

Cristian Maturana Miquel

Prisión Preventiva y Libertad Provisional; *Análisis desde una perspectiva procesal constitucional en relación con las realidades del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo.*

I.- Introducción.

La primera reflexión que uno se hace cuando ve dos sistemas procesales penales, como son uno mixto predominantemente inquisitivo y uno mixto predominantemente acusatorio, y que claramente son absolutamente incompatibles entre sí, es si es posible que puedan ellos coexistir dentro de una misma Carta Fundamental, que debe contener las garantías y derechos individuales.

Si aplicamos dichos principios inquisitivo y acusatorio en su grado máximo de pureza, ello significaría que en un sistema inquisitivo todos los imputados deberían estar privados de libertad durante la investigación y, en otro extremo, en un sistema plenamente acusatorio, todos los imputados deberían encontrarse en libertad durante el proceso. Frente a esos extremos me acuerdo de esa canción de Serrat que decía: “españolito que vienes al mundo te guarde Dios, que una de las dos España ha de helarte el corazón” y deberíamos agregar y a nublarle la razón.

En consecuencia, la pregunta que nos debemos que hacer es: ¿Tenemos una Constitución? ¿Tenemos dos Constituciones? ¿Tenemos un sistema penal? ¿Tenemos dos sistemas penales? ¿Tenemos regímenes transitorios? Porque yo me acuerdo que la Constitución dice que el Estado de Chile es unitario, que su territorio se divide en regiones. Lo otro que también me acuerdo es que dentro de los principios básicos del derecho, y que están dentro de las bases de la institucionalidad, es que perseguimos con el derecho el logro de la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.

Cuando hablamos del Bien Común dice la Constitución en el artículo 2º, antes incluso que la consagración de las garantías individuales, y antes incluso que los tratados de derechos humanos, que: “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta a la *integración armónica* de todos los sectores de la Nación”, y antes que eso dice que: “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien co-

* *Profesor de Derecho Procesal, y Director del Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.*

mún, para el cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan” “a todos” y a “cada uno” de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización material y espiritual. En consecuencia, la pregunta que yo me hago: ¿Es posible concebir en un mismo país la existencia de dos sistemas procesales que funcionen coetáneamente dentro de él para juzgar un mismo delito, dependiendo de la fecha de su comisión en el régimen permanente, o del lugar y fecha de la comisión del delito en un régimen transitorio?

Por otra parte, ¿Cuándo vamos a invitar a la víctima a un Seminario sobre el proceso penal? o ¿Cuándo vamos a invitar al Estado para que diga cómo va a velar por la protección equilibrada de los derechos de las víctimas y del imputado dentro del derecho procesal penal? Nosotros siempre hemos analizado el proceso penal centrándonos en el imputado, y yo quiero cambiar el giro de esta charla a propósito de los atentados que recientemente han acaecido en los Estados Unidos.

Para los efectos de esta charla y desde esa perspectiva, debemos tener presente que, del análisis de nuestra Carta Fundamental, podemos extraer diversos principios básicos en relación con la libertad, la prisión preventiva y la libertad provisional.

II.- La Libertad.

Respecto de la libertad, nuestra Carta Fundamental establece como principios básicos los siguientes:

- a.- La regla general dentro de nuestro ordenamiento constitucional es la libertad personal y la seguridad individual, la que se asegura a todas las personas.(art, 19 N°7).
- b.- La libertad personal, como todos los derechos reconocidos en nuestra Carta Fundamental, no es un derecho absoluto, previéndose expresamente que ella puede ser privada o restringida en los casos y formas determinados por la Constitución y las leyes.

De acuerdo con ello, rige respecto de cualquiera privación o restricción de la libertad personal el principio de la legalidad, el cual se encuentra consagrado en la letra b) del artículo 19 N°7 de la Constitución Política.

Este principio se consagra respecto de las medidas cautelares personales en el proceso penal, en los artículos 42 bis del Código de Procedimiento Penal, en adelante C.P.P. y en el artículo 5 del Código Procesal Penal, en adelante N.C.P.P.

- c.- El Constituyente prevé expresamente, como garantía respecto de la privación de libertad, la orden de un funcionario público competente, la intimación de la orden en la forma prevista por la ley, el lugar en el cual debe verificarse la privación de libertad, la forma de ingreso a la prisión, los alcances de la incomunicación y el derecho a conocer de los motivos de la detención.

d.- El Constituyente sólo contempla como privación de libertad el arresto, la detención y la prisión.

La actual regulación que efectúa el Constituyente, creemos, debe ser perfeccionada de acuerdo con las modificaciones posteriores, generadas ya sea por ratificación de tratados internacionales, o con motivo de modificaciones legales posteriores que importa la consagración, a nivel meramente legal, un nuevo sistema procesal penal.

De acuerdo con ello, estimamos que debería contemplarse en la Carta Fundamental:

1º.- Los casos en los cuales no es procedente el arresto en materia civil, o a lo menos dejar constancia que, tratándose del cumplimiento de obligaciones civiles, éste sería procedente sólo en caso de falta de pago de obligaciones alimenticias.

2º.- Dejar claramente establecido como principio los casos excepcionales en los cuales es procedente el arresto u otra medida cautelar restrictiva de los derechos constitucionales, como medida de prevención de la mantención de un orden público y seguridad ciudadana. En todo caso, todas estas medidas deben tener una duración efímera y ser controladas mediante los recursos de cautela de respeto de las garantías constitucionales, sin perjuicio de los mayores rangos de intensidad y duración que pueden revestir en los estados de excepción constitucional previstos en los artículos 29 a 41 de la Carta Fundamental.

3º.- Incorporar al texto constitucional otras medidas de menor entidad que la privación de libertad que el arresto, detención o prisión preventiva, como son el arraigo y las otras nuevas medidas cautelares personales que se contemplan en el artículo 155 del N.C.P.P.

4º.- Incorporar otros derechos que posee el imputado privado de su libertad, como son algunos de los que se indican en el artículo 94 del N.C.P.P. y que no se contemplan en la Carta Fundamental, los que no son más que una consagración del principio de inocencia y del debido proceso, debiendo consagrarse el primero de ellos con rango constitucional de manera expresa.

El principio que es básico para poder desarrollar el tema de la libertad dentro del proceso penal es el de la inocencia. El principio de inocencia no está consagrado expresamente en nuestra Constitución, pudiendo emanar de interpretaciones de distintas disposiciones de la Carta Fundamental, pero expresamente no está consagrado. Ahora, a mí me parece lógico que no se encuentre consagrado expresamente, porque el principio de las garantías constitucionales establecidas en la Carta fundamental se realizó bajo un sistema predominantemente inquisitivo, en el cual obviamente dicho principio se encuentra subvalorado.

Si el país va hacia la consagración de un sistema penal acusatorio, protejamos de verdad el principio de inocencia y coloquémoslo dentro del texto constitucional con

la preeminencia que se merece, y a continuación desarrollemos las diversas garantías que son una consecuencia de él.

Hasta el momento, yo puedo establecer la existencia del principio de inocencia, yendo al artículo 5° de la Carta Fundamental, por los tratados internacionales suscritos por Chile, pero no por la consagración directa dentro de las garantías constitucionales. Creo que es muy importante que se realice su consagración en el texto constitucional. ¿Por qué? Porque todos sabemos la disparidad de criterios y la discrepancia que existe entre las garantías constitucionales y los tratados internacionales y, en consecuencia, acá, cuando se afirma muy livianamente para resolver el tema de que vamos a privilegiar los tratados internacionales de derechos humanos sobre las Garantías Constitucionales, ese es un tema que no es para nada pacífico dentro de la doctrina. En consecuencia, aprovechamos la oportunidad de revisar las garantías constitucionales y las adecuamos a los tratados de derechos humanos, y si creemos que el Estado nuestro tiene que privilegiar algunas de esas garantías en distinta forma que los tratados de derechos humanos, zanjemos las discrepancias que existen sobre el tema, y no nos quedemos con el grado de inseguridad jurídica dependiente de lo que en definitiva se va a establecer en el futuro por diversas interpretaciones respecto de los derechos consagrados en los Tratados internacionales respecto de nuestra Carta Fundamental.

III.- La Prisión Preventiva.

La regulación de la prisión preventiva que se realiza en la Carta Fundamental se aparta de la forma en que se concibe en el actual N.C.P.P.:

- a.- **En el nuevo proceso penal la prisión preventiva no es una consecuencia del auto de procesamiento, sencillamente porque no se contempla dentro de éste la existencia de dicha resolución.**

Debemos recordar que en el antiguo procedimiento penal la prisión preventiva no es más que una consecuencia de la resolución auto de procesamiento, siendo el efecto más importante que se verifica automáticamente, y por el sólo ministerio de la ley, en relación con la detención conforme al art. 277 del C.P.P.

Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que además, y por el sólo ministerio de la ley, el auto de procesamiento trae consigo el arraigo de pleno derecho conforme a lo previsto en el artículo 305 bis del N.C.P.P.

El Constituyente requiere en su texto que se dicte durante el proceso penal la resolución auto de procesamiento, fundamentalmente por efectos extraprocesales que dice relación con la suspensión de la habilidad para postular o desempeñar cargos públicos o ejercer derechos cívicos. Como ejemplo de ello, tenemos la suspensión de la ciudadanía (art. 16 N°2); y consecuencialmente de la habilidad para ser candidato a Presidente de la República (art. 25), Ministro de Estado (art. 34), Diputado (art. 44); Senador (art 46); Fiscal Nacional (art 80 letra c); Intendente,

Gobernador, miembro Consejo Regional o Concejal (art. 113), todos esos preceptos de la Carta Fundamental.

En el N.C.P.P. no existe la resolución auto de procesamiento, la que se contempla en cuanto a su existencia en nuestra Carta Fundamental, para suspender el derecho a sufragio si versa sobre delito que merece pena aflictiva o conducta terrorista.

De acuerdo con ello, creemos de gran urgencia uniformar a nivel nacional la concurrencia de este supuesto que se requiere para velar por la idoneidad de quienes deben postular a cargos populares, el cual no es posible de dimensionar en el nuevo proceso penal al no existir dicha resolución. Por otra parte, resulta inconciliable con el nuevo sistema procesal penal que se contemple la libertad provisional como derecho, sino que lo que se contempla con tal carácter es la libertad, siendo la libertad provisional con caución una de las tantas medidas cautelares personales que se pueden adoptar dentro del nuevo sistema procesal penal.

b.- La prisión preventiva no es actualmente la única medida cautelar personal indefinida que puede adoptarse en el proceso, conforme a lo previsto en el N.C.P.P., por lo que debería modificarse la Constitución para ser más precisa en su redacción, en especial, consagrándose otros principios que deben concurrir para su establecimiento.

La ampliación de las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal debería contemplarse con rango constitucional, sin perjuicio que además, respecto de las medidas cautelares personales de duración indefinida, deberían en la Carta Fundamental consagrarse los principios de jurisdiccionalidad; temporalidad; la provisionalidad, la temporalidad, la excepcionalidad, homogeneidad, idoneidad y la proporcionalidad como criterios limitantes para que el juez pueda disponerlas en el nuevo proceso penal.

c.- Debe perfeccionarse la regulación de la acción de amparo, para que de una vez por todas se contemple su impugnación por la vía de recursos de naturaleza jurisdiccional, reservando la acción de amparo a las medidas que no provengan de resoluciones dictadas dentro de un proceso judicial.

Creemos que la consagración de la acción de amparo ante el juez de garantía que se efectúa en el N.C.P.P., con apelación ante la Corte de Apelaciones, respectiva es un elemento perturbador, puesto que se ha prestado para diversas interpretaciones.

Por otra parte, de pretenderse contemplar la acción de amparo ante el juez de garantía como única vía para impugnar todas las medidas cautelares privativas o restrictivas de libertad que provengan de una resolución judicial, debería modificarse el art. 21 de la Carta Fundamental y contemplarse expresamente los casos en los que podría intervenir la Corte Suprema, en el ejercicio de las facultades conservadoras, para resguardar uno de los derechos más trascendentes respecto de la persona humana.

IV.- La libertad provisional.

¿Qué pasa con la libertad provisional? Muy brevemente. Primero seamos claros. Hay un error de conceptualización de la libertad provisional. La libertad provisional es una medida cautelar restrictiva de la libertad. La menor, pero lo es. O es que acaso si yo estoy sometido a un proceso penal ¿estoy feliz con la libertad provisional? ¿no se distingue de la libertad incondicional? ¿es que acaso la libertad provisional que tiene un sujeto no le genera cargas limitativas de su libertad? ¿no tengo que ir a visitar al Juez, a firmar un libro cada quince días, y si no voy me dejan sin efecto la libertad y despachan orden de prisión en mi contra? En consecuencia la libertad provisional es una medida cautelar, la menor en significación, pero es una medida cautelar. En consecuencia, cuando se dice que yo tendré derecho a mi libertad provisional, no es que yo tenga derecho a mi libertad provisional, a lo que tengo derecho es a mi **libertad incondicional** en virtud del principio de la inocencia.

Con motivo de las modificaciones introducidas por el nuevo sistema procesal penal, creemos que respecto de la Carta Fundamental deberían introducirse las siguientes modificaciones:

- a.- Debería regularse, como una medida cautelar personal restrictiva de la libertad de menor intensidad a ser aplicable, en lugar de cualquiera otra de mayor entidad, cuando no concurren los motivos que hagan aconsejable la adopción de las otras medidas cautelares personales de mayor entidad.
- b.- Creemos que los motivos que constituyen el *periculum in mora* para decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar de menor entidad establecidos en la Carta Fundamental son los correctos, aun cuando se discrepe de ellos por parte de alguna parte de la doctrina penal.

El alcance de la necesidad de la medida cautelar para las investigaciones del sumario está desfasada conforme al nuevo sistema procesal penal, debiendo sólo referirse a la investigación que se lleve a cabo o se formalice ante un tribunal.

Creemos que la precisión del alcance del peligro para la investigación que se verifica en el artículo 140 es el correcto.

Igualmente, creemos que la necesidad para la seguridad del ofendido, que se precisa en el art. 140 del N.C.P.P., es el correcto. Debemos hacer presente que, no obstante ser decretada por el juez de garantía, constituye un mandato para el fiscal velar por la adopción de esta medida para proteger al ofendido conforme a lo previsto en el art. 80 A de la Carta Fundamental.

Finalmente, con relación a la seguridad de la sociedad, creemos que la concepción de pretender huir de la acción de la justicia es correcta y que los factores que se contemplan para su ponderación en cuanto a su concurrencia en el inciso 3 del art. 140 son todos acertados, menos el de haber actuado en grupo o pandilla.

El factor que debe concurrir es el de presumir que continuará con su actividad delictiva, lo que es dable presumir ante la existencia de una organización criminal, como ocurre en los delitos terroristas y de tráfico de estupefacientes, y en la habitualidad en el ejercicio de una verdadera profesión delictual, dado que ello requiere una readaptación del sujeto por parte de la sociedad si es que se tiene una concepción no de mero castigo respecto de ella y de reinserción de la persona en la sociedad.

Este requisito debería sincerarse en cuanto a la forma en que se ha regulado, señalando que su ponderación corresponderá siempre al juez, sin perjuicio de poderse establecer criterios meramente orientadores por el legislador al respecto.

Por otra parte, debería establecerse claramente que la única caución que se puede contemplar para su otorgamiento es una caución económica para asegurar su comparecencia, sin que se pueda por medio de ella pretender caucionar responsabilidades civiles que puedan provenir de la comisión del delito.

c.- Debe revisarse el procedimiento en el caso de la libertad provisional respecto de delitos terroristas, al no existir en el nuevo proceso penal el trámite de la consulta.

d.- Finalmente, debemos tener presente que nuestro país se encuentra en camino del establecimiento de un nuevo sistema procesal penal, el cual todos debemos concordar por la gran envergadura en que importa desde un punto de vista humano, de organización, infraestructura y cultural por lo que debe ser gradual, y también creemos, responsablemente, que a lo menos progresivo a nivel territorial.

Sin embargo, en lo que discrepamos profundamente es que una vez entrado el sistema en vigencia en una Región del país, debamos continuar anclados en el antiguo sistema procesal penal, respecto de los procesos penales que se inicien con posterioridad a esa fecha en relación a delitos cometidos con anterioridad.

Creemos que implementar de esa forma el sistema, es francamente discriminatorio e injusto, e importa para el país condenarse a vivir en forma permanente a convivir con dos realidades antagónicas como son la inquisitiva, que nos rige en el antiguo sistema, y la acusatoria, que nos regirá en el futuro, la cual será de por vida, teniendo en consideración los casos de delitos imprescriptibles, a lo menos a la condena de mayor duración, teniendo presente los plazos de prescripción respecto de los delitos de mayor gravedad.

El país requiere que entre todos construyamos un sólo sistema penal mas justo, eficiente, y que brinde garantía a todos sus habitantes. Esta es la única misión y la exclusiva cultura que debemos promover, cumplir y respetar respecto del proceso penal.