*".¹⁰⁶

Evidentemente, por medio de esta estructura de argumentación se concentran las exigencias básicas de racionalidad de medios a fines. De esta forma, resulta dable apuntar que el subprincipio de idoneidad se sustenta y constituye su justificación, si está orientado a un determinado fin y su contribución para tales efectos. En cuanto al subprincipio de necesidad, contiene un filtro tendiente a evitar la aplicación de medios más invasivos para alcanzar los objetivos legislativos de una manera más eficaz. Por su parte, el subprincipio de proporcional –o más bien conocido como principio de proporcionalidad en sentido estricto- exige que el derecho sacrificado no sea mayor al derecho que se protege, erigiéndose como una evidente concreción del principio de utilidad. Sin duda alguna se extraña en la argumentación de los tribunales ordinarios la utilización del parámetro de proporcionalidad, ya que representa una estructura argumentativa que permite a todo intérprete constitucional –no solamente al Tribunal Constitucional- la fundamentación de la interpretación de los que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador, más aún en aquellos casos de colisión de derechos fundamentales.¹⁰⁷

En estricto rigor, el juicio de ponderación ha sido considerado como un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de los conflictos surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango, cuándo no es posible aplicar los criterios de interpretación tradicionales, debiendo tener presente que se trata de casos en que *prima facie* no es posible establecer qué principio deberá primar respecto del otro en cuestión, y que la colisión –o antinomias- se producirá en el caso concreto.

A juicio del profesor Emilio Pfeffer Urquiaga, la problemática sólo se encuentra en aquellos casos en que el Constituyente no ha priorizado o jerarquizado un orden de valorización de los derechos que se aseguran en la Constitución,¹⁰⁸ afirmación que evidencia una interpretación restrictiva al problema en cuestión.

¹⁰⁴ Lopera Mesa, Gloria Patricia (2007). El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes penales. [fecha de consulta: 14 de junio de 2017]. [Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100014].

¹⁰⁵ Lopera Mesa, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes penales.

¹⁰⁶ Lopera Mesa, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes penales.

¹⁰⁷ Lopera Mesa, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes penales. En este sentido, plantea la autora que "*aunque no puede afirmarse que se trata de la única estructura de argumentación útil para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales, sí constituye la más satisfactoria de la que hasta ahora se dispone, pues es la que posibilita en mayor medida vincular la interpretación constitucional con la teoría de la argumentación jurídica, lo que a su vez contribuye, si se emplea bien, a dotar de mayor racionalidad las decisiones del Tribunal, no porque elimine la inevitable discrecionalidad que depara la determinación del contenido definitivo de los derechos fundamentales en los casos difíciles, sino porque, al acotar y hacer explícitas tales valoraciones, obliga al Tribunal a dar buenas razones que respalden sus elecciones valorativas*".

¹⁰⁸ Pfeffer Urquiaga, Emilio (1998). Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos, p. 228. Revista de derecho y Jurisprudencia, número especial. [fecha de consulta: 10 de junio de 2017]. [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649983.pdf>].

Para tales efectos, es útil recordar lo que el profesor Prieto Sanchis señala en relación a las antinomias, distinguiéndolas en dos clases: *antinomia interna o en abstracto* que es aquella que se produce cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra.¹⁰⁹ En otras palabras, siempre una norma de ellas no será válida en el caso concreto, mientras que la otra será aplicada, constituyendo una excepción.

Por otra parte, están las *antinomias contingentes o externas*. Aquí no se puede definir en abstracto la contradicción, ni se conoce por adelantado los supuestos o casos de aplicación, ni se cuenta por ello mismo con una regla segura para resolver el problema. Es decir, sólo en presencia de un caso concreto se puede advertir la concurrencia de ambas normas, y sólo en ese momento aplicativo se ha de justificar porqué se opta en favor de una u otra, opción que puede tener diferente resultado en un caso distinto.¹¹⁰

En otras términos, se está en presencia de casos en que no se puede utilizar la subsunción, puesto que ésta se basa en reglas jurídicas para resolver conflictos entre normas -ley superior deroga a la ley inferior; ley especial deroga a la ley general o ley posterior deroga a la ley anterior-, advirtiéndose *ex ante* que dichas reglas resultan ineficaces para la resolución de conflictos de principios constitucionales de igual jerarquía. Aunque a decir del profesor Prieto Sanchis, sólo por el hecho de tratarse de principios los criterios tradicionales se tornan insuficientes.

Ahora bien, la forma de resolución de estos conflictos resulta en la aplicación del juicio de ponderación, el que en términos sencillos consiste en buscar la mejor decisión, la que se impone en el caso concreto, pero sin que ello implique el establecimiento de una relación de regla y excepción, ya que se está en presencia de dos principios superpuestos llamados a cumplirse simultáneamente, no siendo posible la realización de ambos principios en el caso concreto. Su resolución por medio del parámetro de ponderación no constituye un precedente. Es decir, realizada la elección, ésta no constituye el establecimiento de una relación de regla a excepción, lo que significa que no necesariamente se resolverá de la misma manera -prefiriendo el mismo derecho preferido en una situación anterior- frente a situación similar, debiendo primar en el caso concreto sus particularidades.

La discusión se torna relevante en virtud de dos consideraciones a saber: la primera es que no se trata de casos aislados o de pura creación doctrinaria, sino que, existe un extenso catálogo de posibilidades antinómicas en concreto; y la segunda, es que no existe *prima facie* la posibilidad considerada de poder establecer una regla genérica de solución de estos conflictos. En tal sentido, no se advierte la posibilidad para el intérprete constitucional de evitar ejercer una labor hermenéutica al caso concreto sometido a su decisión, y que, definitivamente los criterios de interpretación tradicional -jerárquico, cronológico y de especialidad- no otorgan parámetros de solución.

Piénsese, que no son pocos los casos en que principios tales como la libertad de expresión, el derecho al honor; derecho a la intimidad; el derecho de manifestación, el orden público; la presunción de inocencia y de la prisión preventiva entre otros muchos, se presentan en el caso concreto de forma absolutamente contrapuesta.¹¹¹

El profesor Prieto Sanchis advierte que -pese a la concepción de coherencia del sistema jurídico- la existencia de antinomias tiene su origen en que el derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas,¹¹² por lo cual, vale concluir que la coherencia del sistema jurídico resulta ser más bien una ficción.

Ciertamente, el juicio de ponderación no permite al juez interpretar libremente decidiendo lisa y llanamente por aquello que bajo su valoración subjetiva le parezca, sino que la ponderación lo obliga a

¹⁰⁹ Prieto Sanchis, Luis (2008). El juicio de ponderación constitucional. En "El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. [fecha de consulta: 14 de junio de 2016]. [Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>].

¹¹⁰ Prieto Sanchis, Luis (2008). El juicio de ponderación constitucional

¹¹¹ Prieto Sanchis, Luis (2008). El juicio de ponderación constitucional

¹¹² Prieto Sanchis, Luis (2008). El juicio de ponderación constitucional

argumentar de porqué prefiere un derecho sobre otro, materializando con esto la democracia participativa -lo que implica un sometimiento a escrutinio del pueblo de su decisión y a la Constitución como un proceso abierto-. En otros términos, el elemento central es la argumentación, la que debe ser fundada -racionalidad argumentativa-, debiendo -de paso- el juez medir la temperatura social en su decisión, en torno a la idea de consenso en cuanto a las decisiones judiciales. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia constitucional.¹¹³

La ponderación es una teoría interpretativa valorativa, la que se encuentra guiada por el principio de la proporcionalidad en su sentido amplio. Como ha sostenido el profesor Alexy, la ponderación pesa los derechos y bienes en juego, persiguiendo que se sacrifique un derecho por el otro en la menor medida posible, siendo un sacrificio coyuntural, y sólo en la medida que dicho sacrificio sea racional y no afecte el núcleo esencial de los derechos fundamentales, núcleo que por cierto se encuentra reconocido en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 26.

El contenido esencial de los derechos fundamentales es el límite de la ponderación, constituyéndose finalmente en el límite de la interpretación, siendo también el límite del legislador al momento de regular. Resulta pertinente señalar que el principio de proporcionalidad constituye un test escalonado. Lógicamente, se vuelve relevante si se acepta que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos.¹¹⁴

Como test escalonado, tiene tres elementos: a) juicio de adecuación: que busca establecer que la medida -afectación de un derecho- sea idónea, apta para el fin perseguido. Debe ser lícito; b) juicio de necesidad: que persigue establecer si es necesaria o indispensable para perseguir el fin legítimo, debiendo preferirse las medidas no invasoras de derechos fundamentales y c) juicio de proporcionalidad en sentido estricto: el cual ordena que la limitación al derecho fundamental sea racional, no desproporcionada, que permita justificar tanto el objetivo de la medida como sus efectos, quedando excluida la posibilidad de limitar el derecho en su núcleo esencial sometiéndolo a exigencias o restricciones que lo hagan irrealizable.

Sin lugar a dudas, constituye un llamado de atención, la evidente necesidad de aplicar el test de proporcionalidad en cuanto a la imposición de la prisión preventiva en el caso analizado. Como se expondrá más adelante, se extraña en la exégesis utilizada por el Tribunal de la norma que autoriza su aplicación, la realización del análisis de los elementos del juicio de ponderación, esto es, que se establezca en términos de adecuación si la medida es idónea, si ésta es indispensable para el fin perseguido, y si su aplicación es racional y no desproporcionada.

Finalmente, por su parte, los detractores del juicio de ponderación señalan que bajo estos criterios interpretativos, el juez puede decidir cualquier cosa. Se ha criticado que la máxima de la ponderación de Alexy es una fórmula hueca, que no añade nada al acto mismo de pesar o de comprobar el juego relativo de dos magnitudes escalares, mostrándose incapaz de explicar por qué efectivamente un principio pesa más que otro.¹¹⁵ A este planteamiento se responde que la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto,¹¹⁶ estimulando la posterior subsunción. Su resultado jamás será un triunfo aplastante de uno de los principios sobre otro, si no que, más bien, la armonización de ambos principios en la búsqueda de una solución intermedia, procurando la menor lesión al otro derecho.

¹¹³ Alexy, Robert (2008). La fórmula del peso. En "El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. [fecha de consulta: 14 de junio de 2016]. [Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>], pág. 13.

¹¹⁴ Carbonell, Miguel (2008). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. En "El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. [fecha de consulta: 14 de junio de 2016]. [Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>], pág. 10.

¹¹⁵ Luis Prieto Sanchis, El juicio de ponderación constitucional.

¹¹⁶ Luis Prieto Sanchis, El juicio de ponderación constitucional.

i.4.- Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Siendo el juicio de ponderación un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de conflictos surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango -cuándo no es posible aplicar los criterios de interpretación tradicionales- ha resultado generalmente admitido por nuestro Tribunal Constitucional. Con la finalidad de ilustrar su aplicación, y a modo ejemplar, se citarán algunos fallos en que expresamente el Tribunal ha sido considerado el parámetro de proporcionalidad, haciendo presente que éstos se encuentran referidos a otras áreas, ante la inexistencia de fallos relacionados con el tema de esta investigación, pero que permiten instruir la estimación del test escalonado en la solución de conflictos.

a.- En sentencia del Tribunal Constitucional **Rol 2085 del año 2011**, se dedujo requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 2331 del Código Civil, precepto que dispone "*las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación*".

El recurrente demandó a la empresa a Entel por la reparación del daño moral que les ocasionó la publicación y difusión por internet a través de su portal www.123.cl de un reportaje denominando "Gabix: otro ejemplo de las empresas dedicadas sólo a cometer fraudes", aportando diversos antecedentes que dan cuenta de la supuesta comisión de delitos económicos y tributarios. Básicamente se está en presencia de la colisión del derecho a la honra y honor frente a la libertad de información.

En este contexto, el Tribunal recurrió al parámetro de proporcionalidad, lo que se vio reflejado en su considerando decimotercero, que en lo pertinente dispuso "*... la restricción de derechos debe satisfacer un mínimo de test de proporcionalidad, sobre todo cuando ello importa establecer un trato diferenciado. Para examinar la procedencia constitucional de las distinciones establecidas por el artículo 2331 del Código Civil, es necesario, en primer lugar, analizar si la restricción del derecho a la honra persigue un fin legítimo; en segundo lugar, determinar si la norma resulta adecuada e idónea para alcanzar dicho propósito, y por último, clarificar si la diferencia es razonable en relación con el valor del fin propuesto...*".¹¹⁷

Independiente del resultado -que finalmente acoge el requerimiento-, este considerando constituye una expresión manifiesta de la aplicación por parte del Tribunal del juicio de proporcionalidad, analizando los criterios de **adecuación, necesidad y proporcionalidad en un sentido estricto** que lo componen.

b.- En sentencia del Tribunal Constitucional **Rol 1031 del año 2008** se interpuso requerimiento de inaplicabilidad con relación a la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, que dispone: "*para dar curso a ellos (se refiere a los reclamos que se intenten en contra de las sanciones aplicadas por la autoridad sanitaria competente) se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa*". Tal declaración de inaplicabilidad se solicita respecto de los autos sobre reclamación de multa en juicio sumario. Los actores sostienen que aplicar la parte impugnada del precepto en la gestión pendiente vulnera el derecho de su parte a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, a acceder a la justicia y su derecho a defensa judicial en un debido proceso que, argumentan, se encuentran consagrados en los incisos primero, segundo y quinto del numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental.

El Tribunal razona en su considerando décimo séptimo, reiterando que el legislador, dentro de su ámbito de autonomía para legislar, debe elegir aquellas opciones que impliquen una limitación menor de los derechos, estándole prohibido afectar su contenido más allá de lo razonable, con relación a los objetivos que se quiere lograr. Asimismo, el Tribunal ha sostenido que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo "*en forma prudente y dentro de latitudes razonables*."

¹¹⁷ Tribunal Constitucional **Rol 2085 del año 2011**.

Agrega que, cualquiera sea entonces el camino que se siga para estudiar la constitucionalidad de las normas en examen, debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican.¹¹⁸ En la presente sentencia, se acoge el requerimiento de inaplicabilidad, y se advierte en análisis de test de proporcionalidad en el citado considerando, constituyendo una manifestación expresa del juicio de proporcionalidad.

c.- Sentencia del tribunal Constitucional Rol **1108-08** en la se formuló una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en relación a la gratuidad. La gestión pendiente en relación a la cual se solicita la declaración de inaplicabilidad consiste en el juicio sumario sobre cobro de honorarios profesionales, caratulado "Darwiche Espinoza, Maryem, con Fisco de Chile", Rol 1505-2008, que se sigue ante el Tercer Juzgado de Letras de Iquique. La impugnación se dirigió a sostener la contravención que implicaría la aplicación del precepto legal impugnado, en el caso concreto, en relación a diversos derechos fundamentales que resguarda la Carta Política, esencialmente la igualdad ante la ley, la igualdad ante las cargas públicas y la libertad de trabajo; la que se confronta con la igualdad ante la justicia y el derecho a la defensa jurídica, bien jurídico tutelado por la Carta Fundamental.

En su considerando trigésimo séptimo establece "*para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos*".¹¹⁹

Agrega el Tribunal, que el fin que justifica la norma es la satisfacción adecuada del derecho de acceso a la justicia que toda persona tiene, la que debe ser atendida por el legislador, quien debe prever los mecanismos que den cumplimiento efectivo a dicho derecho esencial, incluido excepcionalmente el turno de los abogados, lo que, por lo demás, se ve confirmado por la circunstancia de que el título de abogado sigue siendo otorgado a la fecha por la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, frente a la ponderación de los principios en cuestión, opuestos en el caso concreto, se acoge el requerimiento inaplicabilidad de la expresión "*gratuitamente*" de la disposición legal mencionada. Nuevamente se advierte una referencia de carácter expresa a la proporcionalidad, expresando la evitación de resultados gravosos o desmedidos.

i.5.- En cuanto la proporcionalidad y su relación con los fines legitimadores del derecho penal.

Si bien es cierto, existen múltiples planteamientos respecto de la justificación del derecho penal -objeto que excede la intención de este trabajo investigativo-, es necesario referirse a ella en cuanto resulte pertinente. Se ha intentado legitimar el recurso al derecho penal en torno a la idea del mal menor, por lo que se define la fundamentación del *ius puniendi* como utilitarista. Esta concepción no puede dejar de considerar principios de orden valorativo. Esto quiere decir que el cumplimiento del fin de prevención no es condición suficiente de legitimación del Derecho penal, el que debe asumir el fin de reducción de la violencia social. Evidentemente, en su configuración moderna, ha de asumir la reducción de la violencia punitiva estatal.¹²⁰

En este orden de consideraciones, en cuanto a la legitimación del derecho penal, a juicio del profesor Robles Planas, no se trata de un mero utilitarismo ni solo principialismo, sino de una adecuada ponderación entre ambos extremos. Afirma que el derecho penal se legitima no sólo por el fundamento utilitarista, sino

¹¹⁸ Tribunal Constitucional **Rol 1061 del año 2008.**

¹¹⁹ Tribunal Constitucional **Rol 1108 del año 2008.**

¹²⁰ Robles Planas, Ricardo, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coordinadores) (2010). La Crisis del derecho penal contemporáneo. Editorial Atelier Libros, Barcelona. Agrega "*el problema de la legitimación axiológica de la prevención general (negativa) como teoría del Derecho penal sólo puede resolverse si se tiene presente que la legitimación no la posee en sí misma, sino en su relación dialéctica con los demás fines del Derecho penal y que, en consecuencia, lo que legitima la intervención penal no es la prevención de por sí, sino el esfuerzo por aproximarse en la mayor medida posible a la consecución de todos los fines (tendencia a la maximización de la prevención, utilidad social y garantías individuales)*".

que es preciso que responda también a las exigencias garantísticas, por lo que se ha calificado como "legitimación ponderada", lo que en consecuencia se traduce en el producto de una continua tensión o dialéctica entre el fin utilitarista de la máxima prevención y el fin de máximas garantías.¹²¹

La legitimación puede explicarse con base a tres lógicas en tensión, según explicita Silva Sánchez. En concreto, la situación dialéctica podría estar constituida por un triángulo, cuyos tres vértices aparecieran constituidos por la lógica utilitarista de la prevención, la lógica utilitarista de la menor intervención penal posible y la lógica de principios como humanidad, proporcionalidad, resocialización, por nombrar algunos. Al final, el Derecho penal quedaría justificado por el intento arduo y progresivo de acercarse al que denomina "ideal legitimador" a través de las sucesivas síntesis históricas. Este ideal legitimador estaría compuesto por una máxima protección y máximas garantías. Este enfoque, tiene una importante similitud al que traza Alexy para los derechos fundamentales como mandatos de optimización. En concreto, si esos tres enunciados básicos que Silva Sánchez expone son principios en el sentido que da Alexy a tal expresión, los diversos enunciados concretos serían reglas.¹²²

i.6.- Expansión del derecho penal.

Otro factor a considerar en el problema en cuestión dice relación con la expansión del derecho penal. Como se ha expresado por diversos autores, en nuestros días el poder legiferante frente a la necesidad de cautelar valores e intereses que rigen la sociedad suele desplegar una infinidad de modos de actuación que discurren principalmente entre consideraciones preventivo generales. Esto necesariamente conlleva a la criminalización de nuevas conductas con un efecto expansivo de la punibilidad, castigando actos que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos, anticipando la tutela penal, lo que en consecuencia implica una exacerbación de la respuesta penal elevando significativamente las penas.¹²³ Claramente, este fenómeno nos traslada inmediatamente al regreso de la teoría del derecho penal del enemigo y de la inoquización del delincuente objeto de intensa controversia en los últimos años.

Como es notorio, esta reviviscencia de la inoquización del delincuente habitual peligroso conlleva una transgresión para principios esenciales del Estado de Derecho, como los de irretroactividad, *ultima ratio* del derecho penal, *non bis in idem* y, de manera particular, el de proporcionalidad de la respuesta sancionatoria.¹²⁴

Frente a este planteamiento, Novoa en Chile y Mir Puig en España, han constatado una nueva huida al retribucionismo¹²⁵, entendiéndolo como la única medida para soslayar la expansión de la intervención penal, comprendiéndola bajo los lineamientos de un Estado Derecho, en virtud de lo cual se constituye en

¹²¹ Robles Planas, Ricardo, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coordinadores). La crisis del derecho penal contemporáneo.

¹²²Robles Planas, Ricardo, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coordinadores). La crisis del derecho penal contemporáneo. Señala que "en el planteamiento que de los derechos fundamentales hace ALEXY, en efecto, éstos serían mandatos de optimización que entrarían, precisamente por eso, en colisión entre sí. Sin embargo, entiendo que hay grandes diferencias entre ambos planteamientos. i) Por un lado, en cuanto a los enunciados de los que parte: en concreto, SILVA se refiere a una serie de enunciados normativos, más que a los derechos fundamentales, que es en cambio lo propio de la propuesta de ALEXY. ii) Por otro, algunos de ellos tienen un contenido gradual, de manera que engloban a otros (como sucede ya para el de formalización: Aprox., p. 251), lo cual me lleva a pensar que, bajo dichos enunciados comunes en la doctrina penal, se estén incluyendo algunos que revestirían la calificación de reglas, y otros de genuinos principios. iii) Finalmente, me parece que la relación dialéctica de tensión, aun siendo próxima a la de conflicto entre principios, tiene un rasgo propio, como es el que da lugar a sucesivas síntesis históricas,20 más que a ponderación entre enunciados (sí, en cambio, en Aprox., p. 287). Por estas razones, no cabe identificar el planteamiento de SILVA con el de ALEXY".

¹²³Fuentes Cubillos, Hernán. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. [fecha de consulta: 14 de agosto de 2017]. [Disponible en:http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200002.].

¹²⁴ Sanz, Ángel José (2007). El tratamiento del delincuente habitual. [fecha de consulta: 23 de junio de 2017]. [Disponible en:http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_4_4.pdf.].

¹²⁵ Durán Migliardi, Mario (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. [fecha de consulta: 15 de agosto de 2017]. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009. En este sentido, señala el autor que para el pensamiento retribucionista, en cualquiera de sus versiones, comprende la razón de ser de la pena y determina su fundamento, la compensación de la culpabilidad del autor de un delito con la imposición de una pena. En este sentido, el postulado esencial es precisamente que la pena sea la retribución del mal causado, lo que permite sostener en estas teorías es que la justificación de la sanción penal es únicamente la realización de la justicia como valor ideal. Cabe agregar, que históricamente la retribución y la prevención se han mantenido desde siempre en pugna y ambas son consideradas fundamentos de la pena estatal. De ahí que se pueda afirmar, es que se ha vivido en el último tiempo una reviviscencia de las teorías retributivas o absolutas de la pena, frente al aparente fracaso de la prevención general positiva y del ideal resocializador.

una verdadera garantía a favor del individuo, consistente en una prohibición de que la medida del castigo pueda llegar a trascender a la gravedad del hecho ilícito cometido.¹²⁶

Evidentemente este fenómeno no es nuevo. Ahora bien, se puede constatar que en Chile no se produce la denominada moderna expansión del derecho penal, la que implica -frente a la implementación de los tratados internacionales- la adaptación del derecho penal a las actuales condiciones sociales y económicas, sino que, muy por el contrario y con la participación de diversos grupos sociales, se ha buscado una expansión desmesurada del sistema penal, como se ha explicado precedentemente.¹²⁷

La mención en esta parte de la expansión del derecho penal, tiene una razón lógica, la que se justifica puesto que producto a diversas reformas en Chile -las que obedecen a la expansión del derecho punitivo-, entre las cuales se puede mencionar la denominada "ley Emilia" número 18.290 del tránsito, la reforma a la ley 18.216 en virtud de la ley 20.603, la ley N° 20.813 que modifica la ley de control de armas número 17.798 y el Código Procesal Penal, se ha ido ampliando el ámbito de aplicación penal en la creación de nuevos tipos penales o en el endurecimiento de la sanción a los ya existentes, reduciendo en muchos casos la aplicación de potenciales beneficios alternativos al cumplimiento de condenas, los que ciertamente obedecen a criterios preventivos especiales con una clara intención resocializadora, lo que tiene una incidencia directa en el aumento de la aplicación de la medida de prisión preventiva, aplicación que se ve facilitada en éstos casos, ya que, sea cuál sea la condena, en el supuesto de dictarse sentencia condenatoria, será de cumplimiento efectivo en la cárcel, conculcando la igualdad ante la ley, de paso.

Concluyentemente, este factor es un criterio a considerar al momento de decretar la medida cautelar, por cuanto fácilmente puede reconducirse esta potencialidad -pena en cumplimiento efectivo en recinto carcelario- como uno de los criterios de *periculum in mora*, ya que la necesidad de cautela en estos casos se orienta inmediatamente al peligro de fuga -sustraerse de los actos del procedimiento-, encontrando un fundamento contenido en la ley.

¹²⁶Fuentes Cubillos, Hernán. El principio de proporcionalidad en derecho penal.

¹²⁷Matus y Ramírez (2015). Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General Fundamentos y Límites Constitucionales del Derecho Penal Positivo. Editorial Jurídica. Pág. 111. A este propósito, señalan los autores "*por otra parte, la existencia incontestable entre nosotros de grupos de presión de diverso origen que pretenden influir en la formación de las leyes penales y la también irredargüible atención excesiva de los medios de prensa en los hechos violentos o que provocan inseguridad o alarma ciudadana, podría dar pie a entender que la intensificación del Derecho Penal en estos últimos años habría sido gobernada más que por un proceso de adaptación e internacionalización, por la emergencia de una suerte de populismo penal y también del fenómeno del neopunitivismo*".

Capítulo 2.

El objetivo del presente capítulo dice relación con un análisis del derecho convencional, específicamente en relación a la regulación que se hace de la prisión preventiva en su carácter de medida cautelar personal y de limitación al derecho fundamental de la libertad personal. A continuación de efectuará un análisis de la normativa que regula la materia en estudio.

2.1.- Análisis del derecho convencional.

Es necesario comenzar diciendo que el artículo 8¹²⁸ de la Convención Americana bajo la denominación de *Garantías Judiciales* regula el derecho al debido proceso legal, el que constituye uno de los pilares fundamentales sobre el que se construye el sistema de protección de derechos humanos, y siendo más preciso, dicha disposición constituye un conjunto de pilares en que se sostiene la tutela de los demás derechos de las personas,¹²⁹ siendo su aplicación un deber, a propósito del rol de intérprete constitucional y convencional que pesa sobre el juez ordinario. De la misma manera, esta serie de garantías se encuentran contenidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹³⁰ Estas

¹²⁸ "Artículo 8. *Garantías Judiciales*.

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) *derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*

b) *comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;*

c) *concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*

d) *derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

e) *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

f) *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*

g) *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*

h) *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

3. *La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

4. *El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*

5. *El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".*

¹²⁹G. Thea, Federico (2012). "Garantías judiciales en la convención americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino". [fecha de consulta: 11 de enero de 2017]. [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>].

¹³⁰ Artículo 14.

1. *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.*

2. *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*

3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) *A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;*

b) *A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;*

c) *A ser juzgado sin dilaciones indebidas;*

d) *A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;*

e) *A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;*

f) *A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;*

g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*

garantías judiciales han sido definidas por la Corte Interamericana en su opinión consultiva N° 9 como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”.

Se ha afirmado que pese a la amplia enumeración que establece el artículo 8 de la Convención, no es taxativa, sino que constituye una guía para la interpretación convencional.¹³¹ Este conjunto de garantías forman parte del debido proceso. Conforme al tema en análisis, la Comisión Interamericana en su “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”¹³² ha dado cuenta del uso excesivo de la prisión preventiva, siendo éste un tópico abordado en numerosas ocasiones en el contexto de audiencias temáticas celebradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ha sido una constante observada en un importante número de peticiones individuales que se refieren a personas privadas de libertad y/o debido proceso.¹³³

Necesariamente para estar en presencia de un estado de derecho democrático, se debe garantizar el control judicial con el estricto respeto al debido proceso convencional y constitucional para la imposición de una medida cautelar de máxima intensidad como lo es la prisión preventiva. Esta garantía fundamental dentro de nuestro sistema interamericano se encuentra contenida en la Declaración Americana (art. 25) y en la Convención Americana (art. 7.5 y 7.6), respectivamente, situación que pareciera no ocurrir con la aplicación de la norma del inciso final del artículo 141 del Código Procesal Penal.

Como se expresó, se puede dejar sentado que el artículo 8 de la Convención Americana consagra el derecho al debido proceso legal, disposición que contiene este derecho bajo la denominación de *Garantías Judiciales*, el que definitivamente constituye uno de los pilares fundamentales sobre el que se edifica el sistema de protección de derechos humanos, en el que se sostienen la tutela de los demás derechos de las personas.¹³⁴ Como se ha señalado, la referida enumeración no es taxativa, sino que es una guía para el intérprete convencional, pero además es susceptible esta enumeración de ampliación, conforme una interpretación teleológica, sistemática y dinámica del texto convencional, a la luz de la evolución de los derechos humanos y de la especificidad del caso concreto.¹³⁵

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

¹³¹ Como se ha señalado, dicha enumeración es susceptible de ampliación, conforme una interpretación teleológica, sistemática y dinámica del texto convencional, a la luz de la evolución de los derechos humanos y de la especificidad del caso concreto, G. Thea, Federico (2012). “Garantías judiciales en la Convención Americana”.

¹³² “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas” (2013). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [fecha de consulta: 15 de diciembre 2016]. [Disponible en: www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf].

¹³³ La Comisión Interamericana ha constatado que uno de los principales desafíos que enfrentan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos es precisamente el respeto a los derechos de las personas privadas de libertad. Ha razonado, que se trata de un asunto de gran complejidad que requiere del diseño e implementación de políticas públicas a mediano y largo plazo, así como de la adopción de medidas inmediatas, habida cuenta de la existencia de situaciones que afectan gravemente los derechos humanos de los reclusos. En virtud de esta consideración, es que se expondrá el caso del artículo 141 del Código Procesal Penal, el que *prima facie* aparenta no cumplir con los estándares interamericanos. Por otra parte, se ha advertido que uno de los principales problemas que ha detectado la Comisión, es precisamente la excesiva aplicación de la que denomina detención preventiva, a propósito del estudio de los derechos fundamentales de los reclusos, esto fundamentalmente ya que la aplicación de la privación de libertad de manera preventiva tiene como principal efecto el hacinamiento y la sobrepoblación penal. Como señala el propio informe “el uso excesivo de la detención preventiva” es otro de los graves problemas presentes en la absoluta mayoría de los países de la región, éste es a su vez la causa de otros serios problemas como el hacinamiento y la falta de separación entre procesados y condenados. El uso excesivo de esta medida es un tema amplio y complejo al que la Comisión le dedicará próximamente un informe temático”, “Informe de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas” (2001), Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [fecha de consulta: 15 de diciembre 2016]. [Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>].

¹³⁴ G. Thea, Federico. Garantías Judiciales en la Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho Argentino. Pág. 128.

¹³⁵ G. Thea, Federico. Garantías Judiciales en la Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho Argentino. Pág. 128.

De esta manera, a la luz del análisis de la normativa convencional, se examinará si el catálogo de garantías recibe aplicación en la discusión de la prisión preventiva dentro de nuestro proceso penal, para lo cual se analizará el caso particular ya señalado, esto es, de la prisión preventiva y de la prisión preventiva anticipada en el marco del procedimiento especial simplificado. En este orden de consideraciones, la Comisión Interamericana ha constatado que uno de los principales desafíos que enfrentan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos es -precisamente- el respeto a los derechos de las personas privadas de libertad, siendo ésta una preocupación permanente. Ha razonado la Comisión que se trata de un asunto de gran complejidad, que requiere del diseño e implementación de políticas públicas a mediano y largo plazo, así como de la adopción de medidas inmediatas, habida cuenta de la existencia de situaciones que afectan gravemente los derechos humanos de los reclusos.¹³⁶

Por otra parte, como era lógico prever, la Comisión ha revelado como otro de los principales problemas que afectan a los Estados miembros, la excesiva aplicación de la que denomina detención preventiva, a propósito del estudio de los derechos fundamentales de los reclusos, lo que redundará en que la aplicación de la privación de libertad de manera preventiva tiene como principal efecto el hacinamiento y la sobrepoblación penal, lo que naturalmente afecta de manera grave los derechos humanos de los reclusos. Señala explícitamente el informe de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas *"el uso excesivo de la detención preventiva¹³⁷ es otro de los graves problemas presentes en la absoluta mayoría de los países de la región, éste es a su vez la causa de otros serios problemas como el hacinamiento y la falta de separación entre procesados y condenados. El uso excesivo de esta medida es un tema amplio y complejo al que la Comisión le dedicará próximamente un informe temático"*¹³⁸.

Indudablemente esto se contrapone con lo apuntado por siguiente informe de la Comisión, denominado Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, el que reconoce *"la naturaleza excepcional de la aplicación de la prisión preventiva, de acuerdo con criterios de necesidad y proporcionalidad, es un elemento que necesariamente debe estar presente en toda política criminal que tome en consideración los estándares del Sistema Interamericano"*.¹³⁹

A mayor abundamiento, en los Principios y Buenas Prácticas para las Personas Privadas de Libertad, la Comisión reafirma estos estándares fundamentales de manera muy concreta: *"La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos"*.¹⁴⁰

Resulta importante destacar que el uso excesivo de la prisión preventiva en la región ha sido un tópico abordado en numerosas ocasiones en el contexto de audiencias temáticas celebradas por la CIDH, y ha sido una constante observada en un importante número de peticiones individuales que se refieren a personas privadas de libertad y/o debido proceso.

En virtud de estas consideraciones, es que se expone el caso del artículo 141 del Código Procesal Penal, el que *prima facie* aparenta no cumplir con los estándares interamericanos, más aún, pareciera estar dentro

¹³⁶ Informe de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011.

¹³⁷ Importante resulta señalar que la nomenclatura utilizada no idéntica a la utilizada en nuestro país, toda vez que por su propia definición, la detención en Chile tiene un carácter de medida cautelar temporal, en la que sólo se autoriza de la privación de libertad momentánea de una persona -por la policía o por particulares en casos de delitos flagrantes, con el exclusivo objeto de ponerla a disposición de un Tribunal, estableciéndose un plazo máximo de 24 horas -entre la detención y la presencia ante el juez-, salvo las excepciones legales de ampliación de la detención -por 3 días en Código Procesal Penal, 5 días en ley 20.000 que sanciona tráfico de drogas y sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y 10 días en la ley 18.314 que sanciona conductas terroristas.

¹³⁸ Informe de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011.

¹³⁹ Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 17.

¹⁴⁰ Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 18.

de aquellos casos en que se aplica excesivamente la prisión preventiva, como demuestran los informes de la Comisión Interamericana.

Como se dijo anteriormente, se debe garantizar un control judicial estricto para el adecuado respeto del debido proceso constitucional, y que, la conjugación de sus normas permitan la imposición de la prisión preventiva. Sólo de esta forma se garantiza la existencia de un Estado de derecho democrático. Esta garantía fundamental dentro de nuestro sistema interamericano se encuentra contenida en la Declaración Americana (art. 25) y en la Convención Americana (art. 7.5 y 7.6), respectivamente. A este respecto, se citan las disposiciones referidas:

"Artículo 25 - Derecho de protección contra la detención arbitraria.

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad".¹⁴¹

"Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".¹⁴²

Ahora bien, dentro de nuestro sistema procesal penal, existe una tentativa de recoger algunas de estas obligaciones, específicamente en los artículos 9 y 10 del Código del ramo, que básicamente hacen referencia a la autorización judicial previa de toda actuación que privare, restringiere o perturbare al imputado o a un tercero de los derechos que la Constitución asegura; y la cautela de garantías, en el caso de que el imputado no estuviere en condiciones de ejercer los derechos constitucionalmente garantizados, para lo cual se adoptarán las medidas -de oficio o a petición de parte- a fin de permitir su adecuado ejercicio.¹⁴³

¹⁴¹ Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁴² Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹⁴³ "Artículo 9º.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos,

el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió".

"Artículo 10.- Cautela de garantías. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo".

Sin perjuicio de lo anterior, y exceptuando la regulación en general de las medidas cautelares personales en general y en especial de la prisión preventiva, nuestro Código Procesal Penal contempla mecanismos generales correctivos para la protección de garantías, entre los cuales cabe mencionar la nulidad procesal del artículo 159 y siguientes; exclusión de pruebas por ilicitud del artículo 276 -obtención de medios probatorios con infracciones de garantías constitucionales-; y el recurso de nulidad, que precisamente en la causal prevista por el artículo 373 letra a) por haberse infringido sustancialmente, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

Evidentemente, de lo precedentemente enunciado, no se resuelve en esta parte la interrogante expuesta, esto es, si se da aplicación a las normas convencionales en los casos de aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, pero se intentará dilucidar en los apartados siguientes.

2.2.- Prisión preventiva a la luz del derecho internacional.

La Comisión Interamericana ha considerado como términos sinónimos prisión y detención preventiva. Así la define como "*prisión o detención preventiva: todo el periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme*".¹⁴⁴

En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano, y coincidentemente a propósito de la interposición de acción constitucional de *hábeas corpus* en cuanto la protección de la libertad personal ante detenciones judiciales provisionales, invocando normas de pactos internacionales sobre derechos humanos, precisó:

"Alcances constitucionales de la libertad personal:

2. En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, la libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprenden, frente a cualquier supuesto de privación de la libertad, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según señala el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3. En sede judicial, el derecho a la libertad física y a que ésta no sea restringida en forma arbitraria alcanza no sólo a las denominadas «detenciones judiciales preventivas», sino, incluso, a las condenas emanadas de sentencias expedidas con violación del debido proceso. A juicio del Tribunal Constitucional, las exigencias de legalidad y no arbitrariedad de la detención judicial no se satisfacen únicamente porque ésta haya sido expedida por un juez competente, pues si bien el elemento de la competencia judicial constituye uno de los elementos que ha de analizarse a efectos de evaluar la arbitrariedad o no de la privación de la libertad, también existen otros elementos que se tienen que tomar en consideración, los que varían según se trate de una sentencia condenatoria o, por el contrario, de una detención judicial preventiva".¹⁴⁵

Seguidamente, el Tribunal Constitucional peruano refirió que la validez de la limitación de la libertad personal siempre dependerá de su conformidad a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este mismo orden de ideas, a propósito del artículo 7 de la Convención, la Corte Interamericana razonó que "*esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a*

¹⁴⁴ Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 13.

¹⁴⁵ Eguiguren Prael, Francisco José (2003). Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional Peruana. [fecha de consulta: 15 de mayo de 2017]. [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100009>].

*los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”.*¹⁴⁶

El mismo Tribunal Constitucional Peruano estimó que detención judicial preventiva por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora y que se impone mientras no existe sentencia condenatoria firme, al procesado siempre le debe asistir el derecho a que se presuma su inocencia; y cualquier restricción a la libertad debe necesariamente considerarse la *última ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y nunca como regla general. Bajo esta premisa, su imposición no es inconstitucional. Ese, pues, es el propósito del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual «la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general».¹⁴⁷

También es la interpretación que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha estimado que *“en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.*¹⁴⁸

En opinión consultiva, la Corte Interamericana señaló *“el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.”*¹⁴⁹

Otro concepto importante que recoge el Tribunal Constitucional peruano dice relación con el carácter cautelar de la detención judicial preventiva, el que emana de su imposición previo a la dictación de una sentencia condenatoria. Razona que no se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento depende a nivel judicial de la existencia de motivos razonables y proporcionales que la justifiquen, y no puede justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le pudiera aplicar al procesado, ya que dicho razonamiento supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad. En cuanto al principio de proporcionalidad, sostiene el Tribunal que su mantención necesariamente debe estar acorde precisamente con el principio de proporcionalidad. Ello, a su juicio, imperiosamente implica que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su imposición, para lo cual razona, de acuerdo con el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo puede restringirse la libertad de una persona procesada con la finalidad de asegurar «la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo».¹⁵⁰

¹⁴⁶ Caso Gangaram Panday, párrafo 47; en Sergio García Ramírez, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [fecha de consulta: 23 de mayo de 2017]. [Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf].

¹⁴⁷ Eguiguren Prael, Francisco José. Aplicación De Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos En La Jurisprudencia Constitucional Peruana. [fecha de consulta: 23 de mayo de 2017]. [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100009>].

¹⁴⁸ Caso Suárez Rosero - Ecuador, párrafo 77; en Sergio García Ramírez, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [fecha de consulta: 28 de junio de 2017]. [Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf].

¹⁴⁹ Opinión Consultiva 08/87, párrafo 26, en Sergio García Ramírez, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [fecha de consulta: 23 de julio de 2017]. [Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf].

¹⁵⁰ Eguiguren Prael, Francisco José. Aplicación de Los Tratados Internacionales.

Un aspecto interesante a considerar, dice relación con la pertinencia y suficiencia de los criterios en materia de imposición de la prisión preventiva. La Comisión ha sostenido que *"tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido"*. La Comisión considera, sin embargo, que *"debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio"*.¹⁵¹

Otro tópico relevante en este tema, tiene relación con la diferencia entre prisión provisional y pena de prisión. En efecto, se ha señalado que la prisión provisional en su carácter de medida cautelar personal tiene la finalidad primordial de asegurar -con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria- la disponibilidad física del imputado, impidiendo de este modo que pueda sustraerse de la acción de la justicia, argumentándose que de modo alguno pueda ser considerada una pena anticipada.¹⁵²

Sin duda alguna, éste es uno de los argumentos clásicos que ha fundamentado la existencia de esta medida en desmedro de la presunción de inocencia. Sin embargo, resulta a lo menos cuestionable, ya que la dictación de una sentencia condenatoria en contra del imputado constituye una potencialidad, por lo que esta argumentación pierde fuerza.

La explicación del cuestionamiento -a mi juicio- resulta sencilla; pierde fuerza esta argumentación, con base a dos puntos que a continuación se desglosan: el primero, tiene una relación directa en que este argumento proviene, o derechamente constituye, un resabio del procedimiento inquisitivo, en que el juez instructor era juez y parte. Sin entrar en mayores disquisiciones sobre el procedimiento inquisitivo, vale señalar que era el juez quien sometía a proceso y dictaminaba la aplicación de medidas cautelares personales -que casi por defecto resultaba ser la prisión preventiva-, siguiendo adelante con la investigación o sumario, que tenía un carácter secreto, cerrando la investigación posteriormente, para luego deducir acusación fiscal y entrar en la etapa de plenario que era pública -donde se podía defender el imputado presentando una contestación de acusación, además de ser la etapa donde se rendía la prueba-, concluyendo con la dictación de sentencia. Siendo un mismo organismo el que investigaba, llevando a cuestras el *ius puniendi* estatal, debiendo reunir pruebas contra el imputado procesado, para luego acusar y finalmente dictar sentencia, como corolario cabía concluir que existía una posibilidad casi rayana en la certeza de que se dictaría una sentencia condenatoria; cuestión que cambia radicalmente con la implementación del sistema acusatorio contradictorio que rige actualmente en nuestro país, y que separa definitivamente la labor de investigación de la de juzgamiento. El segundo punto, obedece a una razón más bien de lógica jurídica, y que proviene precisamente del cambio de paradigma que produjo la instauración del actual procedimiento penal, en donde sólo toma conocimiento del asunto un juez independiente e imparcial en el momento en que es llamado a conocer, juez que regularmente no se encuentra contaminado con las diligencias de la investigación realizadas por el Ministerio Público. Ciertamente, en algún sentido esta afirmación es relativa, toda vez que el juez de garantía o de control -como se le denominó en el proyecto de ley para la dictación del Código Procesal Penal-, precisamente se encuentra establecido como una figura que vela por el adecuado respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado. Este juez, sin duda alguna también conoce de algunos procedimientos especiales, entre los

¹⁵¹ Giménez, Jorge A. (1996). Argentina, Caso 11.245 Informe No. 12/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 33 (1996, párrafo 86, [fecha de consulta: 28 de junio de 2017]. [Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/cases/1996/Sargentina12-96.htm>].

¹⁵² Martínez Galindo, Gema. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se añade que *"abundando en esta línea añadíamos que "[l]a distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal"*.

Y concluíamos afirmando, a los efectos que a este recurso interesan, que: "[d]el hecho de que el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar" (FJ 4; doctrina que se reitera en la STC 71/2000, de 13 de marzo, FJ 5)».

cuales están el abreviado, simplificado y monitorio, en los que se debe dictar sentencia. Pese a su intervención, no necesariamente se encuentra -por decirlo de alguna forma- "contaminado" con las diligencias de investigación que potencialmente ha tomado conocimiento o hubo de autorizar a lo largo de la indagación. Señalado ello, se debe recordar que el sistema probatorio y el estándar de valoración de prueba, es de una alta exigencia, y regularmente el juez -sea unipersonal o colegiado, según sea el caso- no ha tenido conocimiento con el caso sometido a su enjuiciamiento, por lo que al regir de manera estricta el principio de la inmediación, toda la prueba debe rendirse en audiencia de juicio oral ante este juez imparcial e independiente. La existencia de toda la reglamentación probatoria, hace desvanecer la potencialidad de que se dicte una sentencia condenatoria a todo evento -como ocurría en el procedimiento inquisitivo por las razones ya aludidas-, por lo que, aunque existan antecedentes suficientes y bastantes para tener por establecida la existencia del delito y la participación del imputado, máxime habiéndose acreditado la necesidad de cautela, y aún habiéndose decretado la prisión preventiva, el argumento de una potencial condena para imponer o mantener la medida de prisión preventiva pierde fuerza y relevancia en la realidad jurídica actual, por cuanto en la resolución -que decreta la cautelar- se requiere de antecedentes fundados, mientras que en la dictación de una sentencia condenatoria, se requiere superar un estándar de convicción más allá de toda duda razonable¹⁵³, al cual se llega mediante el cumplimiento del estándar de la valoración de prueba¹⁵⁴, que requiere precisamente de la rendición de prueba en la audiencia de juicio oral. Sólo a modo ejemplar, piénsese en un caso en que el órgano persecutor penal no cuente con la víctima para prestar declaración en juicio, o adolezca del perito esencial, siendo insustituibles sus testimonios en juicio, ciertamente no podrá el tribunal en este evento -con una probabilidad casi rayana en la certeza- dictar sentencia condenatoria, lo que devendrá en una sentencia absolutoria por insuficiencia probatoria. Es decir, la ecuación de sometimiento a proceso, acusación y condena que prevalecía en tiempos pretéritos, no resiste aplicación alguna en la actual realidad jurídica, y en este sentido, se puede concluir que emitir un juicio de valor fundamentado en esta potencialidad para precisamente basar la imposición o mantención de la cautelar personal, actualmente adolece de sustrato jurídico.

Ahora bien, en cuanto a la provisionalidad de la medida cautelar, ha expuesto el Tribunal Constitucional argentino que de conformidad con lo previsto en el artículo 539 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), "los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa". Razona que dicho precepto faculta, incuestionablemente a los órganos judiciales a modificar una situación anterior, sea ésta de libertad o de prisión cuántas veces sea procedente.¹⁵⁵ En este mismo contexto, uno de los argumentos centrales en cuanto a la imposición de la medida cautelar se encuentra relacionado directamente con el concepto de proporcionalidad -como ya se ha referido-, debiendo expresarse por medio de una resolución judicial motivada, motivación que imperiosamente deber ser "suficiente y razonable",¹⁵⁶ comprendiendo la doble excepcionalidad de su imposición, esto es, se debe

¹⁵³ Artículo 340 del Código Procesal Penal.- "Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración".

¹⁵⁴ Artículo 297 del Código Procesal Penal.- "Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

¹⁵⁵ Martínez Galindo, Gema. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Añade que "este Tribunal ha declarado que la libertad provisional, con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal que implica una restricción de la libertad personal, debe ser contrastada con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad (SSTC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; y ATC 312/2003, de 29 de septiembre, FJ 4)."

¹⁵⁶ En cuanto motivación razonable y suficiente, se ha entendido por tal "no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquélla que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego —la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal, en atención a los fines que hemos reseñado, por otro— a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional", en Martínez Galindo, Gema. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

preferir la aplicación de otras medidas cautelares personales y la prisión preventiva siempre debe ser considerada como el último recurso.¹⁵⁷

Concatenando con lo anterior, esto es, la resolución judicial motivada, es que se puede aseverar que es un tema central y latamente discutido en doctrina y jurisprudencia. Más aún, si los problemas de motivación dicen relación con resoluciones que establecen medidas limitativas de derechos fundamentales. Al menos, existe meridiana claridad en que dicho problema de motivación concierne de manera directa a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no al derecho a la tutela judicial efectiva del referido derecho fundamental.¹⁵⁸

A este respecto, en cuanto el deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, útil resulta citar lo expresado por Juan Guzmán Tapia, que al respecto, señaló que *"...es un imperativo constitucional. Hay constituciones de varios estados, cual es el caso de la española y la peruana, que consagran expresamente la obligación de los jueces de fundamentar o motivar sus sentencias. La Constitución española en su artículo 120 N° 3° establece: 'Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública'. La Constitución Política del Perú, de 1993, por su parte, dispone en su artículo 139: 'Son principios y derechos de la función jurisdiccional:... N° 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenten'".*

*El ex magistrado sostiene que en el caso de nuestro país de los artículos 19 N° 3°, inciso 5° (garantías de un racional y justo procedimiento) y 73 de la Constitución (prohibición de revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones) se deduce la clara voluntad del constituyente en cuanto a elevar a nivel constitucional la obligación de los jueces de fundamentar sus fallos. Por su parte, la normativa legal contenida en los artículos 170 y 768 N° 5° del Código de Procedimiento Civil; 500 y 541 N° 9° del Código de Procedimiento Penal, a la cual obviamente hace referencia nuestra Carta Fundamental, resulta explícita en cuanto a la imperatividad de la fundamentación o motivación de los fallos".*¹⁵⁹

Ahora bien, la fundamentación ha de extenderse a la justificación de su legitimidad constitucional, es decir, no sólo debe colmar el deber general de motivación que constituye una garantía a la tutela judicial efectiva de un derecho fundamental. Para esto es necesaria la ponderación de las circunstancias del caso concreto que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión -análisis que a mi juicio incluye elementos del juicio de ponderación a la valoración o fundamentación de las resoluciones judiciales-.¹⁶⁰

Cómo se expresó, la Comisión Interamericana ha señalado que entre los problemas más graves y extendidos en la región se encuentra el uso excesivo de la prisión preventiva, destacando la disfuncionalidad del sistema de enjuiciamiento criminal.

Sin entrar en profundas indagaciones, no puede dejar de mencionarse que la señalada medida cautelar se encuentra en una evidente posición antagónica con el principio de inocencia, principio que se encuentra

¹⁵⁷ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), [fecha de consulta: 22 de junio de 2017]. [Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/83a7e24be2806f065d577c0793d5bc84.PDF>. "En su artículo 6 señala: La prisión preventiva como último recurso.

6.1 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.

6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

6.3 El delinciente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva".

¹⁵⁸ Martínez Galindo, Gema. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

¹⁵⁹ González Castillo, Joel (2006). "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, pp. 93 - 107 [2006].

¹⁶⁰ Martínez Galindo, Gema. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Agrega la autora que "por ello, el análisis de la insuficiencia de motivación desde el enfoque del deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales queda desplazado por un análisis desde la perspectiva del deber más estricto de fundamentación para la adopción de medidas restrictivas del derecho a la libertad, (por todas, SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7; y 29/2001, de 29 de enero, FJ 2)."

reconocido tanto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El hecho de que nuestra Carta Fundamental no la consagre de forma expresa, no obsta que el legislador y los operadores jurídicos deban observarlo como norma suprema, en virtud del artículo 5 inciso 2º de la Constitución, el que establece la obligación de entenderse incorporados a ésta todos los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Se colige de lo anterior, esto es, que la presunción de inocencia pasa a ser un *derecho fundamental*, precisamente en que encuentra su origen en el bloque constitucional de derechos de acuerdo con el mandato preceptuado en la disposición citada¹⁶¹, entendiéndose por bloque constitucional, el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁶²

Es decir, el derecho a la presunción de inocencia¹⁶³ forma parte del bloque constitucional de derechos, porque está expresamente asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tales derechos, de acuerdo al artículo 5º inciso 2º ¹⁶⁴ de la Constitución ya citado, constituyen *límites a la soberanía*, debiendo ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado.¹⁶⁵ Algunos juristas perciben al principio de inocencia como a un axioma jurídico que establece la calidad jurídica de no culpable penalmente, inherente a la persona, condición de derecho que se tiene frente al *ius puniendi*, la cual es una categoría *a priori* de la experiencia y que, por tanto, resulta absurdo que sea probada por quien goza de ella, debiendo ser acreditada su pérdida, con elementos empíricos y argumentos racionales, por los órganos que ejerzan la función represiva del Estado, cuando un individuo lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos que la sociedad ha estimado valiosos dignos de protegerlos con la potestad punitiva de aquel.¹⁶⁶

Como se ha referido con antelación, la presunción de inocencia es una garantía básica y fundamental del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezcan la carga al imputado de probar su inocencia. Refuerza esta idea, el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, donde se establece en su inciso sexto: "*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*".

El propio Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas se sustenta fundamentalmente en el principio de la presunción de inocencia, que como ha afirmado la Comisión, es el punto de partida para cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran bajo prisión preventiva. Asimismo, es dable destacar que en la legislación americana comparada, se llegó al establecimiento de medidas cautelares alternativas, consistentes con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la prisión preventiva, en la mayoría de los códigos procesal penales reformados se estableció un amplio catálogo de medidas cautelares alternativas que representaban limitaciones más

¹⁶¹ La mencionada disposición otorga al principio de presunción de inocencia un rango constitucional, ya que dicha presunción se encuentra consagrada en varios de los tratados de Derechos Humanos suscritos por nuestro país y que se encuentran vigentes, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, la cual en su artículo 11 dispone que "*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*". En el mismo sentido, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: "*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*". En términos similares trata el tema la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, párrafo I, determina: "*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad*". A su turno, el Código Penal tipo para América Latina, en su número XI establece: "*La persona sometida a proceso penal se presume inocente en cuanto no sea condenada*".

Por último, el artículo 4 del Código Procesal Penal señala "*Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme*".

¹⁶² Reyes Molina, Sebastián "Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno", Revista de Derecho, Vol. XXV - N° 2 - Diciembre 2012, P. 230.

¹⁶³ Expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2), la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana (Art. 8.2).

¹⁶⁴ Señala la referida disposición: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*".

¹⁶⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

¹⁶⁶ Jara Muller, Juan Javier (1999). Principio de Inocencia: El Estado Jurídico de inocencia del Imputado en el modelo garantista del Proceso Penal. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. ago. 1999, vol.10 supl. [citado 01 marzo 2017], p.41-58. Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000100007&script=sci_arttext.

tenues a los derechos del imputado, con el fin de ser una respuesta intermedia entre la privación de libertad y la inexistencia de medidas para asegurar los objetivos del proceso.¹⁶⁷

En la doctrina italiana Chiovenda fue uno de los primeros en reparar sobre esta característica. Señalaba el profesor romano que en la medida provisional es necesario pues distinguir su justificación actual, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última. La medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de la ley: si después, por ejemplo, esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada con la medida provisional se manifiesta como una voluntad que no habría debido existir. La acción aseguradora es, pues, ella misma una acción provisional. Por su parte, para Calamandrei la cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice, con la cláusula *rebus sic stantibus* [...]) sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar, con la calificación de definitiva.¹⁶⁸

Evidentemente, la libertad personal constituye un derecho fundamental, que se ve gravemente afectado por la imposición de una medida cautelar personal en el marco de un proceso penal. Útil al efecto resulta proporcionar una definición de derechos fundamentales: *"conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos."*¹⁶⁹ Estos derechos, que como se precisa, emanan y son fundados en la dignidad humana, por eso se habla de su *"fundamentalidad"*, en la medida que constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía, vale decir, del poder público del Estado, de sus órganos constituidos y de sus agentes de ejercicio, como lo explicita la propia Constitución Chilena en la frase inicial del artículo 5° inciso 2°. ¹⁷⁰ Los derechos fundamentales no son establecidos por el ordenamiento jurídico estatal, sino que son preexistentes y provienen de la dignidad. En este mismo orden de consideraciones, resulta útil citar lo expresado por el informe del fondo N° 2-97 de la Comisión, en relación a la presentación de un grupo de peticionarios. Razona la comisión que la situación jurídica de una persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad, y que la prisión preventiva constituye un problema serio en varios de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos. ¹⁷¹

Asimismo, la Comisión Interamericana ha considerado, en primer término, que el uso excesivo de esta medida es contrario a la esencia misma del Estado democrático de derecho¹⁷² y que la instrumentalización de esta medida cautelar personal como forma de justicia expedita, de la que eventualmente resulta una suerte de pena anticipada, es abiertamente contraria al régimen establecido por la Convención y la Declaración Americanas, y a los principios que inspiran a la Carta de la Organización de los Estados Americanos.¹⁷³ En términos de jurisprudencia de la Corte Interamericana, como ya se trató anteriormente,

¹⁶⁷ Duce y Riego. Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina, evaluación y perspectivas. pág. 26.

¹⁶⁸ Marín González, Juan Carlos. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal chileno.

¹⁶⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia.

¹⁷⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia.

¹⁷¹ Razona la Comisión en el mencionado informe, que los presos preventivos sufren un tremendo impacto psicológico y emocional, además de la separación forzada de su comunidad y de su familia, con la consecuente pérdida de ingresos. Aprecia la gravedad de esta medida y de la importancia de dotarla de las máximas garantías a fin de evitar su uso indiscriminado y abusivo. Informe del fondo N° 2-97, Jorge Luis Bronstein y otros (1997). [fecha de consulta: 28 de junio de 2017]. [Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>].

¹⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa 23/13 – CIDH culmina 147º periodo ordinario de sesiones.

¹⁷³ A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado *"absolutamente inaceptable, que de hecho, la prisión preventiva se transforme en la forma usual de administración de justicia, sin debido proceso, juez y sentencia"*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana,

vale tener especialmente en consideración la sentencia del caso Suárez Rosero, como pionera, y la sentencia del caso Chaparro Álvarez, las que han efectuado un interesante análisis sobre la prisión preventiva, lo que también ha sucedido con las resoluciones de la Comisión, todo esto como una respuesta a la tendencia actual en Latinoamérica hacia un desarrollo expansionista de la prisión preventiva como mecanismo de garantía hacia la protección de la seguridad ciudadana, utilizada como el principal instrumento de prevención general y especial de la criminalidad, lo que en mi juicio, sin duda alguna se evidencia como un retroceso.¹⁷⁴

Relacionado con lo anterior, merece especial atención el fenómeno del **Neopunitivismo**, concepción que se traduce en la negativa de la criminalidad por causas sociales, lo que invierte el orden de las políticas criminales, determinando como corolario que aplica una mayor represión en vez de agotar las instancias de mejoramiento de las políticas sociales. En palabras simples, impone políticas de "*mano dura*", siendo una concepción muy arraigada en Latinoamérica. Asimismo, constituye una corriente que impone una crítica a quienes analizan los factores sociales asociados a la delincuencia, en la convicción que dicha postura conlleva la justificación de los actos criminales. En consecuencia, plantea la extensión de la prisión preventiva con la justificación de la seguridad de la sociedad, determinando que tenga una aplicación general y no excepcional, lo que evidentemente implica un retroceso en la modernización de los sistemas procesales penales de Latinoamérica, regresando al sistema inquisitivo de antaño. Critica esta postura desde la óptica procesal a instituciones como la presunción de inocencia, derecho a defensa y en general, las garantías procesales establecidas en favor del imputado frente al *ius puniendi* estatal, fenómeno que sin duda alguna debe ser objeto de atención.¹⁷⁵

2.3.- Criterios de interpretación y principios convencionales, constitucionales y legales.

a. Control de convencionalidad y su aplicación.

a.1.- Cuestiones generales.

Se debe partir señalando que, así como la idea de globalización o mundialización del derecho constitucional toma fuerza a través de la vinculación del derecho internacional de los derechos humanos con la nueva organización jurídica internacional que responde a criterios y estándares comunes que permiten reconocer y respetar la dignidad de la persona, y derechos fundamentales como la libertad, igualdad y solidaridad.

En este orden de ideas, se debe tener a la vista que la consolidación de este derecho interamericano viene a limitar la actuación de los propios jueces, esto porque integró los sistemas de justicia locales dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Y esto se logra en virtud del ejercicio voluntario de soberanía, el que se encuentra representado por la decisión de un Estado de convertirse en Parte de un tratado internacional de derechos humanos, lo que evidentemente representa algunos costos; y el alcance de los mismos estará determinado por el grado de injerencia que los Estados estén dispuestos a aceptar por parte del sistema del que han decidido formar parte voluntariamente.¹⁷⁶

OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 Rev. 1, adoptado el 7 de octubre de 1999. (en adelante "*Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*"), Cap. VI, párr. 224. En este sentido, la Carta Democrática Interamericana expresamente señala que "*la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia*".

¹⁷⁴ Lobet Rodríguez, Javier (2009). La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 114-148, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México, [fecha de consulta: 13 de junio de 2017]. [Disponible en: www.redalyc.org/pdf/2932/293222968006.pdf]. Agrega que "*Latinoamérica actualmente ha visto que se ha agudizado la problemática de la seguridad ciudadana, relacionada con la delincuencia convencional, en particular los delitos violentos y los delitos en contra de la propiedad. La problemática del aumento del crimen y las causas del mismo es difícil de ser esclarecida, debido a su carácter multicausal. Desde la perspectiva neopunitivista se han atribuido en forma demagógica las causas del aumento a la delincuencia violenta y contra la propiedad al exceso de garantismo de los códigos procesales aprobados*".

¹⁷⁵ Lobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano.

¹⁷⁶ Tojo, Liliana. La implementación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: comentarios en torno al caso "Corte Primera de lo Contencioso Administrativo", p. 94 y 95, citando Sentencia de 18 de diciembre de 2008 de Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. República Bolivariana de Venezuela. Expediente N° 08-1572. [fecha de consulta: 13 de junio de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23679.pdf>].

Es menester tomar en consideración que se ha ido evidenciando un desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos en las legislaciones internas, el que paulatinamente ha ido influenciando en la modificación de diversas instituciones locales con el objeto de adaptarlas al nuevo esquema de justicia y protección de los derechos humanos.¹⁷⁷ Aunque debe decirse que este desarrollo, también se ve enfrentado a fenómenos como el recién referido neopunitivismo, o con corrientes que tienen relación con el llamado margen de apreciación nacional o la prevalencia de la normativa interna, que de alguna forma pretenden que no se lleve a cabo la globalización o mundialización del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado que la actuación de la Corte Interamericana ha tenido un rol decisivo para la evolución y concreción de un derecho común latinoamericano –acorde al proceso globalización del derecho constitucional–, rol que además se manifiesta en la consolidación de un constitucionalismo global, teniendo una importante incidencia en procesos socio-políticos.¹⁷⁸ A su vez, resulta evidente que el derecho internacional y el derecho interno tienen formas diversas de asumir la obligatoriedad de una resolución de un tribunal internacional, esto por cuanto, en la perspectiva del derecho internacional son regularmente obligatorias, mientras que lo que ocurre en el derecho interno, será objeto de análisis.¹⁷⁹ Resulta preciso detenerse en este punto. La *obligatoriedad* de las decisiones de la Corte Interamericana se encuentra contenida en el artículo 68 de la Convención, en la sección tercera relativa a procedimiento¹⁸⁰.

Resulta primordial considerar que el consentimiento es la base para la generación de obligaciones en el derecho internacional. No hay fuente jurídica que no radique su fuerza vinculante y obligatoriedad en este elemento central del ordenamiento jurídico internacional.¹⁸¹ Reafirman este carácter obligatorio los artículos 1 y 2 de la Convención, en atención a que establecen el compromiso de los Estados Partes de respetar los derechos y las libertades y garantizarlos y en caso de no verse garantizados, la obligación se adoptar disposiciones de derecho interno.¹⁸²

Estas normas se encuentran apoyadas por otras disposiciones de carácter general de derecho internacional, las que permiten fundamentar la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte Interamericana. Conviene considerar el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, norma que establece la necesidad imperiosa de que el Estado cumpla con lo que está contenido en un tratado, incluso cuando aquél tratado se encuentre en oposición con una norma interna, aunque sea constitucional.¹⁸³ Naturalmente, la *eficacia jurídica* de las sentencias judiciales constituye un elemento esencial para la credibilidad de una Corte. Más aún, tratándose de la Corte Interamericana, ya que a su

¹⁷⁷ Hitters, Juan Carlos (2007). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). [fecha de consulta: 04 de julio de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a27772.pdf>].

¹⁷⁸ Parra Vera, Oscar (2014). El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al "empoderamiento institucional.[fecha de consulta: 14 de mayo de 2017]. [Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/18.pdf>].

¹⁷⁹ Bandeira Galindo, George (2014). El Valor de la Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 255. [fecha de consulta: 14 de mayo de 2017]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.255-274.pdf].

¹⁸⁰ "Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

¹⁸¹ Benavides Casals, María Angélica (2015). El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos, pág. 145. [fecha de consulta: 14 de mayo de 2017]. [Disponible en: revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/15380].

¹⁸² "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁸³ Bandeira Galindo, George. El Valor de la Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 257.

respecto existe la imperiosa necesidad de que sus decisiones sean criteriosas y objetivas, con la finalidad que sus resoluciones sean respetadas por los Estados parte. Lógicamente, asociado al concepto de eficacia jurídica se encuentra vinculado estrechamente el concepto de la *seguridad jurídica*, que se ha comprendido como un principio de derecho basado en la certeza del derecho, la que se desarrolla tanto en el ámbito del conocimiento como de su aplicación, representado la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto y lo prohibido, lo mandado y permitido por el poder público, al momento de desarrollar las actividades públicas y privadas.¹⁸⁴ Sin embargo, resulta frecuente encontrar opiniones en doctrina que sostienen que el concepto de seguridad jurídica es uno de los más ambiguos e imprecisos en el Derecho, pero se adoptará la definición señalada.¹⁸⁵

La eficacia jurídica debe entenderse como la posibilidad de que un sistema jurídico se adecue al fin o propósito que motivo su origen. Implica el hecho de que "*las normas del orden jurídico s[ea]n obedecidas, y su sentido deriva de considerar al Derecho como una técnica destinada a provocar cierto comportamiento.*"¹⁸⁶ En cuanto a los efectos, resulta pertinente detenerse brevemente. La eficacia vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana encuentra sustento en los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposiciones que le otorgan un carácter de definitivo e inapelable al fallo, estableciendo la obligación de los Estados Partes en la Convención a cumplir la decisión.¹⁸⁷ Es decir, no procede a su respecto medio de impugnación alguna, ni tampoco puede ser revisado por ninguna autoridad nacional, siendo en este sentido, una norma de derecho internacional que las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe, estando vedado invocar el derecho interno para evitar su cumplimiento.

Seguido de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Interamericana puede tener dos efectos evidentemente distinguibles: cosa juzgada –efecto inmediato y directo entre las partes en un caso particular– y la cosa interpretada –efecto *erga omnes*–. En el caso del efecto *inter partes* o *res iudicata*, se debe señalar que se debe cumplir de manera pronta, íntegra y efectiva con todo lo determinado en la sentencia interamericana, es una obligación del Estado, la que emana de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana. En el caso de la eficacia *erga omnes* o *res interpretata*, tiene relación con que lo fallado irradia hacia todos los Estados Parte de la Convención, estableciéndose de esta manera una vinculación con el criterio interpretativo establecido por la Corte Interamericana, obligación que emanan de los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; haciendo presentar que conforme al art. 69 de la Convención, la sentencia no es solo notificada a las partes, sino que también es puesta en conocimiento de todos los Estados Parte.¹⁸⁸

En cuanto a la jurisdicción de la Corte de conformidad a lo preceptuado en el artículo 62 de la Convención¹⁸⁹ establece que la jurisdicción de la Corte es facultativa, es decir, los Estados Parte pueden

¹⁸⁴ Moliner Tamborero, Gonzalo (2013). La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación. [fecha de consulta: 15 de mayo de 2017]. [Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/documento/tribuna.pdf?id=4786>.], pág. 7. A propósito de este concepto, el profesor Moliner ha señalado en el mismo artículo "que este principio viene recogido con carácter general en el artículo 9.3 de la Constitución (Española) cuando dispone que la misma «garantiza» junto al principio de legalidad, el de jerarquía de las normas, su publicidad, etc., también «la seguridad jurídica». Y ha sido reiteradamente analizado por el Tribunal Constitucional para llegar a un concepto del mismo que la STC 234/2012, de 13 de diciembre, con cita de la STC 136/2011, de 13 de septiembre, según el cual este principio debe entenderse como «la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STS 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo FJ 4)".

¹⁸⁵ Oliver Calderón, Guillermo (2009). Seguridad jurídica y derecho penal. [fecha de consulta: 23 de abril de 2017]. [Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej11/OLIVER%2014.pdf>]. Agrega el autor que son diversas las definiciones que se dan por los autores de la seguridad jurídica, entre ellas la de Sáinz Moreno que expresa que es "la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro. Es, pues, la cualidad del ordenamiento que permite a cada cual orientar su vida en el mundo jurídico en base al conocimiento de la calificación jurídica que cada supuesto de hecho, real o imaginado, va a recibir, previsiblemente, del mismo".

¹⁸⁶ Rodríguez Rescia, Víctor Manuel (1997). La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 81. [fecha de consulta: 17 de mayo de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12835.pdf>].

¹⁸⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res iudicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). [fecha de consulta: 22 de junio de 2017]. [Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200017].

¹⁸⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana.

¹⁸⁹ "Artículo 62.

aceptarla o no, sin embargo, una vez aceptada, lo hacen en el entendido que es obligatoria de pleno derecho. Asimismo, esta aceptación incluye todos los derechos consagrados en la Convención, con la sola salvedad de aquellos casos en que los Estados hayan formulado alguna reserva de conformidad al artículo 75 de la Convención¹⁹⁰. Naturalmente, en términos de competencia, la Corte Interamericana conoce de la violación de derechos contenidos en la Convención, y determina mediante sus resoluciones fundadas la responsabilidad del Estado, determinación que mantiene absoluta independencia de la autoridad interna que haya sido la causante de la violación, recogiendo con esto un principio general de responsabilidad del Estado.

Es decir, la competencia de la Corte Interamericana dice relación con el conocimiento de cualquier caso relacionado con la aplicación o interpretación de las disposiciones de la Convención.¹⁹¹ A su turno, también relevante de mencionar en esta parte, que las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana forman parte de la competencia que le fue otorgada en virtud de la Convención, la que se encuentra referida a la facultad de los Estados Parte de consultar acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos.¹⁹²

Como se ha señalado reiteradamente, resulta innegable la importancia interpretativa que se le ha otorgado a la competencia consultiva a la Corte Interamericana. En consecuencia, resulta de gran importancia considerar que la Corte busca cumplir con su propósito, el cual es precisamente conocer de casos relativos a la validez o interpretación de las normas convencionales con la finalidad de determinar si hubo infracción o violación a los derechos y libertades en ella garantizada, estableciendo en caso de vulneración todas aquellas medidas que permitan o garanticen al afectado volver a gozar del derecho o libertad conculcado; y si lo amerita, que se proceda a la reparación de las perniciosas consecuencias y al pago de una justa indemnización, según lo han prevenido los artículos 62 y 63 de la Convención.¹⁹³

Señalado ello, es pertinente agregar que la Corte Interamericana ha dejado en claro que no se ocupa de los casos de jurisdicción doméstica de los Estados Partes, toda vez que no se constituye en una nueva instancia del proceso interno de cada país, toda vez que su rol es de mayor importancia y relevancia, rol que implicar ser el protector de los derechos humanos -conjuntamente con la Comisión forman parte de este sistema de supervisión-, siendo su tarea la de inspeccionar si los países han o no violado las normas convencionales sujetas a su competencia.¹⁹⁴

a.2.- Control de Convencionalidad.

En el ámbito del derecho internacional, el control de convencionalidad constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional -Corte Interamericana de Derechos Humanos- para que éste determine cuando los Estados Parte, a través de sus normas u actos vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional, a la que se le ha dotado de jurisdicción vinculante,

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene la competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial".

¹⁹⁰ Rodríguez Rescia, Víctor Manuel. La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 8.

¹⁹¹ Ugarte Boluarte, Krúpskaya Rosa Luz (2015). La competencia en los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: aspectos generales. [fecha de consulta: 23 de mayo de 2017]. [Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157772.pdf>].

¹⁹² **Artículo 64. 1.** Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

¹⁹³ Rodríguez Rescia, Víctor Manuel. La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 11.

¹⁹⁴ Hitters, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad).

cuyas decisiones irrecurribles constituyen obligaciones de resultado para los Estados Parte, como asimismo, para cada uno de los órganos y agentes estatales que lo integran, entre ellos sus jueces.¹⁹⁵

También se ha dicho por Cardoso -citado por Aguilar- que "el control de convencionalidad es, en líneas generales, un proceso de verificación de la (in) compatibilidad de los actos internos y normas jurídicas de un Estado en relación a los tratados internacionales de los cuales es parte". Agrega Aguilar que "el control de convencionalidad consiste, en sus aspectos básicos, en la obligación que tendrían los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de todos sus órganos y especialmente sus jueces, de velar por el respeto y cumplimiento de las obligaciones convencionales que el Estado habría contraído y asumido al ratificar la CADH, teniendo especialmente presente su preámbulo, las obligaciones generales que emanan de sus artículos 1º y 2º, el carácter de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de intérprete auténtico y final de la Convención, determinado por su artículo 62, como en el caso particular de Chile, de la expresión de voluntad del Estado de Chile en el Decreto Promulgatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos N° 873 de Relaciones Exteriores del 23 de agosto de 1990, letra b), que sostiene: "El gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62".¹⁹⁶

Pertinente es citar lo señalado por el artículo 1º de la Convención, disposición que determina para los Estados Parte la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos asegurados por ella:

"1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

Naturalmente, la aplicación del control de convencionalidad en sede internacional sólo se realiza cuando las decisiones judiciales en materia penal internas son contrarias a las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Conviene señalar que se ha afirmado que el control de convencionalidad es una emanación del constitucionalismo global; el que a su turno, respondería a tres pilares fundamentales: democracia, derechos humanos y Estado de derecho. El constitucionalismo global responde a un ideal de estado abierto al razonamiento jurídico global, poniendo énfasis en los derechos humanos, lo que por consecuencia debe crear un nuevo derecho público, construcción que debe basarse por medio del derecho internacional de los derechos humanos y del uso del derecho comparado¹⁹⁷.

Lógicamente, lo referido tiene como consecuencia un cambio en la comprensión de uno de los conceptos fundamentales en derecho, como lo es la soberanía, lo que por razón obvia genera un cambio de paradigma en el derecho público. Lo dicho, enfocado a nuestra realidad, tiene un reconocimiento jurisprudencial por nuestro Tribunal Constitucional, que a propósito del caso de Rodrigo Ubilla Mackenney, relativo a la utilización de correos electrónicos, reconoció la existencia de un constitucionalismo global, el que asimila al derecho constitucional común.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. Las Bases de la institucionalidad, realidad y desafíos. Reflexiones jurídicas en torno al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: su sentido y alcance y su posible perfeccionamiento por reforma constitucional, pág. 137.

¹⁹⁶ Aguilar Cavallo, Gonzalo (2016). Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile. [fecha de consulta: 15 agosto de mayo de 2017]. [Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/4494/3224>. Pp. 113-166, en especialmente p. 119.

¹⁹⁷ Proporciona el autor una definición de constitucionalismo global, la que indica que "en esta línea, Miguel Carbonell remarca —correctamente a nuestro entender— que "la noción misma de 'constitucionalismo global' indica la necesidad de prescindir de las fronteras, al menos tal y como se las entiende actualmente, para avanzar hacia una protección universal de los derechos fundamentales [...]". La cuestión de la mundialización o globalización del derecho no es igual que la internacionalización del derecho. La mundialización o globalización del derecho se plantea en un contexto mucho más amplio y no se limita a las influencias del derecho internacional, sino que también engloba los efectos de la mundialización y de sus mecanismos, sobre los órdenes jurídicos nacionales". Aguilar Cavallo, Gonzalo. Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile. Pp. 113-166, en especialmente p. 119. Disponible en <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/4494/3224>.

¹⁹⁸ Atingente a lo expuesto, el autor cita el fallo señalado. "No obstante, hay, sin duda, un derecho constitucional común o un 'constitucionalismo global'. Hay normas que son universales, que tienen autoridad moral. Sin embargo, esta magistratura no puede

De la misma manera, este cambio de paradigma implica una evolución desde el derecho formal hacia un derecho basado en valores fundamentales, entre los que están los derechos humanos. De lo dicho, se ha postulado el nacimiento de un *ius constitutionale commune interamericanum* el que corresponde a un derecho común en América derivado de la interacción y convergencia de los derechos humanos, liderado por la Corte Interamericana, el que tendría por objeto establecer un estándar mínimo de protección y garantía de los derechos fundamentales, orientado por el principio *pro homine*, como guía de determinación.¹⁹⁹ Asimismo, se ha señalado que con la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, se dio inicio por parte de la Corte Interamericana de este enfoque jurisdiccional y convencional, y en virtud del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, se estableció un control de convencionalidad difuso.²⁰⁰

Para finalizar lo señalado respecto del control de convencionalidad, que se señale que es difuso tiene como consecuencia que: *"primero, todos los órganos del Estado parte, incluidos los jueces de todos los niveles, están obligados a velar por que los efectos de la Convención no se vean afectados por la aplicación de normas jurídicas internas contrarias a su objeto y fin, concretando un control de convencionalidad de estas últimas. Segundo, este control de convencionalidad debe ser efectuado por los órganos internos y los jueces de todo nivel ex officio, otorgándole un efecto útil y efectivo a la Convención Americana de Derechos Humanos. Tercero, en dicho control de convencionalidad debe considerarse no solo el tratado, sino la interpretación que de este realiza la Corte IDH como intérprete auténtico y final. Cuarto, los órganos internos, incluidos los jueces, deben efectuar dicho control dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales vigentes. Quinto, en el control de convencionalidad no se aplica solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino el corpus iuris vinculante para el Estado parte en virtud del artículo 29 de la cadh. Y, sexto, dicho control de convencionalidad debe hacerse adecuándose a los principios establecidos por la Convención y las garantías judiciales que operan en la materia".*²⁰¹

Ahora bien, vale razonar en esta parte, que respecto del caso que es objeto de análisis no se ha recurrido a la Corte Interamericana para que determine que el Estado chileno ha vulnerado el derecho convencional. Diferente ha sido la situación de los casos de condenados y su situación de vulneración de derechos humanos, o en aquellos casos de abusos de detenciones y privaciones preventivas, las que sí han sido denunciadas a la Corte Interamericana. Tampoco, como se verá en los fallos analizados, no se realiza por tribunales ordinarios ni por las Cortes el control de convencionalidad difuso.

Con la intención de aventurar una explicación, a mi juicio, el hecho de no haberse requerido a la Corte Interamericana obedece a dos situaciones; una primera dice relación con la duración de la prisión preventiva en el caso analizado, la que es bastante breve, puesto que sólo se extiende por unos días desde su imposición hasta la fecha de realización de la audiencia de juicio oral simplificado, y una segunda hipótesis a mencionar, es que dicha resolución que impone la prisión preventiva tiene sustento legal, es decir, una norma que aparentemente la autoriza en forma expresa. Lo dicho demuestra claramente que el

utilizar el derecho constitucional extranjero como parámetro para resolver un asunto sometido a su conocimiento. Como recién señalamos, sólo puede servir para ilustrar, proporcionar argumentos y transmitir experiencias, además de establecer comparaciones". Tribunal Constitucional de Chile, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, subsecretario del Interior, respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley 20.285, de 2008, sobre acceso a la información pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados "Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia", de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 6704-2011, Rol N° 2153-11, sentencia de fecha 11 de septiembre de 2012, considerando 8°". Aguilar Cavallo, Gonzalo. Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile.

¹⁹⁹ Aguilar Cavallo, Gonzalo. Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile.

²⁰⁰ El autor realiza un cita del fallo señalado resultando útil al efecto: *"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".* Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), para. 124. Aguilar Cavallo, Gonzalo. Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile.

²⁰¹ Aguilar Cavallo, Gonzalo. Constitucionalismo global.

caso expuesto no parece ser de sencilla resolución, ya que simula encontrarse dentro del margen de la legalidad, como lo ha reiterado la Corte, siendo en el caso específico sólo discutible su arbitrariedad, a la que se ha reconducido vía el requisito de la proporcionalidad procesal penal, como se verá más adelante.

a.3. Criterios de interpretación convencional.

En términos de interpretación convencional, rige la materia el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que señala:

"Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."*

En materia de interpretación de las normas de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha observado las directrices de interpretación establecidas en este precepto, y en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Cabe señalar que la Conferencia Preparatoria de la Convención Americana adoptó esta disposición por sobre lo establecido en el artículo 31²⁰² de la Convención de Viena, el que establece las reglas generales de interpretación, esto es, la buena fe conforme al sentido corriente atribuido a los términos del tratado en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.²⁰³

Los cuatro criterios interpretativos establecidos en el citado precepto, deben ser interpretados de manera de no restringir ni limitar los derechos y garantías establecidos y reconocidos por la Convención Americana, lo que redundaría, en que el criterio general de interpretación que ordena esta disposición es en favor del ejercicio y goce de los derechos y libertades reconocidas en la propia Convención, lo que es conocido como el principio *pro homine*. Este sistema de interpretación se diferencia del establecido en la Convención de Viena, que dispone que los tratados deben interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado. Esta diferencia debe tenerse presente, ya que los tratados sobre derechos humanos se diferencian de los tratados internacionales clásicos.²⁰⁴

Respecto al *principio pro homine*, éste ordena que siempre deba prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Dicho de otra manera, siempre debe elegirse, al interpretar la Convención, la alternativa más favorable para la tutela de los derechos de la persona.²⁰⁵

²⁰² Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;*

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*

- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*

- c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".

²⁰³ Comune Josefina y Luterstein Natalia (2012). Normas de interpretación. [fecha de consulta: 23 febrero de 2017]. [Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/029-comune-luterstein-interpretacion-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>].

²⁰⁴ Comune Josefina y Luterstein Natalia. Normas de interpretación.

²⁰⁵ Comune Josefina y Luterstein Natalia (2012). Normas de interpretación.

Se ha definido este principio como *"un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos de suspensión extraordinaria. El principio coincide con el rasgo fundamental de derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre"*.²⁰⁶ Incluye una interpretación maximizadora del sistema, que implica dar preferencia a la interpretación que de mejor forma despliegue la eficacia jurídica de la norma, optimizando la aplicación de los derechos fundamentales.²⁰⁷

En este sentido, se ha afirmado que este principio debe ser considerado una directriz de preferencia de normas, lo que implica que imponga una modificación a la jerarquía de normas. No obstante lo anterior, también se ha sostenido que en ocasiones se descarta su aplicación para aquellos casos en que las circunstancias fácticas no correspondan a la normativa que se busca aplicar.²⁰⁸ Por otra parte, cabe señalar que el principio *pro homine* además constituye uno de los criterios de interpretación de los derechos humanos.

Finalmente cabe referir que el principio *pro homine* es uno de los criterios fundamentales en materia de interpretación de derecho fundamentales, junto con la progresividad, optimización, entre otros.

b. Prevalencia de la normativa interna.

En abierta contraposición al control de convencionalidad, a propósito de la sentencia de la Corte en el Caso *Aspitz Barbera y otros vs. Venezuela*, presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "denunciaba las violaciones a la Convención contenidas en los procedimientos de destitución de dos jueces y una jueza de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por vulneración al debido proceso, condenando al Estado venezolano a indemnizar, a reintegrar, la publicación de la sentencia en el diario oficial y la adecuación de la legislación interna, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la resuelve "[...]versa sobre el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre esta Convención Internacional y la Constitución Nacional[...]".

*Los argumentos de esta decisión parten de destacar la naturaleza coadyuvante o complementaria –tal como está expresado en el Preámbulo de la Convención Americana– de la protección internacional, de la que se desprende que no puede excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno. En esta línea destaca que el texto constitucional en su artículo 23 no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango "supraconstitucional", por lo que en caso de antinomia entre éstos y la Constitución el Poder Judicial debe determinar cuál sería la aplicable".*²⁰⁹

La sala constitucional cuestiona la decisión de la Corte, indicando que frente a una supuesta –como la califica la propia sentencia– violación de derechos, dicta pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial, avanzando sobre competencias exclusivas del Tribunal Supremo de Justicia y le da directrices al Poder Legislativo para que dicte normas vinculadas con la carrera judicial y la estabilidad de los jueces. Finalmente, se inclina por declarar la inejecutabilidad del fallo.

²⁰⁶ Bahena Villalobos, Alma Rosa (2015). El Principio Pro Persona en El Estado Constitucional y Democrático De Derecho. [fecha de consulta: 15 enero de 2017]. [Disponible en <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/viewFile/140/134>.

²⁰⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos fundamentales y garantías constitucionales, tomo 1, Librotencia, p. 243. Agrega el autor que este principio "siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca o garantice, optimizando los derechos humanos. EN caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que informan".

²⁰⁸ Comune Josefina y Luterstein Natalia. Normas de interpretación.

²⁰⁹ Tojo, Liliana. La implementación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: comentarios en torno al caso "Corte Primera de lo Contencioso Administrativo", p. 94 y 95.

c.- Bloque de constitucionalidad.

Constituye una aportación fundamental a la justicia constitucional, ya que permite enriquecer los debates sobre la justicia constitucional al trabajar con la idea de que una Constitución puede tener mayor densidad y extensión que la que resultaría de la lectura simple de su articulado, y que se integraría también por los tratados internacionales de derechos humanos. De este modo, la propia Constitución comparte su calidad con otros textos normativos.

El *bloque constitucional de derechos fundamentales* en Chile está conformado por disposiciones de la constitución formal referentes a derechos, como asimismo por la cláusula de reenvío del artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental a los atributos y garantías de derechos asegurados por normas de derecho internacional que se adjuntan como constitución material ya que constituyen una sola unidad o bloque de derechos fundamentales que obtienen su calidad de "*fundamentalidad*" en su derivación como atributos de la dignidad de la persona humana, los cuales tienen la aptitud y fuerza normativa para irradiar y orientar la totalidad del sistema jurídico nacional. La norma constitucional del artículo 5° inciso 2°, actúa como *cláusula de inclusión de la Constitución formal*, la que autoriza la conformación de la unidad entre el propio texto formal de la Constitución en materia de derechos fundamentales y los *atributos y garantías derechos que se aseguran* por el derecho convencional internacional y el derecho consuetudinario internacional, como asimismo por las normas imperativas de *ius cogens*, cualquiera sea la fuente en que dichas normas imperativas estén contenidas, como también por la deducción de contenidos del sistema constitucional formal, que posibilita el aseguramiento de derechos implícitos o no enumerados, los cuales son explicitados por vía jurisprudencial, como ha ocurrido en el caso chileno y en el derecho comparado europeo y latinoamericano.²¹⁰

d.- Rol del juez ordinario en la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se ha afirmado que el juez nacional es el juez natural de la Convención, pesando sobre él su aplicación e interpretación. En otras palabras, es el intérprete y aplicador de Corpus Iuris Interamericano, conociendo antes el asunto contencioso, teniendo la Corte Interamericana un rol subsidiario, asumiendo además la obligación de aplicar la jurisprudencia de la Corte, en caso de que exista, sobre la materia sometida a su conocimiento, la que tiene un carácter vinculante. Se sostiene que si no aplica la interpretación fidedigna y final de la Convención (artículos 62 y 64 Convención Americana) produce el riesgo de la condena del Estado Parte por violación de derechos humanos, siendo el acto responsable de tal vulneración el de un tribunal nacional. Y es más, se señala que también está obligado a aplicar los métodos de interpretación desarrollados por la Corte Interamericana, la interpretación evolutiva, la interpretación dinámica, el principio favor persona; el principio de progresividad; el principio de ponderación; todo lo que constituye una fuente de ampliación de su poder creador de derecho.²¹¹

Sin embargo, al menos lo que se puede apreciar en la realidad chilena, la labor que vienen desarrollando los tribunales nacionales en el ejercicio del control de convencionalidad, ha estado marcada por la discusión de cuestiones relativas a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, y por la influencia de la doctrina del margen de apreciación nacional, lo que finalmente lleva a la inaplicación del control de convencionalidad interno, en sede de tribunales ordinarios de justicia.

Esta doctrina del margen de apreciación nacional constituye un criterio de interpretación utilizado por los tribunales nacionales que les otorga un margen en cuanto a la interpretación de las disposiciones de la Convención, teniendo sustento en el derecho nacional.²¹² También se ha señalado, que es un concepto desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que otorga un espacio o ámbito de discreción y de maniobra a los Estados respecto a la forma en la que cumplen con las

²¹⁰Nogueira Alcalá, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia, p.312.

²¹¹ Las Bases de la institucionalidad, realidad y desafíos, p. 139.

²¹² Barbosa Delgado, Francisco (2012). El margen nacional de apreciación el Derecho Internacional de los derechos Humanos: entre el Estado Derecho y la sociedad democrática. [fecha de consulta: 15 mayo de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf>].

obligaciones o estándares contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, considerando sus propias circunstancias y condiciones particulares.²¹³

e.- Criterios de interpretación en material penal.

e.1.- Interpretación Judicial.

Se le ha denominado la "*verdadera interpretación*", básicamente porque es la única que produce efectos jurídicos –aparte de la legal o auténtica-, teniendo por objeto la determinación de la ley aplicable a casos concretos. Sin perjuicio de lo anterior, queda de manifiesto su efecto relativo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3o, inciso 2o, del Código Civil, "*las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*". De lo anterior se sigue que la jurisprudencia chilena adolece de fuerza vinculante. No obstante, la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en todo el territorio nacional en el año 2000, determinó un cambio de paradigma, toda vez que se dotó a la Corte Suprema la facultad de anular sentencias cuando "*existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores de justicia*".²¹⁴

e.2.- Interpretación Legal.

Se debe partir de la base de que la interpretación por medio de una disposición legal no agota las posibilidades de interpretación judicial, lo que se puede comprender bajo la siguiente máxima "*la ley interpretativa también será objeto de interpretación*". Se encuentra contemplada en el artículo 3o del Código Civil, el cual al efecto, señala "*sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio*".

En este sentido, se puede analizar que dentro de nuestro Código Penal se han incorporado artículos que implican una interpretación legal contextual, los que tienen por objeto otorgarnos ciertos significados a elementos descriptivos de los delitos. Entre ellos se pueden mencionar el "*artículo 12, N° 1, que define la alevosía; el artículo 132, que define lo que debe entenderse por arma; el artículo 260, que reputa empleados públicos, para el solo efecto de determinados delitos funcionarios, a las personas que señala; el artículo 275 que define las loterías; el artículo 440, N° 1o, que dice cuándo hay escalamiento en los delitos de robo, etc*". A este sentido se debe tener presente que si la interpretación resulta más gravosa al imputado por la dictación de una ley posterior dictada expresamente para tal efecto no le será aplicable, ya que conformidad al artículo 9 del Código Civil se considera -por medio de una ficción- incorporada al texto interpretado.²¹⁵

e.3.- Interpretación doctrinal.

Conocida como *opinio doctorum*, encuentra su valor en el prestigio de los autores que las emiten y la calidad de sus argumentos. Sin perjuicio de que carezca de fuerza vinculante, es considerable su importancia para las decisiones de la jurisprudencia. En materia procesal penal, vale recordar que el antiguo código de procedimiento penal de 1906 contenía en sus numerales 5to y 6to del artículo 500 que establecía para la dictación de sentencias criminales se deben contener "*las razones legales y doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias...*" y "*la cita de las leyes o principios jurídicos en que se funda el fallo*". Similar disposición se encuentra contenida en el art. 342 letra d) Cpp (2000), el cual exige que la sentencia definitiva contenga "*las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo*".²¹⁶

²¹³ Gomez García, Iván (2016). El margen de apreciación nacional. reflexiones críticas en torno a su utilización por el tribunal europeo y la corte interamericana de derechos humanos. [fecha de consulta: 15 enero de 2017]. [Disponible en: <http://portales.te.gob.mx/ccje/sites/default/files/G%C3%B3mez-Garc%C3%ADa-El-margen-de-apreciaci%C3%B3n-nacional.pdf>].

²¹⁴ Politoff, Matus y Ramírez (2004). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición. En este sentido, considerando la interpretación judicial como integrante de la interpretación pública, también se deben considerar como presupuestos de las decisiones de la magistratura las decisiones de los órganos administrativos como la del Director del Servicio de Impuestos Internos, del Administrador de Aduanas, entre otras las que evidentemente pueden producir efectos normativos.

²¹⁵ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General.

²¹⁶ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General. En este sentido, es necesario referir las reglas de interpretación que debe utilizarse en estas materias. Para estos efectos, se debe partir de la base que el derecho penal tiene una

e.4.- Reglas de interpretación.

1.- El sentido literal posible de las normas penales y la interpretación gramatical.

Tiene una relación equivalente a lo que se conoce en la doctrina civil como el elemento gramatical contenido en el artículo 19 del Código Civil, el cual ordena al intérprete a extraer el sentido del precepto legal de su propio texto. Como advirtiese el propio Andrés Bello, el punto de partida de la labor interpretativa subyace en determinar el sentido literal posible. Ahora bien, como se referido con anterioridad, que en materia penal rige el principio de legalidad, lo que se traduce en que frente a la ausencia de norma no se aplica la pena. Esto implica una interpretación restrictiva, la que para este caso se opone directamente a la aplicación de la interpretación extensiva que se encuentra fundada en el espíritu de la ley.²¹⁷ El sentido literal posible de un texto legal se determina con arreglo a tres reglas, contenidas en los artículos 20 y 21 Código Civil:

1o La primera regla dice relación con el uso general de las mismas palabras, es decir, interpretándolas en su sentido natural y obvio, conforme el artículo 20 del Código Civil. A este respecto, nuestra jurisprudencia ha discurrido en que se debe acudir pura y simplemente al Diccionario de la Real Academia Española con la finalidad de buscar el sentido natural y obvio, lo que muchas veces acarrea conclusiones poco satisfactorias, como se ha denunciado, por la evidente discrepancia en entre el significado corriente y el significado legal de las palabras.

2o La segunda regla, también contenida en el artículo 20 del Código Civil ordena que se debe recurrir a las definiciones legales en aquellos casos en que el legislador las haya definido de manera expresa para regular ciertas materias. En este caso será labor del intérprete dilucidar si se trata de una materia a la que dicha definición dada por el legislador resulta aplicable al caso concreto de que se trata, *a contrario sensu*, se deberá volver a la primera regla. Esta regla tiene una relación directa con la interpretación legal.

3o La tercera regla dice relación con entenderlas en su sentido técnico, como lo expresa el artículo 21 del Código Civil, que señala "*las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso*". Un clásico ejemplo de definición técnica es la contenida en la disposición del artículo 10 N° 1 el Código Penal, a propósito del loco o demente, definición que ciertamente debe ser interpretada con apoyo de la psiquiatría y no del sentido que les da el Diccionario o el lenguaje común.²¹⁸

2.- La interpretación teleológica.

En primer lugar, se debe tener presente que la interpretación teleológica necesariamente puede implicar una interpretación extensiva del tipo legal, lo que consecuentemente conllevará a incorporar elementos que se encuentran fuera de su significado y sentido "*natural y obvio*", y aunque dicha interpretación extensiva tenga la mejor intención de proteger de mejor forma el bien jurídico, necesariamente significará un quebrantamiento del principio de legalidad, de las reglas restrictivas de interpretación en materia penal y una violación de la prohibición de analogía. En consecuencia, a nuestro juicio esta forma de interpretación no es naturalmente admitida en materia penal. Sin perjuicio de lo referido, vale señalar que conforme al artículo 19 del Código Civil para interpretar una expresión oscura de la ley se puede recurrir a su intención o espíritu, el que se encuentra manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.²¹⁹ Se utiliza el método sistemático para poder desentrañar la voluntad de la ley expresada, debiendo partirse de la base que en ella misma se utiliza el método sistemático, partiendo de la consideración de que las normas jurídicas forman parte de sistemas que requieren una interpretación armónica. Este concepto se encuentra contenido en el artículo 22 del Código Civil, el que señala: "*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada de una de sus partes, de manera que haya entre*

sujeción estricta al principio de legalidad, debiendo la dogmática ceñirse a aquel, debiendo considerar las palabras y formas en que se describen los tipos penales dentro de la labor descriptiva que realiza el legislador de la conducta que es constitutiva de delito. En esta consideración, el punto de partida que se debe tener en cuenta es el sentido literal de la norma penal. Lo anterior implica que el sentido literal otorgará de un marco a la interpretación, para luego conjugarse las demás reglas de interpretación.

²¹⁷Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General.

²¹⁸Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General.

²¹⁹Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General. En torno a esta consideración, el intérprete ha de buscar la finalidad de la ley o telos, sólo si su expresión es oscura, teniendo presente que ha de primar su literalidad, la que naturalmente no presentará conflictos cuando su sentido es claro. Ahora bien, la labor del intérprete se encuentra dividida en dos vías: objetiva cuando se busca desentrañar la intención o su espíritu, y subjetiva, cuando se acude a la historia fidedigna de su establecimiento.

todas ellas la debida correspondencia y armonía". Lógicamente en materia penal, el carácter teleológico de la interpretación se expresa o se encuentra en directa relación con el bien jurídico protegido, siendo éste el elemento central a considerar al momento de realizar la labor interpretativa.²²⁰

3. Otros criterios de interpretación.

En materia penal, la doctrina ha añadido otros criterios reguladores de la interpretación, entre los cuales, destacan los siguientes:

3.1.- Los criterios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Sin perjuicio de haber analizado el criterio de proporcionalidad en un apartado anterior, su referencia demuestra que constituye un criterio interpretativo. Se ha señalado que *"por una parte, el respeto de la necesaria relación que ha de existir entre medio y fin (aspecto decisivo en la determinación de las penas, pero también, en las causales de justificación y en otros terrenos de la teoría del delito), y, por la otra, que entre diversas opciones, el intérprete debe elegir, si cabe, la menos dañosa"*.²²¹

3.2.- El principio pro reo.

En este sentido, resulta de utilidad afirmar que el propio Andrés Bello admitía la interpretación restrictiva a favor del reo, la jurisprudencia mayoritaria la rechaza fundamentado en lo dispuesto en el artículo 23 del Código Civil al establecer que *"lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación"*, por tanto, cabe concluir que lo preceptuado impide el establecimiento de restricción alguna.²²²

3.3.-La equidad natural.

Aunque resulte de normal ocurrencia que se le asigne un valor de principio supletoria, en virtud de la redacción del artículo 24 del Código Civil, ésta puede adquirir relevancia integrativa en la labor interpretativa, en cuanto su carácter de principio superior de hermenéutica para todo el orden jurídico.²²³

3.4.- Otros recursos de la hermenéutica.

Existe una infinidad de principios que sirven de guía al intérprete para desarrollar su labor, los que no serán detallados en este apartado. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente en este sentido que las normas jurídicas para efectos interpretativos contienen exigencias de consistencia lógica, las que finalmente colaboran con la labor del intérprete.²²⁴

²²⁰Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General. A este respecto, añaden los autores que *"de las distintas posibilidades de interpretación de un elemento del tipo legal sólo pueden tomarse en cuenta aquellas de las que resulta la protección del bien jurídico específico que la ley quiere amparar. Así, no podrá comprenderse dentro del delito de bigamia, del art. 382 Cp, la "renovación" formal de un matrimonio contraído por dos menores de edad sin autorización de sus padres, pues en tal caso, a la luz del bien jurídico tutelado -que es el matrimonio monogámico y que no ha sido afectado por el doble matrimonio entre las mismas personas-, debe el intérprete concluir que el hecho no es materialmente antijurídico"*.

²²¹Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General.

²²²Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Agregan los autores *"no obstante, esta regla no resuelve qué hacer en caso de duda acerca del alcance de la disposición y quizás ésa es la razón por la cual tanto en nuestra propia jurisprudencia como en el derecho comparado la tendencia es a admitir la duda a favor del reo."*

En cambio, su admisión en el derecho penal adjetivo, es indisputada, actualmente, desde que el art. 340 Cpp (2000) pone, como límite para formar la convicción de una sentencia condenatoria, que aquélla vaya "más allá de toda duda razonable" (en el Cpp (1906), similar conclusión se obtiene de la exigencia de una plena convicción contemplada en su art. 456 bis)".

²²³Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General. En relación a este criterio interpretativo, señalan los autores que *"según algunos, se trata de un "principio supletorio" -y así lo señala el artículo 24 del CC al referirse a la "equidad natural", junto al espíritu general de la legislación, "en los casos en que no puedan aplicarse las reglas de interpretación precedentes". Sin duda cabe atribuirle un carácter supletorio, en cuanto no puede servir de pretexto para limitar el principio de reserva legal, que tiene -como hemos visto- el rango de garantía constitucional."*

En tal sentido tienen también aplicación directa en la interpretación de las normas penales los preceptos constitucionales que aseguran como principios reguladores de todo nuestro sistema jurídico el amparo de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona".

²²⁴Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Entre ellos, vale mencionar que se expresan en aforismos tales como: *"non bis puniti in idem (no se puede castigar dos veces por el mismo hecho), que en la interpretación significa también*

Capítulo 3.

1.- Análisis de sentencias derecho interno.

En un primer término, es preciso referir que la intención era realizar un análisis en el periodo comprendido entre los años 2016-2017, Sin perjuicio de lo anterior, sólo se obtuvieron sentencias del año 2016, observándose como fenómeno que las Defensorías Penales dejaron de recurrir de amparo para el periodo del año 2017.

También se debe apuntar que no existe tratamiento doctrinario referente a la problemática planteada. La presente discusión se plantea a nivel jurisprudencial, siendo utilizado el recurso de amparo constitucional por la Defensoría como una especie de correctivo a lo resuelto en judicatura penal. En este sentido, resulta útil recordar que la aplicación de la norma ha presentado dos variantes a saber: la incomparecencia injustificada del imputado a audiencia de juicio oral simplificado, imponiendo la medida en audiencia de control de la detención, cautelar que se mantiene subsistente hasta la fecha de audiencia de juicio oral simplificado efectivo (audiencia que puede tener lugar inmediatamente o dentro de 5to día, si ello no fuere posible, o en una fecha posterior, en el caso de la renuncia de plazos legales); y la segunda hipótesis, en audiencia de juicio oral simplificado en que el imputado no acude injustificadamente encontrándose legalmente obligado, respecto del cual además de decretarse la medida cautelar personal de orden de detención, se impone la medida cautelar de prisión preventiva en carácter de anticipada, imposición que produce el efecto práctico de que una vez controlada la detención del imputado en virtud de la orden emanada, ingresa inmediatamente a dar cumplimiento a la prisión preventiva, sin análisis de los supuestos que autorizan su procedencia, variantes que se analizarán a partir de los fallos que se expondrán seguidamente.

1.1. Exposición y análisis de sentencias de tribunales ordinarios, Cortes de Apelaciones y Suprema.

a.- Fallos que rechazan el recurso de amparo constitucional.

Diversas han sido las argumentaciones expuestas por la Defensa al momento de recurrir de amparo para impedir la aplicación de la prisión preventiva en el contexto de un juicio oral simplificado. Como expresa la sentencia **123-2016** de la Corte de Apelaciones de San Miguel en causa por Amparo deducido por la Defensa, en la que se decretó la prisión preventiva del imputado en audiencia de control de detención del 28 de abril de 2016 hasta la fecha de juicio oral,²²⁵ se plantea que la situación descrita implica una infracción a la normativa constitucional y legal vigente, estimando que la fecha excede el plazo establecido en el inciso final del artículo 393 del Código Procesal Penal ²²⁶en relación con la norma del artículo 395 bis del mismo cuerpo legal, fijándolo dentro de 33 días a contar de la fecha de la resolución. Con dicha resolución, en tanto fijación en un plazo excedido audiencia de juicio e imposición de la medida, se vulnera el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, derecho fundamental reconocido en los artículos 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 14 N° 3 letra c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, agregando que se ha infringido el derecho a la libertad personal consagrado en el art. 19 N° 7 de la Carta Fundamental.²²⁷

que aquel elemento que ya fue considerado para los efectos de la incriminación no puede tomarse en cuenta de nuevo para agravarla; impossibilium nulla obligatio (nadie está obligado a hacer lo que es imposible); infelicitas fati excusat (el destino desgraciado excusa), lo que puede servir para tomar en cuenta la llamada "pena natural" que castigó al delincuente; y el apotegma antes referido, in poenis stridissimo, est interpretatio (al imponer penas se impone una interpretación muy estricta)".

²²⁵Resolución 12° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RUC N° 1500252735-6 de 28 de Abril de 2016.

²²⁶Inciso final artículo 393 "La resolución que dispusiere la citación ordenará que las partes comparezcan a la audiencia, con todos sus medios de prueba. Si alguna de ellas requiriere de la citación de testigos o peritos por medio del tribunal, deberán formular la respectiva solicitud con una anticipación no inferior a cinco días a la fecha de la audiencia".

²²⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 123 del año 2016, de 05 de mayo de 2016. Interesante resulta este fallo, puesto que en el caso en concreto se renunció a plazo legal establecido en el artículo 395 bis del Código Procesal, en cuanto a realizar el juicio inmediatamente, si ello fuera posible, o a más tardar dentro de quinto día. En este caso en particular se advierte un mayor grado de vulneración del derecho a la libertad personal del imputado, ya que si impuso la prisión preventiva desde el día 28 de abril de 2016 al 31 de mayo de 2016, fecha en que se fijó la audiencia de juicio oral efectivo. Útil resulta citar lo planteado por la Defensa plasmado en la sentencia. "luego de controlar su detención el fiscal del Ministerio Público, solicita al juez la medida cautelar de prisión preventiva en contra de su cliente, fundado en el artículo 141 del Código Procesal Penal, y la defensa, se opuso a dicha solicitud,

En un tenor similar ²²⁸el fallo **113-2016**²²⁹. En el mismo contexto de argumentaciones, en fallo **137-2016** de la Corte de San Miguel, se plantea que en el caso de haberse decretado la prisión preventiva anticipada vulnera el principio de proporcionalidad, adicionando que la única posibilidad de conciliar lo dispuesto en el artículo 141 inciso final y 142,²³⁰ ambos del Código Procesal Penal, es ordenar la detención y discutir la prisión preventiva una vez que el imputado sea habido, y se encuentre en condiciones de otorgar una explicación a su inasistencia. Cuestiona la procedencia en la aplicación del artículo 141 en el procedimiento simplificado, ya que dicha disposición expresamente se refiere a "juicio oral", expresión que no se utiliza en los artículos 395 bis ni 396 sobre el juicio simplificado²³¹, lo que hace suponer que se trata de una norma aplicable sólo en el procedimiento ordinario, y en consecuencia, la prisión preventiva no sería aplicable en el procedimiento simplificado dada la redacción del artículo 142 que no se encuentra referido a audiencias en procedimientos de tal tipo.²³²

En fallo **138-2016** del mismo tribunal superior, la Defensa propone que el tribunal A quo vulnera el principio de proporcionalidad²³³, toda vez que en el evento de ser condenado, la pena probable a imponer sería en modalidad de alguna pena sustitutiva de la ley 18.216, pues se cuenta con informe de factibilidad para que se cumpla a través de la reclusión parcial domiciliaria nocturna.²³⁴ El fallo **140-2016** reitera la argumentación en relación a la infracción al principio de proporcionalidad, haciendo presente el *quantum probable* de pena a aplicar y la posibilidad de concesión de beneficios alternativos²³⁵ al cumplimiento de condenas. En el mismo sentido ²³⁶los fallos ²³⁷de la Corte **100-2016**²³⁸ y **101**²³⁹-**2016**.²⁴⁰

Por su parte el rol **156-2016** agrega otro argumento en el sentido que se vulnera la norma del artículo 142 del código, en cuanto ser requisito de validez de la audiencia de discusión de prisión preventiva la

solicitando regendamiento de la audiencia de juicio oral, teniendo presente que su representado es portador del VIH, presentándose en audiencia afectado con una infección de tuberculosis, y no se encontraría en condiciones de salud óptimas, situación que se deterioraría aun más atendida la privación de libertad, ante lo cual, el juez recurrido resolvió la incidencia señalando que teniendo en consideración lo previsto en el inciso final del artículo 141 del Código Procesal Penal dará lugar a la solicitud del Ministerio Público y decreta la prisión preventiva del imputado hasta la audiencia de juicio fijada para el 31 de mayo de 2016 a las 09.00, ante lo cual la Defensa se opuso, solicitado se agende el juicio dentro de 5º día, atendida la medida cautelar impuesta; petición que fue rechazada. Refiere que la situación descrita ha implicado infracción a la normativa constitucional y legal vigente, atendido que el Juez recurrido decretó la prisión preventiva hasta la realización de juicio oral en fecha que excede el plazo establecido en el inciso final del artículo 393 del Código Procesal Penal en relación con la norma del artículo 395 bis del mismo cuerpo legal, fijándolo dentro de 33 días a contar de la fecha de la resolución, vulnerándose con ello el derecho de su cliente a ser juzgado sin dilaciones indebidas, derecho fundamental reconocido en los artículos 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 14 N° 3 letra c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos."

²²⁸Resolución 10º Juzgado de Garantía de Santiago, en causa 1200794269-7, de 18 de enero de 2016.

²²⁹Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 113 del año 2016, de 03 de mayo de 2016.

²³⁰" Artículo 142.- Tramitación de la solicitud de prisión preventiva. La solicitud de prisión preventiva podrá plantearse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral.

También podrá solicitarse en cualquier etapa de la investigación, respecto del imputado contra quien se hubiere formalizado ésta, caso en el cual el juez fijará una audiencia para la resolución de la solicitud, citando a ella al imputado, su defensor y a los demás intervinientes.

La presencia del imputado y su defensor constituye un requisito de validez de la audiencia en que se resolviera la solicitud de prisión preventiva.

Una vez expuestos los fundamentos de la solicitud por quien la hubiere formulado, el tribunal oírá en todo caso al defensor, a los demás intervinientes si estuvieren presentes y quisieren hacer uso de la palabra y al imputado".

²³¹ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC Nº 1601119292-4, de 11 de mayo de 2016.

²³² Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 137 del año 2016 de fecha 18 de mayo de 2016.

²³³ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto, en causa RUC Nº 1600760798-2 de 11 de mayo de 2016.

²³⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 138 del año 2016 de fecha 18 de mayo de 2016.

²³⁵ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa 1600053029-1, de 11 de mayo de 2016.

²³⁶ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC Nº 1500704323-3 de 15 de abril de 2016.

²³⁷ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC Nº 1500293186-6 de 15 de abril de 2016.

²³⁸ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 100 del año 2016 de fecha 20 de abril de 2016. Señala en su considerando "CUARTO: Que, con el mérito del informe del juez de garantía, y teniendo en consideración lo dispuesto por los artículos 33 y 141 inciso final del Código Procesal Penal, que faculta al Tribunal para decretar la prisión preventiva anticipada en el caso que el imputado, válidamente notificado, no compareciere a una audiencia cualquiera o a la audiencia de juicio, según los casos, sin causa justificada para ello, es que, precisamente, no se vislumbra la ilegalidad o arbitrariedad de la actuación recurrida, en el entendido que la resolución en comentario ha sido dictada por autoridad competente en uso de sus facultades legales, y precedida, a mayor abundamiento, por debate entre las partes y la debida fundamentación."

²³⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 101 del año 2016 de fecha 20 de abril de 2016. Resulta llamativo señalar que el considerando cuarto de esta sentencia es exactamente idéntico al considerando cuarto de la sentencia anterior (100-2016).

²⁴⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 140 del año 2016 de fecha 26 de mayo de 2016.

presencia del imputado²⁴¹; transgrediendo su derecho a ser oído y oponerse a la medida cautelar más intensa de nuestro ordenamiento jurídico.²⁴²

El fallo **157-2016** señala que únicamente se deben aplicar las normas del juicio oral ordinario al juicio oral simplificado, reiterando que el artículo 389 hace aplicable en forma supletoria las normas del libro segundo en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza²⁴³. Agrega que se infringe el artículo 122 que contiene el principio de proporcionalidad, el que siempre debe utilizarse para decretar medidas cautelares personales, como ha sido resuelto en fallos **98-2016** y **99-2016** de la misma Corte.²⁴⁴ En similares términos en rol **165-2016**, reiterando la posibilidad de beneficios alternativos y adicionando que el Ministerio Público no contaba con toda la prueba,²⁴⁵ por lo que ese día su representado no hubiere podido ser condenado.²⁴⁶

Como rasgo distintivo, en fallo **166-2016** en cuanto prisión preventiva anticipada, se reitera la argumentación de la vulneración al derecho a no ser juzgado en ausencia, que establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 N° 3 literal d) consagra el derecho de toda persona acusada por un delito a hallarse presente²⁴⁷ en el proceso.²⁴⁸ En los mismos ²⁴⁹términos fallos²⁵⁰ rol **171-2016**²⁵¹ y **173-2016**²⁵², mientras que rol **226-2016**²⁵³ agrega que existe una actuación ilegal al haberse aplicado una analogía in *malam partem*²⁵⁴, ya que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 142 que establece como requisito de validez la presencia del imputado.

Finalmente, en fallo **1703-2016**²⁵⁵ de la Corte de Apelaciones de Chillán, la Defensa planteó la improcedencia de la medida cautelar de prisión preventiva. Afirma que el Tribunal decide no hacer lugar a dejar sin efecto la prisión preventiva, fundado en que en el evento de dictarse una sentencia condenatoria en el procedimiento simplificado, la imputada deberá cumplir la pena de manera efectiva sin beneficio alguno.

En consecuencia, en la totalidad de los recursos de amparo citados se argumentó por parte de las Defensorías Penales que la decisión del tribunal constituye una resolución arbitraria e ilegal que perturba y amenaza el derecho a la libertad personal y seguridad individual del imputado, solicitando se deje sin efecto la medida cautelar de prisión preventiva, sin perjuicio de adoptar otras medidas correctivas para restablecer el imperio del derecho.

Sin embargo, el fundamento del rechazo de los recursos aludidos, radica en que el mérito de los antecedentes, en especial el informe del juez del Juzgado de Garantía, se pudo constatar que no se advierte la existencia de algún hecho que constituya privación, perturbación o amenaza arbitraria o ilegal a la libertad de la persona en cuyo favor se recurre, y que la resolución dictada en la audiencia que decretó la prisión preventiva, se fundó primero, en norma legal expresa²⁵⁶ que regula la hipótesis del imputado que

²⁴¹ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1400356197-7 de 23 de mayo de 2016.

²⁴² Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 156 del año 2016 de fecha 02 de junio de 2016.

²⁴³ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto, en causa RUC N° 1600069853-2, de 23 de mayo de 2016.

²⁴⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 157 del año 2016 de fecha 02 de junio de 2016.

²⁴⁵ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1400162008-9 de 31 de mayo de 2016.

²⁴⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 165 del año 2016 de fecha 13 de junio de 2016.

²⁴⁷ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1400162008-9 de 31 de mayo de 2016.

²⁴⁸ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 166 del año 2016 de fecha 15 de junio de 2016.

²⁴⁹ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1400616887-7 de 31 de mayo de 2016.

²⁵⁰ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1600220740 de 31 de mayo de 2016.

²⁵¹ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 171 del año 2016 de fecha 15 de junio de 2016.

²⁵² Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 173 del año 2016 de fecha 15 de junio de 2016.

²⁵³ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 226 del año 2016 de fecha 06 de julio de 2016.

²⁵⁴ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1500676875-7 de 28 de junio de 2016.

²⁵⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Chillán Rol 1703 del año 2016 de fecha 06 de octubre de 2016.

²⁵⁶ Así, en Alemania, Roxin, refiriéndose a los fines de la prisión preventiva, señala que ella sirve para tres objetivos: pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; pretende garantizar una investigación de los hechos y pretende asegurar la ejecución penal. En Italia Calamandrei refiriéndose al carácter eminentemente publicista de las medidas cautelares, observa que ello encuentra una amplia confirmación en la legislación penal, encontrándose claros y evidentes tipos de medidas dirigidas a asegurar las pruebas y el cuerpo del delito, medidas cautelares dirigidas a impedir el alejamiento del imputado, al objeto de asegurar a los fines probatorios su presencia en el proceso penal, y también a asegurar preventivamente la disponibilidad física de la persona que podrá ser objeto de ejecución penal. En España BARONA VILAR señala que sigue siendo, sin embargo, el fin primordial de la prisión provisional el de asegurar a la persona del presunto responsable para llevar a cabo el proceso y ejecutar, en su caso, la

no comparece al juicio oral, teniendo en consideración las incomparencias del imputado, de lo cual se colige que la medida de prisión preventiva decretada no resulta arbitraria sino que es proporcional al fin para la cual ha sido decretada. Respecto de la proporcionalidad de la aplicación de la medida, se debe decir que no se efectúa un análisis de este requisito como elemento de interpretación, ni en su concepción procesal penal, ni en su concepción convencional.

En otros términos, la Corte para la resolución del conflicto jurídico penal y constitucional propuesto, tuvo principalmente a la vista lo dispuesto por los artículos 33 y 141 inciso final del Código Procesal Penal, disposiciones que facultan al tribunal para decretar la prisión preventiva en el caso que el imputado legalmente notificado, no compareciere a una audiencia cualquiera que esta fuere, o derechamente, no compareciere a la audiencia de juicio oral, sin causa justificada para ello. Es en esta consideración que la Corte resuelve que no se vislumbra la ilegalidad o arbitrariedad denunciada, en el entendido que la resolución ha sido dictada por autoridad competente en uso de sus facultades legales, y precedida de debate entre las partes y la debida fundamentación, debiendo tener en cuenta como elemento central que el acusado no asistió a la audiencia programada estando notificado de la realización de la misma, lo que revela su refractariedad y la necesidad de asegurar su comparecencia en juicio.²⁵⁷

b.- Fallos que acogen el recurso de amparo.

Sin duda alguna, estas sentencias son las que ponen de manifiesto la problemática planteada en el presente trabajo investigativo. Al revisarlos, se buscará desentrañar si el análisis realizado por los tribunales ordinarios de justicia resuelve conforme a los criterios hermenéuticos que se han reseñado a lo largo del presente artículo.

En una primera aproximación, vale afirmar que esta controversia está lejos de ser resuelta, *máxime* si las Defensorías han declinado en su intento de trasladar esta discusión a sede constitucional, lo que eventualmente obedece al permanente rechazo de las Cortes de nuestro país.

Con estas resoluciones aisladas quedó de manifiesto que se utilizó la aplicación del amparo constitucional como una especie de correctivo para la impugnación de una resolución de un tribunal ordinario penal. Previamente se puede decir que llama la atención que las Defensas Penales deban recurrir a medios o instrumentos exógenos a los otorgados por el propio ordenamiento jurídico-penal para resolver el asunto en cuestión.

Esto, sin duda alguna, tiene una relación directa con diversos factores que se han ido exponiendo en este artículo, entre los cuales se puede citar que la normativa procesal penal contiene algunas disposiciones que autorizan la prisión preventiva en el caso planteado, que la exégesis de la norma en específico es amplia, lo que necesariamente infracciona el derecho constitucionalmente garantizado de libertad, la normativa que rige las medidas cautelares personales (que entre otros aspectos, ordenan que sean aplicadas como el último recurso, y que no son susceptibles de interpretación extensiva ni analógica).

De lo dicho, se podrá apreciar que la discusión instalada en tribunales no se efectúa en torno la limitación del derecho a la libertad personal como derecho fundamental convencional, constitucional y legalmente garantizado, sino que más bien, se examina desde la óptica de la mera legalidad de la imposición de la medida, fundamentándola en torno a la aplicación formal de la norma que la autoriza. En otros términos, se observa si se cumplen los requisitos comprendidos en la norma, y si esto ocurre, se autoriza su aplicación sin ulterior trámite. De la misma manera, se debe hacer la prevención que la discusión subyace sobre su aplicación en el procedimiento simplificado, no siendo objeto de estudio para el juicio ordinario, donde el requisito de proporcionalidad se presenta con mayor fuerza, toda vez que el presupuesto material y la necesidad de cautela se encuentran justificados con antelación conforme a las reglas generales previstas para la aplicación de la medida.

pena o medida que se imponga. Marín González, Juan Carlos (2002). "Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal chileno.

²⁵⁷Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 173-2016 de fecha 15 de junio de 2016.

b.1.- En Rol **N°155-2016** referente a la **prisión preventiva anticipada**, se interpone por la Defensoría Penal Pública acción constitucional de amparo en favor de la imputada, señalando que con fecha 19 de diciembre de 2015 fue controlada la detención de su representada, sustituyéndose el procedimiento, siendo requerida de procedimiento simplificado por el delito de hurto simple frustrado, fijándose audiencia de procedimiento simplificado para el día 22 de enero 2016, audiencia en la que comparece la imputada sin aceptar responsabilidad -facultad contemplada expresamente en el tratamiento orgánico del referido procedimiento especial en sus artículos 394 y 395 del Código Procesal Penal-, procediéndose a preparar el juicio oral simplificado fijándose audiencia de juicio oral para el día 23 de mayo 2016. A dicha audiencia la imputada no compareció injustificadamente, por lo que el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, decretó una orden de detención y la prisión preventiva anticipada al tenor de lo establecido en el artículo 141 inciso final del Código Procesal Penal en su contra.

Constituye un primer llamado de atención, que para el caso de incomparecencia se hayan decretado dos medidas cautelares personales en contra de la imputada, puesto que de la exégesis realizada por el Tribunal, *ex ante* se estima insuficiente la sola dictación de la orden de detención. De la misma manera, pareciera infraccionar lo dispuesto en el artículo 142 del Código Procesal Penal, en atención a que además de vulnerar la proporcionalidad -sentido procesal penal-, también transgrede el derecho a no ser juzgado en ausencia, ya que la imposición de la prisión preventiva anticipada implica que al momento de ser puesto a disposición del Tribunal, no se discute la existencia de los requisitos que autorizan la aplicación de la prisión preventiva, sino que *ipso facto* queda privado de libertad hasta la fecha de la audiencia de juicio oral.

La Defensa argumentó que decretar la prisión preventiva de manera anticipada vulnera el principio de proporcionalidad, toda vez que en el evento de ser condenada la imputada sería objeto de penas sustitutivas, en efecto, la reclusión parcial domiciliaria nocturna, máxime que la defensa contaba con informe de factibilidad técnica Folio N° 60809 y que la imputada no había tenido otra incomparecencia anterior, sino que esta fue la primera vez que no asistió a una audiencia en el Tribunal de Garantía. Expone en el recurso que el Tribunal no acogió lo planteado por la Defensa.

Agrega que se vulnera el artículo 142 del Código Procesal Penal, en cuanto a ser requisito de validez de la audiencia de discusión de la prisión preventiva la presencia del imputado, su derecho a ser oído y oponerse a la medida cautelar más intensa de nuestro ordenamiento jurídico. Indica que la única forma de conciliar lo establecido en el artículo 141 inciso final y artículo 142 ambos del Código Procesal Penal, es la postura que han tomado la mayoría de los tribunales orales en lo penal, esto es, ordenar la detención y discutir la prisión preventiva una vez que el imputado sea habido y sea capaz de otorgar una explicación de su inasistencia. En todo caso, plantea que es dudosa la aplicación del artículo 141 al juicio simplificado, dado que este artículo se refiere al juicio oral y no a la expresión juicio simplificado, expresiones utilizadas en el artículo 395 bis y 396, lo que hace suponer aplicación del artículo 141 sólo al procedimiento ordinario. En consecuencia, lo decidido por el Juzgado de Garantía de Puente Alto, constituye una resolución arbitraria e ilegal que perturba y amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, agravado por el hecho de encontrarse su defendido en internación provisoria, solicitando se deje sin efecto la prisión preventiva anticipada decretada en contra de su representada, sin perjuicio de disponer cualquier otra medida que se estime pertinente.

Conviene detenerse en este punto. Esta resolución del tribunal infringe lo dispuesto en el número 1 del artículo 14 del Pacto Internacional en su primera parte, que establece "*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*".

Tampoco es mencionado por la Defensa en su recurso, pero también infringe lo dispuesto en la letra d) del numeral 3 del mismo artículo 14, que señala: "*3° Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*d) **A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el***

interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”;

La hermenéutica utilizada por el tribunal dice relación con la conjugación de los artículos 127²⁵⁸, 33, 141 del Código Procesal Penal. Se observa que no existe aplicación del principio de proporcionalidad, toda vez que la norma contenedora del núcleo esencial de la autorización de la cautelar, es la prevista en el artículo 33 la que requiere una *“incomparecencia injustificada”*, pero al juzgar en ausencia y decidir por la imposición de la cautelar, no permite a la imputada otorgar razón o justificación alguna de su incomparecencia, elemento de juicio que debiera ser considerado para la resolución de la imposición de la cautelar más gravosa que permite nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, a mi juicio, el legislador no habilita a decretar la prisión el mero hecho de inasistir -puesto que pudiere existir una justificación razonable a la incomparecencia-, sino que, esta inasistencia requiere necesariamente de un ingrediente adicional, que no exista justificación racional. Asimismo, según declama la Defensa en su alegación, es la primera incomparecencia de la imputada, por lo que resulta evidente que se presenta como desproporcionada, ya que no se admite la justificación, es la primera inasistencia y *máxime* si ésta tenía derecho a beneficios alternativos de cumplimiento de penas, de lo que resulta que la necesidad de cautela decae considerablemente.

De lo dicho, entonces, se advierte que no existe aplicación del principio de proporcionalidad procesal penal (*“el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta), ni convencional (que contempla la aplicación de los criterios siguientes: “1) que persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad, y 4) que exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen”).* En términos requisitos de las medidas cautelares, tampoco se analiza la concurrencia del *periculum in mora* ni del *fumus comisi delicti*. No existe un respeto por la excepcionalidad de la medida, aplicándose una interpretación extensiva de la norma, entre otros criterios que no se observan en la exegesis aplicada por el Tribunal en la imposición de la medida.

Tampoco existe aplicación del control de Convencionalidad (*consiste en la obligación que tendrían los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de todos sus órganos y especialmente sus jueces, de velar por el respeto y cumplimiento de las obligaciones convencionales que el Estado habría contraído y asumido al ratificar la Convención*) por parte de los tribunales ordinarios o las Cortes, no existiendo una interpretación armónica de las normas legales, constitucionales y convencionales que rigen la materia.

Conforme lo planteado en el recurso, la ilustrísima Corte de Apelaciones resuelve: en cuanto a **la legalidad**, señala que se debe afirmar que la medida cautelar decretada por el juez a quo resulta procedente toda vez que las disposiciones contenidas en el Título V del Código Procesal Penal, son de carácter general y, por ende, resultan aplicables al procedimiento simplificado, con las limitaciones que ese mismo título contempla. Asimismo, observa la Corte que no existe infracción al artículo 142 que invoca la recurrente, en cuanto a la exigencia de estar presente la imputada como requisito de validez, desde que la situación específica que se analiza y que está descrita en el inciso final del artículo 141 del código de la materia, supone precisamente el caso en que la imputada no asiste a la audiencia de juicio oral, autorizando disponer la prisión preventiva en esa misma audiencia, en la cual naturalmente no está presente la afectada. Es decir, afirma la legalidad de la resolución.

Finalmente resuelve acoger el recurso, señalando que en cuanto a **la arbitrariedad**²⁵⁹ que se reclama, surge de los antecedentes que, además de tratarse de un delito de menor entidad, la imputada si bien fue citada a la audiencia de juicio, lo fue con cuatro meses de anticipación a la fecha en que ella se realizó y a la cual no compareció, de lo cual resulta posible concluir que se trata de la primera falta y que pudiera existir algún motivo para la ausencia, sin que haya sido escuchada sobre el punto, disponiéndose sin más

²⁵⁸ En su inciso 4to, el artículo 127 establece: “También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada”.

²⁵⁹ Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC 1501214849-3, de 23 de mayo de 2016.

la medida más gravosa para asegurar su comparecencia, en circunstancias que ha existido otra de menor entidad y que puede cumplir el mismo efecto. De lo dicho resulta desproporcionada, por lo que se aleja de las razones que autorizan su procedencia, deviniendo con ello en arbitraria, lo que autoriza su sustitución y, por ende, que sea acogido el recurso, dejando sin efecto la prisión preventiva²⁶⁰.

Lo interesante de este fallo, deviene en que da cuenta que no se produce la incomparecencia injustificada a la audiencia, reconociendo implícitamente los requisitos de gravedad y reiteración contenidos en el Código del ramo, a propósito de otras materias. El hecho de producirse ésta en una ocasión, no necesariamente permite considerar que la imputada se está sustrayendo de los actos del procedimiento y de la acción de justicia, como elementos de la necesidad de cautela y del *periculum in mora*, máxime si la medida se está decretando en ausencia y no se le está permitiendo otorgar una justificación razonable y suficiente a su incomparecencia. En cuanto a la arbitrariedad, la que ha sido definida como "carente de razonabilidad, fuera de lógica", se evidencia que no tiene una correspondencia con la proporcionalidad, teniendo ambos elementos significados diversos, por lo que llama la atención que se utilice la arbitrariedad para otorgar un fundamento a la resolución que acoge el recurso, interpretación acomodaticia que finalmente no resuelve el fondo del asunto controvertido.

En un similar sentido²⁶¹fallo **Rol 161-2016** referente a la **prisión preventiva anticipada**, en el que se argumenta por la Defensa que su representado fue requerido en procedimiento simplificado por del delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar con fecha 05 de enero de 2016, para luego realizarse audiencia de preparación con fecha 29 de enero de 2016, fijándose finalmente audiencia de juicio oral simplificado con fecha 31 de mayo del mismo año, audiencia a la que el imputado no compareció, por lo que a solicitud del Ministerio Público además de decretar la orden de detención por su inasistencia injustificada, se decretó la prisión preventiva anticipada al tenor de lo establecido en el artículo 141 inciso final del Código Procesal Penal en su contra. Producto de lo anterior, la Defensa dedujo recurso de amparo constitucional, en el que expuso que el Tribunal no acogió lo planteado por la defensa en relación a que decretar la prisión preventiva anticipada vulnera el principio de proporcionalidad, toda vez que en el evento de ser condenado el imputado sería objeto de penas sustitutivas, máxime que la defensa contaba con informe de factibilidad técnica. Agrega que se vulnera el artículo 142 del Código Procesal Penal, en cuanto a ser requisito de validez de la audiencia de discusión de la prisión preventiva la presencia del imputado, se vulnera, asimismo, su derecho a ser oído y oponerse a la medida cautelar más intensa de nuestro ordenamiento Jurídico.

Agrega una interesante argumentación al señalar que la única forma de conciliar lo establecido en el artículo 141 inciso final y artículo 142 ambos del Código Procesal Penal, es la asunción de la postura que han tomado la mayoría de los tribunales de juicio oral, postura que consiste en ordenar la detención y dejar en suspenso la discusión de la prisión preventiva al momento en que el imputado sea habido, permitiéndole ser oído y otorgar una explicación de su inasistencia. Razona además, que es dudosa la aplicación del artículo 141 en su inciso final al juicio simplificado, dado que este artículo se refiere al juicio oral y no a la expresión juicio simplificado, expresiones utilizadas en el artículo 395 bis y 396, lo que hace suponer aplicación del artículo 141 solo al procedimiento ordinario.

La Corte de Apelaciones al momento de resolver, afirma que la medida cautelar decretada por el juez a quo resulta procedente toda vez que las disposiciones contenidas en el Título V del Código Procesal Penal, son de carácter general y, por ende, resultan aplicables al procedimiento simplificado, con las limitaciones que ese mismo título contempla.

Asimismo, señala que no existe infracción al artículo 142 que invoca la recurrente, ya que a su juicio la exigencia de estar presente el imputado como requisito de validez para la discusión de la prisión preventiva, desde que la situación específica que se analiza y que está descrita en el inciso final del artículo 141 del código de la materia, supone precisamente el caso en que el imputado no asiste a la audiencia de juicio oral, autorizando disponer la prisión preventiva en esa misma audiencia, en la cual naturalmente no está presente la afectada. En consecuencia, resuelve que de acuerdo a lo analizado se excluye la atribución

²⁶⁰Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel **Rol N°155-2016**, de fecha 01 de junio de 2016.

²⁶¹Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto, encausa RUC1600011220-1 de 31 de mayo de 2016.

de ilegal que se hizo de la resolución impugnada. En este punto vale decir que la Corte no se hace cargo de lo planteado por el recurrente, en el sentido que el inciso final del artículo 141 se refiere a juicio oral, no haciendo referencia al procedimiento simplificado.

En este punto resulta relevante realizar un razonamiento, puesto que está jerarquizando las disposiciones, considerando que ambas contemplan derechos establecidos en favor del imputado, resolviendo por medio del criterio jerárquico la prevalencia la disposición que ordena la privación de la libertad personal por sobre aquella que establece el derecho a no ser juzgado en ausencia. Resulta evidente que no se observa el rol de intérprete convencional que pesa sobre el juez ordinario, en la indiscutible consideración que la aplicación de la norma que autoriza la prisión preventiva deviene en una clara infracción a la letra d) del número 3 del artículo 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asentada la **legalidad** de la resolución del tribunal, refiere que en cuanto a la **arbitrariedad** que se reclama, resulta pertinente revisarla por tratarse de una cautelar de prisión preventiva, donde surge de los antecedentes que, además de tratarse de un delito de menor entidad, el imputado si bien fue citado a la audiencia de juicio, lo fue con cuatro meses de anticipación a la fecha en que ella se realizó, y a la cual finalmente no compareció, argumentando que es dable concluir que se trata de la primera falta y que potencialmente podría existir algún motivo que justificare su ausencia, sin que haya sido escuchado sobre el punto, disponiéndose sin más trámite medida más gravosa para asegurar su comparecencia, en circunstancias que ha existido otra de menor entidad y que puede cumplir el mismo efecto.

En este punto se reconoce una contradicción, ya que en análisis de la legalidad afirma que la norma que autoriza la privación de la libertad personal prevalece respecto de aquella que prohíbe su juzgamiento en ausencia; pero en cuanto a la arbitrariedad, es precisamente este juzgamiento en ausencia el que permite fundamentar que se acoja el recurso de amparo, en la estimación que su ausencia pudo haber sido justificada razonablemente en la audiencia de control de la detención, lo que sin duda alguna, torna confuso el razonamiento de la Corte.

En consecuencia, considera la arbitrariedad invocando que se trata de la primera falta, argumento que no toca el fondo del asunto controvertido, y que además, en virtud de las consideraciones tenidas a la vista, carece de sustento legal. De esta forma, resuelve que la medida resulta desproporcionada y por ello, deviene en arbitraria, acogiendo el recurso, dejando sin efecto la prisión preventiva.

Por último, se debe señalar que fue acordado con el voto en contra de la Ministra señora Mera, quien *"estuvo por rechazar el presente recurso, en atención al fundamento del considerando primero del fallo que antecede, que esta disidente comparte y teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 33 del Código Procesal Penal, de manera que no se dan los presupuestos del artículo 21 de la Constitución Política de la República para la procedencia del recurso interpuesto, toda vez que la resolución que decretó la prisión preventiva fue dictada en conformidad a la Ley, de manera que el imperio del derecho no ha sido quebrantado"*.²⁶² Se reitera en este punto, que la opinión de la ministro disidente redundante en la aplicación del criterio jerárquico para la resolución de antinomias de derechos fundamentales.

En **Rol 179-2016** referente a la **prisión preventiva anticipada**, arguye expresamente que el artículo 14 N° 3 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho de toda persona acusada por un delito a *"... hallarse presente en el proceso"*,²⁶³ y en este caso se discutió y decretó una medida cautelar en ausencia del imputado, lo que vulnera el artículo 142 del Código Procesal Penal, el cual establece que es requisito de validez la presencia del mismo. En términos de interpretación, agrega que *"la interpretación del magistrado del artículo 141 del Código Procesal Penal es errada, pues dicha norma se refiere al juicio oral ordinario, al encontrarse en el capítulo correspondiente al procedimiento ordinario, consagrado en el Libro I del Código Procesal Penal, y que solo se deben aplicar las normas del juicio oral ordinario al juicio oral simplificado cuando su aplicación no transgreda los principios de este. Indica, asimismo, que el artículo 389 del citado código hace aplicable en forma supletoria las normas del Libro II, en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza. Finalmente, sostiene que no es aplicable la prisión"*

²⁶²Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel **Rol 161-2016** de fecha 06 de junio de 2016.

²⁶³Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa 1600220740-4, de 31 de mayo de 2016.

preventiva en el procedimiento simplificado".²⁶⁴

En términos de **legalidad**, utiliza también el criterio jerárquico. A este respecto resulta útil citar el considerando tercero de la sentencia:

"TERCERO: Que, en primer término se debe afirmar que la medida cautelar decretada por el juez a quo resulta procedente toda vez que las disposiciones contenidas en el Título V del Código Procesal Penal, son de carácter general y, por ende, resultan aplicables al procedimiento simplificado, con las limitaciones que ese mismo título contempla.

Asimismo, no existe infracción al artículo 142 que invoca la recurrente, en cuanto a la exigencia de estar presente el imputado como requisito de validez, desde que la situación específica que se analiza y que está descrita en el inciso final del artículo 141 del código de la materia, supone precisamente el caso en que el requerido no asiste a la audiencia de juicio oral, autorizando disponer la prisión preventiva en esa misma audiencia, en la cual naturalmente no está presente el afectado.

Lo antes analizado excluye desde luego, la atribución de ilegalidad que se hizo de la resolución impugnada".

Y en cuanto a la **arbitrariedad**, resuelve idénticamente al fallo anterior, afirmando que potencialmente podría existir algún motivo que justificare su ausencia.

En los tres fallos de la Corte se afirma la legalidad de la resolución, pero finalmente se acoge el recurso por la arbitrariedad de la misma, y su carácter desproporcionado²⁶⁵. Es decir, se realiza un examen formal de la norma en cuestión, y la argumentación de la Corte gira en torno a la subsunción de la desproporcionalidad en la arbitrariedad.

Evidentemente son conceptos radicalmente diversos. Nuestro Tribunal Constitucional ha definido la arbitrariedad, señalando que *"para desentrañar su exacto sentido en la aplicación a circunstancias concretas, resulta ilustrativo evocar la forma en que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha entendido el concepto de arbitrariedad. En esta materia la Corte Suprema ha resuelto que un acto o proceder es arbitrario cuando es contrario a la justicia, la razón o las leyes, y dictado por la sola voluntad o capricho. (Sentencia expedida en el rol N° 862-2000, de fecha 21 de junio de 2001, considerando 11°. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 98, sección 5ª, páginas 105 y 35 35 siguientes)".*²⁶⁶ Mientras que la proporcionalidad -en el sentido procesal penal-, se ha definido como *"el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)".*

Esto quiere decir, *prima facie*, que la Corte ha realizado una aplicación de justicia material, toda vez que reconoce la legalidad de la aplicación -formal- de la norma en cuestión, pero como subyace de este postulado, su aplicación no es contraria a la justicia, la razón o las leyes, ni obedece a la mera voluntad o capricho del juez del fondo. Como se advierte que no se toca en lo absoluto el fondo del asunto.

Por su parte la sentencia **Rol 197-2016 en cuanto orden de detención**, se interpone recurso de amparo preventivo constitucional por haberse decretado a petición del Ministerio Público una orden de detención en atención a la inasistencia a una audiencia de reformalización a la cual se ordenó la notificación al imputado mediante cédula,²⁶⁷ pero no así el apercibimiento del artículo 33 del Código Procesal Penal. Agrega que conforme a los artículos 19 N° 7 de la Constitución y 7 de la Convención Americana, la orden impuesta en contra del amparado amenaza la libertad de éste, de manera ilegítima, por cuanto ha sido expedida al margen de las reglas establecidas por la ley, por lo que solicita se declare ilegal la orden de detención, restableciendo el imperio del derecho, dejándola sin efecto. Asimismo, se vulnera lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 127 del código adjetivo, que señala que es procedente la detención del imputado que no comparece a una audiencia cuya presencia es fundamental, habiendo sido legalmente citado, cuestión última que no se cumplió al no haberse ordenado ni realizado el apercibimiento referido. La Corte acoge el

²⁶⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel **Rol 179-2016** de fecha 15 de junio de 2016.

²⁶⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel **Rol 179-2016** de fecha 15 de junio de 2016.

²⁶⁶ Considerando Vigésimo Tercero, Rol N° 513-2006 Tribunal Constitucional.

²⁶⁷ Resolución 12° Juzgado de Garantía de Santiago en causa RUC 1600727401-0 de 09 de junio de 2016.

recurso de amparo declarándose que la orden de detención dispuesta en su contra es ilegal, por lo que se la deja sin efecto.²⁶⁸ En los mismos términos fallos **98-2016**, **99-2016** y **108-2016**.

Se debe decir que en este caso, la Corte revisa si se cumplen con los supuestos contenidos en los artículos 127 y 33 del Código Procesal Penal, realizando una interpretación armónica determina rechazar la imposición de la medida cautelar. Sin lugar a dudas, acá no existe análisis del derecho convencional, no existe aplicación del control de convencionalidad, sino que se resuelve el asunto controvertido por medio del incumplimiento de uno de los presupuestos que autoriza la medida.

Finalmente, cabe señalar que habiéndose investigado arduamente la jurisprudencia nacional, sólo existen estos 4 casos en los cuales se acogió el recurso de amparo constitucional que revocó la prisión preventiva u orden de detención, en su calidad de medidas cautelares que afectan el derecho a la libertad personal en el marco de un proceso penal. En el transcurso del año 2017 no existe fallo alguno de nuestros tribunales superiores de justicias que acoja la interposición de la referida acción constitucional.

2.- Determinación de criterios de interpretación utilizados por jueces ordinarios y análisis de principios convencionales, constitucionales y legales, y su aplicación en la prisión preventiva en el procedimiento simplificado.

2.1.- Establecimiento de criterios aplicados.

De conformidad a los casos que se analizaron, se advierte la utilización de un criterio eminentemente legalista, que otorga una aplicación formal a la disposición contenida en el inciso final del artículo 141 del Código Procesal Penal, la que se encuentra íntimamente conectada con la disposición del artículo 33 del mismo cuerpo normativo. De lo investigado, se puede inferir que no existe aplicación por parte de los jueces de principio ni criterios constitucionales o convencionales. Al ejercicio de la judicatura en nuestro país, no se encuentra vinculado al rol de intérprete constitucional, ni menos aún convencional.

La hermenéutica utilizada por los tribunales ordinarios obedece a una conjugación de las normas que autorizan la aplicación de la medida para el caso analizado (artículos 127, 33, 141 del Código Procesal Penal). Otro fenómeno a mencionar, es que no existe aplicación del principio de proporcionalidad (como se dijo anteriormente, es *el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)*), ni convencional (que contempla la aplicación de los criterios siguientes: "1) que persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad, y 4) que exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen).

Dentro de la exégesis no se analiza la concurrencia del *periculum in mora* ni del *fumus comisi delicti*. No existe un respeto por la excepcionalidad de la medida, aplicándose una interpretación extensiva de la norma. Tampoco se aplica el control de convencionalidad (*consiste en la obligación que tendrían los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de todos sus órganos y especialmente sus jueces, de velar por el respeto y cumplimiento de las obligaciones convencionales que el Estado habría contraído y asumido al ratificar la Convención*).

²⁶⁸ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel **Rol 197-2016** de fecha 24 de junio de 2016. Interesante lo que expone el fallo en sus considerandos tercero y cuarto:

"TERCERO: Que el artículo 127 dispone que la detención judicial puede ser decretada cuando la presencia del imputado a una audiencia judicial fuere condición de ésta y no comparece encontrándose legalmente citado, sin causa justificada, mientras que el artículo 33 regula la forma de las citaciones judiciales, estableciendo que debe hacerse saber a los citados al tribunal las indicaciones de la audiencia a la que han de asistir, así como advertirse que su incomparecencia injustificada dará lugar a ser conducido por medio de la fuerza pública, pudiendo ordenarse su detención o prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva.

CUARTO: Que una interpretación de ambas normas conduce a señalar que para que se encuentre legalmente citado el imputado respecto del cual se requiere su presencia en una audiencia judicial debe procederse al apercibimiento relativo a su inasistencia, cuestión que no ocurre en el caso de marras, según lo informado por el recurrido, razón por la cual la orden de detención decretada con fecha 9 de junio de 2016, no cumple con los presupuestos que establece el legislador para su procedencia".

No existe una interpretación armónica de las normas legales, constitucionales y convencionales que rigen la materia.

Lamentablemente, y como se expresará en las conclusiones del presente trabajo investigativo, no existen otros fallos de nuestros tribunales superiores de justicia en torno a esta problemática, producto de lo cual sólo se puede extraer los escasos criterios utilizados para resolver el conflicto jurídico –penal-constitucional.

Se observa que en nuestros tribunales –al menos en materia penal- no se ha internalizado el fenómeno de la “internacionalización del diálogo de los jueces” - la que se ha definido como la manifestación de la desnacionalización del diálogo- propio del bloque de constitucionalidad. Vale decir, los jueces que están tradicionalmente vinculados a procedimientos de derecho interno y a un sistema de normas específicas, no se han abierto a otros jueces ni a otros universos jurídicos. De la misma forma, existen diversos tipos de diálogos, uno de ellos es el que se desarrolla dentro de un sistema jurídico en que el Estado forma parte de un ordenamiento internacional o supranacional en una relación de verticalidad.²⁶⁹

Se infringe lo ordenado por la propia Convención Americana, advirtiéndose una total desatención e incumplimiento del control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, control que ordena a los jueces nacionales en su actividad jurisdiccional internalizar no sólo las normas de la Convención, sino que también la interpretación que la propia Corte Interamericana ha realizado respecto de sus disposiciones, con la clara finalidad de garantizar los derechos humanos y todos los derechos reconocidos en la Convención, con la finalidad de impedir que sea afectados por normas jurídicas de derecho interno o conductas de agentes del Estado.²⁷⁰

Asimismo, como es sabido, el concepto de control de convencionalidad fue establecido formalmente por la Corte Interamericana, por primera vez y en forma unánime, en la sentencia “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, el 26 de septiembre de 2006, señalando que:

"124 .La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

La obligación por parte de los jueces nacionales de concretar el control de convencionalidad ha sido reiterada en forma uniforme en diversos fallos de la CIDH, sin mayores variantes, hasta llegar al caso "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", donde la CIDH precisó en mejor forma el control de convencionalidad, señalando que:

"128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea

²⁶⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. "Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011". [fecha de consulta: 20 de junio de 2017]. [Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200003]. En este sentido, "el diálogo interjudicial constituye un debate, una conversación o intercambio de puntos de vista entre dos o más jueces o tribunales, sean estos nacionales, o producto de una vinculación del Estado a un ordenamiento jurídico y tribunal internacional o supranacional, un diálogo entre tribunales nacionales, como ocurre entre tribunales ordinarios y tribunal constitucional; entre tribunales nacionales e internacionales o supranacionales, como es el caso entre jueces y tribunales nacionales ordinarios o constitucionales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) o en Europa con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos2, (en adelante TEDH); como asimismo, puede darse como un diálogo entre tribunales internacionales o supranacionales, por ejemplo entre cortes regionales de derechos humanos".

²⁷⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. "Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011".

*mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".*²⁷¹

En consecuencia, no existen criterios convencionales ni constitucionales aplicados por los tribunales al momento de conculcar el derecho a la libertad de una persona en el caso en estudio. Lo llamativo, es que los tribunales y las Cortes aplican un criterio formal, legalista, regularmente utilizando una interpretación tradicional fundada en el criterio jerárquico. Tampoco toman en consideración otros criterios legales y procesales, que abiertamente se oponen a la aplicación de la prisión preventiva en el caso analizado, entre los cuales cabe mencionar el principio de inocencia, en su carácter de derecho fundamental y de regla de interpretación, el principio de oportunidad en un sentido amplio, los requisitos de las medidas cautelares - *periculum in mora* y *fumus comisi delicti*-, los principios de provisionalidad, excepcionalidad y *última ratio*, entre muchos otros.

2.2.- Proposición de resolución del conflicto jurídico penal.

1.- No se puede inaplicar la norma, toda vez que existe una regulación expresa contenida precisamente para precaver la posibilidad de inasistencia injustificada del imputado a aquellas audiencias en que su comparecencia resulta obligatoria, o derechamente constituye un requisito de validez. El hecho de no aplicar la norma puede implicar al juez la posibilidad de que se impetre en su contra una denuncia por prevaricación²⁷². Este estatuto jurídico se encuentra compuesto por las normas de los artículos 33, 123 e inciso final del artículo 141 del Código Procesal Penal. La prevaricación precisamente podría configurarse al fallar contra ley expresa, esto es, en contra de las normas anteriormente referidas, no existiendo otras disposiciones que pudieren sustentar una resolución en contrapuesta.

Ahora bien, *a contrario sensu*, se puede señalar que si la cuestión fuere resuelta conforme las normas y principios convencionales, conforme a la cláusula del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, dando aplicación a lo dispuesto en las normas del artículo 7 y 8 de la Convención, y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, no habría problemas en términos de fundamentación, toda vez que tendría sustento legal.

2.- Petición ante la Comisión Interamericana. El caso propuesto es de muy breve duración, puesto que legalmente conforme las normas del procedimiento simplificado, el juicio no debiera ser fijado más allá de 5 días desde la audiencia de preparación -o en caso de detención y privación preventiva de libertad del imputado hasta la fecha de la audiencia-, salvo que los intervinientes renunciaren expresamente a plazos legales -renuncia que en ningún caso debe provenir de la Defensa Penal, puesto que una fijación de audiencia posterior al plazo legal implica mayor tiempo en privación de libertad-, o que el tribunal derechamente fijare audiencia más allá del plazo establecido en el artículo 395 bis del Código Procesal Penal. En este sentido, resulta extremadamente complejo poder presentar una petición a la Comisión, ya que los plazos no lo permiten.

3.- Inaplicabilidad por inconstitucionalidad²⁷³. Se investigó esta posibilidad, y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no existe requerimiento alguno referido a esta temática. Resulta ser una posibilidad cierta, toda vez que se dan los presupuestos establecidos en el artículo 93 N° 6 de la

²⁷¹Nogueira Alcalá, Humberto. Diálogo Interjurisdiccional.

²⁷² Artículo 223 N° 1 del Código Penal "Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados:

1° Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil".

²⁷³ El propio Tribunal Constitucional la ha definido en el considerando 4to de la sentencia Rol 679 de 26 de diciembre de 2007, señalando que "instaura un proceso dirigido a examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, la inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas, que naturalmente se encuentran vigentes mientras no conste su derogación, que hayan sido invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la causa en que inciden".

Constitución. Ahora bien, el hecho de suspender el procedimiento para ser analizado en sede de Tribunal Constitucional implicaría una extensión del tiempo de privación de libertad del imputado, hasta la resolución del conflicto constitucional propuesto, salvo que se solicitare expresamente la "suspensión de la prisión preventiva", puesto que la suspensión del procedimiento tiene un exclusivo objetivo, el cual es evitar que mientras dure el proceso de tramitación de la acción ante el Tribunal Constitucional, termine la gestión donde incide la inaplicabilidad.

4.- La vía que se ha seguido hasta este momento, ha sido la interposición del recurso de amparo constitucional. Si bien es cierto tuvo una interesante incidencia en la resolución del conflicto, no es menor la abrumadora realidad que implica el permanente rechazo en los Tribunales Superiores de Justicia, tanto es así, que la Defensoría decidió dejar de interponer esta acción constitucional. Como se dejará sentado en las conclusiones del presente trabajo, sólo en los 4 casos propuestos se acogió la acción, mientras que en la inmensa mayoría se rechazó el amparo constitucional, fundamentalmente por encontrarse legalmente regulada la posibilidad de imponer la medida cautelar de prisión preventiva frente a la inasistencia injustificada a la audiencia de juicio oral. Es decir, no se produjo un cambio de paradigma, ya que se ha seguido hasta el día de hoy decretando la prisión preventiva. Por la breve extensión de este documento investigativo, queda pendiente el análisis estadístico en relación a los términos jurídicos en aquellos casos en que se mantuvo en prisión preventiva al imputado. Sólo deslizar, sin sustrato estadístico -por ahora-, que una gran cantidad de estas causas no culminó en sentencia condenatoria.

5.- Posiblemente la solución a este conflicto jurídico penal constitucional pudiere tener relación con una modificación legal. Sencillamente bastaría con precisar que en la contra excepción contenida en el inciso final del artículo 141 sólo se encuentra referida a juicio ordinario en Tribunal Oral en lo Penal. Sin perjuicio de lo dicho, y de lo que se ha expuesto, esta posibilidad se advierte lejana, puesto que la tendencia ha sido el endurecimiento de las disposiciones legales contenidas en el Código Procesal Penal, el que desde su dictación ha sufrido dos importantes modificaciones legales, que obedecen al fenómeno de la inflación del derecho penal, teniendo su fundamento en la consideración del "excesivo garantismo" contenido en sus disposiciones.

Evidentemente existe la convicción, por lo que se ha expuesto, que la modificación legal no resulta ser la solución al conflicto expuesto, ya que las últimas modificaciones legales, ya sea del Código Procesal Penal o Penal, o de leyes especiales- vienen a plasmar la temperatura social más que atender a consideraciones político-criminales, situación que ha generado impactos negativos en el engranaje del sistema procesal penal, pudiendo observarse la interposición permanente de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las normas de la ley 18.290 y 17.798 de control de armas, las que no otorgan beneficios alternativos de cumplimiento a las penas restrictivas o privativas de libertad contenidas en la ley 18.216. La afectación al sistema se evidencia a diario, con la imposibilidad de acceder a procedimientos especiales contenidos en el Código del ramo, como lo son el simplificado y el abreviado, que evitan ir a un juicio oral, y que ciertamente descongestionan el sistema, y que su imposición permite una rebaja considerable de la pretensión punitiva el órgano persecutor penal, con el beneficio para el imputado y para el Estadp, tornándose impracticables puesto que el beneficio legal contenido no resulta ser tal, puesto que a todo evento la pena impuesta será en cumplimiento efectivo en cárcel.

Conclusiones.

En primer lugar, la primera reflexión a realizar dice relación con verificar el cumplimiento de la hipótesis general planteada en la presente investigación en cuanto a determinar si la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva en el procedimiento especial simplificado constituye una infracción a los principios constitucionales, convencionales y legales, ya que limita el derecho fundamental de libertad personal.

Como se ha venido adelantado, la respuesta a esta interrogante a mi juicio resulta ser afirmativa. De la misma manera ocurre con las hipótesis específicas, entre las cuales destacan tales como: que nuestro ordenamiento jurídico penal no se aplican las fuentes de los derechos fundamentales, de interpretación y aplicación convencional y constitucional; que en la praxis de tribunales ordinarios se utilizan criterios de interpretación formal, legalistas y tradicionalistas en cuanto a la aplicación de la cautelar más gravosa en un proceso especial frente a una incomparecencia a audiencia de juicio.

No ocurre lo mismo respecto de la hipótesis referida a la incidencia de las acciones constitucionales en el proceso penal respecto de la aplicación de la prisión preventiva por inasistencia a audiencia de juicio oral simplificado, la proposición de estimarla como un cambio de paradigma, debe ser rechazada, toda vez que los casos en que se acogió el recurso de amparo constitucional finalmente constituyeron excepciones a la regla, además de tener a la vista que el motivo que fundamente su acogida no tiene relación con la proposición de la presente investigación, esto es, que la aplicación de la prisión preventiva por incomparecencia a la audiencia de juicio constituye una infracción al derecho fundamental de libertad personal y una infracción a los principios constitucionales, convencionales y legales.

Respecto de la última hipótesis, referida a la existencia de la normativa convencional, constitucional y procesal penal, se impone la tarea de introducir criterios interpretativos y/o modificaciones legales con el objeto de proteger adecuadamente la libertad personal, se debe descartar, puesto que no se han introducido criterios convencionales ni constitucionales a la discusión planteada en tribunales ordinarios.

Conforme a los objetivos planteados, se afirma que se estableció el ámbito de aplicación de la prisión preventiva por incomparecencia y anticipada en el procedimiento simplificado, y los criterios específicos que determinan su aplicación, sistematizando los criterios interpretativos acogidos y desestimados, con la finalidad de unificarlos para determinar su procedencia en el procedimiento especial analizado.

De la misma manera, se ha podido apreciar que la institución jurídica de prisión preventiva se encuentra rigurosamente limitada y condicionada en todos sus aspectos, entiéndase legislación, interpretación y aplicación, por los principios universales de presunción o estado de inocencia y de respeto a la libertad personal. En consecuencia, la imposición de una prisión preventiva fuera del marco de razonabilidad, necesariamente invierte el sentido del principio de inocencia, vaciándolo de contenido, lo que consecuentemente se opone a la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, encontrándose nuestro país obligado en virtud de la ratificación y vigencia de varios tratados internacionales.²⁷⁴

Ha quedado de manifiesto que la naturaleza de la prisión preventiva en cuanto medida cautelar, resulta ser de carácter estrictamente excepcional, no debiendo bajo ningún punto de vista considerarse como regla general. Asimismo, se debe tener en consideración que todo encarcelamiento preventivo entraña graves consecuencias para el detenido, tanto personal como familiarmente, teniendo también una importante incidencia en el ejercicio de su derecho a Defensa. La aplicación de esta medida, como también su mantención, pone a los jueces requerimientos muy particulares, los que deben mantener bajo examen la necesidad de la medida -necesidad de cautela en nuestro ordenamiento jurídico- a intervalos razonablemente cortos.²⁷⁵

²⁷⁴ Juan Ignacio Pérez Cursi. La medida cautelar restrictiva de la libertad en el derecho internacional de los derechos humanos. Disponible en publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/download/82/75.

²⁷⁵ Juan Ignacio Pérez Cursi. La medida cautelar restrictiva de la libertad.

En lo específico, las sentencias que acogen el amparo no demuestran un cambio de paradigma a nivel de tribunales ordinarios, ya que según lo que se ha estudiado, sólo son cuatro sentencias aisladas. En el transcurso del año 2017 no existe ninguna sentencia de amparo constitucional que revoque la prisión preventiva en el caso del inciso final del artículo 141.

Otro aspecto a analizado es que, sin bien es cierto, los fallos que acogen el recurso de amparo dan cuenta de una problemática que no era resuelta adecuadamente en la judicatura ordinaria, no es menos importante enfatizar que no se entró al fondo de la controversia. Las sentencias anteriores admitían sistemáticamente la prisión preventiva frente a la incomparecencia injustificada de un imputado legalmente notificado a una audiencia de juicio oral simplificado, y los recursos de amparo constitucional eran en su totalidad rechazados, considerándose las resoluciones legales y justas. Las sentencias posteriores siguen rechazando los amparos, producto de lo cual se estableció la política en la Defensoría de dejar de recurrir.

No se debe dejar de mencionar, conforme al análisis jurisprudencial realizado, que se trata de una discusión que estuvo llevando a efecto de manera permanente, la que finalmente se resolvió conforme a los criterios de aplicación formal, toda vez que la Corte Suprema no realizó labor alguna tendiente unificar criterios con la finalidad de servir de guía a la labor de los jueces nacionales ordinarios.

Asimismo, se concluye que no existe aplicación por el juez natural ordinario de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos ni del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no existe aplicación del control de convencionalidad, ni del parámetro de proporcionalidad, pudiéndose afirmarse que por los tribunales ordinarios de justicia no existe aplicación del control de convencionalidad interno, esto es, aplicación de las normas de la Convención, de la jurisprudencia de la Corte, ni menos aún, de los principios de interpretación convencional. Quedó asentado que se otorgó una interpretación amplia de la norma en cuestión, haciéndola aplicable al procedimiento simplificado, no considerando –aún– el bloque constitucional de derechos el que ordena aplicar la norma que mejor proteja el derecho, sin consideración de su jerarquía.

Ahora bien, el único aspecto positivo a considerar es que los fallos acogidos durante el año 2016 dejaron en evidencia la discusión propuesta, pero lamentablemente su fundamentación provino de una precaria argumentación jurídica, lo que no fomentó un mejor debate jurídico. Dando una mirada optimista al estado de la cuestión, constituyó por un momento un sutil cambio de paradigma, el que no se confirmó por las razones previamente expuestas.

En cuanto a la resolución de la Corte respecto de los recursos acogidos, se puede concluir que la interpretación del tribunal ordinario mantiene el legalismo tradicional –ya que considerar legal la resolución por su mera adecuación a la literalidad de la norma, aun comprendiendo que dicha norma no es la que mejor protege el derecho fundamental a la libertad–, pero acoge la desproporcionalidad de la medida cautelar más gravosa de nuestro ordenamiento jurídico, afirmando su arbitrariedad, concepto que mantuvo de contenido.

Se extraña un pronunciamiento de la Corte acorde a criterios de interpretación constitucional, entendiendo la Constitución como norma abierta, considerando la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y aplicando la interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos, pronunciamiento que ordene los criterios interpretativos de los tribunales inferiores. Lo señalado es un aspecto de suma relevancia, ya que, de aplicarse los referidos criterios por los tribunales ordinarios, acciones y los recursos contenidos en la legislación procesal penal permitirían obtener una adecuada resolución de la problemática planteada. A modo ejemplar, en términos de legalidad, el Ministerio Público argumentó siempre –en la situación expuesta– la remisión expresa contenida en el artículo 398 del Código Procesal Penal a las normas del juicio ordinario²⁷⁶.

Dicha remisión a las normas generales habilita tanto al propio ente persecutor como al querellante para solicitar la prisión preventiva, norma que permite razonar previamente como justificada la resolución del tribunal –desde una mirada tradicional y legalista–. No obstante, y a la luz del principio *pro homine* dicha

²⁷⁶Véase artículo 389 del Código Procesal Penal.

norma no debiera recibir aplicación, habiendo sido uno de los ejes centrales de la presente investigación. Esto, habida cuenta que el principio favor persona constituye un criterio de interpretación convencional y además un criterio de interpretación de los derechos humanos, el que debe ser aplicado en el derecho nacional conforme lo ordena el artículo 29 literal b de la Convención Americana y conforme al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, que exige al operador jurídico la aplicación de la norma más favorable al ejercicio de los derechos de la persona.²⁷⁷

Esta obligación que pesa sobre el operador jurídico implica una interpretación que optimice el aseguramiento, garantía y efectivo ejercicio y goce de los derechos fundamentales, lo que no ocurre en el caso analizado. En sencillas palabras, la problemática radica que se aplica la medida más gravosa de nuestro sistema frente a la inasistencia injustificada del imputado a la audiencia de juicio oral simplificado, presentándose como desproporcionada, atendida la naturaleza del procedimiento y de una interpretación armónica de las normas legales, constitucionales y convencionales. En este mismo sentido, el principio favor persona desarrolla directrices *favor libertatis* que lleva a interpretar la norma en el sentido más favorable a la libertad y *pro actione* que se traduce en principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.²⁷⁸

La doctrina especializada precisa que el intérprete y el operador hayan de buscar y aplicar la norma que en cada caso concreto mejor proteja el derecho, que resulte favorable a la persona, su libertad y derechos, cualquiera sea la fuente de que provenga dicha norma, interna o internacional.²⁷⁹

De lo expuesto, se constata que, en muchas oportunidades los jueces o tribunales, no interpretan ni aplican las normas convencionales ni constitucionales, debiendo interpretarse la Constitución de manera unitaria, sistemática y finalista, lo que aún no se ha internalizado por los tribunales ordinarios y demás operadores del sistema, no asumiéndose la eficacia y fuerza normativa de la constitución viviente y del bloque constitucional de derechos. A este respecto, cabe señalar que *"la Comisión Interamericana ha emitido como recomendaciones concretas a los Estados: adoptar las medidas necesarias para corregir el rezago procesal y fortalecer los sistemas de justicia; implementar el uso de otras medidas cautelares distintas del encarcelamiento previo al juicio; garantizar que las autoridades judiciales apliquen la medida cautelar de la detención preventiva motivadamente, en estricto cumplimiento del plazo máximo legal, y de conformidad con los estándares internacionales"*.²⁸⁰

Como reflexión a lo planteado, pareciera ser razonable –y en virtud de la facultad del legislador ordinario proveniente de la Constitución para regular y limitar derechos fundamentales– una eventual modificación legal al referido inciso final del artículo 141 del Código Procesal Penal, habida cuenta de su carácter desproporcionado a las finalidades del procedimiento, limitando dicha facultad –de solicitar la prisión preventiva como medida cautelar frente a la inasistencia injustificada a una audiencia de juicio oral– exclusivamente a la inasistencia de un juicio oral regido por el procedimiento ordinario en un tribunal oral en lo penal.

²⁷⁷Nogueira Alcalá, Humberto (2015). "El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa".[fecha de consulta: 25 de enero de 2017]. [Disponible en:<http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/08/Principio-favor-persona-o-pro-homine-2015-13-agosto-2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf>].

²⁷⁸Nogueira Alcalá, Humberto (2015). El principio favor persona en el derecho internacional.

²⁷⁹Peña Torres, Marisol (2015). "El principio pro omine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile". Humberto Nogueira (Coordinador). En: "Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad". (Editorial Librotecnia), pp. 131-154.

²⁸⁰"Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas" (2013). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [fecha de consulta: 15 de diciembre 2016]. [Disponible en: www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf].

- Criterios relevantes de la Comisión interamericana de derechos humanos aplicables a la justicia penal. [fecha de consulta: 10 de julio de 2017]. [Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3817/3.pdf>.]
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Libertad Personal. [fecha de consulta: 13 de julio de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf>.]
- Dei Vecchi, Diego (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. [fecha de consulta: 10 de abril de 2017]. [Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000200008#n.1.]
- Del Río Labarthe, Gonzalo (2008). "La Prisión Preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". [fecha de consulta: 15 de enero de 2017]. [Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf.]
- Duce, Mauricio y Riego, Cristian (2015). "Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina, evaluación y perspectivas, Ceja - Jscá", [fecha de consulta: 12 de enero de 2017]. [Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/prision-preventiva-reforma-procesal-penal-america-latina-evaluacion-perspectivas>].
- Duce Aguilar, Ana (2013). Presunción de Inocencia. [fecha de consulta: 25 de marzo de 2017]. [Disponible en: http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/coleccionDH_presuncionInocencia.pdf.]
- Durán Migliardi, Mario (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. [fecha de consulta: 15 de agosto de 2017]. [Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009.]
- Eguiguren Prael, Francisco José (2003). Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional Peruana. [fecha de consulta: 15 de mayo de 2017]. [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100009>.]
- Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. [fecha de consulta: 10 de agosto de 2017]. [Disponible en: <https://ecaths1.s3.amazonaws.com/derechoshumanos/1485517429.Fundamentos%20de%20los%20derechos%20fundamentales.%20Ferrajoli.pdf>.]
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). [fecha de consulta: 22 de junio de 2017]. [Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200017.]
- Fuentes Cubillos, Hernán (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. [fecha de consulta: 18 de julio de 2017]. [Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf>.]
- Giménez, Jorge A. (1996). Argentina, Caso 11.245 Informe No. 12/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 33 (1996, párrafo 86, [fecha de consulta: 28 de junio de 2017]. [Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/cases/1996/Sargentina12-96.htm>.]
- Gomez García, Iván (2016). El margen de apreciación nacional. Reflexiones críticas en torno a su utilización por el tribunal europeo y la corte interamericana de derechos humanos. [fecha de consulta: 15 de enero de 2017]. [Disponible en: <http://portales.te.gob.mx/ccje/sites/default/files/G%C3%B3mez-Garc%C3%ADa-El-margen-de-apreciaci%C3%B3n-nacional.pdf>.]
- González Castillo, Joel (2006). "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N0 1, pp. 93 - 107 [2006].
- G. Thea, Federico (2012). "Garantías judiciales en la convención americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino". [fecha de consulta: 11 de enero de 2017]. [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.]
- Hines Céspedes, César (2005). "Limitaciones de los derechos fundamentales". Revista de ciencias jurídicas. [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2016]. [Disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13329/14373>.]
- Hitters, Juan Carlos (2007). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). [fecha de consulta: 04 de julio de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a27772.pdf>.]

- Horvitz Lennon y López Masle (2002). "Derecho procesal penal chileno", Editorial Jurídica, tomo I, pág.390.
- "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas" (2013). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [fecha de consulta: 15 de diciembre 2016]. [Disponible en: www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf].
- "Informe de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas" (2001), Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [fecha de consulta: 15 de diciembre 2016]. [Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>].
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 Rev. 1, adoptado el 7 de octubre de 1999. (en adelante "Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana"), Cap. VI, párr. 224. [fecha de consulta: 15 de julio de 2017]. [Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/republicadominicana-2015.pdf>].
- Informe del fondo N° 2-97, Jorge Luis Bronstein y otros (1997). [fecha de consulta: 28 de junio de 2017]. [Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>].
- Jara Muller, Juan Javier (1999). Principio de Inocencia: El Estado Jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del Proceso Penal. Rev. derecho (Valdivia). [online]. ago. 1999, vol.10 supl. [citado 01 Septiembre 2013], p.41-58. [fecha de consulta: 27 de diciembre 2016]. [Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000100007&script=sci_arttext].
- Lopera Mesa, Gloria Patricia (2007). El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes penales. [fecha de consulta: 14 de junio de 2017]. [Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100014].
- Loza Avalos, Cintia (2013). "La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia". [fecha de consulta: 07 de enero de 2017]. [Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20151008_02.pdf].
- Llobet Rodríguez, Javier (2009). La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 114-148, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México, [fecha de consulta: 13 de junio de 2017]. [Disponible en: www.redalyc.org/pdf/2932/293222968006.pdf].
- Marín González, Juan Carlos (2002). "Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal chileno. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 1. [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2016]. [Disponible en: [http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej1/archivos/Medidas_Cautelares_personales%20\(5\).pdf](http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej1/archivos/Medidas_Cautelares_personales%20(5).pdf)].
- Martínez Galindo, Gema (2016). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. [fecha de consulta: 17 de diciembre 2016]. [Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2016-10048100514 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Jurisprudencia del Tribunal Constitucional].
- Matus y Ramírez (2015). Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General Fundamentos y Límites Constitucionales del Derecho Penal Positivo. Editorial Jurídica. Pág. 111.
- Misuraca Mariángeles (2016). El Derecho a la Libertad personal. [fecha de consulta: 05 de mayo de 2017]. [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/007-misuraca-libertad-presonal-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>].
- Moliner Tamborero, Gonzalo (2013). La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación. [fecha de consulta: 15 de mayo de 2017]. [Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/documento/tribuna.pdf?id=4786>.], pág. 7.
- Navarro Beltrán, Enrique. Acción indemnizatoria por error judicial. Derechos Fundamentales (2012). Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda. Asociación de Derecho Constitucional. Pág.200.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2015). "Reflexiones jurídicas en torno al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: su sentido y alcance y su posible perfeccionamiento por reforma constitucional", en "Las bases de la Institucionalidad, realidad y desafíos". (Editorial Libromar).
- Nogueira Alcalá, Humberto (2002). "La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno". Rev. derecho (Valdivia). [fecha de consulta: 25 de enero de 2017]. [Disponible

- en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502002000100011&lng=es&nrm=iso]. ISSN 0718-0950.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2015). "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia". Estudios constitucionales. [fecha de consulta: 10 de enero de 2017]. pp.301-350. [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>].
- Nogueira Alcalá, Humberto (2015). "El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa". [fecha de consulta: 25 de enero de 2017]. [Disponible en: <http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/08/Principio-favor-persona-o-pro-homine-2015-13-agosto-2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf>].
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia". Ius et Praxis [online]. vol.11, n.1 [fecha de consulta: 05 de enero de 2017]. [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>].
- Nogueira Alcalá, Humberto (2003). Dogmática de los derechos esenciales de la persona humana, [fecha de consulta: 18 de julio de 2017]. [Disponible en: <https://edwinfigueroaag.files.wordpress.com/2015/06/lectura-nro-03-teoria-y-dogmatica-de-los-derechos-fundamentales-nogueira-chile.pdf>].
- Nogueira Alcalá, Humberto. "Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011". [fecha de consulta: 20 de junio de 2017]. [Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200003].
- Oliver Calderón, Guillermo (2009). Seguridad jurídica y derecho penal. [fecha de consulta: 23 de abril de 2017]. [Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej11/OLIVER%2014.pdf>].
- Opinión Consultiva 08/87, párrafo 26, en Sergio García Ramírez, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [fecha de consulta: 23 de julio de 2017]. [Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf].
- Parra Vera, Oscar (2014). El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al "empoderamiento institucional.[fecha de consulta: 14 de mayo de 2017]. [Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/18.pdf>].
- Pfeffer Urquiaga, Emilio (1998). Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos, p. 228. Revista de derecho y Jurisprudencia, número especial. [fecha de consulta: 10 de junio de 2017]. [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649983.pdf>].
- Peña Torres (2015), Marisol. "El principio pro homine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile". Humberto Nogueira (Coordinador). En: "Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad". (Editorial Librotecnia), pp. 131-154.
- Politoff, Matus y Ramírez (2004). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición.
- Prieto Sanchis, Luis (2008). El juicio de ponderación constitucional. En "El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. [fecha de consulta: 14 de junio de 2016]. [Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>].
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), [fecha de consulta: 22 de junio de 2017]. [Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/83a7e24be2806f065d577c0793d5bc84.PDF>].
- Reyes Molina, Sebastián (2012). "Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno", Revista de Derecho, Vol. XXV - Nº 2. [fecha de consulta: 20 de diciembre 2016]. [Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art10.pdf>].
- Robles Planas, Ricardo, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coordinadores) (2010). La Crisis del derecho penal contemporáneo. Editorial Atelier Libros, Barcelona.
- Rodríguez Rescia, Víctor Manuel (1997). La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 81. [fecha de consulta: 17 de mayo de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12835.pdf>].
- Sanz, Ángel José (2007). El tratamiento del delincuente habitual. [fecha de consulta: 23 de junio de 2017]. [Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_4_4.pdf].

- Tórtora Aravena, Hugo. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. Estudios constitucionales, 8(2), 167-200. [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2016]. [Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007>].
- Tojo, Liliana. La implementación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: comentarios en torno al caso "Corte Primera de lo Contencioso Administrativo", p. 94 y 95, citando Sentencia de 18 de diciembre de 2008 de Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. República Bolivariana de Venezuela. Expediente N° 08-1572. [fecha de consulta: 13 de junio de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23679.pdf>].
- Ugarte Boluarte, Krúpskaya Rosa Luz (2015). La competencia en los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: aspectos generales. [fecha de consulta: 23 de mayo de 2017]. [Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157772.pdf>].
- Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Derecho Constitucional Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, pág. 25.

Sentencias:

- Resolución 12° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RUC N° 1500252735-6 de 28 de Abril de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 123 del año 2016, de 05 de mayo de 2016.
- Resolución 10° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa 1200794269-7, de 18 de enero de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 113 del año 2016, de 03 de mayo de 2016.
- Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1601119292-4, de 11 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 137 del año 2016 de fecha 18 de mayo de 2016.
- Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto, en causa RUC N° 1600760798-2 de 11 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 138 del año 2016 de fecha 18 de mayo de 2016.
- Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa 1600053029-1, de 11 de mayo de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1500704323-3 de 15 de abril de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1500293186-6 de 15 de abril de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 100 del año 2016 de fecha 20 de abril de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 101 del año 2016 de fecha 20 de abril de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 140 del año 2016 de fecha 26 de mayo de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1400356197-7 de 23 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 156 del año 2016 de fecha 02 de junio de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto, en causa RUC N° 1600069853-2, de 23 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 157 del año 2016 de fecha 02 de junio de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1400162008-9 de 31 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 165 del año 2016 de fecha 13 de junio de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1400162008-9 de 31 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 166 del año 2016 de fecha 15 de junio de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1400616887-7 de 31 de mayo de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1600220740 de 31 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 171 del año 2016 de fecha 15 de junio de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 173 del año 2016 de fecha 15 de junio de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 226 del año 2016 de fecha 06 de julio de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC N° 1500676875-7 de 28 de junio de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 173-2016 de fecha 15 de junio de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa RUC 1501214849-3, de 23 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel **Rol N°155-2016**, de fecha 01 de junio de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto, encausa RUC 1600011220-1 de 31 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel **Rol 161-2016** de fecha 06 de junio de 2016. Resolución Juzgado de Garantía de Puente Alto en causa 1600220740-4, de 31 de mayo de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel **Rol 179-2016** de fecha 15 de junio de 2016. Resolución 12° Juzgado de Garantía de Santiago en causa RUC 1600727401-0 de 09 de junio de 2016. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel **Rol 197-2016** de fecha 24 de junio de 2016.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

