

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 o visite nuestra página web 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

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”	257
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
CAPÍTULO VIII: LA INTERNACIÓN PROVISORIA O PRISIÓN PREVENTIVA PARA ADOLESCENTES.....	279
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
BIBLIOGRAFÍA	309

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 libertad¹.

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.