



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN
EL PROCESO PENAL A LA LUZ DE LOS
TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE
DERECHOS HUMANOS**

*Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

Autor: Javier Aurelio H. Lagos Troncoso

Profesora Guía: Sra. María Teresa Infante C.

2005

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.....	12
1. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.....	12
1.1. Principios que informan la aplicación de medidas cautelares personales	18
1.1.1. Principio de legalidad.....	18
1.1.2. El principio de presunción de inocencia	20
1.1.3. Principio de proporcionalidad.....	25
CAPÍTULO II: MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS	31
1. PRESENTACIÓN.....	31
2. NORMAS CONTENIDAS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS	35
2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos	35
2.2. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....	37

2.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).....44

3. COMENTARIO GENERAL SOBRE LAS NORMAS REFERIDAS A LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS49

CAPÍTULO III: LA RECEPCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO DE CHILE.....55

1. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL O COMÚN.....57

2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL.....62

3. LA JERARQUÍA EN EL DERECHO INTERNO DE LAS NORMAS DE DIP Y LA INTERPRETACIÓN DEL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN.....67

3.1. Opinión de la doctrina68

3.2. Opinión del Tribunal Constitucional.....78

3.3. Nuestra opinión.....84

CAPÍTULO IV: LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL92

1. REQUISITOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES95

1.1. Fumus boni iuri y periculum in mora.....95

1.2. Formalización de la investigación.....96

1.3. Que la medida sea solicitada por aquel que se encuentre legalmente legitimado para hacerlo.....97

1.4. Existencia de resolución fundada que decrete la medida98

- Eliminado: 62
- Eliminado: 62
- Insertado: 62
- Eliminado: 67
- Insertado: 67
- Eliminado: 67
- Eliminado: 68
- Insertado: 68
- Eliminado: 68
- Eliminado: 78
- Insertado: 78
- Eliminado: 79
- Eliminado: 84
- Insertado: 84
- Eliminado: 83
- Eliminado: 92
- Insertado: 92
- Eliminado: 92
- Eliminado: 95
- Insertado: 95
- Eliminado: 95
- Eliminado: 95
- Insertado: 95
- Eliminado: 95
- Eliminado: 96
- Insertado: 96
- Eliminado: 96
- Eliminado: 97
- Insertado: 97
- Eliminado: 97
- Eliminado: 98
- Insertado: 98
- Eliminado: 98

		Eliminado: 99
		Insertado: 99
		Eliminado: 99
		Eliminado: 99
		Insertado: 99
		Eliminado: 99
2. ELEMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES	<u>99</u>	Eliminado: 100
2.1. Jurisdiccionalidad	<u>99</u>	Insertado: 100
2.2. Instrumentalidad	<u>100</u>	Eliminado: 101
2.3. Provisionalidad	<u>101</u>	Insertado: 101
2.4. Excepcionalidad y subsidiariedad	<u>102</u>	Eliminado: 101
		Eliminado: 102
		Insertado: 102
3. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES	<u>103</u>	Eliminado: 102
3.1. La Citación	<u>104</u>	Eliminado: 103
3.2. La Detención.....	<u>105</u>	Insertado: 103
3.3. La Prisión Preventiva.....	<u>109</u>	Eliminado: 103
3.3.1. Requisitos de procedencia de la prisión preventiva	<u>110</u>	Eliminado: 104
3.3.2. Casos de improcedencia de la prisión preventiva.....	<u>115</u>	Insertado: 104
3.3.3. La duración de la prisión preventiva	<u>117</u>	Eliminado: 104
3.4. Medidas cautelares personales de carácter general	<u>118</u>	Eliminado: 105
		Insertado: 105
		Eliminado: 105
		Eliminado: 109
		Insertado: 109
		Eliminado: 109
		Eliminado: 110
		Insertado: 110
CONCLUSIONES.....	<u>121</u>	Eliminado: 110
		Eliminado: 115
		Insertado: 115
BIBLIOGRAFÍA.....	<u>126</u>	Eliminado: 115
		Eliminado: 117
		Insertado: 117
		Eliminado: 117
		Eliminado: 118
		Insertado: 118
		Eliminado: 118
		Eliminado: 121
		Insertado: 121
		Eliminado: 121
		Eliminado: 126
		Insertado: 126
		Eliminado: 126

INTRODUCCIÓN

Aún cuando el derecho a la presunción de inocencia exige que nadie sea tratado como culpable mientras no exista una sentencia definitiva que le atribuya al imputado responsabilidad penal por un hecho delictivo efectivo, en los hechos, se ha reconocido que, aunque resulte odioso desde un punto de vista jurídico penal garantista, en ocasiones es necesario atenuar en parte el principio y aceptar la necesidad del recurso a ciertas medidas coercitivas, en cuanto ello emana de las necesidades prácticas del proceso penal.

Entre estas medidas coercitivas que la ley permite adoptar en contra de un imputado, sin duda la más grave es la prisión preventiva. Esta medida cautelar personal constituye una restricción a uno de los derechos fundamentales del ser humano, su libertad de desplazamiento. Por ello, se ha sostenido persistentemente en la doctrina, así como también al

negociarse los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, que ella siempre debe tener el carácter de excepcional dentro del proceso, y sólo debe ser decretada respondiendo a estrictos requisitos en su adopción y para situaciones muy definidas en la ley. Asimismo, también se ha dicho que, en general las medidas cautelares personales, nunca pueden tener un fundamento sustantivo, sino que deben responder a criterios estrictos de necesidad procesal, para los casos en que ella se hace necesaria para asegurar el curso y el resultado del juicio.

En nuestra legislación, hasta antes de la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal, durante la vigencia del sistema inquisitivo, la prisión preventiva constituía la única medida cautelar que podía decretar el juez, transformando su adopción en la regla general, careciendo del carácter de excepcionalidad, toda vez que ella era consecuencia casi automática del auto de procesamiento en la tramitación de la mayoría de los delitos. Esta situación representaría una fuerte contradicción con normas internacionales que nuestro país se había obligado a respetar y a incorporar en su legislación interna.

La situación antes descrita ha recibido un notorio giro con la adopción de la nueva normativa procesal penal, toda vez que ella ha tenido como fuente de inspiración la introducción en nuestro ordenamiento de los principios recogidos en los tratados de derechos humanos suscritos por Chile y que se encuentran actualmente vigentes, particularmente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante, pese a los claros progresos que esta nueva legislación ha significado, recogiendo esta vez expresamente principios como el derecho al debido proceso, la proporcionalidad y la presunción de inocencia, lo que se ha traducido en una notoria disminución de los individuos sujetos a prisión preventiva, aún quedan algunos aspectos que es necesario solucionar, y que dicen relación con la normativa constitucional en torno a la prisión preventiva y su duración.

A continuación abordaremos los distintos aspectos relacionados con las medidas cautelares personales, a la luz de lo dispuesto tanto en la nueva legislación como en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que se refieren a esta materia y que se encuentran vigentes en nuestro país.

En una primera parte, caracterizaremos a grandes rasgos las medidas cautelares personales, analizando particularmente cuál es su fundamento y los principios que en general las rigen. A continuación abordaremos las diversas disposiciones internacionales que rigen sobre este punto, estableciendo cuales son las exigencias comunes que de ellas se derivan para los Estados Parte. Posteriormente nos referiremos a la discusión que existe en nuestro país respecto al valor de las normas de Derecho Humanos en el ordenamiento interno, especialmente el rango que las disposiciones contenidas en los tratados de Derechos Humanos tienen en Chile, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5º, inciso 2º de la Constitución.

Finalmente, expondremos cuál es el actual régimen de medidas cautelares personales que contempla nuestro Código, luego de ser reformado e incorporar las exigencias emanadas de los instrumentos internacionales señalados precedentemente.

CAPÍTULO I:

LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

1. Medidas cautelares personales. Concepto y Fundamento.

El Código Procesal Penal trata las medidas cautelares personales en el Título II del Libro I. Ellas han sido definidas en doctrina como «La imposición establecida por el tribunal que viene en restringir, limitar o privar la libertad personal u otros derechos individuales al imputado, con el objeto de asegurar o garantizar la presencia de éste durante el desarrollo del proceso, su presencia para el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, el desarrollo de la investigación, la seguridad de la sociedad y

la protección del ofendido o víctima»¹; o como «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».²

En un Estado de Derecho, una de las bases del sistema procesal penal está constituida por la presunción de inocencia, en virtud de la cual ningún individuo puede ser tratado como culpable sino hasta que una sentencia judicial así lo declare. No obstante, existen casos en los cuales, pese a no existir aún esta declaración judicial de culpabilidad, el legislador ha permitido que se adopten determinadas medidas en contra de una persona con el objeto de asegurar su comparecencia en el curso del juicio y la posible aplicación a su respecto de las resultas de éste. En este caso, es uno de los más claros ejemplos de la tensión antinómica entre el principio general de respeto a los derechos fundamentales de la persona, que el Estado de Derecho se encuentra en todo momento en la obligación de

¹ AGUILAR BAILEY, Marcelo, «*La Prisión Preventiva en el Nuevo Sistema Procesal Penal*», Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 2002, p. 18

² HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, reimpresión, 2003, p..

defender, y las necesidades prácticas que la eficacia en la persecución policial exige. Como afirma MAIER: «El axioma que impide la pena sin una sentencia judicial que la ordene, decisión fruto de un procedimiento previo ajustado a la Constitución y a la ley, ha fundado, correctamente, la pretensión de que, durante el curso de este procedimiento, el imputado no pueda ser tratado como un culpable (penado) o, lo que es lo mismo, que deba ser tratado como un inocente. Sin embargo, la afirmación no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento de persecución penal».³

De este modo, la medidas cautelares personales se imponen como una necesidad que, aunque pueda parecer odiosa desde el punto de vista de un sistema jurídico penal garantista, se entiende vital para asegurar el desarrollo y las resultas del juicio. Así se ha entendido generalmente a lo largo de la historia esta materia, como lo demuestra el hecho de que en la primera consagración positiva del principio de presunción de inocencia, en

³ MAIER, Julio B., «*Derecho Procesal Penal Argentino*», Tomo I, Vol. B, Editorial Hammurabi S.R.L., 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 274.

el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, ya se contemplaba la posibilidad de que una persona pudiera ser arrestada antes de ser condenada, cuando el juez lo considerara indispensable, aún cuando la disposición advertía que debía ser reprimido severamente todo rigor que no fuere necesario para asegurarle, con lo que además se dejaba sentado el principio de proporcionalidad.⁴ Posteriormente también ha sido recogido por otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 7.5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3).

El hecho de que se acepten las medidas cautelares personales, en modo alguno significa que puedan aplicarse a todo evento, sino que ellas requieren ajustarse a requisitos claramente determinados por la ley y su interpretación debe ser restringida, toda vez que dichas medidas, en general, importan formas de privación o restricción del fundamental derecho a la libertad personal, el cual se encuentra consagrado en nuestro medio por el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 7

⁴ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHO DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, de 26 de agosto de 1789, art. 9.

de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 19 N° 7 de la Constitución Política de la República y el art. 5 del Código Procesal Penal. Asimismo, la aplicación de estas medidas tampoco puede constituir una anticipación de pena, por cuanto de suceder ello se estarían violentando los derechos a juicio previo y la presunción de inocencia. Las medidas cautelares tienen la sola finalidad de asegurar los fines del procedimiento: el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal⁵, los cuales no pueden identificarse con los fines propios de la pena, sea que estos se reconozcan preventivos o retributivos⁶.

Las medidas cautelares deben tener siempre el carácter de excepcionales, lo cual significa que su adopción no es una obligación en el proceso, sino que ellas deben decretarse sólo en los casos en que su aplicación sea imprescindible para la ejecución de la sentencia y el desarrollo del juicio. De esto se deriva que en doctrina se señalen dos

⁵ MAIER, «*Derecho procesal Penal Argentino*», cit. p. 279

⁶ HORVITZ Y LÓPEZ, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», cit. p. 546.

requisitos básicos que deben cumplir las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.⁷

El *fumus boni iuris*, o «apariencia de buen derecho», en sede penal se traduce en la necesidad de que exista una razonada atribución del hecho punible a un determinado sujeto, esto es, se exige que exista imputación, por cuanto «sin imputado no existe posibilidad alguna de adopción de medidas cautelares, personales o reales»⁸.

Por su parte el requisito de *periculum in mora*, o «peligro de retardo», significa que para que una medida cautelar sea dictada debe existir el peligro cierto de que producto del retardo del procedimiento se amenace las resultas del proceso penal, esto es, que exista «peligro de fuga», de ocultación personal o patrimonial del imputado.⁹

⁷ GIMENO SENDRA, Vicente «*Derecho Procesal Penal*», 3ª edición, Editorial Colex, Madrid, España, 1999, pp. 472-473; HORVITZ Y LÓPEZ, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», cit. p. 344.

⁸ GIMENO, «*Derecho Procesal Penal*», cit. p. 472.

⁹ *Ibid.*, p. 473.

1.1. Principios que informan la aplicación de medidas cautelares personales

1.1.1. Principio de legalidad

Este principio informa todo el ordenamiento procesal penal en un Estado de Derecho democrático. En términos generales, se traduce en la exigencia de que toda actuación procesal en el juicio criminal deba atenerse a lo dispuesto por la Constitución y las leyes. En el ámbito específico de las medidas cautelares personales el principio establece la reserva de ley para toda medida coercitiva que implique restringir o privar de libertad a los individuos. Así queda establecido en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que «Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.». En términos muy similares se pronuncia el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al decir que «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 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».

En lo que respecta a nuestra legislación interna, el principio también ha sido recogido, tanto en el artículo 19 N° 7 de la Constitución, que dispone que «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». Y también tiene consagración a nivel legal en el artículo 5° del Código Procesal Penal, el cual establece que «No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.» Este último cuerpo legal además agrega que todas las disposiciones en él contenidas y que importen restricción de libertad o de otros derechos del imputado habrán de interpretarse restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.¹⁰

¹⁰ Art. 5° inc. 2° CPP.

1.1.2. El principio de presunción de inocencia

Expresado en el axioma «*nulla accusatio sine probatione*»¹¹ la presunción de inocencia constituye un principio político sobre el cual se encuentra estructurado todo el proceso penal moderno.¹² En términos generales, éste se traduce en la prohibición de que a una persona, a quien se le atribuye un hecho punible, se la trate como culpable hasta tanto el Estado, por medio de su órganos jurisdiccionales, no declare mediante sentencia firme que los hechos ilícitos que se persiguen le son efectivamente atribuibles y la someta a una pena.¹³ Es decir, «Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena».¹⁴

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*», 2ª edición, 1997, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997, pp. 93 y 549 y ss.

¹² HORVITZ Y LÓPEZ, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», cit. p. 79

¹³ MAIER, «*Derecho procesal Penal Argentino*», cit. p. 252.

¹⁴ FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», cit., p. 549

Desde el punto de vista legislativo, la presunción de inocencia constituye un límite al legislador que tiene por finalidad evitar que se configuren normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y acarreen para el acusado la carga de probar su inocencia.¹⁵ Es ésta una presunción «*iuris tantum*», es decir, exige para ser desvirtuada al menos un mínimo de actividad probatoria producida con todas las garantías procesales y que pueda estimarse de cargo, de manera que apreciando en conciencia dicha actividad probatoria unida a otros elementos de juicio el Juez pueda dictar sentencia.¹⁶ Como señala MONTAÑÉS PARDO, citando una sentencia del Tribunal Constitucional de España, de 1983, en cuanto presunción «*iuris tantum*» la presunción de inocencia determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, al gozar de una presunción «*iuris tantum*» de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación

¹⁵ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, «*La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*», Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999, p. 38

¹⁶ *Ibid.*, p. 43

pública o privada, que aportando pruebas procesales logre su aceptación por el juez o tribunal, en relación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso.¹⁷

La carga de probar la culpabilidad del sujeto se le entrega al Estado, y no es el presunto imputado quien deberá probar su inocencia. Si en el juicio la parte acusadora no logra demostrar, sin dejar lugar a dudas y usando medios de prueba legales, la culpabilidad del imputado, entonces éste deberá ser absuelto de la acusación.

Por otro lado, desde el punto de vista procesal la presunción de inocencia constituye una regla de tratamiento del imputado, de acuerdo a la cual, al partir de la idea de que éste es inocente, se deben reducir al mínimo las medidas restrictivas de sus derechos durante el proceso. En virtud del principio de presunción de inocencia el imputado no puede ser tratado como culpable, empero ello no significa que a su respecto no se puedan hacer efectivas medidas cautelares personales, sino que éstas deben reducirse a las mínimas necesarias, respetando los requisitos de la proporcionalidad, y

¹⁷ *Ibíd.*

dejando a la prisión preventiva como *ultima ratio*, sólo aplicable con carácter subsidiario para el caso de que otras medidas resulten inadecuadas¹⁸, y siempre y cuando su aplicación no signifique un adelantamiento de pena. Como expresan en nuestra doctrina HORVITZ Y LÓPEZ, «el principio de inocencia no excluye, de plano, la posibilidad de decretar medidas cautelares de carácter personal durante el procedimiento. En este sentido, instituciones como la detención o la prisión preventiva resultan legitimadas, en principio, siempre que no tengan por consecuencia anticipar los efectos de la sentencia condenatoria sino asegurar los *finés del procedimiento*.»¹⁹

En nuestra legislación, el principio de presunción de inocencia tiene rango constitucional en virtud del artículo 5º, inc. 2º de la Constitución Política de la República, en tanto ella 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

¹⁸ MONTAÑÉS PARDO, «*La Presunción de Inocencia*», cit., p. 40.

¹⁹ HORVITZ Y LÓPEZ, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», cit., p. 83.

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».²⁰ En igual sentido se pronuncia el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 14.2 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»²¹. En términos similares trata el tema el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Finalmente, en lo que respecta al ámbito legislativo interno, luego de la última reforma la presunción de inocencia también tiene consagración legal, en cuanto el artículo 4º del Código establece que: «Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme».²²

²⁰ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, de 1948, art. 11.1

²¹ PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, art. 14.2

²² CÓDIGO PROCESAL PENAL, art. 4

1.1.3. Principio de proporcionalidad

En el ámbito penal, este principio se traduce en la exigencia de que la intervención en los derechos fundamentales que importa el Derecho penal deba estar justificada por la importancia de la realización del fin que se persigue mediante la intervención legislativa²³; o, dicho de otro modo, para ser legítima, la intervención del Derecho penal debe cumplir con la exigencia de que exista una proporción entre la sanción impuesta y el daño al bien jurídico producido con el delito²⁴.

En lo que respecta a la adopción de medidas cautelares personales, a través de este principio se intenta impedir, aún en casos de encierro admisible, que el procedimiento inflija a quien lo soporta un mal mayor a la propia reacción penal legítima del Estado en caso de condena, aceptando incluso, el perjuicio a la realización regular y efectiva del procedimiento en

²³ BERNAL PULIDO, Carlos, «*El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2003, p. 757

²⁴ AGUADO CORREA, Teresa, «*El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*», Editorial EDERSA, Madrid, España, 1999, pp. 275-276.

procura de evitar ese despropósito.²⁵ Es decir, lo que se busca a través de este principio es evitar que la medida cautelar resulte más gravosa para el imputado que la propia pena que en definitiva le pueda corresponder, porque perdería su carácter cautelar y se transformaría en una pena anticipada. En virtud del principio se exige que las medidas cautelares personales que se adopten en el curso de un juicio estén en relación de proporcionalidad con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga.²⁶

Al igual que ocurre con la mayoría de las modernas Constituciones, nuestra Carta Fundamental no posee una consagración expresa del principio de proporcionalidad, y tampoco contamos, como en España, con una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la materia; no obstante, puede afirmarse sin temor a error, que sí se encuentra contemplado en nuestra normativa constitucional, según puede derivarse del juego de distintas disposiciones y principios que ésta consagra:

²⁵ MAIER, «*Límite temporal al encarcelamiento preventivo*», citado por SOLIMINE, Marcelo A., «*Libertad bajo Caución y Situación Procesal. Opciones Interpretativas en un Código que no Cierra. Primeras Reflexiones Profundas*», Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 31.

²⁶ HORVITZY LÓPEZ, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», cit., p. 353.

- a) En primer lugar, el principio de proporcionalidad se erige como un límite al poder punitivo del Estado, que como tal adquiere relevancia a partir del concepto de Estado de Derecho democrático, siendo inherente e inseparable de él. De varias disposiciones de la Constitución se colige que Chile es un Estado de Derecho y además un Estado democrático, como queda establecido en los artículos 4, 5 y 6 de la Carta Fundamental.
- b) Además, el principio de proporcionalidad también puede considerarse consagrado, al menos implícitamente, en nuestra Constitución, a raíz de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º, en cuanto el derecho de toda persona a que no se apliquen a su respecto penas y medidas que no se encuentren proporcionadas al hecho cometido es considerado un Derecho esencial que emana de la naturaleza humana, y en cuanto tal se encuentra entre los límites al ejercicio de la soberanía que ejerce el Estado.

- c) Asimismo, el artículo 19 N° 3, incisos 7 y 8, que consagran el principio de legalidad, exigen que la norma penal señale precisamente las penas que se establecen para el acto ilícito, sin considerar para ello la persona del delincuente y su situación personal, de lo cual se sigue necesariamente la exigencia perentoria de la proporcionalidad entre la conducta delictiva y la pena asignada por la ley.
- d) Finalmente, el principio de proporcionalidad también se encuentra contemplado en algunos de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que ha suscrito nuestro país, y por tanto, de acuerdo a lo dispuesto por la parte final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, se entiende incorporado en nuestra legislación por remisión a dichos instrumentos. Jorge MERA sostiene que el principio de proporcionalidad se encuentra contemplado implícitamente en la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes del artículo 5° de la Convención

Americana de Derechos Humanos. Esta tesis ha sido ratificada por la Corte de Apelaciones de San Miguel en una sentencia de 22 de marzo de 2002.²⁷

En lo que respecta al ámbito estrictamente procesal penal, si bien el nuevo Código no contempla una norma general sobre proporcionalidad, el principio sí ha sido recogido por variadas disposiciones. En particular, las medidas cautelares personales se encuentran consagradas en el artículo 124, que impide el uso de medidas que recaigan sobre la libertad del imputado cuando lo que se investiga son faltas o delitos que la ley no sanciona con penas privativas de libertad; también el artículo 141, que establece la improcedencia de la prisión preventiva por aparecer desproporcionada a la gravedad del delito que se investiga, circunstancia de comisión y sanción probable; y el artículo 152, que establece la obligación para el Juez de revisar la prisión preventiva decretada cuando ésta hubiere alcanzado una duración igual a la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere

²⁷ MERA FIGUEROA, Jorge, «*Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1998, p. 96.

esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se
hubiere impuesto existiendo recursos pendientes.

CAPÍTULO II: MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. Presentación

Como ya se ha indicado en el capítulo anterior, el derecho a la libertad personal es considerado uno de los Derechos Humanos fundamentales que la sociedad, en general, y el Estado en cuanto ente político, en particular, se ven en la obligación de defender. Pero este deber de protección no se encuentra sólo en el ámbito interno, sino que, debido a su relevancia, también ha sido recogido en los principales instrumentos de Derechos Humanos suscritos en la comunidad internacional, de los cuales emanan obligaciones específicas para los Estados, en que se declara la

prohibición de que una persona pueda ser arbitrariamente privada de su libertad personal, si no es en base a las causas y condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados y por las leyes dictadas conforme a ellas.

Chile, en cuanto Estado signatario de estos instrumentos, se encuentra entonces en la obligación de atenerse a lo dispuesto en los mismos. A este respecto surge una situación conflictiva a la hora de determinar cuál es el valor que la normativa contenida por dichos tratados sobre Derechos Humanos tienen al interior de nuestra legislación, y por tanto cuáles son los límites impuestos a nuestro país a la hora de determinar las causas y condiciones en que puede ser restringido este Derecho a la libertad. Esto último fundamentalmente se deriva de lo dispuesto por el actual artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución.

La anterior problemática no es menor, toda vez que en doctrina aún se discute el verdadero rango que tendrían las normas contenidas en los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por Chile, es decir, si ellas se encuentran en un rango superior, igual o inferior a las normas

constitucionales, cuestión de la que, dependiendo de la posición que se adopte, se deducirán importantes consecuencias jurídicas.

Luego de la reforma a la normativa procesal penal, la importancia de la anterior discusión se ha aminorado, por cuanto uno de los objetivos centrales del proyecto de reforma fue justamente introducir en nuestra legislación las necesarias modificaciones para que nuestro país diera pleno cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas a este respecto. Durante la vigencia del viejo sistema, muchas de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos referidas al ámbito procesal penal en general, y particularmente a la órbita de las medidas cautelares, no tenían una consagración clara, lo cual se traducía, por ejemplo, en que la prisión preventiva fuera prácticamente la única medida cautelar contemplada por nuestra legislación, sin que existieran otras de menor gravedad aplicables al sujeto a quien se le imputaba un delito, y ésta, a diferencia de lo que se deriva de la normativa internacional y de lo dicho por la doctrina, no poseía un carácter claramente excepcional, sino que más bien era la regla general en todo proceso, particularmente debido a que era una consecuencia automática del auto de

procesamiento. Sin embargo, pese a los notorios cambios, que a nuestro juicio han significado un avance en materia de protección a los Derechos Humanos, aún subsisten puntos conflictivos, particularmente en materia de medidas cautelares, toda vez que en la Constitución no se ha recepcionado del todo la nueva normativa, y en ella aún la protección a la libertad personal parece una consagración del Derecho a la libertad provisional, más que el establecimiento claro de la excepcionalidad de las medidas cautelares personales, con lo que, al menos sobre este punto, aún mantiene vigencia la discusión en cuanto al verdadero valor que tienen las normas contenidas en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos suscritas por nuestro país a la luz del artículo 5º, inciso 2º de la Constitución.

A continuación expondremos cuáles son estas normas internacionales sobre regulación de la privación de libertad, en general, y de la prisión preventiva, en particular, presentes en los instrumentos sobre Derechos Humanos vigentes en Chile, para seguir el tema del rango que estas disposiciones tienen efectivamente en nuestro derecho interno.

2. Normas contenidas en los acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos

2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Adoptada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye uno de los principales instrumentos internacionales sobre la materia, y desde los orígenes, nuestro país le ha reconocido su valor. Esta Declaración contiene varias disposiciones referidas a la materia objeto de nuestro estudio:

- a) El *artículo 3*, que establece como derecho humano fundamental el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.
- b) El *artículo 5*, que dispone que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

- c) El *artículo 8*, que establece el derecho a la defensa, al disponer que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.
- d) El *artículo 9*, que establece el derecho a no ser arbitrariamente privado de libertad, ya que dispone que «nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.»
- e) El *artículo 10*, que establece el derecho al debido proceso, en cuanto dispone que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

f) Y finalmente, el *artículo 11*, que establece el principio de la presunción de inocencia al disponer 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.

2.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas mediante resolución 2000, de 19 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por nuestro país en febrero de 1972, promulgándose este instrumento en nuestra legislación interna mediante el Decreto Supremo 778 de noviembre de 1976. No obstante, no se completó hasta el 29 de abril de 1989, el trámite para su incorporación plena al ordenamiento jurídico interno. En esa fecha, se publicó el Pacto en el Diario Oficial. A este respecto cabe destacar, como señala la profesora María Teresa INFANTE, que en el período que medió entre la ratificación del tratado por Chile, y su promulgación y posterior publicación, «los

tribunales chilenos negaron sistemáticamente que se encontrara incorporado en el plano interno y fuere aplicable en las instancias judiciales por no haber sido promulgado y publicado, o una vez promulgado por falta del segundo trámite»²⁸.

Este instrumento también contiene importantes normas referidas al ámbito procesal penal, y particularmente a la prisión preventiva, y fue uno de los principales documentos que se tuvo a la vista al momento de hacer la reforma, tal como queda de manifiesto en el Mensaje con que el Ejecutivo acompañó el Proyecto en 1995.

Los principales derechos garantizados por el Pacto son:

- a) *Derecho a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria*, garantizado por el artículo 9.1, el cual dispone que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de

²⁸ INFANTE CAFFI, María Teresa «*Los Tratados en el Derecho Interno Chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia*», Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 23, Tomo I, 1996, p. 281. Para una relación de sentencias en que esto queda demostrado, vid. esta misma publicación.

su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

- b) *Derecho a la presunción de inocencia*, consagrado en el artículo 14.2: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
- c) *Excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y limitación temporal de la prisión preventiva*, garantizados por el artículo 9.3: Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento

de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

d) *Control de jurisdiccionalidad de toda medida privativa de libertad*, garantizado por los artículos 2.3, y 9.4:

— *Artículo 2.3*: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

— *Artículo 9.4:* Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

e) *Derecho a ser notificado de los motivos de la privación de libertad*, garantizado por el artículo 9.2: Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

f) *Derecho a la defensa*, garantizado por los artículos 14.1 y 14.3 b) y d):

— *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.

— *14.3 b) y d)*: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: 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; 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.

g) *Derecho a un trato humanitario durante la privación de libertad*, artículo 10.1 y 10.2: Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los

tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento

2.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Adoptada el 22 de noviembre de 1969, fue suscrita por Chile en esa misma fecha; sin embargo, más de dos décadas transcurrieron hasta su ratificación. Se depositó el instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos el 21 de agosto de 1990, después que el Congreso Nacional aprobara la Convención el 14 del mismo mes y año. Fue promulgada por Decreto Supremo N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de agosto de 1990, y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

Los derechos garantizados por la Convención relevantes para nuestro estudio, son los siguientes:

- a) *Derecho a la libertad personal*, artículo 7.1 y 7.2: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 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.

- b) *Derecho a la presunción de inocencia*, artículo 8.2: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.
- c) *Principio de proporcionalidad: exclusión y limitación temporal de la privación de libertad*, artículo 7.5: 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.
- d) *Control jurisdiccional de la privación de libertad*, artículos 7.6 y 25.1:

— *Artículo 7.6*: 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.

— *Artículo 25.1*: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea

cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

e) *Derecho a ser notificado de los motivos de la privación de libertad*, artículo 7.4: 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.

f) *Derecho a la defensa*, artículos 8.1 y 8.2 c), d) y e):

— *Artículo 8.1*: 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.

— *Artículo 8.2*: Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías

mínimas: c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado 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 inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

g) *Derecho a un trato humanitario durante la detención,* artículos 5.2 y 5.4:

— *Artículo 5.2.* Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

— *Artículo 5.4:* Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias

excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

3. Las normas referidas a las medidas cautelares personales en los tratados sobre Derechos Humanos

Es rasgo común de los instrumentos señalados el reconocer como derecho fundamental, el derecho a la libertad y a la seguridad personal. En este caso, y siguiendo a José IPOHORSKI-LENKIEWICZ²⁹, pensamos que por libertad personal se debe entender la libertad de desplazamiento, como una libertad física, que según se desprende del texto de los tratados es un concepto más amplio, que también abarca al anterior. Como señala IPOHORSKI-LENKIEWICZ, «la libertad física de la persona es presupuesto del ejercicio de este derecho —la libertad de circulación por el territorio— como de otros tantos, enumerados o no, y alcanza también a

²⁹ IPOHORSKI-LENKIEWICZ, José M., «Las Detenciones Sin Orden Judicial a la Luz de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos», en Varios Autores, «Los Derechos Humanos en «Los Derechos Humanos y el Proceso Penal», Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pp. 171-201

aquellas personas que se encuentran impedidas de desplazarse, ya sea por limitaciones físicas o bien por encontrarse privadas legalmente de su libertad, a los efectos de no agravar las condiciones de su detención».³⁰

La consagración de este Derecho a la libertad, en modo alguno significa que ésta no pueda ser en ocasiones justificadas, limitada de algún modo, como ocurre en el caso de que por necesidades procesales sea menester aplicar una medida cautelar personal. Frente a esta situación, que es considerada una excepción necesaria a los principios garantistas, las normas internacionales permiten que un individuo pueda ver limitado este derecho, aún cuando para ello exige la concurrencia de dos requisitos copulativos: que las causas y condiciones de esta limitación se encuentren establecidas con anterioridad en la Constitución o las leyes, y que dicha limitación no sea arbitraria.

Respecto al primero de ellos, cabe destacar que en general los instrumentos vinculantes para Chile, no poseen normas precisas sobre la forma en que deben ser establecidas las causales legítimas por las cuales se

³⁰. IPOHORSKI-LENKIEWICZ, José M., «Las Detenciones Sin Orden Judicial...», cit., p. 177.

puede establecer una restricción al derecho de libertad personal, ni tampoco acerca de los requisitos que a su respecto se deben cumplir, ni un plazo máximo de duración para la medida. Todas estas cuestiones deberán ser resueltas por la legislación interna de los Estados. Lo único que se exige es que dichas limitaciones sean establecidas a través del texto constitucional o mediante una ley dictada conforme a los requisitos generales que la Constitución determine. Tampoco los instrumentos definen qué debe entenderse por ley en estos casos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este punto, precisando el sentido que este requisito tiene en el marco del artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, expresando que la expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se lo considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades

de la persona humana. La Corte concluye que la expresión “leyes”, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado»³¹.

Por su parte, y estrechamente relacionado con lo anterior, respecto de otro requisito exigido por los instrumentos internacionales para que proceda la limitación de la libertad personal, esto es, que no sea arbitraria, tampoco existe una determinación que exprese qué habrá de entenderse por arbitraria en este ámbito. Nuevamente habrá que remitirse a lo resuelto por la Corte Interamericana para elucidar el concepto. Así, conociendo del caso «Gangaram Panday», y aclarando la disposición contenida en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte ha afirmado 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

³¹ Citado por: IPOHORSKI-LENKIEWICZ, José M., «Las Detenciones Sin Orden Judicial...», cit., p. 179

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 los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad»³².

Así entonces, no bastaría con el solo incumplimiento de los requisitos formales establecidos por ley, para que pueda decretarse la restricción o privación total de libertad respecto de un individuo, como que la detención sea efectuada por funcionario policial a requerimiento de un tribunal, sino que además es menester que la norma que restringe la libertad cumpla con determinados requisitos de fondo, esto es, que lo dispuesto no se deba a motivaciones meramente irrazonables, imprevisibles o faltas de

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso «Gandaram Panday», sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C, N° 16.

proporcionalidad, pues en este caso no sólo la detención, sino la norma que la permite, tendría el carácter de arbitraria, y por tanto contraria a lo dispuesto por la Convención.

CAPÍTULO III: LA RECEPCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO DE CHILE

Que una norma de Derecho internacional tenga pleno vigor en las relaciones entre Estados, no significa necesariamente que pueda ser aplicada directamente al interior de un país. Cuando hablamos de la recepción de las normas de Derecho internacional en la legislación nacional, nos estamos refiriendo a los mecanismos necesarios para que una disposición válida en el campo internacional tenga aplicación en el derecho interno o, dicho de otro modo, los requisitos que deben cumplirse para que una disposición internacional pueda ser aplicada directamente por los tribunales chilenos.³³

³³ MEDINA, Cecilia, «*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*», en VARIOS AUTORES, «*Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones*

En doctrina se reconocen básicamente dos corrientes que tratan de explicar las forma en que se debe realizar la recepción y los efectos que el Derecho internacional puede tener en el ordenamiento interno. Por una parte, algunos consideran que el derecho nacional forma parte de un todo global, por lo que cumplidos los requisitos exigidos para que una norma internacional se transforme en obligatoria para el Estado, ésta podrá ser aplicada directamente, y sin mayor trámite, por los tribunales internos (teoría monista).

Por otro lado, están quienes creen que Derecho internacional y Derecho interno son dos ámbitos jurídicos separados, y por tanto el primero sólo podrá tener aplicación en el segundo si se transforma en ley nacional a través de los mecanismos propios establecidos por cada Estado (teoría dualista).

En Chile, ni la Constitución ni las leyes contemplan normas mediante las cuales se dé solución a la disyuntiva respecto a la forma en que el derecho internacional habrá de ser receptado por el derecho nacional, razón

internacionales de Chile en materia de derechos humanos» Editores: MEDINA QUIROGA, Cecilia y MERA FIGUEROA, Jorge, Santiago, Chile. Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, 1996, p. 53.

por la cual es forzoso recurrir a la práctica de los tribunales para arribar a algunas conclusiones generales sobre la materia. Para ello será necesario distinguir entre derecho internacional general o común (normas consuetudinarias y principios generales del derecho) y derecho internacional convencional (normas establecidas en los tratados).

1. La recepción del Derecho internacional general o común

Agunas legislaciones, acogiendo la tesis monista, contemplan que las normas de Derecho internacional general o común que obligan al Estado tendrán aplicación automática en el Derecho interno, sin que sea necesario realizar trámites especiales para consagrar positivamente su validez.

El ejemplo más palpable de ello lo constituye el derecho inglés, el cual se basa en el antiguo principio «*Internatinal law is part of the law of the land*». De acuerdo a éste, las reglas imperativas y el derecho internacional general pueden ser consideradas como parte constitutiva del

common law, y por tanto deben ser aplicadas por los jueces a la hora de resolver los casos.³⁴

El mismo principio, con algunas variaciones, ha sido transmitido al derecho de Estados Unidos, según reiterada jurisprudencia sobre la materia.³⁵

Pero no sólo los países de la órbita jurídica del *common law* contemplan la adopción automática del derecho internacional común. También lo hacen otros de tradición romanista, como Italia, quien lo consagra expresamente en el artículo 10 de su Constitución, que expresa «el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas».³⁶ Igual posición observa Alemania, en el artículo 25 de su Constitución.

³⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel, «*Instituciones de Derecho Internacional Público*», Tomo I, 7ª edición, Madrid, España. Editorial Tecnos, 1985, p. 170; BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo, «*El Derecho Internacional y la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional*», en *Revista de Derecho*, N° 8. Santiago, Chile. Editada por el Consejo de Defensa del Estado, 2003, pp.

³⁵ A juicio de DIEZ DE VELASCO, «se trata de una *rule of law*, de formación judicial y no espontánea, y que, como tal, vincula al juez en virtud del derecho creado por las decisiones jurisprudenciales». DIEZ DE VELASCO, «*Instituciones de Derecho Internacional Público*», p. 171; En el mismo sentido BUSTOS VALDERRAMA, *Ob. Cit.*

³⁶ Sobre esta norma se ha dicho que ella incorpora el sistema de adaptación automática, reuniendo los caracteres de ser directo, automático, permanente, continuo y completo. «Es *directo* en cuanto que no

Si bien nuestro país no cuenta con una norma que consagre expresamente la recepción automática del Derecho internacional común, la práctica judicial ha recogido el principio, admitiendo que las reglas de Derecho internacional generalmente aceptadas que obligan a Chile se entienden incorporadas de forma automática a nuestra legislación, por tanto deben ser aplicadas por los tribunales sin que sea necesario un acto legislativo de reconocimiento explícito.³⁷ No obstante, en nuestro Derecho se ha reconocido algunas limitaciones al principio:

- a) La recepción automática sólo comprende las normas de Derecho internacional común o general. El Derecho internacional convencional, como veremos, requiere un acto expreso de recepción para tener validez.

contempla actos o hechos particulares como idóneos a crear normas jurídicas, sino que provee por sí mismo a adaptar el Derecho interno al Derecho internacional general, tomando como único elemento de referencia las normas de éste, bien entendido, también, las otras normas del ordenamiento italiano con las cuales van relacionadas las normas instituidas mediante tal procedimiento; es *automático* porque él se actúa en relación a cada una de las normas del Derecho internacional desde el momento que éstas entran en vigor y sin necesidad de hacer intervenir a un concreto acto de la legislación italiana; es *permanente* y *continuo* porque su funcionamiento no está limitado por el tiempo y cualquier variación de una norma internacional general le sigue de forma inmediata una correspondiente variación de las normas internas de adaptación. Finalmente es *completo* porque introduce en el Ordenamiento interno todas las normas necesarias para su adaptación a las normas del Derecho Internacional General» (DIEZ DE VELASCO, «*Instituciones de Derecho Internacional Público*», p. 171-172, Citando a SERENI).

³⁷ BENADAVA, Santiago, «*Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*», Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 18

- b) Sólo se recepcionarán automáticamente aquellas normas de Derecho internacional que hayan sido generalmente aceptadas por la doctrina y por gran número de Estados. No es necesaria la aceptación expresa de Chile, basta la aceptación general.
- c) En los casos en que se apliquen normas de derecho internacional común los juicios deberán substanciarse de acuerdo con las formalidades procesales contenidas en nuestras leyes.
- d) En los casos en que existan principios de derecho internacional común divergentes o contradictorios sobre una misma materia, la práctica judicial ha llevado a preferir aquellos que han contado con la aprobación de los órganos constitucionales chilenos.³⁸

De existir conflicto entre las normas de Derecho internacional común y las disposiciones de derecho interno, según puntualiza BENADAVA, el

³⁸ BENADAVA, «*Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*», cit., pp. 20 y ss.

juez debe optar, como es lógico, por la interpretación que mejor permita evitar el conflicto, dando a la ley interna un sentido que consienta la avenencia con la norma internacional.

En los asuntos en que lo anterior no ha sido posible, la doctrina también ha sostenido que la ley interna, en escenarios de conflicto, debe primar por sobre la norma internacional. Empero, también se sostiene que esta solución está limitada a las situaciones en que se discute sobre normas que no contienen disposiciones referidas a derechos fundamentales que emanen de la naturaleza humana. En ese caso, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, primaría la norma internacional por sobre la nacional, puesto que estos derechos constituyen una limitación a la soberanía del Estado.³⁹

³⁹ MEDINA, «*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*», cit. p. 55. Aún cuando este tema lo trataremos más adelante, podemos adelantar que la solución dada por Medina a este respecto es sin duda adecuada cuando lo que está en conflicto son leyes internas con principios de Derecho internacional que emanan de Derechos fundamentales de la naturaleza humana, sin embargo, ello es discutible cuando el conflicto se produce entre una norma internacional y una norma constitucional.

2. La recepción del derecho internacional convencional

De acuerdo al artículo 24 de la Convención de Viena de 1969, los tratados son obligatorios para los Estados en el plano internacional, desde el momento en que manifiestan su consentimiento y el tratado entra en vigor, a menos que en el mismo tratado se disponga otra cosa. Agrega el artículo 29 del mismo instrumento, que los Estados no pueden invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Como señala BENADAVA «el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifiesta formalmente en el ámbito internacional mediante la ratificación o adhesión, seguidas del canje de los instrumentos de ratificación entre los Estados contratantes o del depósito del respectivo instrumento en poder del depositario designado. Desde la fecha de dicho canje o depósito, el tratado es obligatorio para el Estado que lo ha efectuado, a menos que el tratado disponga otra cosa. Antes de manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado, un Estado debe dar cumplimiento a las disposiciones de derecho interno concernientes a la

competencia para celebrar tratados, como las que requieran la aprobación del tratado por el Congreso, el senado u otra autoridad».⁴⁰

En Chile, la Constitución – hasta la reforma de 2005 - no daba pautas claras en torno a los mecanismos para incorporar el tratado al ordenamiento jurídico, ni determinaba en qué momento pueden ellos invocarse directamente por los tribunales, ni la jerarquía que los tratados habrán de tener dentro de nuestro orden jurídico legal.

De acuerdo al artículo 32 N° 17 de la Constitución, es atribución especial del Presidente de la República llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país. Por regla general, estos instrumentos deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso, quien tiene como atribución exclusiva, de acuerdo al artículo 50 N° 1 «aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación». Dicha aprobación, según disposición expresa, deberá someterse a los trámites de una ley.

⁴⁰ BENADAVA, «*Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*», p. 34

En doctrina, la opinión mayoritaria se inclina por exigir que, para que un tratado tenga fuerza ante el Derecho interno, éste sea introducido dentro del orden jurídico nacional por medio de un acto expreso, lo cual puede hacerse dictando una ley que reproduzca el contenido del tratado o bien a través de un acto interno, como la promulgación, la publicación o la proclamación del tratado.⁴¹

La jurisprudencia ha sido reiterada en exigir que para que un tratado tenga vigencia en Chile, ocurra su recepción. Los tratados siguen un procedimiento que comprende tres etapas: la *aprobación* por el Congreso, la *promulgación* del tratado por decreto presidencial y la *publicación* en el Diario Oficial del texto del tratado y del decreto promulgatorio.⁴²

Una vez realizados estos trámites el tratado podrá ser invocado ante los órganos internos. La falta de alguno de estos requisitos priva al tratado de su obligatoriedad ante el derecho interno, aún cuando esté vigente en derecho internacional.

⁴¹ BENADAVA, «*Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*», cit., p. 35.

⁴² BENADAVA, «*Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*», cit., p. 35

El que un tratado haya cumplido con todos estos trámites, no se traduce necesariamente en que sus disposiciones puedan ser aplicadas por los tribunales internos sin más. Para que un juez de la República pueda aplicar a un caso dado la disposición emanada de un tratado es menester que se trate de una norma *self-executing* («autoejecutable»), es decir, se requiere que la disposición posea una precisión normativa suficiente para ser empleada directamente por los tribunales de justicia. En caso contrario, cuando la norma es *non-self-executing*, deberán adoptarse las medidas legislativas o reglamentarias necesarias para desarrollar el precepto.

En caso de existir conflicto entre una norma de derecho internacional convencional, receptada conforme a las reglas anteriores, y una norma de Derecho interno, la solución que se ha dado por la jurisprudencia es distinta según si el conflicto se produce entre una norma internacional y un precepto constitucional o entre una norma internacional y una ley ordinaria.

Cuando la disputa se da entre una disposición de Derecho internacional convencional y una disposición contenida en la Carta

Fundamental, la opinión mayoritaria se inclina inequívocamente por favorecer al precepto constitucional, debiendo primar éste sobre aquella.⁴³

La solución es distinta cuando el conflicto se da entre las prescripciones de un tratado y las de una ley interna que no tenga rango constitucional. En este supuesto la jurisprudencia ha sido reiterada en afirmar que la norma internacional prima por sobre la nacional, aún en el caso de que el tratado haya sido adoptado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, ya que ésta no podría derogar lo establecido en un tratado. Aquí prima el principio *pacta sunt servanda* contemplado por el artículo 27 de la Convención de Viena.⁴⁴

⁴³ BENADAVA, «*Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*», cit., p. 47. A la misma conclusión ha llegado en nuestro país el Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de diciembre de 1987 y en la sentencia que se pronunció respecto de la constitucionalidad de la adopción del Estatuto de Roma.

⁴⁴ BENADAVA, «*Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*», p. 58.

3. La jerarquía en el Derecho interno de las normas de DIP y la interpretación del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución

Ya hemos visto que, en caso de conflicto entre una norma internacional y una nacional, la opinión mayoritaria se inclina a favor de dar las siguientes soluciones:

- a) Si la norma es de Derecho internacional común, prima la norma interna, sea de carácter constitucional o una ley ordinaria.
- b) Si la disputa se da entre una norma constitucional y una norma de Derecho internacional convencional, prima la disposición constitucional
- c) Si la disputa se da entre una ley ordinaria y una disposición de Derecho internacional convencional, prima la norma internacional.

Ahora bien, hay autores que creen que el esquema anterior se ve modificado en los casos en que la norma internacional es una disposición de

Derecho humanitario, por cuanto respecto de ellas se hace aplicable lo contenido por el inciso 2º del artículo 5º de nuestra Constitución, el cual alteraría el principio general en materia de recepción de normas internacionales. Dicha disposición señala que: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a 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».

3.1. Opinión de la doctrina

La interpretación que una parte de los autores nacionales hace de la disposición transcrita, es que en aquellos casos en que se produzca conflicto entre una norma internacional que contenga preceptos que digan relación con derechos humanos fundamentales, ella deberá primar por sobre las normas de origen interno, aún cuando sean de rango constitucional.

Para Rodrigo LLEDÓ⁴⁵, es un hecho que la soberanía tiene como límite los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, y ello aún cuando no exista consagración expresa de éstos. Asevera el autor que «la soberanía no está limitada por los derechos establecidos en la Constitución o en los tratados, sino que simplemente por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Si éstos, además están en la Constitución o en los tratados, surge adicionalmente el deber de promoción y respeto. Por lo tanto, los derechos que emanando de la naturaleza humana no estén expresamente consagrados en la Constitución o en los tratados, sino que por ejemplo en la costumbre internacional, igualmente limitan la soberanía nacional».⁴⁶ Es por ello que LLEDÓ considera la supremacía absoluta de las disposiciones internacionales sobre derechos humanos por sobre la ley nacional —incluidas las de rango constitucional—, sin importar la fuente de proveniencia de las primeras. Así, en caso de conflicto debe primar siempre la norma internacional sobre derechos humanos —sea que tenga un origen convencional,

⁴⁵ LLEDÓ, Rodrigo, «*Derecho Internacional Penal*», Ediciones Congreso, febrero del 2000

⁴⁶ LLEDÓ, «*Derecho Internacional Penal*», cit. pp. 72-73.

consuetudinario o corresponda a principios generales del Derecho internacional—, aún cuando la controversia se produzca con la misma Constitución.⁴⁷

La misma opinión que LLEDÓ sostiene Cecilia MEDINA, quien, analizando el alcance de la reforma introducida al artículo 5° de la Constitución, asevera que «no parece ser posible rebatir la afirmación de que con la enmienda se quiso fortalecer la situación de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno con el fin de evitar hacia el futuro los problemas habidos en Chile hasta el momento en que el Presidente Aylwin asumió el poder en 1990. Si las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba —por lo menos— en una misma categoría que la ley, un fortalecimiento sólo podía referirse a clarificar que las normas internacionales tenían rango constitucional y que cumplían el mismo, por lo menos teórico, papel

⁴⁷ LLEDÓ, «*Derecho Internacional Penal*», p. 73.

principal que los derechos humanos establecidos en la propia Constitución.».⁴⁸

El profesor Francisco CUMPLIDO, quien participó directamente en la elaboración del proyecto de reforma de la Constitución en 1989, ha sostenido que tanto en la Constitución de 1925 como en la 1980 se reconoce la preexistencia de derechos humanos anteriores al Estado, y que la Carta Fundamental sólo se encarga de asegurarlos. En la Constitución de 1980 se habría perfeccionado incluso el sistema de protección, al poner por sobre la soberanía el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana, los cuales no comprenden sólo aquellos contenidos en la propia Constitución, sino que van más allá, incluyendo todos aquellos que formen el acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana.⁴⁹

Pese a que CUMPLIDO asegura que estos derechos ya se encontraban garantidos en la Constitución, aún sin necesidad de reforma alguna, asevera que se resolvió incorporar expresamente a aquellos que se

⁴⁸ MEDINA, *Ob. Cit.*, p. 67.

⁴⁹ Cfr. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, «*La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 369.

encontraran contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile debido a la escasa aplicación de esos derechos por los tribunales, y a que en muchas ocasiones también se exigía que la legislación recepcionara a los tratados para que ellos pudieran tener efecto en Chile.⁵⁰

En cuanto al sentido de la modificación constitucional y a los objetivos buscados con ella, CUMPLIDO señala que «los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada a ella se lograba que los derechos esenciales, garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y vigentes, tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución. En segundo término les dábamos a los referidos derechos el carácter de vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos. Lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos no la parte adjetiva del tratado».⁵¹

⁵⁰ Cfr. CUMPLIDO, Ob. Cit. p. 369.

⁵¹ CUMPLIDO, Ob. Cit., p. 369, 370.

Por su parte, Humberto NOGUEIRA, coincidiendo con la opinión dada por CUMPLIDO, considera que el objetivo de la reforma constitucional fue otorgar seguridad jurídica en torno a que los derechos esenciales garantizados por la Constitución no eran sólo aquellos contenidos en el artículo 19 de ésta, sino que también debían entenderse como tales los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que estuvieran vigentes, reforzando por este medio los contenidos y garantías de los derechos, toda vez que la premura con que fue hecha la reforma a la Carta Fundamental impidió establecer un reforzamiento normativo de cada uno de los derechos.⁵²

A juicio de NOGUEIRA, «La Carta Fundamental de 1980, a través de la segunda oración del inciso segundo del artículo 5º, en esta materia, eleva los derechos asegurados por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes a la categoría de constitución material, al señalar que son “límites a la soberanía”, vale decir, a la potestad del Estado, ellos forman

⁵² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, p. 417.

parte del plexo de derechos materialmente constitucionales, independientemente de la posición que se tenga sobre el rango de los tratados internacionales en el orden jurídico interno».⁵³

No obstante, el autor agrega que esta seguridad jurídica otorgada por el inciso 2° del artículo 5° a las disposiciones sobre derechos esenciales contenidas en los tratados, no alcanza a otras fuentes internacionales, como los derechos contenidos en los principios generales del derecho internacional y a los derechos de origen consuetudinario, aun cuando ello no significa que estos derechos no se encuentren reconocidos como derechos esenciales.⁵⁴

Una opinión distinta a las anteriormente expuestas sostiene Jorge TAPIA, para quien el contenido actual del inciso 2° del artículo 5° en modo alguno implica que pueda considerarse a los tratados sobre derechos esenciales de un rango igual o superior a la Constitución. Para TAPIA los

⁵³ NOGUEIRA, *Ob., Cit.*, p. 418.

⁵⁴ NOGUEIRA, *Ob., Cit.*, p. 418

tratados, cual sea su origen o contenido, tienen en Chile sólo valor de ley⁵⁵. Cuestión distinta es el hecho de que, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, una vez aprobado un tratado, el legislador y la ley quedan en una jerarquía inferior por cuanto el tratado no puede ser modificado unilateralmente por nuestro país, salvo en cuanto ello sea para elevar el *status* de las garantías de ciertos derechos esenciales, los cuales requieren un tratamiento igual al reconocido para los demás derechos esenciales establecidos y garantizados por la Constitución. TAPIA asegura que una opinión distinta sería aceptar que es posible en nuestro Derecho una reforma implícita de la Constitución mediante la adopción de un tratado internacional sobre derechos humanos⁵⁶. Sobre el particular señala, «en el caso que estudiamos resulta muy difícil admitir la existencia de una “reforma implícita”, no sólo porque falta la autorización, sino porque ésta debería además extenderse al procedimiento en su totalidad, haciendo innecesaria la aprobación en Congreso Pleno. Al no existir reforma

⁵⁵ Cfr. TAPIA VALDÉS, Jorge, «Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias. Alcances del Nuevo Inciso Segundo del Artículo 5° de la CPR de 1980», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, p. 361

⁵⁶ TAPIA, *Ob. Cit.*, p. 362.

implícita, corresponde concluir que la Constitución en sí no ha sido modificada y que, por tanto, el tratado no es Constitución ni en sentido formal ni en sentido material. El natural deseo de muchos constitucionalistas de aumentar al máximo posible la protección y defensa de los derechos humanos en vista de la trágica historia reciente de nuestro país al respecto, —que compartimos— puede tener la virtud de cegar nuestros ojos ante lo evidente.»⁵⁷

También se ha pronunciado en contra de otorgarles rango constitucional a los tratados sobre derechos esenciales, Lautaro RÍOS, por considerar que a través de ello se estaría realizando un intento por reformar implícitamente la Constitución, cuestión inaceptable dentro de nuestro ordenamiento, el cual posee reglas muy rígidas sobre reforma constitucional, que se verían vulnerados en caso de aceptarse una solución distinta. Dice RÍOS, «ninguna constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inciso 2º del artículo 5º

⁵⁷ TAPIA, Ob. Cit. p, 363.

de nuestra Carta, que tiene —manifiestamente— otro alcance, como ya vimos. La pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD. HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD. HH. tuvieran rango constitucional *per se*.

»Dicha pretensión también atenta contra el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

»Tanto este quórum especial como los trámites propios de una ley y de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria que, además, tendría el efecto de reformar la Constitución si

aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre DD. HH. y su eventual carácter modificador de la Constitución.»⁵⁸

Finalmente, entre los autores nacionales tampoco reconoce rango constitucional a los tratados, aún cuando ellos se refieran a materias que involucren derechos esenciales de la naturaleza humana, Carlos ANDRADE, con un planteamiento muy similar al sustentado por TAPIA. Concluye Andrade que las normas contenidas en estos tratados poseen en sí mismas la naturaleza de ley. No obstante, les otorga una fuerza jurídica superior a estas, ubicándolas en una posición intermedia entre la ley y la Constitución.⁵⁹

3.2. Opinión del Tribunal Constitucional

Una mayoría de autores —entre los que figuran destacados constitucionalistas— son partidarios en nuestra doctrina de entender que el

⁵⁸ RÍOS, Lautaro, «*Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*», en *Gaceta Jurídica*, N° 215. Santiago, Chile, 1998., p. 13.

⁵⁹ ANDRADE GEYWITZ, Carlos, «*La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, p. 401

sentido y alcance de la reforma a la Carta Fundamental de 1989, en materia de tratados de derechos humanos, eleva a éstos, una vez cumplidos los trámites necesarios para su recepción, al rango de normas constitucionales, existiendo incluso quienes afirman que tendrían un nivel superior a ella. No obstante, el Tribunal Constitucional (TC) ha manifestado otra opinión.

Con motivo del requerimiento presentado por un grupo de 35 diputados, en marzo del 2002, reclamando en contra de la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Tribunal Constitucional, luego de un análisis detenido del tema, llegó a la conclusión de que en Chile los tratados, traten de la materia que sea, sólo poseen rango de ley y, por tanto, se encuentran subordinados a la Constitución. En la oportunidad el Tribunal argumentó que «en este aspecto, es relevante recordar que, aunque parezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre

derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental»⁶⁰.

Los motivos esgrimidos por el Tribunal para llegar a esta conclusión se fundamentaron en lo siguiente:

- a) La historia fidedigna de la norma, de acuerdo a la cual en la sesión de 12 de junio de 1989, la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno expresó que la vigencia de los tratados sobre derechos esenciales no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales. Esto llevó a concluir al TC que «no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el

⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, «Sentencia sobre el Tribunal Penal Internacional», Santiago, 8 de abril de 2002. Según versión aparecida en Revista *Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 8, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, p. 615.

recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado»⁶¹

- b) Un fallo previo del tribunal, de 21 de diciembre de 1987, en el cual se señaló expresamente que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales.
- c) El informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sobre Reforma a la Constitución Política de la República, de noviembre de 2001, en el cual se acoge el criterio mantenido en la sentencia de 1987 citada precedentemente, y en que se afirma que no procede enmendar la Constitución por la vía de un tratado.

⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Ob. Cit.*, p. 616.

- d) Una sentencia del TC, de 4 de agosto de 2000⁶², en que se resolvió que si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, su aprobación o rechazo debe sujetarse a iguales *quorums* que los señalados en la Constitución para este tipo de leyes.
- e) El hecho de que la aceptación de que un tratado pueda modificar la Constitución, haría perder eficacia a las disposiciones que permiten el control previo y a posteriori de la constitucionalidad de los mismos, establecido en los artículos 82, N° 2 y 80 de la Constitución respectivamente.

Asimismo, de aceptarse la tesis mayoritaria en doctrina, a juicio del TC quedaría sin sentido, parcialmente, el Capítulo XIV de la Ley sobre Reforma de la Constitución, y se llegaría «al absurdo que mediante el quórum simple podría modificarse la Carta Política que exige el quórum de

62

tres quintos o de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según sea la materia que se reforma.»⁶³

Finalmente, el TC señaló que aplicando un criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, resulta lógico que el inciso 2º del artículo 5º no puede analizarse aisladamente, sino a la luz del resto de las disposiciones de la Constitución —en particular los artículos 6, 82, 80 y el Capítulo XIV—.

En base a todos estos argumentos, el Tribunal Constitucional termina afirmando que en Chile es insostenible la tesis de que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contrario a ella o tenga igual jerarquía. Por esto, concluye afirmando que si un tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional.

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Ob. Cit.*, p. 618

3.3. Comentarios

En su fallo el Tribunal Constitucional mezcla dos cuestiones distintas. Por un lado, si las normas sobre derechos fundamentales contenidas en los tratados poseen o no rango constitucional y por otro los mecanismos necesarios para realizar la recepción de dichos tratados para que tengan valor en nuestro Derecho.

Respecto del primer punto, el tema ya se encuentra suficientemente fundamentado en la doctrina. Nosotros estamos de acuerdo con quienes plantean que los tratados que consagran derechos fundamentales, tienen un rango jurídico igual al de la Constitución, y como tal deben ser respetados. Los Estados, la Constitución y los sistemas jurídicos en general tienen por objetivo servir al bienestar de los individuos, y como tal no pueden menoscabarlos.

Para nosotros el sentido del artículo 5° de la Constitución es claro, en cuanto pone como límite de la soberanía a los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana. Ello ya estaba consagrado antes de la reforma, la cual sólo vino a puntualizar que, además de los derechos fundamentales ya reconocidos en el orden constitucional, también deberían

entenderse como tales aquellos que se encuentren expresados en las obligaciones internacionales que suscriba nuestro país. Y en cuanto estos derechos tienen igual valor que aquellos expresados en la Constitución, entonces deben tener igual protección por parte del ordenamiento jurídico, lo contrario sería afirmar que hay derechos fundamentales del individuo de primera y segunda categoría, lo cual no es correcto.

No está de más recordar que muchos de los tratados que contienen referencias a derechos fundamentales, constituyen además normas de *ius cogens*, que son superiores al Derecho de los Estados, y que como tales se imponen a estos, incluso a la Constitución, la cual no puede limitarlos ni derogarlos.

Sin embargo, en virtud de un principio de seguridad jurídica, creemos que la interpretación correcta de la norma debe ser referida sólo a las disposiciones sobre derechos fundamentales de Derecho internacional convencional.

La posición sustentada por quienes niegan el rango de obligatoriedad constitucional a este tipo de tratados, colocándolos en una situación

intermedia entre la Constitución y la ley, es forzada, y responde a conceptos anquilosados sobre la soberanía y la independencia de los Estados.

Recordando las palabras de NOGUEIRA para referirse al fallo de mayoría del Tribunal Constitucional, podemos decir que la mentalidad de «odres viejos» de quienes consideran la primacía absoluta e ilimitada de la soberanía no les permite asumir el paradigma de «vino nuevo» del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, negándose a concretar una interpretación sistemática y finalista de ésta.⁶⁴

Como dijimos, cuestión distinta son los requisitos que debe cumplir un tratado que se refiera a derechos fundamentales para tener valor ante nuestro ordenamiento.

Los argumentos esgrimidos por el TC para restarle rango constitucional a los tratados a que se refiere el artículo 5º van dirigidos principalmente a cuestiones de forma, al hecho de que no se podría realizar una reforma constitucional mediante la ratificación de un tratado.

⁶⁴ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «Consideraciones Sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional» en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 8, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, p. 579.

En este sentido, estamos de acuerdo con el fondo de lo aseverado por el TC, ya que no creemos que a través de los mecanismos simples de adopción de una ley común pueda llegarse a reformar o derogar un precepto constitucional, pues podría prestarse para muchas arbitrariedades y atentaría en contra de la seguridad jurídica que debe brindar la Carta Fundamental, pues una mayoría relativa en el Parlamento del Gobierno de turno permitiría realizar cambios fundamentales a nuestro orden constitucional.

Pensamos que la solución a este problema no es negarles su naturaleza constitucional a los derechos fundamentales contenidos en los tratados suscritos por Chile, como hace el TC, sino realizar una interpretación correcta de los requisitos de recepción de las normas internacionales.

El inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, por disposición expresa, limita la aplicación del precepto sólo a los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Entonces, lo primero que hay que hacer es determinar cuales son los requisitos que hay que cumplir para que un tratado adquiera vigencia en Chile.

Ya anteriormente hemos señalado que la jurisprudencia ha decidido reiteradamente que para estar vigente en nuestro país un tratado debe cumplir con tres requisitos, a saber: la *aprobación* por el Congreso, la *promulgación* del tratado por decreto presidencial y la *publicación* en el Diario Oficial del texto del tratado y del decreto promulgatorio.

De acuerdo al artículo 50 N° 1 de la Constitución una de las facultades del Congreso consiste justamente en aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. Dicha aprobación, agrega la norma, deberá someterse a los trámites de una ley, sin ahondar más en el punto, ni determinar que *quorums* es necesario cumplir, puesto que nuestra Constitución conoce más de un tipo de ley, exigiendo *quorums* distintos según la materia a regular.

Por su parte el TC, en sentencia de 4 de agosto del 2000, sostuvo que en los casos en que el tratado contiene normas propias de una ley orgánica constitucional, el Congreso para su aprobación debe cumplir los mismos *quorums* establecidos para éstas.

Ahora bien, si esa es la solución dada para el caso de que los tratados en general contengan normas de rango legal superior a una ley ordinaria ¿qué impide dar la misma solución a otros casos en que se requieran *quorums* especiales?

A nuestro entender no hay nada que lo impida. Perfectamente puede sostenerse, atendido a lo escueto de nuestra legislación sobre la materia, que en los casos en que el tratado cuya adopción se discute contenga normas consideradas como fundamentales de acuerdo a la naturaleza humana, y reconociendo que éstas normas tienen rango constitucional en nuestra legislación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5° de la Constitución, entonces en la adopción de dicho tratado el Congreso deberá cumplir con los mismos *quorums* exigidos para reformar la Carta Fundamental.

En nuestra opinión esta es la solución más adecuada al caso, que rescata el espíritu general de la reforma al artículo 5° y da respuesta a la mayoría, sino a todos los fundamentos utilizados por el TC para dictar su sentencia respecto del Estatuto de Roma:

Mantiene el control preventivo de constitucionalidad del TC, por cuanto éste Tribunal deberá pronunciarse en cada caso en que se discutan

tratados que pudieran comprometer derechos fundamentales y ellos pudieran aparecer como contrarios a nuestro ordenamiento constitucional general, al igual que ocurre respecto de los proyectos de reforma de la Constitución. Así, por ejemplo, conociendo de la constitucionalidad preventiva el TC podría determinar que un determinado tratado, para su adopción, deberá cumplir con los *quorums* necesarios para reformar la Constitución.

Respecto del control de constitucionalidad hecho por la Corte Suprema en virtud del artículo 80, éste claramente no sería aplicable al caso de las disposiciones contenidas en este tipo de tratados, por cuanto se les reconocería rango constitucional y sobre normas constitucionales la Corte Suprema no puede pronunciarse.

Finalmente, respecto de los *quorums*, como ya se dijo, en este caso la introducción de las normas del tratado se realizaría respetando los mismos *quorums* necesarios para reformar la Constitución, y no aquellos exigidos para el resto de tratados internacionales.

Para concluir sobre este punto, y no obstante parecemos esta la solución más adecuada, creemos que se hace urgente un pronunciamiento

legislativo sobre esta materia, sea fijando el sentido y alcance del inciso 2° del artículo 5° mediante una norma interpretativa, sea determinando cual es el rango que en nuestro ordenamiento jurídico poseen los tratados sobre derechos humanos, o precisando de mejor forma los requisitos que se deben cumplir para que una norma internacional se incorpore al Derecho chileno.

CAPÍTULO IV:

CAPÍTULO V: LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como se destacaba en el Mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto del nuevo Código Procesal Penal, uno de los objetivos de la reforma, era dar cumplimiento cabal a las obligaciones derivadas para nuestro país de la suscripción de numerosos tratados sobre Derechos Humanos que contenían normas referidas al proceso penal, y que se manifestaban incompatibles con nuestro viejo sistema inquisitivo.

Aún cuando gran parte de la doctrina consideraba que las normas de derecho internacional, contenidas en tratados sobre Derechos Humanos

suscritos por Chile que se encontraren vigentes, en virtud de los dispuesto por el artículo 5º, inciso 2º de la Constitución, como vimos, se debían entender incorporadas de pleno derecho en nuestra legislación con rango constitucional, en los hechos muchas de sus disposiciones no recibían aplicación alguna por nuestros tribunales, particularmente tratándose de aquellas referidas a características principales reconocidas al debido proceso en un Estado democrático de derecho, como el principio acusatorio, la excepcionalidad de la prisión preventiva, el principio de presunción de inocencia, etc. Así, nuestro país aparecía incumpliendo las obligaciones internacionales adquiridas, y violentando derechos fundamentales garantizados en numerosos acuerdos por él suscritos, lo que en varias ocasiones atrajo la crítica tanto de la doctrina como de organismos internacionales de derechos humanos que afirmaban que en Chile estos no se cumplían cabalmente en el ámbito jurídico penal.

Frente a la anterior situación era necesario tomar medidas, de ahí el fuerte impulso que recibió, tanto en el Gobierno como en el Parlamento, el proyecto que pretendía mejorar nuestro sistema procesal penal, poniéndolo

a la par de las legislaciones más avanzadas sobre la materia y que dio como resultado el actual Código Procesal Penal vigente en Chile.

De entre todas las modificaciones sufridas por nuestro derecho procesal penal, una que destaca por su fuerte inspiración garantista fue la referida a acoger en nuestra legislación las numerosas normas sobre prisión preventiva y otras formas de privación de libertad contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. No obstante, pese a la reforma, aún quedan puntos pendientes, toda vez que si bien se hicieron importantes cambios en el ámbito legal, en lo que respecta a la órbita constitucional aún permanecen las dudas, puesto que el artículo 19, N° 7 de la Constitución no fue modificado, y aún aparece más bien la intención de elevar al rango de garantía constitucional la libertad provisional, que a consagrar expresamente la excepcionalidad de la prisión preventiva⁶⁵, con lo cual muchas de las discusiones sobre el rango constitucional que pudieran o no tener las normas sobre prisión preventiva contenidas en los instrumentos internacionales, aún se mantienen vigentes.

⁶⁵ HORVITZ Y LÓPEZ, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», cit., pp. 392-393

1. Requisitos generales de las medidas cautelares personales

1.1. *Fumus boni iuri* y *periculum in mora*

<Hemos visto que dos de los requisitos básicos que deben concurrir para que se pueda decretar una medida cautelar personal son la *fumus boni iuri* y el *periculum in mora*. En el primer caso, esto significa que para que un Juez pueda decretar una medida cautelar personal es menester que frente al hecho sometido a su conocimiento concorra un grado de convicción mínimo, que le permita considerar probable una sentencia definitiva favorable a la parte que ha solicitado la medida, es decir, es necesario que el Juez previo a decretar la medida realice un juicio de probabilidad en torno a la existencia del delito y a la participación que en él le haya cabido al imputado.

En el segundo caso, de *periculum in mora*, se deberá evaluar si la medida resulta necesaria para «evitar el riesgo de la realización de actos o hechos que impidan, disminuyan o dificulten a futuro la realización del procedimiento o ejecución de la sentencia definitiva que se dictará en el

proceso»⁶⁶. Es decir, para decretar la medida cautelar no sólo es necesario que concurra el supuesto material de la convicción mínima de que existe el hecho punible y de que el imputado ha tenido participación en él, sino que además es menester que ella aparezca como necesaria para asegurar las resultas del juicio. Ambos requisitos son copulativos e inseparables a nuestro parecer.

1.2. Formalización de la investigación

Es obligatorio que el fiscal formalice la investigación previo a solicitar la aplicación de cualquier medida cautelar. Así lo establece el artículo 230 del Código al disponer que «Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente».⁶⁷

24. ⁶⁶ AGUILAR BAILEY, «*La Prisión Preventiva en el Nuevo Sistema Procesal Penal*», op. cit., p.

⁶⁷ CÓDIGO PROCESAL PENAL, art. 230, inc. 2º.

Por formalización de la investigación debe entenderse lo establecido por el artículo 229, esto es, «la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados».⁶⁸

1.3. Que la medida sea solicitada por aquél que se encuentre legalmente legitimado para hacerlo

A diferencia de lo que ocurría en el viejo sistema —en que el Juez estaba autorizado para decretar de oficio medidas cautelares personales, o en que éstas se aplicaban por el sólo ministerio de la ley en los casos en que una norma así lo disponía, como sucedía con el arraigo automático que operaba en caso de ser dictado auto de procesamiento en contra de una persona—, en la nueva normativa estas medidas sólo pueden decretarse previa solicitud de una parte legalmente legitimada para hacer este requerimiento al tribunal.

⁶⁸ CÓDIGO PROCESAL PENAL, art. 229.

Se encuentran legalmente legitimados para impetrar la adopción de medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal:

- a. El Ministerio Público
- b. El Querellante
- c. La Víctima

1.4. Existencia de resolución fundada que decrete la medida

Para que el Juez pueda decretar una medida cautelar personal es menester que lo haga a través de una resolución fundada, en la cual establezca claramente las circunstancias y motivos que tuvo en consideración para decretar la medida. Asimismo, deberá exponer los supuestos en que se basa para considerar que hay peligro o riesgo de que no puedan alcanzarse los fines del proceso de no disponerse la medida en contra del imputado.

La anterior exigencia arranca de lo dispuesto por el artículo 80 A de la Constitución, el cual establece que las actuaciones que priven al imputado o a terceros de los Derechos que ella asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial. Igual cosa dispone el artículo

9º del Código, y agrega el artículo 122, respecto específicamente de las medidas cautelares personales, que éstas serán siempre decretadas por medio de resolución fundada.

2. Elementos de las medidas cautelares personales

Los principales elementos que caracterizan las medidas cautelares personales son: *jurisdiccionalidad*, *instrumentalidad*, *provisionalidad*, *excepcionalidad* y *subsidiaridad*.

2.1. Jurisdiccionalidad

Como vimos, las medidas cautelares están sometidas, en primer lugar, a un control de jurisdiccionalidad. Es decir, sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente y con cumplimiento de los demás requisitos que establece la ley. No obstante, existen excepcionalmente algunas situaciones en que determinadas medidas cautelares «provisionalísimas» pueden ser adoptadas por una autoridad distinta del Juez, tal y como ocurre con la detención que puede disponer la

policía. En este caso no nos encontramos ante una facultad que derive de una potestad administrativa, sino que es un acto que realiza la autoridad gubernativa en virtud de su calidad de policía «judicial», «a prevención» y en función del correspondiente procedimiento legal. Además estas medidas tienen una duración máxima claramente establecida por la ley y sólo podrán confirmarse como medida cautelar en la prisión preventiva, la cual exclusivamente puede ser decretada por Juez competente.⁶⁹

2.2. Instrumentalidad

Una consecuencia de la anterior característica es la instrumentalidad de las medidas cautelares personales. Esto significa que se encuentran supeditadas a la existencia de un proceso penal en curso.

Como ya vimos las medidas cautelares tienen como única función ayudar a la consecución de los objetivos del proceso penal, por tanto de no existir éste, ellas pierden toda razón. Como expresa GIMENO SENDRA, «Al ser instrumentales de un proceso penal, pendiente y principal,

⁶⁹ GIMENO SENDRA, «*Derecho Procesal Penal*», cit., p. 473

lógicamente habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas ejecutivas. En tal sentido, es indiferente que el procedimiento acabe mediante sentencia o auto de sobreseimiento».⁷⁰

2.3. Provisionalidad

Al ser las medidas cautelares personales ingerencias graves que el poder punitivo del Estado realiza en la vida de una persona, sobre la cual aún no recae sentencia definitiva que establezca su culpabilidad, éstas deben ser reducidas al mínimo necesario para cumplir los objetivos que con ellas se persiguen, para evitar de este modo que se constituyan en una pena anticipada. Es por ello que éstas duraran sólo el tiempo requerido para el objeto con que fueron decretadas, como establece el artículo 122 del **CPP**. (hay que poner antes esta sigla).

Para esto, el legislador ha establecido en algunos casos plazos máximos perentorios, durante los cuales habrá de hacerse efectiva una

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 474

medida cautelar, como ocurre con la detención. No obstante, resulta lamentable que en el caso de la prisión preventiva, pese a ser de las medidas cautelares personales, la que importa un mayor daño para la persona del imputado, no tenga establecida en la ley un plazo máximo de duración. Empero, la ley sí señala que habrá de cesar cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado, cuestión que puede decretar el juez de oficio o a petición de parte (art. 152 CPP).

2.4. Excepcionalidad y subsidiariedad

En virtud de la primacía del principio de presunción de inocencia, se exige que el imputado no sea tratado como culpable mientras no exista a su respecto una sentencia condenatoria que así lo declare. Ahora bien, como hemos dicho, la presunción de inocencia no excluye la posibilidad de que puedan adoptarse determinadas medidas de carácter personal en contra del imputado, siempre y cuando ellas se encuentren absolutamente apegadas a derecho, tal cual se establece en los instrumentos internacionales de derechos humanos antes mencionados. Esto es lo que lleva a afirmar el carácter absolutamente excepcional de las medidas cautelares personales,

toda vez que ellas en modo alguno pueden ser la regla general en el proceso, y sólo pueden ser adoptadas subsidiariamente, como *ultima ratio*, y para el caso de que no existan otros medios más adecuados y menos intrusivos en la libertad del individuo que puedan satisfacer las necesidades del juicio.

3. Clasificación de las medidas cautelares personales

A diferencia de lo que ocurría en el antiguo Código de Procedimiento Penal, la actual legislación contempla variadas medidas cautelares de carácter personal, en el Título V del Libro I del Código Procesal Penal. Estas medidas son:

- a) La Citación (Párrafo 2º, Título V, Libro I CPP)
- b) La Detención (Párrafo 3º, Título V, Libro I CPP)
- c) La Prisión Preventiva (Párrafo 4º, Título V, Libro I CPP)
- d) Otras Medidas Cautelares Personales (Párrafo 6º, Título V, Libro I CPP)

3.1. La Citación

Aún cuando nuestro actual Código conoce varias formas de citación, con naturaleza jurídica distinta (citación del ministerio público, en el artículo 23 del CPP, citación judicial, en el artículo 33 del CPP), claramente luego de la reforma, una de sus expresiones ha pasado a formar parte de las medidas cautelares personales, por expresa disposición normativa mediante su inclusión en el Párrafo 2º, Título V, Libro I CPP. Así entonces, en cuanto medida cautelar, la citación puede ser definida como «la vinculación que se produce entre el proceso y el sujeto, conforme al cual el individuo queda convocado a presentarse a los actos de instrucción del juicio y a la ejecución de la sentencia, pero no en términos neutros, sino que bajo una amenaza vigente: que su incumplimiento tornará ese simple llamado en una orden de privación de libertad»⁷¹.

Los requisitos de procedencia de esta medida cautelar se encuentran contenidos en los artículos 123 y 124 del CPP, de acuerdo a los cuales ésta sólo puede decretarse:

⁷¹ PFEFFER, «Código Procesal Penal Anotado y Concordado», citado por HORVITZ Y LÓPEZ, «Derecho Procesal Penal Chileno», cit., p. 357

- a) Cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal
- b) Cuando la imputación tiene como presupuesto alguno de los siguientes delitos: falta; delitos que no acarreen penas privativas o restrictivas de libertad; delitos que si bien la ley sanciona con penas privativas o restrictivas de libertad, ellas no fueren superiores a presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

3.2. La Detención

Se encuentra regulada en el Párrafo 3º, Título V, Libro I del CPP, y puede definirse como «una privación transitoria de la libertad personal, para asegurar el cumplimiento de determinados fines urgentes de procedimiento, especialmente, para resguardar la oportuna acción del Estado en el ámbito jurisdiccional, en hechos de cierta trascendencia jurídica»⁷²; o como aquella medida cautelar personal en virtud de la cual «se priva de libertad a una

⁷² FLORES VÁSQUEZ, José Octavio, «Reforma Procesal Penal – Temas Relacionados», Edición Particular, 2004.

persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento»⁷³

Como señalan HORVITZ Y LÓPEZ,⁷⁴ en cuanto medida cautelar la detención puede clasificarse en detención imputativa y detención por incomparecencia o arresto. En el primer caso, ella se decreta o practica sin necesidad de que exista una citación previa, para poner al imputado en situación de que se formalice a su respecto la investigación y, eventualmente, se adopte en su contra alguna otra medida cautelar personal de mayor gravedad, como prisión preventiva. En el siguiente, ella tiene por única finalidad obtener compulsivamente la presencia del imputado para la realización de un determinado acto de procedimiento.

En cuanto a los requisitos de procedencia de esta medida, ellos se encuentran establecidos en el artículo 125 del CPP, el cual dispone que sólo podrá ser detenida una persona por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere

⁷³ HORVITZ Y LÓPEZ, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», cit., p. 364

⁷⁴ HORVITZ Y LÓPEZ, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», cit., pp. 364 y ss.

intimada en forma legal. No obstante, también puede ser detenido, por cualquier persona, no sólo por funcionario policial, aquel que fuere sorprendido en delito flagrante, y en este caso para el único objeto de ser conducido ante la autoridad correspondiente. A estos efectos, por flagrancia deberá entenderse que el individuo detenido se encuentra en alguno de los supuestos señalados por el artículo 130 del Código, a saber:

- a) Que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b) Que acabare de cometerlo;
- c) Que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- d) Que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo; y

- e) Que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio lo se señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse.

Debido al carácter excepcional de esta medida, y a que los requisitos de procedencia exigidos a su respecto son menores, por ejemplo, que para la prisión preventiva, la ley ha establecido plazos perentorios de duración, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 131 del Código. Así, en los casos de que la detención sea hecha por orden judicial, los funcionarios policiales que la hubieren practicado deberán poner al detenido inmediatamente a disposición del juez que hubiere expedido la orden. En caso de que no sea hora de despacho, lo harán a primera audiencia, debiendo permanecer mientras tanto éste en el recinto policial o de detención, lapso que en caso alguno puede exceder de 24 horas.

En las situaciones de flagrancia, quien practica la detención o el encargado del lugar en que se mantiene al detenido deberá informar al Ministerio Público en el plazo máximo de 12 horas. En este caso, el Fiscal puede disponer dejar en libertad al detenido u ordenar que sea conducido al juez, dentro de un plazo máximo de 24 horas, contadas desde que se hubiere

practicado la detención. Si el Fiscal nada dice, el detenido debe ser puesto a disposición del Tribunal en dicho lapso.

Ahora bien, el Tribunal en la audiencia de control de detención, por motivos fundados, podrá ampliar el plazo de ésta hasta por tres días, en el caso de que el Fiscal no cuente con los antecedentes suficientes para formalizar la investigación y así se lo haga saber al Tribunal, quien decidirá en base a los antecedentes que emanen del debate de rigor, en el cual se debe escuchar al detenido. Esta extensión puede ser hasta por diez días en el caso de que se trate de delitos terroristas.

Si no se concede plazo de extensión, o habiendo transcurrido éste, el Fiscal no formaliza la investigación, el detenido deberá ser puesto en libertad inmediatamente, sin mediar trámite administrativo alguno.

3.3. La Prisión Preventiva

Tratada en el Párrafo 4º, del Título V, Libro I CPP, es ésta una medida cautelar personal en virtud de la cual se priva al imputado de la libertad ambulatoria, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante el desarrollo de un proceso penal y con la finalidad de asegurar los fines del

procedimiento, o como señala GIMENO SENDRA, es una medida que consiste en «la total privación al imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal»⁷⁵

Esta medida, se caracteriza por ser estrictamente provisional y excepcional, impuesta por la necesidad, como *ultima ratio*, para administrar justicia, situación que determina su carácter subsidiario, toda vez que se exige que ella sólo sea aplicada de manera restrictiva y exclusivamente para los casos en que no sea posible recurrir a otras medidas cautelares, menos intensas o restrictivas de derechos, para satisfacer los objetivos del proceso.

3.3.1. Requisitos de procedencia de la prisión preventiva

Por su naturaleza jurídica de medida cautelar personal, la prisión preventiva debe cumplir, para ser aplicada, con todos los requisitos generales exigidos para este tipo de cautelares y que vimos anteriormente.

A saber:

⁷⁵ GIMENO SENDRA, Ob cit, p. 522

El supuesto material (*Fumus boni iuris*): en este caso la exigencia se traduce en la obligación para quien solicita la medida de acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales a) y b) del artículo 140 del Código:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; y
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor

En cuanto a cuál es el grado de «certeza» que se le exige al Juez para que pueda decretar la prisión preventiva, tanto HORVITZ Y LÓPEZ, como Cristián RIEGO coinciden en que al menos respecto del primero de los supuestos es necesario que el juez se forme cierta certeza en torno a la existencia real del hecho punible, no siendo suficiente un mero juicio de probabilidad. Así, RIEGO sostiene que lo que se requiere «es que el juez frente a la solicitud de medidas cautelares por parte del fiscal verifique primero la seriedad de los cargos. Es decir, que en una apreciación temprana, la información con que cuenta el fiscal tenga los elementos

necesarios que permitan fundamentar los cargos de un modo suficientemente convincentes en términos de prever que habrá de llevarse adelante un juicio en el que la prueba será examinada pormenorizadamente y que luego será valorada en la sentencia».⁷⁶

Por su parte, tratándose del segundo de los requisitos, esto es, de que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, HORVITZ Y LÓPEZ sostienen que no es necesario un grado de convicción tan alto como el necesario respecto de determinar la existencia del delito, sino que en este caso basta con un juicio de probabilidad respecto de la participación del imputado.

El peligro de retardo o necesidad de cautela (*periculum in mora*):

en lo que respecta a este requisito, la ley establece la obligación para el solicitante de la medida de acreditar la concurrencia de alguno de los

⁷⁶ RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «Prisión Preventiva y demás Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Proceso Penal», Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2001, p. 7

supuestos establecidos en el inciso 1° de la letra c) del artículo 140, esto es, que sean indispensables para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

a) *Protección de la investigación y de los medios de prueba:*

el inciso 2° del artículo 140 establece que se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

b) *Seguridad de la sociedad:* Para estimar si la prisión preventiva es o no necesaria para salvaguardar la seguridad de la sociedad, el inciso 3° del artículo 140

establece que 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; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

- c) Finalmente, respecto de los casos en que la prisión preventiva sea necesaria para salvaguardar la *seguridad del ofendido*, el inciso 4º del artículo 140 dispone que ello se considerará así en los casos en que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que el

imputado realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

3.3.2. Casos de improcedencia de la prisión preventiva

A nuestro juicio, el artículo 141 del Código establece, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, una casual genérica de exclusión de la prisión preventiva, la cual no será procedente en todo caso en que ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

Ahora bien, a continuación, en el inciso 2º de la misma disposición, se establecen casos *aparentemente perentorios* en los cuales siempre se debería negar la solicitud de prisión preventiva, esto es, cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo; cuando se tratare de un delito de acción privada, y cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiese ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de

libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.

Decimos que la perentoriedad de lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 140 es sólo aparente, porque a continuación, en el inciso 4° de dicha disposición, la ley determina que no obstante estar en presencia de alguna de las situaciones anteriormente descritas, el tribunal podrá igualmente decretar la prisión preventiva cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el párrafo 6° del Título V del Libro I del Código; o cuando el tribunal considere que el imputado pudiere incumplir lo establecido en el inciso 3° del artículo 140, esto es la obligación para el imputado de, en los casos en que a su respecto no se decrete prisión preventiva en virtud del inciso 2° de la disposición, permanecer en el lugar del juicio hasta su término, presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los artículos 33 y 123. Asimismo, también se decretará la prisión preventiva del imputado que no hubiere asistido a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia a petición del fiscal o del querellante.

Finalmente, el inciso final del artículo 140 establece una causal adicional de improcedencia de la prisión preventiva, que no responde a criterios de proporcionalidad, sino de instrumentalidad, pues dispone que ella no es procedente en los casos en que el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. La razón de esta exclusión es clara, puesto que cualquiera de los fines perseguidos por la prisión preventiva se estaría cumpliendo a través de la restricción de libertad establecida en la pena. No obstante, la misma disposición señala que en caso de que la privación de libertad cese por cualquiera de las causas en ella establecida, se reactivará inmediatamente el derecho a solicitar la prisión preventiva del imputado que ha sido puesto en libertad.

3.3.3. La duración de la prisión preventiva

Aún cuando en el artículo 183 del proyecto de Código enviado por el Ejecutivo al parlamento se contemplaba un límite máximo de duración de la prisión preventiva, la cual de acuerdo a dicho documento, por regla general, no podía ser mayor a 18 meses, ni tampoco exceder a la mitad del tiempo de

privación de libertad establecido para la pena que habría de aplicarse en caso de recaer sentencia condenatoria en contra del imputado.

Esta disposición del Proyecto fue retirada durante la tramitación parlamentaria por la Cámara de Diputados, y el Senado se negó a reponerla.

En definitiva, el texto que finalmente se plasmó en el actual artículo 152 del Código, sólo contempla una norma en que se mandata al juez para que, de oficio, reconsidere la procedencia de la medida o su extensión cuando ha transcurrido un plazo igual o superior a la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes.

3.4. Medidas cautelares personales de carácter general

El Código, en el Párrafo 6º, Título V, Libro I CPP contempla una serie de otras medidas cautelares personales de carácter general, que tienen por objeto ser aplicadas preferentemente a la prisión preventiva para asegurar los fines del procedimiento, por cuanto, como vimos, ésta es

considerada la *ultima ratio* dentro de las limitaciones a la libertad que se pueden imponer al individuo durante la sustanciación de un proceso.

Estas medidas generales se encuentran expresadas en el artículo 155 del Código, el cual contempla:

- a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;

- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y
- g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

CONCLUSIONES

Como ya hemos señalado reiteradamente a lo largo de estas páginas, uno de los objetivos centrales de la reforma fue incorporar a nuestra legislación plenamente las normas y garantías referidas al proceso penal contenidas en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Este propósito en gran medida ha sido conseguido, toda vez que se ha adquirido en nuestro ordenamiento interno consagración a nivel legal de fundamentales principios de aquellos que rigen un sistema procesal penal de corte garantista.

De acuerdo a lo que anteriormente hemos señalado, podría pensarse que esta reforma resultaba del todo innecesaria, toda vez que, de acogerse la tesis del rango constitucional de las normas sobre Derechos Humanos contenidas en los Instrumentos Internacionales ratificados por Chile, estas

tendrían el valor de una garantía constitucional. Sin embargo, en la práctica, esto no era así, y en Chile, pese a la vigencia «teórica» de esta normativa internacional, en los hechos ella en muchos aspectos no tenía aplicación alguna, toda vez que en general las únicas disposiciones aplicadas eran las contenidas en el viejo Código de Procedimiento, el cual a todas luces no poseía un carácter garantista, sino que, por el contrario, en el se contenían numerosas disposiciones que se encargaban de negar principios tan básicos como el de presunción de inocencia.

Ahora bien, luego de la reforma queda claro que un gran número de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales ahora tiene en nuestro país un rango legal. Sin embargo, resulta legítimo preguntarse qué ocurre con la normativa constitucional, ¿se encuentran realmente garantizados esos principios en nuestra Carta Fundamental?

En vista de lo hasta aquí expresado, la respuesta a la anterior pregunta dependerá de la posición que se adopte respecto a la interpretación del actual artículo 5º, inciso 2º de la Constitución, en tanto si se reconoce rango constitucional automático a las normas sobre derechos fundamentales contenidas en los Tratados Internacionales, entonces la respuesta

necesariamente es afirmativa, pero no ocurre lo mismo si se adopta la posición contraria.

De acuerdo a la toma de posición que nosotros anteriormente hicimos, creemos que si bien esos Derechos efectivamente en nuestra legislación tiene rango constitucional, en la práctica también creemos que la real efectividad de dichas normas en nuestro ordenamiento está en entredicho, toda vez que en la adopción de estos Tratados no se han cumplido los requisitos exigidos para efectuar reformas a la Constitución.

Es así entonces, que pese a su consagración legal, pensamos que no todos los principios contenidos en instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos tienen realmente un rango constitucional en Chile. Esas normas únicamente tendrían carácter de ley, y para incorporarlos sería menester realizar o bien una incorporación de dichos tratados de acuerdo a las reglas para reformar la Constitución, o sino derechamente efectuar una reforma constitucional que les incorpore expresamente, modificando todas aquellas disposiciones presentes en la Constitución que pudieran estar en colisión con la normativa internacional que obliga a Chile.

Sin duda en muchos casos las disposiciones de los tratados internacionales se encontraban incorporadas a nuestra Constitución antes de la reforma, como ocurre con el principio de legalidad, el de proporcionalidad, el derecho al debido proceso, etc. Sin embargo, el problema se plantea con aquellos principios que no se encuentran actualmente consagrados expresamente en la Constitución.

En lo que respecta a la prisión preventiva, resulta clara la contradicción que existe entre el artículo 19, N° 7 y la normativa contenida tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, en la Constitución la prisión preventiva no tiene un carácter excepcional como ordenan los instrumentos internacionales, sino que ella es la regla general en materia de medidas cautelares personales, cuestión comprensible toda vez que en el antiguo sistema ésta era la única cautelar que se conocía.

Asimismo, este artículo también establece situaciones de procedencia de la prisión preventiva que han quedado obsoletas de acuerdo al nuevo sistema procesal, toda vez que habla que ella ha de ser necesaria para las necesidades del sumario, o para la seguridad del ofendido o de la sociedad,

cuestiones que no son así en el nuevo proceso, fundamentalmente en lo que respecta al sumario, puesto que dicha institución ha desaparecido de nuestro ordenamiento, a raíz del nuevo Código.

Para aquellos que creen que las normas de derecho internacional tienen aplicación inmediata en nuestra legislación y adquieren rango constitucional, esta disposición de la Constitución se encuentra tácitamente derogada. No obstante, creemos que ello no es suficiente, sino que se hace necesario llevar a cabo una reforma expresa que modifique la Carta Fundamental en este punto, y en otros que pudiere existir colisión de normas, que, «supuestamente», tienen igual rango.

BIBLIOGRAFÍA

— Libros

- 1) AGUADO CORREA, Teresa, «*El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*», Editorial EDERSA, Madrid, España, 1999
- 2) AGUILAR BAILEY, Marcelo, «*La Prisión Preventiva en el Nuevo Sistema Procesal Penal*», Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 2002
- 3) BENADAVA, Santiago, «*Nuevos Enfoques del Derecho internacional*», Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1992

- 4) BERNAL PULIDO, Carlos, «*El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2003
- 5) FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*», 2ª edición, 1997, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997
- 6) GIMENO SENDRA, Vicente «*Derecho Procesal Penal*», 3ª edición, Editorial Colex, Madrid, España, 1999
- 7) HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, «*Derecho Procesal Penal Chileno*», Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, reimpresión, 2003
- 8) LLEDÓ, Rodrigo, «Derecho internacional Penal», Ediciones Congreso, febrero del 2000
- 9) MAIER, Julio B., «*Derecho Procesal Penal Argentino*», Tomo I, Vol. B, Editorial Hammurabi S.R.L., 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1989

- 10) MERA FIGUEROA, Jorge, «*Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1998
- 11) MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, «*La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*», Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999
- 12) RIEGO RAMÍREZ, Cristián, «*Prisión Preventiva y demás Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Proceso Penal*», Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2001
- 13) SOLIMINE, Marcelo A., «*Libertad bajo Caución y Situación Procesal. Opciones Interpretativas en un Código que no Cierra. Primeras Reflexiones Profundas*», Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1998
- 14) MEDINA QUIROGA, Cecilia y MERA FIGUEROA, Jorge, editores «*Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile*

en materia de derechos humanos», Santiago, Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, 1996

— **Artículos**

- 1) ANDRADE GEYWITZ, Carlos, «*La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 375-401
- 2) BRUNA CONTRERAS, Guillermo, «*Algunas Consideraciones Sobre la Constitucionalidad de la Corte Penal Internacional*», en *Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región*, Año 6, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2000, pp. 435-438
- 3) BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo, «*El Derecho internacional y la Protección de las Víctimas de los Conflictos*

Armados sin Carácter Internacional», Revista de Derecho, N° 8. Santiago, Consejo de Defensa del Estado, 2003, pp.

- 4) CEA, José Luis, «Los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución Política de la República», Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 2, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 1997, pp. 81-92
- 5) CONTRERAS CLUNES, Alberto, «Comentario al Caso Pinochet», en Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 8, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, pp. 575-587.
- 6) CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, «La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia», en Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 365-374.
- 7) DURAN RIBERA, Willman, «La Protección de los Derechos Fundamentales en la Doctrina y la Jurisprudencia

Constitucional», en Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 8, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, pp. 171-194

8) FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo, «*La Corte Penal Internacional a la Luz del Derecho Constitucional*». En Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año VI, N° 6, 2002, pp. 253-267

9) GARRIDO MONTT, Mario, «*Constitución y Tratados Internacionales en la Jurisprudencia*», Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 2, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 1997, pp. 155-165

10) INFANTE CAFFI, María Teresa, «*La Corte Penal Internacional Ante el derecho Chileno*», Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año VI, N° 6, 2002, pp. 269-284

11) INFANTE CAFFI, María Teresa «*Los Tratados en el Derecho Interno Chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia*», Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia

Universidad Católica de Chile, Vol. 23, Tomo I, 1996, pp. 277-297

- 12) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «*Consideraciones Sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional*» en Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 8, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, pp. 563-581.
- 13) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «*Las Constituciones y los Tratados en Materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile*», en Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 6, N° 2. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2000, pp. 227-279
- 14) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, «*Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia*», en Revista Ius et

Praxis: Derecho en la Región, Año 9, N° 1. Talca, Chile.

Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 403-466.

- 15) PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *«Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos y su Ubicación en el Orden Normativo Interno»*, Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 467-483.
- 16) RÍOS, Lautaro, *«Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos»*, Gaceta Jurídica, N° 215. Santiago, Chile, 1998.
- 17) TAPIA VALDÉS, Jorge, *«Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias. Alcances del Nuevo Inciso Segundo del Artículo 5° de la CPR de 1980»*, Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 9, N° 1. Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2003, pp. 351-364
- 18) TRONCOSO REPPETTO, Claudio *«La Corte Penal Internacional y el Principio de Complementariedad»*, en

Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 6, N° 2.
Talca, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Talca,
2000, pp. 407-417

—**Documentos**

- 1) CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA), 1969
- 2) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, de 26 de agosto de 1789
- 3) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, de 1948
- 4) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS
- 5) REPÚBLICA DE CHILE, Código de Procedimiento Penal
- 6) REPUBLICA DE CHILE, Código Penal
- 7) REPÚBLICA DE CHILE, Código Procesal Penal

- 8) REPÚBLICA DE CHILE, Constitución Política de la República,
- 9) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, «*Sentencia sobre el Tribunal Penal Internacional*», 8 de abril de 2002. Versión de Revista Ius et Praxis: Derecho en la Región, Año 8, N° 1. Talca, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2002, pp. 583-634