

# Mg

Monografías

La prisión preventiva  
y otras medidas cautelares personales

**Tercera edición actualizada**

*Marcelo Hadwa Issa*

ediciones  
**DER**

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a [info@derediciones.com](mailto:info@derediciones.com) o visite nuestra página web [www.derediciones.com](http://www.derediciones.com)

## LA PRISIÓN PREVENTIVA Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA

© Marcelo Hadwa Issa

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

[www.derediciones.com](http://www.derediciones.com)

Registro de Propiedad Intelectual N° 2020-A-986

ISBN 978-956-9959-69-1

Tercera edición actualizada, marzo de 2020

DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

### ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

*Para Diego y Jose*

*“La prisión preventiva injustamente sufrida [...] representa el paradigma ejemplar de la miserable justicia humana”.*

GIUSEPPE DE LUCA

## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CAMBIO DE PARADIGMA PROCESAL PENAL. DEL SISTEMA INQUISITIVO AL ACUSATORIO .....	9
1. ANTECEDENTES: EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL .....	11
2. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL. EL CAMBIO DE PARADIGMA.....	15
CAPÍTULO II: NATURALEZA JURÍDICA Y DEFINICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	23
1. NATURALEZA JURÍDICA.....	25
1.1. Prisión preventiva como pena anticipada.....	25
1.2. Prisión preventiva como medida cautelar.....	27
1.3. Prisión preventiva como medida de seguridad o medida preventiva .....	32
2. CONCLUSIÓN .....	35
CAPÍTULO III: PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.....	37
1. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y LA SEGURIDAD INDIVIDUAL .....	39
2. LA FIGURA DE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....	41
2.1. El límite de la proporcionalidad .....	42
A) Proporcionalidad como límite de la prisión preventiva.....	43
a. Idoneidad.....	45
b. Necesidad/subsidiariedad.....	46
c. Proporcionalidad en sentido estricto .....	49

2.2. El límite del principio de la presunción de inocencia.....	50
A) Naturaleza jurídica de la presunción de inocencia.....	52
B) Contenido y alcance del derecho a la presunción de inocencia.....	52
a. La presunción de inocencia como regla probatoria y de juicio.....	53
b. La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.....	56
2.3. Presunción de inocencia y prisión preventiva .....	60
3. EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	68

## CAPÍTULO IV: PRESUPUESTOS DE ADOPCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....

1. PRESUPUESTOS FORMALES.....	75
1.1. El principio de legalidad. Problemas constitucionales en la regulación de la prisión preventiva .....	75
1.2. Jurisdiccionalidad o reserva jurisdiccional.....	81
1.3. La motivación. Requisitos para su cumplimiento .....	83
2. PRESUPUESTOS MATERIALES .....	89
2.1. El <i>fumus commissi delicti</i> o <i>fumus boni iuris</i> .....	89
A) Primer supuesto: “a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare”.....	90
B) Segundo supuesto: “b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor”.....	90
2.2. El <i>periculum libertatis</i> o <i>periculum in mora</i> .....	99
A) Finalidades cautelares de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal.....	101
a. El peligro para el éxito de la investigación.....	101
i. Ámbito de protección cautelar .....	102
ii. Especificidad y relevancia de los elementos probatorios objeto de protección .....	104
iii. Elementos de valoración del riesgo de obstaculización de la investigación.....	105
b. El peligro de fuga.....	106
i. Alcance del peligro de fuga.....	109
ii. Elementos de valoración del riesgo de fuga.....	110
B) Finalidades preventivo-especiales de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal .....	119
a. El peligro para la seguridad de la sociedad.....	119
i. Antecedentes .....	119

ii.	Alcance del criterio del peligro para la seguridad de la sociedad	123
iii.	Método de valoración del peligro para la seguridad de la sociedad .....	129
iv.	Factores que la ley considera necesarios para la realización del pronóstico de peligrosidad criminal .....	136
b.	El peligro para la seguridad del ofendido .....	147
3.	SUPUESTOS LEGALES DE IMPROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	149
3.1.	Supuesto de improcedencia de la prisión preventiva en atención a la naturaleza de la pena: cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos .....	150
3.2.	Supuesto de improcedencia de la prisión preventiva en atención a la naturaleza de la acción .....	153
3.3.	Supuesto de improcedencia de la prisión preventiva por encontrarse el imputado cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad .....	154
4.	EXCEPCIONES A LOS SUPUESTOS DE IMPROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	154
4.1.	Cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las denominadas “otras medidas cautelares personales” .....	155
4.2.	Cuando el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y de presentarse a todos los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia (art. 141 inciso final CPP) .....	155
4.3.	Cuando el imputado no asistiere a la audiencia de juicio oral .....	156
4.4.	Cuando el imputado no compareciere a la “actuación respectiva” .....	157
 CAPÍTULO V: PROCEDIMIENTO, IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....		 159
1.	COMPETENCIA .....	161
2.	TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	165
2.1.	Requisito procesal previo .....	165
2.2.	Solicitud: sujeto activo, forma y momento procesal .....	166
2.3.	Necesidad de comparecencia de las partes .....	172
2.4.	Procedimiento para la discusión sobre la revocación y la sustitución de la prisión preventiva y procedimiento para la discusión sobre la procedencia de la medida con posterioridad a su rechazo .....	173
2.5.	El transcurso del tiempo como factor desencadenante de la discusión sobre la mantención de la prisión preventiva .....	175
3.	EXTRADICIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA .....	176
3.1.	La prisión preventiva en la extradición activa .....	176
3.2.	La prisión preventiva en la extradición pasiva .....	178

4.	FORMAS DE IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN RELATIVA A LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	179
4.1.	El recurso de apelación en la prisión preventiva .....	179
	A) Régimen especial del recurso de apelación establecido en el inciso 2° del artículo 149 del Código Procesal Penal .....	182
	a. Requisitos de la apelación verbal .....	184
	b. Estatus procesal del imputado afectado por la aplicación del inciso 2° del artículo 149 del Código Procesal Penal .....	187
	c. Cuestiones sobre la constitucionalidad del inciso 2° del artículo 149 del Código Procesal Penal .....	189
	B) La orden de no innovar en los casos de riesgo de fuga .....	193
	C) La especial regulación constitucional del recurso de apelación para los delitos calificados como terroristas .....	193
4.2.	El recurso de amparo como medio de protección contra la resolución que ordena la prisión preventiva .....	196
5.	LA EJECUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	198
5.1.	Tribunal competente para supervisar la adopción de la prisión preventiva .....	198
5.2.	Presunción de inocencia como principio informador de la ejecución de la prisión preventiva .....	199
	A) Trato de inocente al preso preventivo .....	199
	B) La necesidad de segregar a los presos preventivos .....	201
	C) Autorizaciones especiales .....	202
5.3.	Derechos y garantías del preso preventivo .....	203
5.4.	La regulación especial establecida en la Ley N° 18.314 sobre Conductas Terroristas .....	205
6.	LA INCOMUNICACIÓN .....	206
CAPÍTULO VI: EL TÉRMINO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....		211
1.	MOTIVOS QUE DAN ORIGEN AL TÉRMINO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	213
1.1.	Término de la prisión preventiva por razones de índole procesal .....	213
	A) Término de la prisión preventiva por el dictado de ciertas resoluciones judiciales .....	213
	B) Término de la prisión preventiva por el decaimiento de la necesidad de cautela .....	214
	a. La revocación de la prisión preventiva .....	215
	b. Sustitución de la prisión preventiva .....	215
	i. Sustitución de la prisión preventiva por alguna de las denominadas “otras medidas cautelares personales” .....	215
	ii. Sustitución de la prisión preventiva por una caución económica o fianza .....	216



• Naturaleza de la caución .....	219
• Suficiencia de la caución .....	219
• Regulación especial de la suficiencia de la caución económica en los delitos tributarios .....	221
• Cancelación de la caución .....	222
• Ejecución de las cauciones económicas .....	223
1.2. Término de la prisión preventiva por el transcurso del tiempo .....	224
A) Fundamento .....	224
B) Sistemas de plazos absolutos .....	230
C) La determinación del plazo razonable .....	233
2. EFECTOS DE LA TERMINACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	240
2.1. La puesta en libertad.....	240
2.2. El abono.....	240
A) Significado, consagración positiva y fundamento .....	240
B) Tipo de pena abonable .....	242
C) Procedencia, aplicación y forma de computar el abono .....	242
D) El abono impropio, heterogéneo o en causa diversa.....	245
E) Recursos.....	250
3. INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA .....	250
3.1. Introducción.....	250
3.2. Fundamento del deber de indemnizar.....	252
3.3. La indemnización de perjuicios por prisión preventiva errada en la legislación .....	253

## CAPÍTULO VII: LAS DENOMINADAS “OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES” .....

1. INTRODUCCIÓN .....	259
2. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 155 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	262
2.1. El arresto domiciliario .....	262
2.2. La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez .....	265
2.3. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare .....	265
2.4. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal.....	267
2.5. La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares .....	267
2.6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas .....	268

2.7. La prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquel .....	269
2.8. La prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego, municiones o cartuchos.....	272
2.9. La obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado.....	273
3. PRESUPUESTOS DE LAS “OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES” .....	273
3.1. El <i>fumus commissi delicti</i> .....	273
3.2. El <i>periculum libertatis</i> .....	274
4. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS “OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES” .....	275
4.1. Legitimario activo de las “otras medidas cautelares personales” .....	275
4.2. Suspensión de las “otras medidas cautelares personales” .....	275
5. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS “OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES” .....	277
<b>CAPÍTULO VIII: LA INTERNACIÓN PROVISORIA O PRISIÓN PREVENTIVA PARA ADOLESCENTES.....</b>	<b>279</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	281
1.1. La justicia juvenil tutelar de menores.....	281
1.2. El nuevo paradigma: el modelo de responsabilidad.....	285
A) Principio de desformalización o desjudicialización de la justicia penal juvenil.....	288
B) Principio de ultima ratio o carácter excepcional y breve de la pena privativa de libertad .....	289
C) Preponderancia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones .....	293
2. MARCO JURÍDICO DE LA INTERNACIÓN PROVISORIA Y DE LAS “OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES” .....	294
3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITES A LA INTERNACIÓN PROVISORIA.....	299
4. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA INTERNACIÓN PROVISORIA.....	304
5. TEMPORALIDAD .....	305
6. EJECUCIÓN DE LA INTERNACIÓN PROVISORIA.....	307
6.1. Principio de separación.....	307
6.2. Permiso de salida diaria.....	307
6.3. Normas protectoras del desarrollo del menor.....	308
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>309</b>

## ABREVIATURAS

art.	: artículo
CADH	: Convención Americana de Derechos Humanos
CDN	: Convención sobre los Derechos del Niño
CdPP	: Código de Procedimiento Penal
CEDH	: Convención Europea de Derechos Humanos
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
Comisión IDH	: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
comp.	: compilador
coord.	: coordinador
CP	: Código Penal
CPR	: Constitución Política de la República
CPP	: Código Procesal Penal
DFL	: Decreto con Fuerza de Ley
DL	: Decreto Ley
dir.	: director
ed.	: editor
fasc.	: fascículo
LEcrim	: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	: Ley Orgánica
LOCMP	: Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público
LORPM	: Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LRPA	: Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes
LVIF	: Ley de Violencia Intrafamiliar

PIDCyP	: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
REP	: Reglamento de Establecimientos Penitenciarios
Rit	: Rol interno
Ruc	: Rol único
s. a.	: sin año
SCA	: Sentencia Corte de Apelaciones
SCorteIDH	: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
SCS	: Sentencia Corte Suprema
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional chileno
STCE	: Sentencia del Tribunal Constitucional español
STEDH	: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StPO	: Strafprozeßordnung
StGB	: Strafgesetzbuch
STSE	: Sentencia del Tribunal Supremo español
TEDH	: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
trad.	: traductor
vol.	: volumen
vs.	: <i>versus</i>

## INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva constituye uno de los asuntos más complejos y controvertidos que encierra el proceso penal. Su aplicación supone privar totalmente de libertad en un centro carcelario –al igual como ocurre con la más dura de las sanciones que establece el sistema penal– a una persona mientras espera ser juzgada. Pero más allá del propio encierro, la prisión preventiva puede generar una serie de perjuicios y costos personales para el imputado, entre los que se incluyen: la pérdida del empleo, el deterioro de las condiciones financieras, la alteración de las relaciones familiares, el estigma social y las huellas psicológicas producto de la traumática experiencia que, para el común de las personas, conlleva el paso por la cárcel. Y más aún, existe otro problema asociado a este instrumento que podría considerarse igual o más pernicioso que los anteriores: importantes y recientes estudios han demostrado que su empleo puede influir significativamente en todo el curso del proceso, inclinándolo su resultado hacia la condena y la imposición de una pena más dura de la que habría tenido lugar si el condenado hubiera vivido el proceso penal en libertad<sup>1</sup>.

A pesar de todos los perjuicios que debe soportar quien –hay que subrayarlo– aún se encuentra blindado por el principio de la presunción de inocencia, la prisión preventiva es una herramienta a la que recurren todos los ordenamientos jurídicos. Esta aparente contradicción solo puede encontrar explicación al mirar el lugar en que esta medida es llamada a cumplir sus funciones: el campo de tensión entre el interés, por un lado, del imputado –aunque también estatal– de ver intacto el ejercicio de sus derechos funda-

---

1 Véase SACKS, Meghan (2011), pp. 88 y ss.