



Universidad De Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

Justicia funcional.

Prisión preventiva y peligro para la seguridad de la sociedad.

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

CARLOS KLEIN DÍAZ

Profesor guía:

Ricardo Camargo Brito

Santiago de Chile

2018

JUSTICIA FUNCIONAL

Prisión preventiva y peligro para la seguridad de la sociedad.

Carlos Klein

2018

A la virtud de saber cuándo preguntar

Índice

a. Resumen	8
b. Introducción	10
c. Primera parte: sobre la prisión preventiva y el peligro para la seguridad de la sociedad	20
c.1. Sistema cautelar en el proceso penal	20
c.2. Medidas cautelares personal	21
c.3. Prisión preventiva	25
c.3.1. Desarrollo de la prisión preventiva en la legislación chilena	30
c.3.1.1. Antiguo procedimiento penal	30
c.3.1.2. Reformas al código procesal penal	36
c.3.1.2.1. Ley 20.074	37
c.3.1.2.2. Ley 20.253	40
c.3.1.2.3. Ley 20.391	48
c.3.1.3. Algunas reflexiones en torno a las reformas	50
c.4. Peligro para la seguridad de la sociedad	56
c.4.1. La Comisión Ortúzar	57
c.4.2. El estado de la discusión de la doctrina nacional	66
d. Segunda parte: justicia funcional	78
d.1. Sobre la crítica	79
d.2. Una historia de las instituciones judiciales	83
d.3. La justicia y el paradigma de la seguridad	92
d.4. Hacia una justicia funcional	100
e. Kafka y las pesadillas: conclusión	118
f. Bibliografía	124

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo realizar una crítica al artículo 140 literal c) del Código Procesal Penal, el cual consagra la procedencia de la medida cautelar personal de prisión preventiva en aquellos casos en que la libertad de un imputado sea considerada como “peligrosa para la seguridad de la sociedad”. Para ello se revisará la forma en que esta norma hace su aparición en el derecho nacional y las distintas reformas que se han efectuado en tal materia, dando cuenta de que la línea que ha seguido su evolución apunta a una utilización cada vez mayor de la privación de libertad de los imputados durante la tramitación del proceso.

Se argumentará que el hecho de que una norma como esta opere con completa normalidad y aún más que exista una tendencia que apunte a su expansión solo puede ser explicado mediante una crítica que retome el concepto de “Justicia Funcional” acuñado por Michel Foucault en 1979, a través del cual se muestra la manera en que los tribunales de justicia en materia penal han ido alineando su quehacer con la idea de que a ellos corresponde la defensa de la sociedad. Se expondrán las consecuencias que tiene la instalación de este modelo y la manera en que la norma en cuestión ha terminado por transformar el proceso penal en una herramienta de castigo de quienes se ven envueltos como imputados en él.

Justicia funcional: introducción

Cuando alzaban los muros, ¡Cómo no pude notarlo!

Pero nunca oí a los constructores, ni un ruido.

Imperceptiblemente me encerraron desde el mundo exterior.

Constantin Kavafis.

Seguridad. De acuerdo a Giorgio Agamben la seguridad es hoy una de las palabras principales en el discurso político. Tanto es así que las “razones de seguridad” han pasado a tomar el lugar de lo que en otro tiempo era llamado “razón de Estado”.¹ Este concepto forma parte de un nuevo modo de ejercer el poder político pues en su nombre se admite la más variada clase de intervenciones en la vida de los ciudadanos que terminan por reconfigurar completamente el espacio en el cual estos se mueven. Hoy en nuestro país es común ver en lugares públicos cámaras videograbadoras y funcionarios de policía encargados de la vigilancia con la facultad de detener y revisar la identidad de cualquier persona que transite en estos, instancias de registro de datos para ingresar a un lugar o salir de él e incluso la incipiente utilización de *drones* encargados del monitoreo de las buenas costumbres en determinados sectores. Incluso más allá, nuestra vida privada está sujeta a monitoreo a través de la almacenamiento de los datos personales que produce la utilización de los teléfonos inteligentes y la navegación en internet.²

El panorama que genera la actuación de estos ya conocidos instrumentos de control y el continuo estreno de otros completamente novedosos, justificados bajo los discursos que sostienen se trata de medidas necesarias para garantizar la seguridad social, representa no solo una amenaza para nuestras libertades individuales, sino que la posibilidad cierta de un cambio en la forma en que la actividad política es practicable. La aparición de un “Estado

¹ AGAMBEN, Giorgio. Del Estado de Derecho al Estado de Seguridad [en línea]. Artillería Inmanente. 2016 (traducción del original publicado en *Le Monde*, 2015).

² Durante el 2017 Gobierno presentó a Contraloría General de la República el Decreto N° 686 del Ministerio del Interior para que se tome razón de este. Por las características que presenta este decreto, que supone un increíble aumento en la capacidad de vigilancia sobre la ciudadanía a través del control de sus datos de navegación, se le ha comenzado a llamar “decreto espía”. Finalmente, fue rechazado. Véase: Derechos Digitales, ¿Qué dice el llamado decreto espía? [en línea] <https://www.derechosdigitales.org/11400/que-dice-el-llamado-decreto-espia/> [fecha de consulta: 04 septiembre 2017]

de Seguridad” tal como le denomina Agamben, conlleva la aparición de una serie de transformaciones entre las cuales se asoma amenazantemente el “cambio del estatuto político de los ciudadanos y del pueblo, que se suponía que es el titular de la soberanía”, mediante lo que, señala él mismo, “vemos producirse una tendencia irreprimible hacia aquello que bien hay que llamar una despolitización progresiva de los ciudadanos, cuya participación en la vida política se reduce a los sondeos electorales”, pues estos últimos son cada vez considerados menos como agentes que como sujetos potencialmente peligrosos a los cuales el Estado debe controlar, vigilar e incluso reprimir.³ Así, más allá que su calidad de sujetos de derechos con posibilidades de participación en la comunidad política, la seguridad como principal sustantivo político promueve su consideración como un elemento a tener en cuenta siempre bajo sospecha.

Ante la producción de este escenario que de forma progresiva toma fuerza, la oposición, la denuncia y la crítica constituyen formas de resistencia. El propio Agamben, al rechazar la invitación a realizar un curso en los Estados Unidos durante el año 2004, debido a que entre las condiciones de ingreso a ese país incluían procedimientos de fichaje electrónico y recopilación de huellas digitales, expresa las razones que existen, a su juicio, para rechazar el avance de estas modalidades de ejercicio del poder:

“Desde hace unos años se intenta convencernos de que aceptemos como dimensiones humanas y normales de nuestra existencia prácticas de control que siempre se habían considerados excepcionales y auténticamente inhumanas [...] Con todo, no sería posible cruzar ciertos umbrales en el control y la manipulación de cuerpos sin entrar en una nueva era biopolítica, sin avanzar un paso más en lo que Michel Foucault caracterizó como paulatina animalización del hombre llevada a cabo por medio de las técnicas más sofisticadas. El fichaje electrónico de las huellas digitales y de la retina, el tatuaje subcutáneo y otras prácticas de la misma especie son elementos que contribuyen a definir ese umbral. No deben impresionarnos las razones de seguridad que se invocan para justificarlas: la cuestión no es ésa [...] Lo que aquí está en juego es nada menos que la nueva relación biopolítica ‘normal’ entre los ciudadanos y el Estado [...] El tatuaje biopolítico que los Estados Unidos nos imponen ahora para entrar a su territorio bien

³ AGAMBEN, Giorgio. Del Estado de Derecho al Estado de Seguridad [en línea]. Artillería Inmanente. 2016 (traducción del original publicado en *Le Monde*, 2015). [fecha de consulta: 07 septiembre 2017]. Disponible en: <https://artilleriainmanente.noblogs.org/post/2016/05/26/giorgio-agamben-del-estado-de-derecho-al-estado-de-seguridad/>

podría ser el precursor de lo que más tarde se nos pedirá que aceptemos como registro normal del buen ciudadano en los mecanismos y engranajes del Estado. Por eso hay que oponerse”.⁴

La oposición de Agamben, es así una negativa a aceptar la aplicación de ciertos instrumentos que forman una forma de ejercicio del poder que re define las condiciones en las cuales la vida política es posible al mismo tiempo que sus formas de operación son “normalizadas”. La pretensión de este trabajo se inscribe en esa línea: mostrar cómo el “paradigma de la seguridad” se cristaliza en el ámbito de la administración de justicia dentro de la práctica penal chilena y la forma en que ello orienta la función que tiene el tribunal con respecto a nuestra propia población. Para dar cuenta de ello se tomará el caso probablemente más preocupante de este anudamiento, que es la posibilidad de encierro de una persona durante la tramitación del proceso penal bajo la consideración de que ella sea un peligro para la seguridad social a través de la prisión preventiva.

Si bien la postura sostenida aquí no se opone a los estudios que se enfocan en la aparición de lo que ha sido llamado “sociedad del riesgo” como motivo por el cual la sensación de inseguridad aumenta y se genera una expansión del derecho penal clásico, un cambio de estructuras de los procesos o la aparición de ciertas esferas especiales del derecho⁵, la investigación se enfocará en una vía diferente: la manera en que la seguridad aparece como un objetivo de los tribunales penales y la manifestación de ello en nuestro país. Esto será realizado desde una aproximación basada principalmente en los estudios foucaultianos sobre las formas de ejercicio de poder que dicen relación con un engarzamiento de la vida biológica de los individuos y de las poblaciones como objeto de estudio e intervención del poder mismo.

A mediados de la década de los 70`s Foucault describió el desplazamiento que se produjo en la Europa del siglo XIX que implicó un movimiento desde un poder de soberanía hacia un poder sobre la vida. Si el poder soberano podía ser ilustrado mediante el aforismo “hacer morir y dejar vivir” el nuevo poder que se ejerce sobre la vida se debe más bien al

⁴ AGAMBEN, Giorgio. No al tatuaje biopolítico [en línea]. Revista Otra Parte N° 2. 2004 (traducción del original publicado en *Le Monde*, 2004). [fecha de consulta: 07 septiembre 2017]. Disponible en: <http://revistaotraparte.com/n%C2%BA-2-oto%C3%B1o-2004/no-al-tatuaje-biopol%C3%ADtico>

⁵ JIMÉNEZ DÍAZ, María José. Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-08 p. 08:1-08:25. Disponible en línea: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 16-07 (2014), 9 oct]

de “hacer vivir y dejar morir”. La máxima que define a la soberanía como forma de ejercicio del poder hace referencia al poder del soberano para decidir sobre la vida o muerte del súbdito. En este esquema, el punto fundamental se encuentra en el hecho de que el soberano manifiesta en realidad su poder al dar muerte a sus súbditos, existe un desequilibrio, que se manifiesta en que “el derecho de vida y muerte sólo se ejerce a partir del momento en que el soberano puede matar”.⁶ Esta es la diferencia fundamental con la nueva configuración de poder que comienza a bosquejarse, pues en este segundo caso, la aparición del poder ya no se encuentra en el acto de dar muerte al súbdito, si no que se trata de un poder que está empeñado en la producción de ciertos modos específicos de vida, con la consecuente exclusión de otros.

Este poder sobre la vida o “biopoder” que logra detectar Foucault, tiene a su juicio dos principales vertientes. La primera de ellas, ubicada por Foucault a fines del siglo XVII y durante el siglo XVIII, se trataría de un conjunto de tecnologías de carácter disciplinario, es decir, una variedad de técnicas de poder cuyo foco principal es el cuerpo de los individuos sometidos a ellas. El objetivo de estas técnicas consiste principalmente en asegurar “la distribución espacial de los cuerpos individuales (su separación, alineamiento, puesta en serie y bajo vigilancia) y la organización, a su alrededor, de todo un campo de visibilidad”.⁷ Una vigilancia o supervisión orientada a incrementar la fuerza útil de los individuos, esto es su productividad. Aún más allá, se trataba de técnicas de poder económicamente racionalizadas en orden a lograr una proporcionalidad entre efectividad y costos de aplicación lo más conveniente posible, dejando a un lado la exuberancia demostrativa y dispendiosa del poder soberano.

Una segunda vertiente del biopoder será llamada “biopolítica de la especie humana”⁸ por Foucault. Esta habría surgido en la segunda mitad del siglo XVIII. Se trata de un tipo de poder que sin abandonar las tecnologías disciplinarias, sino que incluyéndolas en sí mismo, trabaja o funciona a un nivel diferente.⁹ Este ya no es el hombre individuo, sino el “hombre-especie”, que por cierto está integrado por individuos. De este modo, si la tecnología disciplinaria rige “la multiplicidad de los hombres [en cuanto] cuerpos

⁶ FOUCAULT, Michel. *Defender la Sociedad*, Curso en el Collège de France. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 218.

⁷ *Ibíd.*, p. 19.

⁸ *Ibíd.*, p. 220.

⁹ *Ibíd.*, p. 219.

individuales que hay que vigilar, adiestrar, utilizar y, eventualmente, castigar”,¹⁰ las tecnologías biopolíticas de la especie humana regulan “la multiplicidad de los hombres, pero no en cuanto se resumen en cuerpos sino en la medida en que forma, al contrario, una masa global, afectada por procesos conjuntos que son propios de la vida, como el nacimiento, la muerte, la producción, la enfermedad, etcétera”.¹¹ Consiste en una forma de poder que requiere de la aplicación de mecanismos que difieren de aquellos útiles para las técnicas disciplinarias, se trata ahora más bien de aparatos de seguridad destinados a regir previsiones, estimaciones estadísticas, mediciones globales del nuevo objeto-sujeto que Foucault identifica y que llama población.¹² Como él mismo señala: “mecanismos reguladores que puedan fijar equilibrio, mantener promedio, establecer una especie de homeostasis, asegurar compensaciones [...] alrededor de este carácter aleatorio que es inherente a una población de seres vivos”.¹³ Si la disciplina adiestraba individuos mediante un trabajo sobre el cuerpo, los mecanismos reguladores aseguran una regularización de la vida, de los procesos biológicos del hombre-especie. Podemos hablar así de una “tecnología del biopoder”¹⁴ que se ejerce sobre la población. Un poder continuo que a diferencia del poder soberano que hacía morir y dejaba vivir, es ahora un poder de regularización que hace vivir y deja morir.¹⁵

Sin embargo, tanto la biopolítica como el poder disciplinario, aunque diferentes entre sí, tienen como objetivo común “maximizar fuerza y extraerla” de la vida,¹⁶ ya sea del individuo como cuerpo o del hombre-especie, dando lugar a un biopoder, en su sentido general.¹⁷ Así, el biopoder apunta hacia la regulación y estandarización de la vida de los sujetos como de la población con la finalidad de sacar el máximo provecho a sus fuerzas útiles. Para ello, este tipo de poder requiere de una norma. En efecto, “la norma es lo que puede aplicarse tanto a un cuerpo al que se quiere disciplinar como a una población a la que se pretende regularizar”.¹⁸ La norma dará lugar a una sociedad de normalización, la que no es, por tanto, puramente disciplinaria, sino una en donde “se cruzan, según una articulación ortogonal, la norma disciplinaria y la norma de regulación”.¹⁹ Más aún,

¹⁰ *Ibíd.*, p. 220.

¹¹ *Ídem.*

¹² *Ibíd.*, p. 222.

¹³ *Ibíd.*, p. 223.

¹⁴ *Ídem.*

¹⁵ *Ídem.*

¹⁶ *Ídem.*

¹⁷ CASTRO, Edgardo. *Lecturas Foucaultianas. Una historia conceptual de la biopolítica.* La Plata, Argentina: UNIPE, Editorial Universitaria., p. 47

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Defender la Sociedad*, Curso en el Collège de France. Op. Cit., pp. 228,229.

¹⁹ *Ibíd.*, p.229.

concluye Foucault “decir que el poder, en el siglo XIX, tomó posesión de la vida, es decir al menos que se hizo cargo de la vida, es decir que llegó a cubrir toda la superficie que se extiende desde lo orgánico hasta lo biológico, desde el cuerpo hasta la población, gracias al doble juego de las técnicas de la disciplina, por una parte, y las tecnologías de la regularización, por la otra”.²⁰

En este panorama recién descrito, el sistema jurídico, las instituciones del derecho, las leyes y los reglamentos pasan también a formar parte de ciertas estrategias generales de poder que funcionan tanto en las distintas formas de disciplinamiento de los individuos como también en las diversas maneras en que se busca regular una población, es decir, se muestran como elementos cuya finalidad dice relación con el “biopoder” que Foucault intentó explicar, a pesar de que la forma de este último ya no sea reducible a la forma legal como modo de ejercicio del poder. En este sentido, Judith Butler ha señalado que la ley forma parte de las nuevas constelaciones de poder como técnica de gobierno en la medida en que es utilizada como táctica para el control de una población.²¹ Miguel Vatter, por otro lado, ha advertido acerca de que el aumento de la actividad legislativa en los regímenes neoliberales dice relación con un empobrecimiento del sentido en que la ley es comprendida, pasando a tener sentido únicamente su rol de policía, en cuanto ordenadora de la vida de los individuos: “Una vez que la ley pierde su significado político o constitucional en el neoliberalismo, se convierte en una parte del orden administrativo del Estado”;²² a ello se suma el hecho de actuar la ley, en estos mismos regímenes, como condición de aceptabilidad del poder normalizador que ejerce tanto la anatomopolítica (aquella dirigida hacia el cuerpo de los individuos) como la biopolítica. Concluye Vatter que “la legislación se vuelca a incrementar las funciones de policía y ‘law enforcement’”. La explosión de actividad legislativa en los regímenes neoliberales se debe al hecho de que sólo la ley hace ‘aceptable’ el ‘poder de normalización’ de la policía. En el neoliberalismo, la ley-como-poder sigue siendo el estándar para la legitimidad del poder, es decir, para su aceptabilidad racional”.²³

Así, este trabajo pretende realizar un estudio y una crítica de instituciones y normas legales que son tributarias de la aparición de la seguridad como objetivo de la justicia e intentará

²⁰ Ídem.

²¹ BUTLER, Judith. Vida precaria: el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 2006 pp. 129,130.

²² VATTER, Michel Foucault y la ley: la juridificación de la política en el neoliberalismo. En: LEMM, Vanessa (editora). Michel Foucault: neoliberalismo y biopolítica. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010 p. 209.

²³ *Ibíd.*, p. 212.

dar cuenta de las consecuencias que este movimiento tiene. Para ello, se seguirá una línea de desarrollo que dividirá el trabajo en dos mitades: la primera, llamada “sobre la prisión preventiva y el peligro para la seguridad de la sociedad” y una segunda, que se titula “justicia funcional”.

La primera parte tiene por finalidad de introducir el estudio de la medida cautelar personal que contempla la legislación procesal penal chilena denominada “prisión preventiva”, mostrar su funcionamiento dentro de un esquema más amplio de medidas cautelares, así como también realizar un recorrido por la historia legislativa de dicha institución procesal que dé cuenta de los cambios que ha sufrido su regulación así como de las motivaciones para realizar dichas modificaciones y las reflexiones que ha generado el desarrollo en el tiempo de la misma. Además, esta primera sección estudiará la causal de operatividad de la prisión preventiva contemplada en el literal c) del artículo 140 del Código Procesal Penal (en adelante “CPP”) conocida como “peligro para la seguridad de la sociedad” dando cuenta de la forma en que ella ve la luz dentro del ordenamiento jurídico chileno a través de la discusión sostenida en la “Comisión Ortúzar” así como también de las principales líneas de cuestionamientos a los que se ha encontrado sometida por parte de la doctrina nacional.

La segunda mitad iniciará al exponer cuál es el objetivo de este trabajo, proponiendo un sentido en que la actividad crítica propiamente tal debe ser entendida y bajo la cual se realizará un estudio acerca de los modelos de ejercicio de poder que han sostenido los tribunales de justicia desde el nacimiento de un poder judicial autónomo hasta el surgimiento del paradigma de la seguridad y el nacimiento de aquello que llamaremos “justicia funcional”. Finalmente, se mostrará la forma en que las instituciones judiciales penales en nuestro país son partícipes de este modelo de operación y la manera en que la prisión preventiva funcionando a través de la cláusula de peligro social es inteligible bajo esa forma de lectura, intentado dar cuenta de los efectos que esta anudamiento entre justicia penal, prisión preventiva y seguridad tiene para la población.

La presente tesis, pretende, del modo en que ha sido expuesto, contribuir en la labor crítica de denunciar uno de los mecanismos de poder mediante los cuales la humanidad es constantemente sometida a nuevas formas de trato en otros momentos impensables. Una pequeña herramienta que ayude a desarmar esos muros que, como escribe Kavafis, se construyen a nuestro alrededor día a día de forma imperceptible.

I

Sobre la prisión preventiva y el peligro para la seguridad de la sociedad

Sistema cautelar en el proceso penal

La prisión preventiva es una medida cautelar dentro del proceso penal. Esto quiere decir que es una especie dentro de un género mayor que está constituido por aquello que conocemos como medidas cautelares. Otras especies del mismo género son la citación, la detención, las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva (reguladas en el artículo 155 del CPP) y las medidas cautelares reales. Ellas se diferencian en el objeto en el que recaen, en su oportunidad de aplicación, en los requisitos que son necesarios para que se decreten, en el tipo de delitos que son procedentes y en sus finalidades particulares. Por ello es posible hablar de un sistema cautelar dentro el proceso penal chileno en el cual participan distintas especies de medidas cautelares.

Tradicionalmente se ha justificado la existencia de las medidas cautelares en base al carácter temporal en el que se desarrolla el proceso. Ante la pretensión estatal de imposición de una pena, el sistema cautelar se constituye como medida de aseguramiento que persigue garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja tal pretensión.²⁴ El Estado necesita de ciertas medidas que apunten a hacer eficaces sus sentencias, ya que si este no es capaz de hacer valer efectivamente sus resoluciones, entonces puede considerarse un Estado impotente, lo cual trae aparejada la pérdida de legitimidad para el mismo. El sistema cautelar es considerado por ello, en último término, una forma de preservación del Estado de Derecho.²⁵

Dentro del proceso penal las medidas cautelares cumplen la doble función de "por una parte, la satisfacción de una pretensión penal, consistente en la imposición de una pena y, por la otra, la satisfacción de una pretensión civil, consistente en la restitución de una cosa o la reparación por el imputado de las consecuencias civiles que el hecho punible ha causado a la víctima".²⁶ Consistente con esta doble función, han sido definidas como "resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa [...] por las que se limita provisionalmente la libertad o

²⁴ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno. Vol. I. Santiago, Chile: Ed. Jurídica, 2002, p. 341.

²⁵ TAVOLARI, Raúl. Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005 p. 284.

²⁶ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p. 342

la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia".²⁷ Si algo podría agregarse a esta definición es la de incluir una característica que es común a toda medida cautelar: su excepcionalidad. Ello porque una medida de este tipo solo puede ser aplicada o es procedente cuando resulta estrictamente necesaria para asegurar la ejecución de la sentencia. De este carácter estrictamente excepcional es que se ha derivado la obligatoriedad de concurrencia de dos requisitos para poder decretar alguna de estas medidas, estos son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.²⁸

El Código Procesal Penal chileno clasifica las medidas cautelares en base al objeto en que estas recaen.²⁹ Así se distingue entre las medidas cautelares personales que imponen limitaciones al derecho de libertad personal y medidas cautelares reales, que limitan la libre administración o disposición de los bienes del imputado.³⁰ Dejaremos de lado el comentario acerca de las últimas, para pasar a revisar desde ya las medidas cautelares personales en el proceso penal.

Medidas cautelares personales

Históricamente los procesos penales han necesitado de medidas que restringen o privan de libertad a los individuos con el fin de lograr los fines para los que está dispuesto. Esto goza de una aceptación general, tanto así que se encuentra consagrado en tratados internacionales sobre derechos humanos y declaraciones sobre derechos fundamentales.³¹ Es este el sentido en que existen hoy las medidas cautelares personales: limitan o restringen, como ya ha sido señalado, el derecho de libertad personal, entendido como libertad ambulatoria de un individuo dentro del proceso penal, el imputado.³² Sin embargo, se ha señalado esta afectación está condicionada: solo puede efectuarse en pos de alcanzar los fines del procedimiento. Esto las haría diferenciables de las medidas de coerción procesal en general, que se refieren a toda intromisión en el derecho a la libertad personal de un individuo por parte de un tribunal. De este modo, únicamente podrían considerarse

²⁷ GIMENO SENDRA. Derecho procesal penal. Citado desde HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p. 343.

²⁸ *Ibíd.*, p. 344.

²⁹ Existen otros criterios de clasificación diferentes al que asume nuestro Código. Véase: HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p. 343.

³⁰ *Ibíd.*, p. 343.

³¹ *Ibíd.*, p. 346.

³² *Ibíd.*, p. 349.

como medidas de carácter cautelar aquellas que estén dirigidas en contra del imputado y busquen asegurar los fines del procedimiento.³³

Las medidas de este tipo, sin embargo, llevan hoy aparejadas la necesidad de justificación por cuanto, primero, en términos de bienes jurídicos, las medidas cautelares restringen, limitan o privan de libertad a una persona de forma similar a la que las penas privativas de libertad lo hacen; y, segundo, debido a que no existe con respecto al imputado a quien se le impone la medida un proceso penal ni una sentencia ejecutoriada que haya declarado su responsabilidad por delito alguno que lo haga susceptible de padecer esa afectación. Así, "[e]l *derecho al juicio previo*, que exige una sentencia condenatoria como requisito para la imposición de una pena y el *principio de inocencia*, que impone la exigencia de tratar al imputado como inocente mientras dicha sentencia no exista, parecieran proscribir, en principio, la posibilidad de que la restricción o privación de libertad, característica de la pena, pudiera producirse con anterioridad, mientras se encuentra pendiente el procedimiento de persecución penal".³⁴ Esta posible tensión se agudiza aún más en casos en que la intervención estatal es mayor, como en el caso de la prisión preventiva.³⁵ Desde esta perspectiva, la justificación que se ha esgrimido para esta intromisión es la limitación que a ellas se les impone: la imposibilidad de que se conviertan en una pena anticipada. Ello es posible solamente si se asigna a las medidas cautelares finalidades diferentes a las que se considera son los fines de la pena. Aquí entra en juego, por tanto, con importancia radical la condición de que las medidas cautelares personales tengan una finalidad estrictamente procesal. Precisamente es esta perspectiva la que toma el Código Procesal Penal chileno en su artículo 122, inciso primero, el cual señala la finalidad y el alcance de las medidas cautelares personales estableciendo lo siguiente: "las medidas cautelares personales solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación".

La cuestión, sin embargo, no es del todo clara respecto a qué cuenta como "fines del procedimiento" y ello será una cuestión de relevancia como veremos más adelante. Esto, en primer lugar, porque la Ley no declara cuáles son los fines que persigue el proceso penal; segundo, porque a pesar de haber un relativo consenso entre los juristas acerca de

³³ *Ibíd.*, p. 345.

³⁴ *Ídem.*

³⁵ Como analizaremos más adelante, existe una discusión acerca de si efectivamente del principio de inocencia se ve conculcado por la utilización prisión preventiva. Véase *infra* p. 65.

cuáles son los fines legítimos del procedimiento, existen también posiciones que, con un buen grado de aceptación, no comparten la visión mayoritaria y apuntan a ampliar estos fines; y tercero, porque la misma legislación parece concebir como medidas cautelares formas de coerción que escapan a lo que la doctrina mayoritaria considera como fines del procedimiento y habría que preguntarse si ello se trata simplemente de un error o es que habría que redefinir nuestra comprensión de estos mismos.

A pesar, pues, de no haber una remisión expresa en términos legales con respecto a los fines del procedimiento, la doctrina en general sostiene que corresponden a dos cuestiones: la búsqueda de la verdad procesal y la actuación de la ley.³⁶ Así lo sostiene Julián López cuando dice que "se ha dicho a menudo que [los fines del procedimiento] son dos: *el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal*" y explica la manera en que ellos pueden ser puestos en riesgo por parte del imputado, lo que haría posible la aplicación de la medida cautelar, señalando que "el correcto establecimiento de la verdad puede estar en riesgo ya sea por la negativa del imputado a comparecer a los actos del procedimiento, ya sea por la evidencia de que éste desarrollará actos de destrucción u ocultación de prueba; la actuación de la ley penal, por su parte, supone la disponibilidad del sujeto para la imposición y ejecución de la sanción y puede estar en riesgo cuando exista evidencia de que el imputado pretende eludir la acción de la justicia mediante la fuga". Ello nos llevaría a considerar que el artículo 122 ya mencionado establecería, en principio, que una medida cautelar personal solo puede tener estos dos fines para considerarse como tal.³⁷

Silva Sánchez tiene, sin embargo, una visión "menos restringida" de los fines procesales. Esto porque, por un lado, considera al proceso mismo como una reacción jurídica ante la infracción que viene a dar comienzo a la re estabilización de la norma, por lo que cumple así el rol de un equivalente funcional a la pena; por otro lado, señala que el proceso mismo se constituye como un mecanismo preventivo autónomo. Estos no solamente son efectos de él, sino que son efectos deseados, por lo que deberían ser considerados como fines distintos de la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal.³⁸

³⁶ SZCZARANSKI VARGAS, Federico. La prisión preventiva como manifestación del derecho penal del enemigo (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010, p. 40

³⁷ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., pp. 346 y 347.

³⁸ SZCZARANSKI VARGAS, Federico. La prisión preventiva como manifestación del derecho penal del enemigo Op. Cit., p. 41.

La estricta limitación de utilización de una medida cautelar como medio para alcanzar determinados fines procesales no es, con todo, la única forma de restringir su aplicación. Debido a la intensidad de intromisión que estas medidas implican se han formulado ciertos principios a los cuales ellas deben someterse, actuando como limitaciones a su operatividad. Se ha considerado que la utilización de estas medidas está sometida, en general, a los siguientes principios: legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, provisionalidad, instrumentalidad y proporcionalidad.³⁹

Finalmente y si bien hasta ahora se ha comentado brevemente acerca de las medidas cautelares personales como género, el Código Procesal Penal establece cuáles son las medidas cautelares personales en su título quinto del libro primero:

1) La citación, establecida en el párrafo segundo (artículos 123 y 124).

³⁹ Así: (a) principio de legalidad, se encuentra consagrado por la Constitución en su artículo 19 n° 7 letra b): "Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes" y además recibe regulación a nivel legal en el artículo 5 del Código Procesal Penal y que impone una reserva legal para la aplicación de medidas cautelares, esto es, solo pueden aplicarse medidas que se encuentren expresamente consagradas en la ley: "No se podrá 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"; (b) principio de jurisdiccionalidad, que a nivel constitucional se encuentra en el artículo 19 n°7 letra c) "Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal", y legalmente se encuentra establecido en el artículo 122 del Código procesal Penal, el cual señala "Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada", por eso, este principio impone que las medidas cautelares personales deban ser adoptadas sólo por el órgano jurisdiccional competente y no solo eso, sino que además supone que la medida se aplique solo luego de una resolución judicial que se encuentre fundada; (c) principio de excepcionalidad, consagrado en el artículo 122 ya mencionado, en el sentido en que señala que las medidas cautelares serán impuestas solo en circunstancias en que sean "absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento", es decir, solo pueden decretarse cuando exista una necesidad absoluta de proteger los fines del procedimiento, lo cual resultaría ser la única forma en que ella se entienda como compatible con el respeto a la presunción de inocencia y la relevancia otorgada a la libertad ambulatoria; (d) principio de provisionalidad, estipulado en el mismo artículo 122 que señala que su duración se extenderá solo "mientras subsistiere necesidad de su aplicación" de lo que se deriva que nunca pueden existir más allá del proceso, por un lado, y por el otro, es que deben ser revocadas cuando los motivos que dieron origen a su puesta en práctica desaparecen; (e) principio de instrumentalidad, el cual limita la aplicación de la cautela personal en la medida en que establece su completa subordinación a los objetivos del procedimiento, lo que implica que las medidas cautelares personales no tienen una finalidad independiente a la del proceso; (f) principio de proporcionalidad, indica que la privación sufrida por una medida cautelar de carácter personal debe relacionarse con la pena que, tentativamente, se impondrá en el proceso en concreto de forma tal que no se constituya como una afectación más grave de su derecho a la libertad ambulatoria de lo que implica ésta última, lo que en caso contrario llevaría a que el imputado sufriera más con el procedimiento mismo que con la pena impuesta, convirtiéndolo en un mecanismo de coerción. A pesar de la importancia del principio de proporcionalidad, este ya no cuenta con una manifestación legal dentro del código procesal penal, debido a la modificación que supuso el artículo 1 n° 16 de la ley 20.074. Sobre este tema en específico vid infra p. 22, 23. Además en SZCZARANSKI VARGAS, Federico. La prisión preventiva como manifestación del derecho penal del enemigo (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010, pp. 46-53.

- 2) La detención, que se encuentra en el párrafo tercero (desde el artículo 125 al 138, además del 154).
- 3) La prisión preventiva, cuya regulación está contenida en el párrafo cuarto (esto es entre los artículos 139 y 153).
- 4) Lo que se designa como "otras medidas cautelares personales", consagradas en el párrafo sexto (el que abarca los artículos 155 y 156).⁴⁰

Dentro de las medidas cautelares personales que acabamos de ver, la prisión preventiva es aquella cuya existencia se manifiesta como la de mayor complejidad por varias razones. Primero, porque implica no simplemente una restricción, sino que una privación del derecho a la libertad ambulatoria de un sujeto que participa como imputado en el proceso penal, constituyéndola como la herramienta de mayor afectación de los bienes jurídicos dentro de un juicio; segundo, pues su parecido al menos fenoméricamente, a las penas de privación de libertad, hace necesaria una argumentación que explique por qué se puede establecer una medida cautelar de estas características pero en este caso saltándose los presupuestos de una pena de este tipo pues se ejecuta sin la necesidad de que se desarrolle un juicio previo ni se declare la culpabilidad de quien la padece; y, tercero, porque a pesar de estar regulada como una medida cautelar, la prisión preventiva puede ser decretada por causales que al menos *prima facie* son ajenas a los fines del procedimiento comúnmente aceptados, tales como el peligro que puede representar el imputado para la seguridad de la sociedad y la seguridad del ofendido. Pasaremos, por ello, a revisar directamente esta medida cautelar.

Prisión Preventiva

Julián López define la prisión preventiva como “una medida cautelar personal, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento” agregando además que su carácter es excepcional, puesto que “solo procede cuando las demás medidas cautelares previstas por

⁴⁰ Estas medidas tienen una relación de exclusión con la prisión preventiva, por ello se les conoce como “medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva”, pues considerando el juez que con una o más de estas medidas es suficiente para “garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia” (Art. 155 inc. 1º), entonces deberán decretarse estas medidas y no la prisión preventiva, que solo es procedente cuando las demás medidas cautelares no son suficientes, a juicio del juez, para asegurar estos mismos fines.

la ley fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”;⁴¹ por otro lado, agregando algunos elementos aunque no difiriendo en lo sustancial de la definición de López, Cristián Maturana y Raúl Montero señalan que “La prisión preventiva es la medida cautelar decretada por el juez de garantía, que dispone en forma excepcional y en los casos en que lo permite la ley, la privación de la libertad del imputado por un tiempo indefinido durante la duración de un proceso penal en un recinto penitenciario, por no ser satisfactorias las medidas cautelares de menor intensidad para asegurar el cumplimiento de las finalidades del procedimiento”.⁴²

Esta medida cautelar se encuentra regulada de forma específica en el Código Procesal Penal chileno en el párrafo 4to del título quinto, que comprende desde el artículo 139 al artículo 153, más el artículo 154 que es común a la detención y a la prisión preventiva. En ellos se establece su procedencia (art. 139), los requisitos para ordenarla (art. 140), los casos en que ella es improcedente (art. 141), la forma en que se tramita la solicitud (art. 142), los aspectos acerca de la resolución que la decreta y su modificación o revocación (arts. 143 y 144), la manera en que ella puede ser sustituida y lo que dice relación con su revisión de oficio (art. 145), aquello que dice relación con las cauciones que pueden reemplazarla, su ejecución y cancelación (arts. 146, 147 y 148), los recursos que operan con respecto a ella (art. 149), las condiciones de su ejecución (art. 150), la posibilidad de restringir o prohibir las comunicaciones al imputado sometido a prisión preventiva (art. 151), los límites temporales de su aplicación (art. 152) y finalmente, la manera en que ella termina (art. 153).

Para objetos de este trabajo, no se revisará de forma exhaustiva la normativa relativa a esta medida cautelar, sino que nos enfocaremos solamente en sus hipótesis de aplicación, por lo que a continuación serán indicados los supuestos que deben cumplirse para que la prisión preventiva sea procedente en el proceso penal. Así, son necesarios:

- a) Que se hubiere formalizado la investigación.
- b) Petición del Ministerio Público o del querellante.
- c) Realización de audiencia con la presencia del fiscal, imputado y su defensor.
- d) Que las otras medidas cautelares sean insuficientes para asegurar finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad, o el peligro de fuga.

⁴¹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p. 389.

⁴² MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. Derecho Procesal Penal 2ª Ed. Tomo I. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2012, p.533.

- e) Que no se trate de casos de improcedencia de prisión preventiva.
- f) Que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito.
- g) Que existen antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- h) Que existan antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga.⁴³

Todas estas exigencias se encuentran reguladas entre los artículos 139 y 142 del Código Procesal Penal. Así, el artículo 139 reza lo siguiente:

Artículo 139.- Procedencia de la prisión preventiva. Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

Estableciendo, por tanto, en su inciso segundo el requisito d) que hemos expuesto más arriba y dejando claro el carácter excepcionalísimo que tiene la prisión preventiva. Es en el artículo 140, sin embargo, donde tienen lugar la mayoría de las exigencias que hemos expuesto. En su inciso primero contiene los requisitos letra a) y letra b), al señalar:

Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos.

Ahora bien, este primer inciso da paso a los requisitos generales de la prisión preventiva, establecidos en los literales a), b) y c) del mismo artículo. Estos pueden comprenderse, al igual que los requisitos de toda medida cautelar personal, bajo las categorías de *fummus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (peligro de retardo).⁴⁴ En este

⁴³ MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. Op. Cit., pp. 537, 538. En general, los distintos autores consideran de forma más o menos similar los mismos supuestos de aplicación.

⁴⁴ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno. Op. Cit., pp. 400 y 407. Duce y Riego, por otra parte clasifican los literales del artículo 140 distinguiendo entre supuestos materiales (literal a

sentido, las exigencias de *fumus boni iuris* que debe acreditar el solicitante de la prisión preventiva son las siguientes:

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

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

Por otro lado, la exigencia de *periculum in mora* que debe ser acreditada por el solicitante, se encuentra en el literal c) del mismo artículo, el que además especifica en los incisos siguientes cuándo ha de entenderse que cada uno de ellos concurre:

c) *Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.*

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

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

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como

y b) y la necesidad de cautela (literal c). Véase: DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2007, pp. 251 y 254.

orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

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

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

En resumen, las razones que pueden constituir el *periculum in mora* son que la prisión preventiva resulte indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación (o simplemente que resulte indispensable para el éxito de la investigación), que la libertad del imputado resulte peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, y el peligro de fuga del imputado. Estas causales son de suma importancia, pues como señala Julian López “La exigencia de *periculum in mora*, requisito general de toda medida cautelar personal, tiene, en materia de prisión preventiva, un carácter particularmente conflictivo, ya que dice relación directa con los fines de la prisión preventiva como institución, respecto de los cuales no existe ningún consenso en derecho comparado”.⁴⁵

Existen, además de requisitos cuya presencia es necesaria para que la prisión preventiva proceda, otros cuya ausencia es lo que permite decretar esta medida cautelar. Como hemos señalado en la letra e), existen ciertos casos en que la prisión preventiva no es procedente, lo cual se encuentra regulado en el artículo 141 del Código Procesal Penal. Finalmente, hemos señalado en la letra c) que debe realizarse una audiencia con la presencia del fiscal, el imputado y su defensor para resolver acerca de la prisión preventiva y que la resolución que se dicte debe ser fundada, todo lo cual se encuentra establecido en el artículo 142 del mismo código.

Tenemos por tanto que, actualmente, cumpliéndose con estos requisitos será procedente la dictación de una resolución que decrete la prisión preventiva, debiendo el juez fundamentar en cada caso los motivos por los cuales considera que ellos se cumplen. Sin embargo, la configuración de la prisión preventiva en general y de los requisitos que son

⁴⁵ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p. 407.

necesarios para su dictación no han sido para nada estáticos, más bien se ha tratado de un tema de gran interés ciudadano, académico y, sobre todo, legislativo. Esto ha propiciado diversas discusiones que en un buen número de ocasiones han derivado en reformas legales. La revisión de las principales modificaciones que ha sufrido la prisión preventiva nos permitirá comprender cuál es el sentido en que ella ha avanzado y nos mostrará también qué formas de comprensión de esta institución han primado y se han convertido en ley. Esto reviste una importancia fundamental, pues si la prisión preventiva es entendida como la herramienta de mayor interferencia en la libertad de los ciudadanos durante el proceso penal, entonces los pasos que se han seguido en su regulación no solamente dicen mucho sobre ella, sino que también sobre el proceso mismo.

Desarrollo de la prisión preventiva en la legislación chilena

En esta sección mostraremos, primero, el funcionamiento en general de esta medida cautelar bajo el antiguo sistema que regía el Código de Procedimiento Penal, para contrastarlo con la innovación que supuso la regulación del Código Procesal Penal. Posterior a ello revisaremos las reformas que han sido realizadas hasta la actualidad en esta materia desde el comienzo de la aplicación del nuevo sistema procesal penal.

Antiguo procedimiento penal

Hasta el 16 de septiembre de 1997 regía de forma plena en nuestro país un sistema de adjudicación penal regulado por el antiguo Código de Procedimiento Penal, el cual se encontraba vigente desde 1906. A partir de ese día, en que se publica la Ley de reforma constitucional N° 19.519, en la cual se establece la institución del ministerio público, comienzan a dictarse las normas que darán inicio al nuevo proceso penal. Así, el 15 de octubre de 1999, se promulga la Ley Orgánica Constitucional del ministerio público (Ley N° 19.649); el 12 de octubre de 2000, el Código Procesal Penal (Ley N° 19.696); el 9 de marzo de 2000 y el 5 de enero de 2001, las leyes que modifican el Código Orgánico de Tribunales (Ley N° 19.665 y Ley N° 19.708 respectivamente); el 10 marzo de 2001, la Ley que crea la Defensoría Penal Pública (Ley N° 19.718); y el 31 de marzo de 2002, las normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal (Ley N° 19.806). El Código Procesal Penal y, por lo tanto, la nueva regulación de la prisión preventiva, es promulgada el 29 de septiembre del año 2000 y publicada ese mismo año el día 12 de octubre. Sin embargo, solo entra en vigencia de forma gradual, comenzando por las regiones de Coquimbo y la Araucanía el día 16 de diciembre del año 2000; en las regiones

de Antofagasta, Atacama y el Maule el 16 de octubre del 2001; en las regiones de Tarapacá, Aysén y Magallanes el día 16 de diciembre del 2002; en Valparaíso, O'Higgins, Bío-Bío y Los Lagos el mismo día pero en el año 2003 y concluyendo por abarcar todo el país con el comienzo de su aplicación en la Región Metropolitana el 16 de junio del 2005.

En términos generales, el antiguo cuerpo legal establecía un proceso penal que puede entenderse bajo la idea de un sistema “inquisitivo”. Este será remplazado por un sistema que, sin dejar de tener algunos elementos inquisitivos, establece las bases de un proceso penal acusatorio. En términos esquemáticos, mientras que por sistema inquisitivo hacemos referencia a aquel tipo de proceso penal que se encuentra estrechamente ligado a la idea de un Estado absoluto que no reconoce una división entre poderes ni tampoco límites a su propio poder en vista a los derechos de los individuos, el sistema acusatorio es relacionado con comprensiones modernas del Estado, lo cual implica la consagración de ciertas garantías procesales que se constituyen como límites para el poder estatal y que configuran lo que se conoce como debido proceso: se pretende así un equilibrio entre la pretensión de aplicación del *ius puniendi* por parte del Estado y la dignidad del imputado. Aunque la distinción entre sistemas puede resultar algo problemática, de todos modos es posible distinguir entre un sistema y otro. Los principios de cada uno son distintos y el funcionamiento de determinadas instituciones varía bastante ambos. No es ajena a esta idea la prisión preventiva, la cual tiene un funcionamiento distinto dependiendo de cuál sea el sistema y los principios que rigen persecución penal –o, al menos, es lo que debería ocurrir en principio.⁴⁶

Durante la vigencia del sistema antiguo, mientras se encontraba en funcionamiento el Código de Procedimiento Penal, y hasta antes del año 1976 existía en Chile un régimen de funcionamiento de la prisión preventiva que tenía entre sus características más llamativas la existencia de delitos inexcusables. Ello implicaba que en los casos de ciertos delitos, los cuales eran considerados más graves, la prisión preventiva era de aplicación necesaria por mandato legal, por lo que el juez no tenía la posibilidad de decretar una medida diferente o no decretar ninguna. Es decir, durante el funcionamiento de este sistema, era la Ley y no el juez quien determinaba la operatividad o no de esta medida cautelar. Riego y Duce, señalan que este régimen cambió cuando se decretó el acta constitucional N° 3

⁴⁶ No es la pretensión del presente trabajo discutir acerca de la caracterización de un sistema y otro. En relación a esto, véase: CHAUÁN, Sabas Iván. Manual Del Nuevo Procedimiento Penal. 6a. ed., Legal Publishing, 2009.

durante la dictadura militar, la cual establece que la libertad provisional, como alternativa a la prisión preventiva, puede ser, en todos los casos otorgada por el juez, suprimiendo por esta vía los delitos inexcusables. Así, este criterio se incorporaría a la Constitución de 1980, lo que sumado a reformas posteriores iría delineando una nueva forma de comprensión en la manera en que se otorga la prisión preventiva, pues cada vez era mayor la claridad con respecto a que determinar la concurrencia de esta medida cautelar o, por otro lado, de otorgar la libertad provisional es una facultad exclusiva del juez no restringible vía legal.⁴⁷

Con esta modificación, entonces, la decisión corresponde al juez. Sin embargo, ello no implica, necesariamente, una aplicación en menor escala de medidas restrictivas de la libertad a los sujetos sometidos a un juicio. De hecho, el Código de Procedimiento Penal funciona, a partir de esta evolución, sobre la base de lo que se ha llamado un “sistema de coerción necesaria”⁴⁸, que implica “que el proceso penal supone, en todo caso, y necesariamente, un régimen de coerción sobre el imputado, sea por la vía de la prisión preventiva (régimen de coerción cerrado) o por la libertad provisional (régimen de coerción abierto)”⁴⁹. ¿Cómo operaban estos regímenes?

El sistema de coerción del Código de Procedimiento Penal giraba, principalmente, en torno a la resolución conocida como “auto de procesamiento” mediante la cual se sometía a proceso al imputado, dado lo cual operaba alguno de los dos sistemas que hemos señalado. Duce y Riego describen esta situación señalando que el “eje del sistema de coerción en el Código de Procedimiento Penal está constituido por el sometimiento a proceso. Esta resolución juega en el sistema inquisitivo antiguo una función determinante. Por su intermedio el juez declara la existencia de antecedentes probatorios en contra del imputado (está acreditada la existencia del delito y existen presunciones fundadas de su participación). A partir de esta declaración, el imputado queda sustraído al régimen general de libertades propias de todo ciudadano y sometido al proceso penal en uno de sus dos regímenes de control posibles: la prisión preventiva o la libertad provisional”⁵⁰.

El auto de procesamiento es una resolución judicial que se encontraba establecida en el antiguo artículo 274 del Código de Procedimiento Penal y que puede ser entendida como

⁴⁷ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Op. Cit., pp. 246,247.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 247.

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ *Ídem.*

“la resolución que, concurriendo los requisitos legales, dicta el juez contra el inculpado sometándolo a proceso y, por lo tanto, transformándolo en parte del juicio criminal”.⁵¹ La dictación de esta resolución tenía por consecuencia, tal como se ha señalado, el sometimiento a proceso del imputado en virtud de lo cual, este podía ser sujeto o a un sistema de coerción abierto o a uno cerrado. Estas opciones, en opinión de Duce y Riego “dan cuenta de una concepción propia del sistema inquisitivo, en que no aparecen claramente separadas las nociones de proceso y castigo. En esta forma de organizar el proceso, su desarrollo importa también el comienzo del castigo”.⁵²

Esta conclusión es evidente, pues ambas modalidades implicaban una forma de coerción, la que si bien es del todo evidente en un régimen cerrado, dado que la prisión preventiva conlleva claramente una privación de la libertad de desplazamiento del individuo, hay que hacer notar que la segunda modalidad, el régimen abierto, también es coercitivo, puesto que “quien está en libertad provisional no está en libertad plena, como el resto de los ciudadanos, sino sujeto a una serie de restricciones: no puede salir del país, no puede ejercer derechos políticos, recibe una anotación en su prontuario, así como una serie de otros detrimentos en sus facultades”.⁵³ Es decir, si bien implica restricciones de carácter más leve que el régimen cerrado, de todas formas restringe la libertad del imputado.

A pesar de ser la libertad provisional una intromisión menos intensa en los derechos de los imputados, no constituía esta la regla general del antiguo procedimiento penal. Por el contrario, es vista más bien como un beneficio que concurre en aquellos casos en que no es

⁵¹ Para que procediera la dictación del auto de procesamiento eran necesarios tres requisitos establecidos en el mismo artículo: (i) que el juez haya interrogado al inculpado; (ii) que esté justificada la existencia del delito que se investiga; y (iii) que aparezcan, a lo menos, presunciones fundadas de que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. Entre las menciones que contenía, se encontraban, según el artículo 275 del mismo cuerpo legal: “La resolución en que el inculpado es sometido a proceso o mandado a poner en libertad será fundada u expresará si se han reunido o no las condiciones determinadas en el art. 274”. Y, aquella que “lo somete a proceso enunciará, además los antecedentes tenidos en consideración y describirá sucintamente los hechos que constituyan las infracciones penales”. Y finalmente, conllevaba la producción de eventos que pueden ser distinguidos en base a si tienen asidero dentro del proceso o fuera de este. Respecto a los primeros (i) El procesado pasa a ser parte del proceso penal y deben entenderse con él todas las diligencias del juicio; (ii) Transforma la detención en prisión preventiva, o acarrea esta, a menos que el delito solo autorice la citación; (iii) suspende la prescripción de la acción penal. Los efectos fuera del proceso, por otra parte, consistían en: (i) Suspensión del derecho a sufragio del procesado si el delito merecía pena aflictiva o era calificado como “terrorista” por la ley; (ii) Inhabilitación para ser abogado para quien se encontrare procesado por delito que mereciera pena corporal, salvo en los casos de delitos contra la seguridad interior del Estado; (iii) Inhabilitación para ser juez de quien se encontrare procesado por crimen o simple delito. NEIRA, Eugenio. Manual de procedimiento penal chileno – primera instancia-.Santiago, Chile: Editorial Fallos del Mes, 1992, p. 228.

⁵² DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Op. Cit., p. 247.

⁵³ Ídem.

posible decretar prisión preventiva. Eugenio Neira Alarcón la ha definido como “el derecho que tiene todo detenido o procesado para obtener su libertad durante la sustanciación del proceso, en las condiciones que establece la ley, y no tratándose de los casos expresamente exceptuados por ella”.⁵⁴ Es decir, la libertad provisional, en el procedimiento penal antiguo no es el estado inicial del procesado, sino que puede llegar a obtenerse si es que el juez estima que es pertinente y además concurren los requisitos legales que la hacen procedente, siempre, de todos modos, con las restricciones que la constituyen como una medida de coerción, por lo que no es, de modo alguno, libertad sin más.

Esta forma de regulación de la prisión preventiva y de su relación con la libertad provisional sostiene un esquema diferente al que existe en el proceso penal actualmente. Desde ya porque en el nuevo proceso penal no existe algo como una libertad condicional que proceda cuando no sean aplicables los supuestos de la prisión preventiva y que implica una forma distinta de restricción, sino que más bien hay que hablar de libertad de circulación a secas. No existe, por tanto, un sistema de coerción necesaria, sino que más bien un sistema de medidas cautelares que limitan la libertad del imputado cuando se cumplen los requisitos establecidos en la Ley.⁵⁵ Primera diferencia, por tanto: en el Código de Procedimiento Penal existe un sistema de coerción necesaria que puede ser abierto o cerrado; en el Código Procesal Penal la restricción de la libertad de circulación de los imputados solo opera producto de la aplicación de una medida cautelar. En el antiguo procedimiento penal, la prisión preventiva es aplicable por defecto una vez que una persona sea sometida a proceso, salvo que sean concurrentes ciertas circunstancias que hagan posible su reemplazo por la libertad provisional, en el nuevo proceso penal, en cambio, la situación inicial del imputado, o el estado en que debe encontrarse por regla general, es la de poder ejercer sin restricciones su derecho a la libertad de circulación y solo de forma excepcional procederá la prisión preventiva, cuyos supuestos de aplicación deben ser interpretados restrictivamente y cuya aplicación debe ser considerada

⁵⁴ NEIRA, Eugenio. Manual de procedimiento penal chileno –primera instancia-.Op. Cit., p. 260.

⁵⁵ Aunque se podría señalar que existe una similitud fenoménica entre la libertad provisional del antiguo procedimiento y la situación en que se encuentra un imputado sometido algunas medidas cautelares establecidas en el artículo 155 del código procesal penal, jurídicamente se trata de cuestiones bastante distintas. La libertad provisional implica una intromisión menos intensa en el procedimiento penal, establecida como un derecho para el sometido a proceso, y se opone, por tanto a la prisión preventiva como forma de coerción de mayor intensidad; Las medidas cautelares del artículo 155 del actual proceso penal, si bien implican una restricción menos intensa a la libertad del imputado si se la compara con la prisión preventiva, no constituyen ellas mismas un derecho del imputado, sino que se trata simplemente de medidas que podrá tomar el juez cuando ellas sean suficientes para asegurar ciertas finalidades específicas.

estrictamente necesaria para cumplir con los fines del procedimiento.⁵⁶ Segunda diferencia, por ello, puede formularse de la siguiente manera: si bien tanto en el antiguo procedimiento penal como en el nuevo proceso, las respectivas regulaciones de la prisión preventiva utilizan las mismas claves de aplicación (aunque el código procesal penal ha sido modificado con posterioridad y agregado una nueva), ellas operan de forma diferente, de modo tal que en el antiguo procedimiento la prisión preventiva se encuentra establecida como regla general y en el nuevo, solamente de forma excepcional.

Podemos concluir, por lo tanto, que en el antiguo procedimiento penal, la prisión preventiva constituye como una consecuencia inmediata del sometimiento a proceso del reo. En este sentido Maturana señala que “en el antiguo procedimiento penal la prisión preventiva no es más que una consecuencia de la resolución auto de procesamiento, siendo el efecto más importante que se verifica automáticamente, y por el solo ministerio de la ley”.⁵⁷ De este modo, y reafirmando la conclusión que hemos llegado sobre la diferencia entre el antiguo y el nuevo proceso penal, Duce y Riego plantean, luego de haber revisado la procedencia de las medidas cautelares en el primero de ellos, que “[e]n el sistema de Código Procesal Penal, en cambio, las medidas cautelares dejan de ser el efecto automático del auto de procesamiento, que desaparece, pasando a constituir medidas excepcionales respecto de un imputado protegido por la presunción de inocencia, cuya necesidad requiere ser invocada y acreditada en cada caso por el fiscal”.⁵⁸ Esta gran diferencia ha servido como elemento para explicar la modificación del impacto que tiene prisión preventiva en la configuración de la población penitenciaria. Así, mientras desde el año 1991 hasta el año 2000, el porcentaje de personas reclusas mediante una condena era generalmente inferior al de individuos que se encontraban en estos recintos en calidad de detenidos o procesados, llegando solamente los procesados a formar el 50,8 y 50,9 % de la población reclusa entre los años 1992 y 1993 y no bajando del 40% de la composición general, con el comienzo de la aplicación de la reforma, entre los años 2000 y 2005, el porcentaje de personas reclusas que se encontraba en esa situación tanto por estar sometido a proceso en el sistema antiguo,

⁵⁶ El artículo 5º, inciso segundo del NCPP señala que: “Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”

⁵⁷ MATURANA, Cristian. Prisión Preventiva y Libertad Provisional; Análisis desde una perspectiva procesal constitucional en relación con las realidades del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo. En “Revista de derecho público” N° 64, 2002, p. 87.

⁵⁸ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Op. Cit., p. 248.

como aquellos sometidos a prisión preventiva en el nuevo proceso penal, disminuye progresivamente de un 41,3% a un 31,7% en el año 2005.⁵⁹

Es por esto que un estudio del año 2003 sostenía que uno de los objetivos de la reforma ha consistido en “restringir en forma muy clara una aplicación excesivamente amplia – impropia de un Estado de Derecho - de la prisión preventiva. Para ello, la medida ha quedado sujeta a estrictas condiciones y ha sido aplicada por los jueces de garantía en forma consecuentemente restrictiva”.⁶⁰

Reformas al Código Procesal Penal

Hemos visto que la aprobación de un nuevo Código Procesal Penal supuso, entre otras cosas, una modificación de la regulación de la prisión preventiva. De todos modos, la instalación de este sistema procesal penal no ha sido pacífica, por lo cual desde que este nuevo cuerpo legal comenzó a operar en nuestro país, las medidas cautelares personales y, la prisión preventiva en particular, han sido el objeto de fuertes cuestionamientos, los que se han sostenido teniendo principalmente como telón de fondo la idea de que la forma en que se encuentran establecidas sería insuficiente para promover una adecuada satisfacción de las demandas de seguridad ciudadana. Mauricio Duce describe cómo se construye una visión acerca de la implicancia de la reforma, señalando que “se construye un discurso de una parte de la clase política, muy crítico respecto al impacto que la reforma estaba produciendo en materia de seguridad ciudadana, particularmente en cuanto a que ésta era demasiado ‘blanda’ con la delincuencia (o que establecía demasiadas garantías a favor de los delincuentes y desmedro de las víctimas) y que ello tenía el efecto de aumentar la comisión de los delitos”.⁶¹

En gran medida debido a este ambiente, nacen distintos proyectos de reforma. En esta parte se analizarán aquellos que dicen relación directa con la prisión preventiva y que han influido en ella modificando su configuración.

⁵⁹ CHILE, GENDARMERÍA de Chile. Compendio estadístico penitenciario, 2015, censo. Santiago, Chile, 2016 [en línea], p. 21. Disponible en:

https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/compendio_2015/COMPENDIO_ESTADISTICO_2015.pdf

⁶⁰ RITTER, Andrés y ACHHAMMER, Detlev. Evaluación de la reforma procesal penal chilena desde la perspectiva del sistema alemán. Santiago, Chile: Sociedad Alemana de cooperación técnica/ GTZ Proyecto Reforma Judicial, 2003, p. 58

⁶¹ DUCE, Mauricio. Diez Años de Reforma Procesal Penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos. En: CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA. A diez años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema. Santiago, Chile: Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, 2010, p. 204.

Ley 20.074

Publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre del año 2005, esta Ley tiene como origen el debate parlamentario producido a propósito de la postergación en la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal en Santiago, desarrollado principalmente el año 2003. Duce señala que su fundamento estuvo en la crítica hecha de parte de algunos parlamentarios, donde cuestionaban fuertemente la facilidad con que, según ellos, se otorgaba la libertad a imputados por parte de los jueces de garantía, cuestión que —hace notar el autor— es falsa, pues las cifras oficiales del Poder Judicial indicaban que durante el año 2003 los jueces de garantía rechazaron solamente el 6,6% de las solicitudes de prisión preventiva presentadas por los fiscales y el año 2004 solo el 4,9%.⁶² Se crea entonces una comisión durante el año 2004 la cual elabora un reporte donde se plantean distintas recomendaciones para superar los problemas de funcionamiento que se visualizaban, no todas las cuales requerían modificación legal. Sin embargo, algunas de dichas recomendaciones fueron incorporadas a un proyecto de ley, el cual tras discusión parlamentaria se transformaría en la Ley 20.074.⁶³ El “Instructivo n° 8 de la Ley N° 20.074” elaborado por el Ministerio Público señala que “las modificaciones se introdujeron con la finalidad de evitar zonas de impunidad en la persecución criminal, de acuerdo al texto del mensaje con que se envió el Proyecto desde el Ejecutivo. Así, se señaló que [...] se requiere efectuar algunos ajustes normativos en materias sensibles a esta percepción de impunidad de la ciudadanía”.⁶⁴

El mismo instructivo enumera además las modificaciones realizadas en ese sentido. Así, dentro de ellas, se cuenta la supresión de la alusión explícita al principio de proporcionalidad como límite a la prisión preventiva.⁶⁵ Señala el documento que: “Como consecuencia de lo anterior, se produjeron ajustes legales que implicaron obviar ciertos principios que sí se tuvieron a la vista que sí se tuvieron a la vista al momento de diseñar nuestro nuevo sistema procesal penal; de esta forma, el principio de proporcionalidad, fuerte inspirador de nuestro sistema cautelar, es extraído de las disposiciones vigentes, de

⁶² *Ibíd.*, p. 206.

⁶³ *Ibíd.*, p. 207.

⁶⁴ CHILE, MINISTERIO Público, Fiscalía Nacional. Reforma Procesal Penal (Instructivo N° 8 de la Ley N° 20.074). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 85,86.

⁶⁵ DUCE, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 207.

modo de acoger ciertas críticas y superar algunas falencias que habían tenido lugar en la aplicación práctica”.⁶⁶

De este modo, si por un lado y como una cuestión de carácter general esta ley implica la eliminación de toda mención al principio de proporcionalidad, por el otro, y de forma más específica, se modifican los siguientes aspectos:

- 1) Ampliación de los criterios de procedencia de la prisión preventiva (arts. 139 y 140).
- 2) Extensión de la prisión preventiva a los delitos menores (art. 141).
- 3) Restricción de la posibilidad de reemplazar la prisión preventiva por caución económica (art. 146).
- 4) Procedencia expresa de la apelación respecto de la resolución que rechaza la prisión preventiva pero decreta medidas cautelares de menor intensidad (art. 149).
- 5) Ampliación del criterio de peligro para la seguridad de la sociedad como fundamento de las medidas cautelares personales (art. 155).

En cuanto a la ampliación de los criterios de procedencia de la prisión preventiva, con la modificación de los artículos 139 y 140, es especialmente interesante la nueva forma que toma el primero de estos artículos. Por su lado, el artículo 140 nuevo agrega criterios que debe seguir el juez para entender cuándo se puede señalar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación y cuándo se deberá entender que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro. La modificación del artículo 139, que regula la procedencia de la prisión preventiva, significó el reemplazo de su inciso segundo original:

La prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.

Por el siguiente:

La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales sean estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad

⁶⁶ CHILE, MINISTERIO Público, Fiscalía Nacional. Op. Cit., p. 86.

Si bien ya se encontraban, tanto la seguridad del ofendido como la seguridad de la sociedad, reguladas en el artículo 140 original, la modificación vendrá a reafirmar su vigencia como fundamentos de la prisión preventiva, estableciendo, por lo tanto que esta medida cautelar no opera únicamente para la protección de los fines del procedimiento, sino que tiene finalidades más amplias como las que incluye la modificación. En este sentido, el oficio del ministerio público señala que la “modificación sirve de fundamento para evitar el eterno conflicto de dilucidar cuáles son los fines del procedimiento penal y, aun existiendo consenso a su respecto, la finalidad de evitar discusiones en lo relativo al peligro para la seguridad de la sociedad como un fundamento válido para constituir la necesidad de cautela en materia de prisión preventiva, al margen de la normativa comparada y supranacional al respecto.

En cierta medida, la nueva redacción del artículo 139 hace que éste deje de ser la norma que constituía, en su inciso segundo, el principio de excepcionalidad o subsidiariedad de la prisión preventiva, como la medida cautelar personal de mayor intensidad para los imputados y, por ende, la *última ratio* en cautela personal. Ello, al eliminarse el adverbio “sólo” que limitaba su procedencia y era utilizada, naturalmente como la norma baluarte de la defensa en las solicitudes de revocación de cautelares tanto en sede de [juez de] garantía como en Apelaciones”.⁶⁷

De esta forma, además de haberse eliminado las referencias existentes al principio de proporcionalidad, el Ministerio Público reconoce que se busca quitar fuerza a la idea de que la prisión preventiva tiene un carácter estrictamente excepcional, tanto por la vía de legitimar y reafirmar su procedencia fundamentada en fines distintos a aquellos que corresponde solo al proceso, como a través de una nueva redacción que hace más laxo su otorgamiento.

La Ley 20.074 también es bastante relevante en cuanto a que se “redujeron sustancialmente las hipótesis de exclusión de la prisión preventiva referidas a delitos de penas bajas y a casos en los que el imputado pudiese verse favorecido en la sentencia con una medida alternativa a la privación de libertad” de forma tal que la prisión preventiva es actualmente aplicable a un número mayor de delitos de los que originalmente eran contemplados y eliminando toda referencia a la proporcionalidad en el artículo 141.⁶⁸

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 87.

⁶⁸ DUCÉ, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 207.

No existe una forma unívoca de interpretar las modificaciones que supuso esta ley. Mientras que, según la visión de Mauricio Duce se trata de una modificación que tiene un carácter más técnico que apunta a dotar de legitimidad al sistema señalando que “tanto las discusiones de la comisión de expertos como los debates del Congreso Nacional dan cuenta de que lo que se pretendió con estas modificaciones fue otorgarle a las regulaciones legales un sentido neutro frente a la prisión preventiva, quitándole reglas de contenido restrictivo que debían operar como criterios orientadores de la decisión de los jueces pero que de acuerdo a la percepción que se tenía, en muchos casos, se habían tendido a aplicar de forma automática, sin ponderar suficientemente las complejidades de cada caso, generando algunas decisiones de mucha notoriedad que producían una enorme deslegitimación del sistema”;⁶⁹ se podría señalar que, en realidad, la modificación que supuso la Ley 20.074, debe ser leída, más bien, como una forma de alterar ciertos principios de funcionamiento de la prisión preventiva, con vistas a transformarla en una herramienta más útil en el “combate contra la delincuencia”. En este sentido, Jorg Stippel, resume estas modificaciones señalando que “se modifica la ley, incorporando entre otros la posibilidad de ampliar el uso de la prisión preventiva. El juez puede dictar ahora la prisión preventiva cuando considera que las restantes medidas son insuficientes para proteger el proceso o la seguridad de las víctimas o de la sociedad. Antes de la modificación de la ley, la prisión preventiva podía dictarse solo para proteger el proceso. Al mismo tiempo, se sustituye el artículo que exigía la proporcionalidad de la prisión preventiva respecto de la gravedad del delito y de la magnitud de la pena esperada. A partir de ahora, puede dictarse, entre otros casos, cuando la pena prevista pudiera ser sujeta a remisión condicional o se pudiera imponer una pena alternativa, como, por ejemplo, el encierro nocturno. Los medios de comunicación informan que, con la modificación de la ley, se ha puesto fin a la puerta giratoria favorecida por los tribunales. Los parlamentarios de la oposición alaban la modificación legal como un paso importante en el combate a la delincuencia”.⁷⁰

Ley 20.253

Esta ley, publicada en el Diario Oficial el día 14 de marzo del 2008 es precedida por el debate acerca de la seguridad ciudadana que comentábamos con anterioridad, esta vez realizado por el comienzo de la aplicación de la reforma procesal penal en la Región

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ STIPPEL, Jörg. Cárcel, derecho y política. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2013, p. 127.

Metropolitana, la cual “genera un escenario en donde se da mucha mayor visibilidad a los problemas de la delincuencia en los distintos medios de comunicación, lo que abre debates intensos sobre el tema y en donde se cuestiona públicamente por varios actores la eficacia del nuevo sistema. Es así, como en un contexto de intenso debate sobre la materia, en donde se caracterizaba al sistema con la imagen de una puerta giratoria, se gestó un proyecto de ley como producto de un acuerdo político entre los diversos partidos conocido como el acuerdo de ‘Agenda Corta Antidelincuencia’. El proyecto fue presentado en definitiva por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados el 6 de julio de 2006”.⁷¹ Duce destaca que entre los fundamentos que se utilizan para llevar adelante esta reforma se encuentra, principalmente, el hecho de que “la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía el delito y disminuir esa sensación de temor”.⁷²

Esta ley, introduce reformas sustanciales a la prisión preventiva, las cuales modifican en aspectos relevantes su funcionamiento. José Castro, agrupa en cuatro grupos distintos, los sectores de la regulación de esta medida cautelar que se vieron afectados por la reforma que comentamos:

- 1) Requisitos para ordenar la prisión preventiva.
- 2) Modificación y revocación de la resolución de prisión preventiva.
- 3) Recursos relacionados con la prisión preventiva.
- 4) Ejecución de la prisión preventiva.

Con respecto al punto número uno, la Ley 20.253 modifica algunas de las causales de *periculum in mora*, agregando una nueva causal y modificando los criterios que deberá utilizar el juez para determinar cuándo se habrá de entender que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad, todo esto contenido en el artículo 140 del CPP. La modificación se refiere, por tanto, al literal c) de éste artículo, pasando a regularse estos requisitos de la siguiente forma:

Art. 140

⁷¹ DUCE, Mauricio. Op. Cit., p. 212.

⁷² Ídem.

c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

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

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

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.⁷³

⁷³ Los destacados son propios. El anterior literal c) del artículo 140 del Código Procesal Penal rezaba lo siguiente: “c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a

En resumen, mediante la modificación del artículo 140 del CPP se realizan dos cosas:

- a) Es agregada como causal de *periculum in mora* el “peligro de fuga del imputado”. Sobre esta modificación no es necesario extenderse demasiado, puesto ella no tiene mayor importancia práctica, ni altera la realidad jurídica existente en nuestro país con anterioridad a su entrada en juego, en donde ya era posible asegurar la comparecencia a juicio del imputado mediante la prisión preventiva.⁷⁴ Así, por tanto, “[p]ara decretar la prisión preventiva por esta causa se deberá cumplir con los requisitos señalados en los artículos 139, 33 y 141, requiriéndose previamente la incomparecencia del imputado a algún acto del procedimiento al que haya sido debidamente citado, manteniéndose sólo como una justificación implícita”.⁷⁵
- b) Se modifican los criterios que habrá de tener en cuenta el juez para dictar la prisión preventiva cuando la causal invocada sea que la libertad del imputado constituye un peligro para la sociedad. La Ley 20.258 crea dos categorías de criterios: por un lado, aquellos que dicen relación con el hecho delictual objeto que motiva la prisión preventiva; por el otro, se fijan criterios de peligrosidad respecto de la persona misma del imputado.⁷⁶ Siguiendo el ordenamiento que Castro ha hecho de ellos, serían agrupados de la siguiente forma:

coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

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

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

⁷⁴ Castro señala que: “La modificación realizada por la Ley N° 20.253 no tiene mayor importancia práctica, incluso es redundante. La inclusión de esta categoría no altera la realidad jurídica, por lo que el Juez de Garantía, al momento de declarar la prisión preventiva por dicha causa, deberá justificar su procedencia sólo cuando las demás medidas cautelares fuesen insuficientes para satisfacer los fines del procedimiento, según lo dispone el artículo 139 del Código Procesal Penal” y luego entrega argumentos para mostrar por qué ello es así. CASTRO CELEDÓN, José. Modificaciones realizadas por la ley n° 20.253 al Código Procesal Penal (Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009, p. 78.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 80.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 83.

1. Criterios relativos al hecho delictual. Los cuales se encuentran establecidos, en su mayoría, en el inciso tercero del artículo 140, salvo uno, que se encuentra en el inciso cuarto. Estos criterios son los siguientes:
 - a. La gravedad de la pena asignada al delito.
 - b. El número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos.
 - c. La existencia de procesos pendientes.
 - d. El hecho de haber actuado en grupo o pandilla
 - e. Si el delito imputado tiene asignado pena de crimen en la ley que lo consagra (este criterio es el único que se encuentra en el inciso cuarto).
2. Criterios de peligrosidad respecto de la persona misma del imputado. Estos criterios se encuentran regulados en el inciso cuarto del artículo 140. Corresponden a:
 - a. Si el imputado ha sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no.
 - b. Si el imputado se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

La Ley 20.258 introduce así un gran número de circunstancias que deberán ser utilizadas por el juez para determinar si la libertad de un imputado es peligrosa o no para la seguridad de la sociedad. Con respecto a ellos, al menos por ahora, podemos mencionar dos cosas: por un lado, la justificación para la existencia de estos criterios descansa en ideas por completo ajenas a fines estrictamente procesales. El peligro de reincidencia del imputado y la necesidad de defensa social operan como fundamento de estos criterios,⁷⁷ y su existencia ha sido criticada pues implicaría una vulneración tanto del principio de instrumentalidad de las medidas cautelares como de la presunción de inocencia de quienes sean sometidos a

⁷⁷ Según Castro, “El legislador utiliza criterios orientadores justificándolos en *el peligro de reincidencia por parte del imputado* cuando se refiere a la existencia de procesos pendientes (...) La idea de necesidad de *defensa social* se ve reflejada cuando el legislador utiliza como criterios orientadores la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos que se imputare y el carácter de los mismos, el hecho de haber actuado en grupo o pandilla y si el delito imputado tiene asignado pena de crimen en la ley que lo consagra ” Por otro lado, y refiriéndose a los criterios que han sido agrupados bajo la idea de peligrosidad de la persona misma del imputado, señala que “estos dos criterios están justificados en el *peligro de reincidencia del imputado*, por lo que su establecimiento no satisface fines procesales”. *Ibíd.*, pp. 84-86.

prisión preventiva en base a ellos,⁷⁸ pues podría considerarse que varios de ellos se fundamentan, por el contrario, en una presunción de peligro del imputado.⁷⁹ Por otra parte, puede leerse el sentido que tiene esta modificación, en general como una forma de hacer resurgir el espíritu del antiguo procedimiento penal dentro de la prisión preventiva. Señala Duce que “si bien el sentido de esta norma no es completamente preciso y podría ser comprendida de manera más flexible, es indudable que representó un intento bastante claro por **reintroducir un régimen de inexcrcarcelabilidad** como los que existieron hasta antes de las reformas de los años setenta y ochenta en Chile”,⁸⁰ en el mismo sentido lee estas disposiciones Tomás Castro, quien hace referencia al criterio mediante el cual se considera si los delitos imputados tienen o no pena de crimen y señala que se “está constituyendo una prisión preventiva casi automática, ya que se limita bastante el campo argumentativo de los jueces. Incluso, es un paso atrás en nuestro sistema democrático, puesto que **es muy similar al sistema que imperaba con el Código de Procedimiento Penal, el cual, una vez dictado el auto de procesamiento, convertía casi automáticamente a la detención en prisión preventiva**”.⁸¹ Agrega este último, además, que los criterios introducidos obedecen a que “la idiosincrasia del sistema anterior” todavía domina en nuestro país y que con la violación del principio de inocencia que ella implica, es necesario tener claridad con respecto a que dichas modificaciones producirán el efecto de someter a prisión preventiva a personas que no hayan cometido delito alguno. Esto no solo en teoría, sino que como muestra el profesor Julián López se da una tendencia preocupante, ya que “en el año 2005 el 27,1% de las personas absueltas estuvieron en algún momento en prisión preventiva, porcentaje que se elevó al 30,6% en el año 2006”.⁸²

En lo que dice relación con el segundo punto de reforma que implicó la Ley 20.253, se modifica el artículo 144 del CPP en su inciso segundo, eliminando la disposición que obligaba al juez a abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos de la prisión preventiva ante la solicitud del imputado de revocarla, siempre y cuando hubiesen transcurrido dos meses al menos desde el último debate oral. Mediante esta modificación, por tanto, el juez puede rechazar de plano la solicitud del imputado. Esto resulta bastante cuestionable, pues “deja a los Jueces de Garantía un margen de discrecionalidad sin control alguno, ya que podrán decidir de plano sin tener que justificar en mayor medida dicha

⁷⁸ Analizaremos con profundidad estas críticas en la siguiente sección

⁷⁹ DUCE, Mauricio. Op. Cit., p. 212.

⁸⁰ Ídem (destacado es propio).

⁸¹ CASTRO CELEDÓN, José. Op. Cit., p. 85.

⁸² *Ibíd.*, p. 86.

decisión de mantención o revocación”, además, se reducen las posibilidades de apelar la resolución, pues ella no se dicta en audiencia, lo que implica una merma para las garantías, sobre todo, del imputado.⁸³

La tercera modificación a la prisión preventiva que supone la ley que comentamos, altera el funcionamiento de los recursos relacionados con esta medida cautelar. Con anterioridad a esta ley, el artículo 149 señalaba que la resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva era apelable en aquellos casos en que haya sido dictada en audiencia y esta apelación se concedía en el solo efecto devolutivo. La nueva regulación de este artículo tiene como efecto que cuando el imputado haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido, la apelación a la resolución que rechace o revoque la prisión preventiva con respecto a determinados delitos tendrá efectos suspensivo y por lo tanto, no podrá hacerse efectiva la libertad del imputado hasta que no se encuentre ejecutoriada la sentencia; además de esto, en caso de no cumplirse estos requisitos, aún podrá la Corte de Apelaciones, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad del imputado y con el fin de evitar la fuga del imputado, dictar una orden de no innovar.⁸⁴

Esta modificación ha sido fuertemente criticada por la doctrina⁸⁵ y también ha sido objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional puesto que altera gravemente los presupuestos bajo los cuales se puede sostener la prisión preventiva, implicando una vulneración de las garantías del imputado en un juicio. A pesar de esto, el Tribunal Constitucional en sentencia dictada el 18 de diciembre de 2008, rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad “tanto por considerarse que no impugnaba una norma aplicable a un caso concreto sino más bien se trataba de una impugnación en abstracto, como por entender que dicha norma no afectaba derechos fundamentales en caso de ser aplicada”.⁸⁶

⁸³ *Ibíd.*, pp. 88, 89.

⁸⁴ Esto con respecto de los delitos de secuestro (art. 141), sustracción de menores (art. 142), violación (art. 361), violación de menores (art. 362), violación calificada (art. 365 bis), parricidio (art. 390), homicidio (art. 391), robo con violencia o intimidación calificado (art. 433), robo con violencia o intimidación simple y robo por sorpresa (art. 436), robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación (440) tipificados en el Código Penal, y los ilícitos de la ley N° 20.000 que tengan pena de crimen. Véase: *Ibíd.*, p.90

⁸⁵ DUCE, Mauricio. *Op. Cit.*, p. 213.

⁸⁶ *Ídem.* En su considerando octavo, este fallo concluye que esta atribución es simplemente parte del ejercicio de la jurisdicción, señalando “Que los preceptos contenidos en el artículo 2º, N° 9, del proyecto en análisis, forman parte de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 77, incisos primero, segundo y séptimo, de la Constitución, en atención a que confieren nuevas atribuciones a los tribunales establecidos por la ley para ejercer jurisdicción”. Sin embargo, el voto de minoría está por declarar inconstitucional la norma, en base a las siguientes consideraciones:

Castro ha señalado que “[l]a concesión de este recurso en ambos efectos carece de la justificación necesaria, debido a que si el Juez de Garantía no encontró motivos para privar de libertad al imputado detenido, no sería necesario mantenerlo en prisión”.⁸⁷ Más detenidamente observa esta reforma Szczaranski, alertando sobre su grave incidencia en la forma en que debe entenderse a la prisión preventiva:

“Con esto, entendemos que respecto de la imputación de los delitos señalados en dicho artículo nos acercamos a los supuestos de obligatoriedad de captura característicos de los regímenes totalitarios, en base a los cuales, derechamente, la libertad corresponde a la excepción, requiriéndose incluso dos resoluciones contrarias a la prisión preventiva para que la libertad se haga efectiva.

Respecto de la privación de libertad que tiene lugar entre la dictación de la primera resolución y de la ejecutoriedad de la misma, carece de toda trascendencia si acaso se cumplen efectivamente los requisitos *humo de buen derecho* y de *peligro en la demora*. Más aún, por cuanto ya existe una resolución contraria a la prisión preventiva, no queda más que asumir que lo más probable es que al menos uno de dichos requisitos no se encuentre presente”.⁸⁸

Finaliza señalando que “con la modificación del artículo 149 no habrá en la resolución que ordena la continuación de la privación de libertad un respaldo fáctico y normativo que sustente la adopción de la medida, sino que sólo existirá la voluntad de una de las partes”.⁸⁹

Esta modificación, al igual que la que tratamos en el punto anterior, orienta la utilización de la prisión preventiva aún más allá de casos en que el juez encargado de decretarla

1. El efecto que tiene la norma es mantener en prisión preventiva aún en contra de la resolución del único juez que se ha pronunciado a su respecto y esto resulta contrario a la letra e) del numeral séptimo del artículo 19 de la Constitución, la cual admite la prisión preventiva solamente cuando ella es necesaria para las investigaciones, la seguridad del ofendido o de la sociedad, y no procede, por tanto y como viene a sostener esta norma, que una persona sea privada de libertad por la pura voluntad de un fiscal del Ministerio Público manifestada mediante de la interposición de un recurso de apelación.

La Constitución en su letra c) del numeral séptimo del artículo 19, asegura que nadie podrá ser arrestado o detenido sino por orden del funcionario público expresamente autorizado para ello por la ley. Así, la única autoridad competente para decretar la privación de libertad de un individuo es el Juez de Garantía una vez que el imputado haya sido puesto a disposición suya. De este modo, que el imputado permanezca en prisión preventiva, luego de una orden que dicha autoridad ha dado sosteniendo que no procede la prisión preventiva, infringe la norma constitucional. Véase: CASTRO CELEDÓN, José. Op. Cit., pp. 92,93. Quien además puntualiza que “Es interesante señalar que estos Ministros señalan que esta situación se puede dar incluso en el supuesto que el Juez de Garantía haya declarado ilegal la detención y que posteriormente haya denegado la solicitud de prisión preventiva por parte del Ministerio Público”.

⁸⁷ CASTRO CELEDÓN, José. Op. Cit., p. 93.

⁸⁸ SZCZARANSKI VARGAS, Federico. La prisión preventiva como manifestación del derecho penal del enemigo. Op. Cit., p. 65.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 67.

decide hacerlo. Vuelve, de esta forma, necesaria su utilización para ciertos delitos más allá de si los requisitos que han de verificarse para su dictación se encuentran cumplidos en el caso concreto para fundamentarla, bastando la sola voluntad de uno de los intervinientes como puede ser el fiscal del Ministerio Público o el querellante. Así, la prolongación de la privación de libertad de un imputado depende justamente del arbitrio de su persecutor, lo que deshace la idea fundamental de las garantías en el proceso penal, que buscan justamente limitar la actuación del propio Estado en la persecución penal. Podría señalarse, finalmente, que esta nueva regulación del artículo 149, amplía el poder estatal para perseguir determinados delitos, eliminando las restricciones que originalmente se habían pensado para contenerlo.

Finalmente, el cuarto punto de modificación de la prisión preventiva que supone la Ley 20.253, establece ciertas nuevas condiciones para la ejecución de la prisión preventiva, modificando el artículo 150 del Código Procesal Penal. Ellas consisten en “evitar la concesión de permisos de salida indefinidos, por lo que el tribunal está obligado a otorgar dichos permisos solamente por el día o por un período determinado, debiendo asegurar que no se vulneren los objetivos de esta medida cautelar” Además, tratándose de ciertos delitos se “obliga al tribunal a otorgar dicho permiso mediante resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del permiso que se otorga”.⁹⁰ Por lo que esta nueva normativa, restringe ciertos beneficios a los cuales podían optar imputados sometidos a prisión preventiva.

Ley 20.391.

La Ley N°20.391 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejor la persecución penal en dichos delitos, y que es mejor conocida como “Agenda Corta Antidelincuencia”,⁹¹ fue publicada en el Diario Oficial el 5 de julio del 2016. El profesor Jaime Winter Etcheberry señala que se puede comprender esta ley como un “conjunto de normativo donde podemos encontrar un núcleo de disposiciones que en lo medular se refieren a los delitos contra la propiedad, pero que no se restringen a éstos”[sic].⁹² Dentro del ámbito que no pertenece propiamente tal a

⁹⁰ CASTRO CELEDÓN, José. Op. Cit., p. 98.

⁹¹ Al igual que la Ley 20.253, esta ley fue llamada “Agenda Corta Antidelincuencia”.

⁹² WINTER, Jaime. Panorama de la Ley N° 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, más conocida como Agenda Corta Antidelincuencia [en línea]. Academia Judicial Chile, 2016 [consulta: 10 de septiembre 2017], p. 1.

modificaciones relativas a delitos en contra de la propiedad encontramos cambios procesales bastantes relevantes, siendo uno de los más discutidos en la tramitación de esta ley fue, sin duda, la creación del control de identidad preventivo, pero además esta ley modifica ciertos aspectos de la prisión preventiva que son relevantes para efectos de este trabajo. Estas son las siguientes:

1) Modificación de los casos en que se debe entender especialmente que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad, regulada en inciso 4° del artículo 140 del Código Procesal. Se agrega como criterio el hecho de tener el imputado alguna orden de detención pendiente como un ejemplo de encontrarse sujeto a una medida cautelar, así “[l]a nueva disposición agrega que también las órdenes de detención pendientes son medidas cautelares personales que hay que considerar, aclarándose (inc. final), eso sí, que sólo se refiere a las órdenes de detención del individuo como imputado”.⁹³ Lo cual, a juicio del profesor Winter podría resultar excesivo si es que no se interpreta de forma restrictiva: “Si bien es coherente entender que la detención se trata de una medida cautelar, la nueva regulación de la detención que introduce la Agenda Corta hace que dicha inclusión pueda resultar excesiva en algunos casos. Una interpretación que sea respetuosa con un cumplimiento material de este requisito debería excluir aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan otorgado solamente por requisitos formales, esto es, al menos la del nuevo inc. 2° del art. 127 del Código Procesal Penal que permite la detención teniendo como único antecedente que el hecho imputado tiene asignada una pena privativa de libertad de crimen”.⁹⁴

2) Modificación de la regulación de los efectos de la apelación de la resolución de prisión preventiva en el inciso 2° del artículo 149, aclarando que para que la apelación se conceda con efecto suspensivo en los casos en que ello procede de esta forma, el imputado debe encontrarse privado de libertad, tanto por estar sometido a prisión preventiva o encontrarse detenido. Así, esta modificación establece algo que ya resultaba evidente.⁹⁵ Sin embargo, junto con esto, también se aumenta el número de delitos con respecto a los cuales se aplica esta norma “agregando los delitos de la Ley de Control de Armas, ‘y los delitos de

Disponible en: http://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Panorama_agenda_corta.pdf

⁹³ *Ibíd.*, p. 28.

⁹⁴ *Ídem.*

⁹⁵ *Ídem.*

castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones'. También elimina el requisito de que los delitos de la Ley N° 20.000 a los que se aplica este inciso son aquellos que tienen contemplada la pena de crimen. Con la modificación se aplica a todos los delitos de dicha ley".⁹⁶

3) Modificación de los permisos de salida durante el cumplimiento de la prisión preventiva, eliminando el inciso 6° y reemplazando el inciso 5° del artículo 150, por el siguiente: *El tribunal podrá excepcionalmente conceder al imputado permiso de salida por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del referido permiso, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva.* Es decir, se elimina la posibilidad de otorgar permisos hasta por un día, restringiendo esta posibilidad solo hasta el tiempo que sea necesario según la finalidad que tiene el permiso y exigiéndose, además resolución fundada para concederlo.⁹⁷

Algunas reflexiones en torno a las reformas

Con la revisión recién realizada hemos arribado, finalmente, a la configuración que la prisión preventiva tiene en la actualidad. Haciendo una evaluación del proceso de reforma procesal penal el año 2010, en virtud de haber transcurridos 10 años desde que ella comenzó a operar en nuestro país, Mauricio Duce, uno de los gestores de esta misma, se muestra bastante satisfecho con respecto a los resultados que se han obtenido en este periodo de tiempo y que, a su juicio, demuestran la instalación afianzada de un nuevo proceso penal en Chile, incluso superando las expectativas que se tenían en los albores de la reforma:

“Mi punto es que, más allá de los problemas y desafíos, se puede observar la existencia de un escenario completamente distinto sobre el cual trabaja la justicia penal en Chile y eso es un logro muy importante obtenido en un periodo de tiempo bastante más breve que el que se pensaba podía producirse. La lógica, los principios, las instituciones, y las normas de nuestro antiguo sistema inquisitivo parecen tan lejanas de la realidad actual que cuesta recordar que hasta hace menos de cinco años regían a más de la mitad del país. Incluso

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 29.

⁹⁷ *Ídem.*

más, ellas parecen tan ajenas a los valores que hoy día están fuertemente instalados en el sistema que resulta difícil comprender cómo mantuvieron vigencia por tantos años en nuestro país”.⁹⁸

A esta evaluación es posible hacerle la siguiente pregunta: ¿representa la configuración de la prisión preventiva bajo el nuevo proceso penal una regulación realmente propia de un sistema procesal penal de carácter acusatorio? Esto, pues, a pesar de que la nueva legislación del sistema de persecución penal ha sido justificada a partir de la idea de que se trataría de un nuevo sistema penal, que deja atrás al sistema inquisitivo, no es posible sostener que el sistema opere completamente y para todos los efectos bajo esa lógica, sin revisar primero las instituciones fundamentales que operan durante el proceso, una de las cuales es justamente la prisión preventiva. La pregunta que planteamos ahora no es una pregunta novedosa, podríamos decir incluso que viene haciéndose desde los inicios de la reforma procesal penal, mostrando que la cuestión de si la prisión preventiva de la reforma participa de las características que supuestamente tiene un sistema acusatorio, no es un asunto resuelto y que ha sido un cuestionamiento paralelo al nacimiento de la reforma. Un interesante trabajo presentado en la Revista de Derecho y Humanidades, el año 2000, tiene como título: “La prisión preventiva en el nuevo procedimiento penal: ¿base de un sistema acusatorio o continuación del sistema inquisitivo?”. En este texto se realiza una comparación entre la regulación de la prisión preventiva en el Código de Procedimiento Penal y la que presenta el entonces proyecto de Código Procesal Penal con el fin de responder la pregunta planteada en el título. A juicio de los autores, no parece haber un cambio sustancial entre la regulación anterior a la reforma y la posterior a ella: “el PCPP [Proyecto Código Procesal Penal] mantiene, al normar la prisión preventiva, numerosos resabios (y vicios, podríamos agregar) del sistema inquisitivo, esta situación se torna una peligrosa arma contra la implementación del sistema acusatorio,” más aún, apuntan en sus conclusiones que “es claro que la regulación de la prisión preventiva, en lo que dice relación con sus rasgos y características generales, y en especial respecto de sus requisitos de procedencia en el procedimiento penal actualmente existente [es decir, el antiguo procedimiento penal], perteneciente a un sistema inquisitivo, no presenta mayores diferencias respecto del nuevo sistema procesal penal que se pretende implantar en nuestro país, una de cuyas principales justificaciones es el pertenecer a un sistema de tipo

⁹⁸ DUCE, Mauricio. Op. Cit., p.193.

acusatorio; salvo en lo que dice relación a la cesación y sus límites formales”,⁹⁹ resultando, así, esta nueva regulación resulta “insuficiente, en esta parte, para asegurar la verdadera implantación de un sistema acusatorio”.¹⁰⁰ Finalmente, señalan, que de no haber un cambio en la mentalidad de los operadores del sistema, tanto jueces, como fiscal, especialmente en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva “el nuevo procedimiento podría no ser más que una bella declaración de principios, no siendo más que una continuación, eventualmente endurecida, inclusive, del actual procedimiento inquisitivo que es una necesidad y un deber modificar”.¹⁰¹

Un opinión algo distinta es la sostenida por Mauricio Duce y Cristián Riego, quienes escriben en el año 2007 que en el nuevo sistema “las medidas dejan de ser el efecto automático del auto de procesamiento, que desaparece, pasando a constituir medidas excepcionales respecto de un imputado protegido por la presunción de inocencia, cuya necesidad requiere ser invocada y acreditada en cada caso por el fiscal”.¹⁰² Esto muestra, que en su opinión las medidas cautelares son partícipes de un cambio radicado en la forma en que en el nuevo sistema son comprendidas. Aún más apuntan a que, incluso teniendo en cuenta las críticas a las que han estado sometidas –en particular la prisión preventiva– y con ello, las reformas a las que se han visto sometidas, no se ha modificado el espíritu que inspira estas medidas: “pensamos que las reformas ocurridas no han modificado las bases de este nuevo sistema cautelar basado en la excepcionalidad, en la contradicción y debatido en audiencias públicas muy tempranas”.¹⁰³ Sin embargo, ellos mismos advierten cierta peligrosidad en las reformas que por esos días se pretendía instalar, señalando que “el debate no ha concluido, todavía el nuevo régimen de cautela resulta desconcertante para una buena parte de la población, para muchas autoridades y líderes de opinión pública que no comprenden cómo personas que aparecen como autores de delitos pueden ser dejadas en libertad a la espera de un juicio posterior. De hecho, actualmente se encuentra en discusión legislativa un nuevo proyecto de ley que pretende endurecer el régimen de las

⁹⁹ ASENCIO, Feliz y CERDA, Victoriano. La Prisión Preventiva en el Nuevo Procedimiento Penal: ¿Base de un Sistema Acusatorio o Continuación del Sistema Inquisitivo? En “Revista derecho y humanidades” N° 7, 1999, p.114.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 115.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 114.

¹⁰² DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Op. Cit., p. 248.

¹⁰³ *Ídem.*

medidas cautelares y que plantea algunas reformas que sí podrían poner en cuestión algunas de las bases fundamentales del sistema”.¹⁰⁴

Vemos entonces que, por un lado, se plantea desconfianza en cuanto a la legitimidad de la reforma de la prisión preventiva, impresión de que ella no se corresponde adecuadamente con el nuevo sistema procesal penal y que incluso podría tratarse de una forma de encubrir un mecanismo propio de un sistema inquisitivo bajo una regulación solo en apariencia acorde a uno acusatorio; por el otro, conformidad con el nuevo estatuto y los principios que lo inspiran, satisfacción con los resultados producidos que han mostrado una racionalización de su utilización con respecto al sistema anterior, pero alerta en relación a las modificaciones que se producen posteriormente a su instalación. Entonces, ¿cómo podemos responder a la pregunta planteada inicialmente, a la luz de las transformaciones que ha sufrido la prisión preventiva a lo largo del periodo de tiempo que comprende su instalación en nuestro país y las últimas reformas que se han realizado con incumbencia en su regulación?

En primer lugar, si bien es cierto que en el paso del Código de Procedimiento Penal al Código Procesal Penal implica una transformación importante, pues supone el paso de un régimen de coerción necesaria en donde la prisión preventiva funciona como regla general una vez dictado el auto de procesamiento a un sistema en donde las medidas cautelares son reguladas como excepcionales y aún más lo es la prisión preventiva que solo procede cuando las demás medidas cautelares no son suficientes; no es menos cierto que las claves de procedencia de la prisión preventiva siguen siendo las mismas: éxito de la investigación, seguridad del ofendido y seguridad de la sociedad (posteriormente agregada el “peligro de fuga” que, como hemos revisado, no modifica el panorama general) y si bien el nuevo sistema ha implicado una disminución en el porcentaje relativo de la población penal que se encuentra en recintos de gendarmería en razón de alguna medida cautelar con respecto al que se encuentra recluido mediante una condena, que ha llevado a que a desde la década de 1990 donde los condenados siempre constituyeron menos de la mitad de la población reclusa, estos pasen a ser la mayoría llegando a constituir el 69% en el año 2016,¹⁰⁵ me parece, sin embargo, que el mantenimiento de las mismas causales de *periculum in mora*,

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 248, 249. El proyecto de ley corresponde a la posteriormente aprobada Ley n° 20.253, también conocida como “Agenda corta antidelincuencia”.

¹⁰⁵ Cifras extraídas de: CHILE, GENDARMERÍA de Chile. Compendio estadístico penitenciario. Op. Cit., p. 21; CHILE, GENDARMERÍA de Chile. Boletín estadístico. Edición N° 2, Febrero de 2017 [en línea], p. 3. Disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/BoletinEstadistico_Gendarmeria2.pdf

particularmente a aquellas altamente cuestionadas por basarse en criterios de peligrosidad, ha mantenido un cierto parecido con el sistema anterior.¹⁰⁶ Y precisamente es por medio de tales hipótesis de operatividad que las reformas hechas con posterioridad han apuntado a una nueva expansión de la utilización de la prisión preventiva, a través de un discurso con gran fuerza en el medio nacional que descarta los logros iniciales del sistema como verdaderos triunfos e interpretándolos como una forma de debilidad del funcionamiento de la nueva justicia penal ante la criminalidad; debilidad que, al menos en apariencia, el procedimiento penal regido por el antiguo código no tenía.

Me parece que, siguiendo esta línea, la serie modificaciones hechas a la prisión preventiva desde el año 2000 en adelante pueden ser comprendidas bajo la siguiente clave de lectura: la prisión preventiva constituye una herramienta efectiva para combatir la criminalidad y si con la reforma procesal penal ella ha pasado de ser ampliamente utilizada a quedar en un espacio excepcionalísimo de aplicación, entonces ello representa un problema.¹⁰⁷ Bajo esta idea se ha intentado, por una parte, endurecer las condiciones en las que funciona, restringiendo los beneficios que pueden otorgarse a los imputados, descartando plazos que vuelven la discusión de su mantenimiento necesaria y haciendo incluso estéril una resolución en su contra del tribunal competente si es que existe una apelación a ella; por otra, ampliar su utilización, eliminando las referencias al principio de proporcionalidad, disminuyendo las causales de exclusión de aplicación, consagrando como fundamentos de su utilización ideas que exceden a las finalidades del procedimiento para así allanar el terreno y eliminar las discusiones con respecto a su procedencia y restringiendo la discrecionalidad que podría tener el juez para decidir si decretarla o no, incluyendo

¹⁰⁶ Julian López señala que el mantenimiento de finalidades extraprocesales en la prisión preventiva, fue una forma de mantener cierta concordancia con la Constitución y el sistema anterior aunque ello implicase una contradicción con los tratados internacionales vigentes y aprobados por Chile, como revisaremos más adelante. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p. 396.

¹⁰⁷ “Es preciso reconocer, pues, con Ferrajoli, que una parte de la opinión pública asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva”. Citado desde TAVOLARI, Raúl. Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 409. Julian López señala, mientras argumenta sobre la idea de que el “peligro para la seguridad de la sociedad” puede ser comprendido como “peligro de reincidencia” que “Esta lectura de la disposición podría fácilmente ser corroborada con el estudio de la historia de las diversas leyes que, en los últimos años, han modificado los criterios legales de peligrosidad social, todas las cuales han estado motivadas por preocupaciones de seguridad ciudadana que se encuentran, como es obvio, más próximas a la idea de establecer mecanismos de defensa social que a la idea de garantizar el éxito de las investigaciones penales”. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p. 416. Maturana y Montero han también apuntado en este sentido “La prisión preventiva, y también la detención, han experimentado diversos cambios desde la consagración original en el CPP, algunos de ellos para efectuar ajustes en el funcionamiento de la institución, pero muchos de ellos como un mecanismo de control, en materia de lucha contra la delincuencia y seguridad ciudadana, alejado de los fines propios del proceso” MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. Op. Cit., p. 535.

criterios que deben ser considerados para conceder la prisión preventiva, al punto tal de introducir situaciones en las cuales, incluso, el juez no podría sino resolver favorablemente su procedencia. Resulta claro, de esta forma, que el robustecimiento de la prisión preventiva ha resultado ser una de las principales vías por las cuales el legislador se ha hecho cargo de los problemas de seguridad ciudadana y ello implica varias cosas: por un lado, que las reformas que se le han hecho a esta medida cautelar se encuentran fuertemente condicionadas por la finalidad que persiguen las modificaciones, es decir, no es que se busque un simple perfeccionamiento técnico de la prisión preventiva por defectos que se hayan detectado en su puesta en práctica, sino que se trata más bien de volverla un mecanismo de mayor efectividad en el combate contra el crimen; si ello es así, por otro lado entonces, resulta ser del todo razonable que las principales “válvulas” por las cuales se pretende lograr estos objetivos político-criminales sean aquellas causales de aplicación de la prisión preventiva que dicen relación con finalidades extraprocesales, pues ellas permiten re-configurar a la prisión preventiva ampliando su utilización más allá de su estricta instrumentalidad relativa fines del procedimiento; en este sentido, finalmente, no resulta extraño que de la revisión que hemos realizado aparezca que la causal de *periculum in mora* que aplica cuando la libertad del imputado sea un peligro para la seguridad de la sociedad haya sido la vía preferida por el legislador chileno para convertir a la prisión preventiva en una herramienta en el combate de la criminalidad, pues su contenido es incierto, maleable y será determinado en base a lo que en un determinado momento parezca relevante para dar una señal positiva a la ciudadanía.¹⁰⁸ En principio al menos no

¹⁰⁸ Tavolari señala que: “La cuestión es extremadamente relevante, porque en muchos países, y sin duda en Chile (...) ha cobrado creciente respaldo el criterio de la seguridad de la sociedad, como elemento regulador de la libertad del imputado, lo que importa contrariar toda una filosofía de un régimen de garantías reales y que, por sobre un proceso racional de análisis y persuasión, prevalezca el ancestral afán de decidir apresuradamente las controversias, sobre la base de los pareceres mayoritarios, al propio tiempo siempre temerosos, influenciados, y cambiantes por definición, irremisiblemente morbosos y crueles por antonomasia”. Más adelante agrega “Comentando la verdadera competición que se ha desatado entre sectores políticos y entre legisladores por obtener el título de ‘campeón de la seguridad pública’, el destacado catedrático y actual Ministro de la Corte Suprema de la nación argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene *existen políticos oportunistas y otros más serios, pero ambos, en definitiva, no pueden descuidar al electorado. Sea por puro clientelismo o porque defraudar las esperanzas vindicativas de sus electores es peligroso, lo cierto es que los políticos serios no patrocinan iniciativas liberales o garantistas, porque temen perder electorado, en tanto que los demagogos patrocinan iniciativas altamente regresivas, como pena de muerte, aumento de facultades judiciales y en general bloqueo de toda iniciativa liberal, como modelo de obtener ventajas electorales*, y a pesar de haber escrito sus comentarios más de diez años atrás, con vigencia asombrosa para nuestros tiempos agrega que *una parte de los medios informativos de comunicación social practica abiertamente el terrorismo informativo, o sea, continuo bombardeo de información roja*” TAVOLARI, Raúl. Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos. Op. Cit., pp. 406-408. Duce y Riego señalan, refiriéndose a la causal de peligro para la seguridad de la sociedad entendida como peligro de reiteración, lo siguiente: “pensamos que en la práctica este objetivo tiene mucha aplicación en la determinación de medidas cautelares y seguirá probablemente teniéndola en el futuro debido a la presión

existe límite alguno para eventual ampliación, pues finalmente ¿qué es un peligro para la sociedad y quién es el encargado de definir qué cuenta como tal?

Revisaremos a continuación la manera en que la peligrosidad social aparece en el marco de la prisión preventiva dentro del sistema jurídico nacional, las principales posturas que apuntan a comprender qué se quiere decir con “peligro para la seguridad de la sociedad” y también los cuestionamientos que se han realizado a esta figura.

Peligro para la seguridad de la sociedad

Tal como ha sido revisado, uno de los motivos de *periculum in mora* por medio de los cuales es operativa la prisión preventiva se cumple cuando a criterio del juez la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad, lo cual se encuentra regulado en el literal c) del artículo 140 del Código Procesal Penal. De todos modos, no es nuestro país donde se formula por primera vez una cláusula de este tipo. Siguiendo a Roxin, Juan Carlos Marín plantea que el origen de esta norma puede ser encontrada en el derecho alemán de la primera mitad del siglo XX:

“Roxin observa que la Ordenanza procesal penal alemana, en su redacción original distinguía únicamente dos motivos de detención: sospecha de fuga y peligro de entorpecimiento. La reforma procesal penal nacional-socialista de 1935 agregó otros dos motivos que no coincidían con el fin de la prisión preventiva: **peligrosidad permanente y repercusión en la opinión pública**. Con ello, existía un motivo de detención cuando en virtud de la gravedad del hecho y de la repercusión provocada por él no parece tolerable dejar en libertad al acusado. La necesaria ‘repercusión en la opinión pública’ podía ser declarada discrecionalmente por las autoridades políticas y ser manifestada por organizaciones del partido nacionalsocialista. Después de 1945 este motivo de detención fue suprimido. Luego, la ley de centralización de 1950 suprimió también el motivo de detención fundado en la peligrosidad permanente. La StPAP (ley para la modificación de la Ordenanza procesal penal de 1964) –completamente en contra del fin originario establecido por la reforma– introdujo nuevamente la peligrosidad como motivo de detención, aunque restringido a los delitos sexuales y estableció por primera vez el motivo de detención fundado en la sospecha de asesinato”.¹⁰⁹ Además, señala Roxin que “después

pública por respuestas inmediatas frente algunos tipos de situaciones bastante comunes, que generan gran preocupación en la población” DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Op. Cit., p. 263.

¹⁰⁹ Roxin, citado desde MARÍN GONZÁLEZ, Juan. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno. En “Revista Estudios de la Justicia” N1, año 2002, p.32 (destacado es propio).

de que ya en 1964 el motivo de detención de peligro de reiteración había sido introducido para determinados delitos sexuales, la ley 7/8/1972 lo hizo extensivo a numerosos delitos que, de acuerdo con la experiencia de la práctica, muchas veces son cometidos como delitos en serie, y a los que se cree poder prevenir, de modo más eficaz que hasta ahora, a través de la detención temprana del imputado”.¹¹⁰

En el caso chileno, esta causal es introducida por el Acta Constitucional N°3, siendo recogida a nivel constitucional por la Constitución de 1980; a nivel legal, ella pasa formar parte del Código de Procedimiento Penal por medio de la Ley N° 2.186, de 1978.

La Comisión Ortúzar

En las actas oficiales de la centésima décima octava sesión de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC) o también conocida como “Comisión Ortúzar”, celebrada el 6 de mayo de 1975, se puede leer el siguiente párrafo:

“En esta perspectiva sugiere que se agregue a continuación de la expresión ‘ofendido’ la frase ‘o de la sociedad’, porque le parece que hay casos en que es la seguridad de la sociedad la que exige que una persona que está siendo sometida a proceso, sea privada de su libertad. O sea, que no se le conceda la excarcelabilidad. Por ejemplo, un delito de terrorismo o que causa un grave impacto público como puede ser un homicidio en que no exista duda alguna sobre la presunta culpabilidad del autor. En estos casos hay una situación clara de convicción de la sociedad de que ese hombre es delincuente y el hecho de que a los muy pocos días tal persona salga en libertad y entre a disfrutar de ella, es una situación que erosiona la moral social. La gente de menores conocimientos jurídicos ve que el sujeto que delinquiró a los pocos días está en libertad; siendo, a su juicio, de extraordinaria gravedad que si así ocurriera si el delito es muy grave y ha causado un gran impacto público”.¹¹¹

Mediante esta intervención, Jaime Guzmán, miembro integrante de la comisión, introduce por vez primera en la discusión acerca de la libertad provisional como derecho de las personas detenidas o sujetas a prisión preventiva, la posibilidad de que este sea limitado por el juez por consideraciones relativas a la seguridad de la sociedad. Es bastante curiosa

¹¹⁰ Ídem (nota al pie).

¹¹¹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, TOMO IV [en línea] Disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf, p. 78.

la forma en que esta idea aparece en el debate y la manera en que afecta lo sostenido por la comisión hasta ese momento, así como también la estrategia argumentativa que se utiliza para que sea finalmente aceptada.

Los días jueves 24 de abril, martes 29 de abril y martes 6 de mayo del año 1975 en las sesiones 116^a, 117^a y 118^a, correspondientemente, la Comisión Ortúzar, dentro del estudio relativo a las garantías constitucionales que serían consagradas en el proyecto para la nueva constitución, discute acerca de la forma en que se tratará la libertad provisional. Durante el desarrollo de las sesiones el principal asunto de fondo que revisa la comisión es la discusión acerca de cuál debe ser el alcance que debe tener la libertad provisional ya establecida por la comisión como un derecho. En este sentido, se tienen en cuenta las formas mediante las cuales el ordenamiento jurídico chileno ha limitado esta garantía. Ellas son: primero, las prohibiciones de carácter legal que se han establecido a través de los “delitos inexcusables”, los cuales operan como motivos por los cuales el juez no puede conceder jamás la libertad provisional en caso de encontrarse una persona procesada en virtud de alguno de ellos; segundo, la restricción sustentada por el derecho chileno hasta ese entonces relativa a la posibilidad de que la libertad condicional puede ser otorgada únicamente en aquellos casos en que el delito materia del proceso no lleve aparejada una pena aflictiva, excluyendo de esta garantía, por tanto, a todos quienes aparezcan como eventuales responsables de delitos a los cuales se asocie una pena de este tipo; y tercero, las circunstancias que puede tener en cuenta el juez para denegar la libertad provisional más allá de la pena asociada al delito, las cuales, hasta entonces se referían a las situaciones en que fuera necesario para la investigación o para la seguridad del ofendido.

La posición más tajante de la comisión aparece en lo relativo a la existencia de delitos excusables, considerando que su existencia hace ilusorio el derecho de la libertad provisional y es injusta pues implica un castigo demasiado grave aplicado de forma extemporánea para quien aparece como responsable, pues no existe seguridad de que esta persona haya realmente cometido el delito.¹¹² Es tal la convicción de la comisión con respecto a este tema, que incluso en algunas primeras formulaciones de la norma constitucional se señala la imposibilidad de establecer por parte del legislador delitos excusables, redacciones que luego serían abandonadas por considerarse que con la

¹¹² *Ibíd.*, p.11-14.

consagración expresa de la libertad provisional como un derecho, es suficiente para entender que este tipo de delitos son eliminados del ordenamiento jurídico.¹¹³

En cuanto a aquello que dice relación con la posibilidad de que este derecho protegerá también a quienes se esté investigando por un delito que merezca pena aflictiva, la comisión sostiene que de lo que se trata es definir si el derecho va a ser considerado en términos amplios o en términos restrictivos.¹¹⁴ Esta discusión aparece recién en el marco de la 117ª sesión en donde se integra al debate el entonces Ministro de Justicia del gobierno militar, Miguel Schweitzer, y puede ser traducida en que deberá decidirse si procederá la libertad provisional ante cualquier tipo de delito, independiente a la sanción penal que trae aparejada o, por otro lado, se mantendrá la tradicional distinción que hace aplicable esta garantía exclusivamente para aquellos delitos que no traigan aparejada una pena aflictiva. La postura que comparte la mayoría de la comisión se deja ver a través de la intervención que realiza el presidente de esta, donde señala que “la libertad provisional es un derecho humano que debe ser consagrado siempre en la Constitución y en forma amplia. Estima que la distinción de si el delito merece o no pena aflictiva es un poco artificial y no cree que haya razón para privar a una persona de la libertad provisional por el sólo hecho de que el delito merezca pena aflictiva o que la ley establezca pena aflictiva para ese delito, si en definitiva esa persona resulta inocente y se le ha causado, por lo tanto, un daño irreparable, tanto material como moral”.¹¹⁵

Estableciendo una forma de comprensión amplia de este derecho constitucional, el cual no puede ser limitado por el legislador mediante la declaración de inexcusabilidad de un delito, lo cual incluso es considerado una “monstruosidad”,¹¹⁶ así como tampoco en base a la pena que tenga asociada un delito por considerarse este un criterio artificial, queda a la comisión la tarea de definir las formas en que podrá el juez denegar el otorgamiento de este derecho en ciertas circunstancias puntuales. Hasta aquí, estas estaban delimitadas a los casos en que ello sea necesario para asegurar el éxito de la investigación, como también cuando lo sea para la seguridad del ofendido por el delito. Sin embargo, es el mismo presidente de la comisión, Jorge Ortúzar, quien insiste reiteradamente en incluir un nuevo criterio que diga relación ahora directamente con la persona a la cual se investiga, ya sea

¹¹³ Sin embargo, el señor Ovalle pide dejar constancia de que la norma propuesta por la comisión “implica la eliminación de los delitos inexcusables por su sola naturaleza” *Ibíd.*, p. 87.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 41.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 43.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 34.

en relación a su habitualidad en la actividad delictiva, su carácter de profesional o, también, a su peligrosidad.¹¹⁷

Señala así, el presidente de esta comisión que siempre “le ha llamado la atención y le ha preocupado el hecho de que delincuentes habituales y profesionales hagan uso exagerado de este derecho que ha conferido el constituyente, quien, a su juicio, lo otorgó no pensando en esta clase de delincuentes”,¹¹⁸ señalando que la delincuencia, como problema social, no podrá resolverse mientras las personas que ha señalado puedan hacer servirse de esta garantía y por lo tanto, tendría que buscarse alguna norma que permitiera a lo menos “otorgar esta garantía en condiciones diversas en el caso de los delincuentes habituales y profesionales. Porque no hay ningún interés en concedérsela desde el momento en que se sabe que a minutos de dejar el establecimiento de detención o carcelario vuelven a delinquir, y así sucesivamente”.¹¹⁹ Esta idea es respaldada por la comisión en general, la cual se muestra de acuerdo. Es solo hasta la intervención del entonces Ministro de Justicia, durante la 117ª sesión que se genera cierta discusión con respecto a ella.

Esta comienza al realizar Ortúzar una indicación a una propuesta de redacción de la norma, ya que vuelve a reiterar que el problema del delincuente habitual le causa preocupación, por lo cual le parece relevante incluir una norma que permita la restricción del beneficio de la libertad provisional en estos casos.¹²⁰ Schweitzer interviene señalando que si bien encuentra razón en lo que señala el presidente de la comisión, le parece que no conviene exagerar estas consideraciones pues no existen procedimientos ni “muy claro ni muy exacto, ni muy preciso para determinar cuándo un sujeto es profesional propiamente tal, cuando hace del delito su profesión habitual” y señala que esta materia no debería ser regulada por la Constitución, sino que mediante una ley que contemple medidas de seguridad que se puedan aplicar, puesto que ello dice relación con una condición del sujeto, la cual es un cierto estado antisocial, pero que no dice relación con las formas en que puede ser reducida la libertad provisional.¹²¹ El debate parece cerrarse cuando al proponer Ortúzar que se inserte el concepto de peligrosidad (que parece entender como análogo a habitualidad) como circunstancia condicionante del otorgamiento de la libertad

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 43.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 7.

¹¹⁹ *Ídem.*

¹²⁰ El presidente de la comisión argumenta que tiene la impresión, que por lo demás es de carácter pública en el país, de que “no hay pillo que no ande suelto”, lo cual genera el problema de una “verdadera población flotante de delincuentes”. *Ibíd.*, p. 29

¹²¹ *Ibíd.*, p. 31.

provisional, Schweitzer señala que “la peligrosidad es un concepto de una escuela positiva del Derecho Penal que ya hizo crisis. Hoy los penalistas no hablan del delincuente peligroso o de la peligrosidad o impunidad de determinados actos. El Derecho Penal es actualmente un derecho objetivo y jurídico. Y éstos son conceptos criminológicos. Están en otra rama de la ciencia penal. Corresponden a la etiología del delito y al tratamiento del delincuente; pero no se pueden incorporar dentro de la Constitución, ya que ni siquiera en el Derecho Penal mismo, se les considera”.¹²²

Llegado a este punto, la Comisión no vuelve a discutir las limitantes que dependen del juez, manteniendo aquellas que tradicionalmente habían sido sostenidas. No es sino hasta la 118ª sesión que se genera un nuevo debate sobre este tema. En esta sesión se reintegra al debate Jaime Guzmán señalando —tal como ha sido transcrito más arriba— que a la formulación de la norma que manejaba por ese entonces la comisión se le debería agregar la seguridad de la sociedad como razón por la cual se podría negar la garantía.¹²³

La moción de Guzmán en orden a integrar este nuevo criterio es rápidamente aceptada por Ortúzar, quien estima que es preferible integrar de forma expresa la posibilidad de restringir la libertad provisional en aquellos casos en que el ofendido es la sociedad misma, destacando además que por este medio se incluye también a los “delincuentes realmente peligrosos o reincidentes” y tiene la ventaja de eludir la crítica acerca de la falta de aceptación del concepto de peligrosidad por parte de la ciencia penal.¹²⁴ Son Schweitzer y Bascuñán Silva quienes se manifiestan en desacuerdo con esta modificación y, con el primero de ellos, sostiene Jaime Guzmán un interesante intercambio de puntos de vista. Cuando el entonces Ministro de Justicia señala su desacuerdo argumentando que por medio de esta nueva indicación se tiende a socavar de forma concreta y categórica el principio que se había establecido, negando por tanto su carácter de derecho, Guzmán responde que solo se trata de una limitación y no un socavamiento, junto con señalar que a su juicio no existen derechos de carácter irrestrictos sino que estos siempre pueden ser limitados lo cual ya ocurre con el derecho en discusión mediante la privación de este cuando ello sea necesario para la investigación o la seguridad del ofendido. A esto, recibe como réplica que

¹²² *Ibíd.*, pp. 50, 51.

¹²³ La redacción de la norma sostenida hasta ese momento señalaba que “la libertad provisional es un derecho del detenido, del preso o procesado (...) por disposición del juez de la causa o durante la sustanciación del respectivo proceso. Procederá siempre, a menos que la detención o la prisión preventiva sean consideradas por éste como estrictamente necesarias para la investigación del sumario o para la seguridad del ofendido”. *Ibíd.*, p.77.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 78

las excepciones mencionadas son siempre de carácter limitadas, dando a entender que aquella que ha sugerido Guzmán no lo es. Es por ello, que en este punto el debate se centra entonces en el problema de la extensión que la clave “seguridad de la sociedad” puede tener como excepción al principio de la libertad provisional y es, por este mismo motivo, que la estrategia argumentativa de quien defiende su inclusión en el ordenamiento jurídico se vuelve, a lo menos, curiosa.

La forma en que es introducida la consideración de la seguridad de la sociedad como limitante en la discusión, deja ver a través de la intervención que hemos reproducido al principio de este apartado, que quien la propone comprende que ella opera en dos sentidos básicamente. Por un lado, en aquellos casos en que se considera que es la sociedad misma la que se ve afectada por un delito, esto quiere decir que, en algunos delitos el bien jurídico protegido compete no a una persona en exclusiva sino que a todo el conjunto social, paradigma de lo cual es, para Guzmán, el delito de terrorismo; por el otro lado, ella actúa en una hipótesis que es algo más difusa y difícil de distinguir, que corresponde a aquellos casos de alarma pública, y que se constituye mediante todos los casos en los cuales se genere un gran impacto público mediante la comisión de un delito, lo cual es ejemplificado por medio homicidio en el cual no quepa duda de la responsabilidad de una persona (si algo como esto es posible), y se justificaría en palabras de quien defiende su inclusión, pues dejar en libertad a esta persona erosionaría “la moral social”. Ahora bien, cuando tiene que defender su postura ante los cuestionamientos de Schweitzer, y el núcleo del debate se centra en que la extensión que podría adquirir esta limitación terminara socavando el derecho, las actas muestran que Jaime Guzmán señala lo siguiente:

“[...] el concepto de la “seguridad del ofendido”; esto es de que está solamente afectada una persona o hay una víctima en la comisión de un delito, es un concepto, a su juicio, sobrepasado. Cree que hoy día se han hecho habituales formas delictivas que realmente afectan a la sociedad entera.

El concepto mismo de la seguridad del Estado se ha ido desarrollando en las últimas décadas en donde ciertos delitos, como los de terrorismo, son enteramente nuevos trascendiendo el problema del ofendido. Estima que remitirse sólo a la seguridad del ofendido sería limitarse a una nomenclatura o a una concepción que ha sido sobrepasada por los acontecimientos. Hoy día el cuerpo social y el Estado se ven afectados gravemente por cierto tipo de delitos en que precaver a ese mismo Estado o cuerpo social de tales

conductas es tanto o más importante como precaver la seguridad del ofendido en los delitos comunes o tradicionales. De modo que insiste en que es preciso limitar una facultad, pero en ningún caso socavarla”.¹²⁵

Por medio de esta argumentación, Jaime Guzmán, realiza dos cosas: primero, ancla su comprensión de la cláusula que él propone a una teoría de seguridad del Estado. Esto quiere decir que por medio de los mecanismos del proceso penal el juez está encargado de privar del derecho a la libertad provisional a una persona no solamente cuando ello sea necesario para la protección de finalidades estrictamente procesales, sino que este también debe considerar el cuidado de todo el cuerpo social y concretamente al Estado y actuar como defensor de un interés más allá del propio procedimiento. Segundo, esconde la amplitud con que había considerado, en un principio, la limitación que constituye su indicación. Si, como hemos señalado, ella tenía una aplicabilidad que operaba un doble sentido, en los casos de delitos que afecten a toda la sociedad por un lado, y aquellos que causen alarma pública por el otro, de ahora en adelante este último es ocultado y la seguridad de la sociedad como criterio judicial de limitación de un derecho es presentado solo en el primer sentido y como una simple especificación del concepto de ofendido para ciertos delitos. Es este giro el que le permite a Guzmán señalar, ante la aclaración de Miguel Schweitzer de que “ofendido” no es equivalente a “persona ofendida” en tanto el primero es de carácter genérico e incluye el cuerpo social, que su indicación se encuentra dentro del espíritu de lo que señala el Ministro y que tiene la ventaja de evitar las posibles interpretaciones restrictivas que pudiese darse al concepto de “ofendido” dejando de lado aquellos casos en que el bien jurídico protegido corresponda a la sociedad.¹²⁶

De esta forma, para volver aceptable la introducción de “la seguridad de la sociedad” como motivo por el juez puede denegar la libertad provisional dentro del ordenamiento jurídico

¹²⁵ *Ibíd.*, p.80.

¹²⁶ No es solamente Schweitzer quien manifiesta preocupación por la utilización de este concepto, Silva Bascuñán también manifiesta que “le preocupa el agregado tan explícito de la palabra “sociedad”, en circunstancias que la seguridad tiene que ser en relación al ofendido con el delito que se está investigando. A su juicio, es suficiente eso. Se trata de buscar, precisamente, una ecuación de justicia y de equilibrio entre la sociedad y la persona humana, y si se coloca en términos genéricos a la sociedad, se limita en forma extraordinaria la garantía de la libertad personal, que es la que se debe proteger en esta parte de las garantías individuales”, solicitando incluso al cerrar la discusión que se deje constancia de su desacuerdo con la inclusión de la indicación de Jaime Guzmán. Por otra parte, Evans la respalda señalando que “No le cabe la menor duda que dentro de un concepto muy amplio la expresión “ofendido” abarca tanto la persona de la víctima como a la comunidad toda. Pero cree que esa interpretación entra en un terreno de un lenguaje muy técnico y es preferible que el texto constitucional sea entendido hasta por los estudiantes secundarios. Entonces, es partidario de adicionar la expresión “ofendido” con la siguiente: “o de la sociedad”, con lo cual quedan cubiertas las dos posibilidades”. *Ibíd.*, pp. 80-82.

chileno, se oculta, para negar su real extensión como limitación de este derecho, uno de los sentidos que este tiene y se le asocia simplemente a “ofendido”, siendo de esta forma finalmente aprobada. Las reformas que habrían de venir para esta disposición nos han enseñado ya suficientemente que el alcance que se ha logrado por esta fórmula es mucho mayor. La idea de que la justicia debe hacerse cargo de la seguridad del Estado ha sido introducida de forma explícita desde este día y por este medio en la Constitución de la República, en un movimiento que tendrá consecuencias que la propia comisión no fue capaz de imaginar y que implicará, como una suerte de ironía, contradecir incluso aquellas convicciones que en principio habían plasmado en el texto constitucional.

La posibilidad de mantener a una persona privada de su libertad de forma preventiva durante un proceso por considerarse que ella representa un peligro para la seguridad de la sociedad es la manifestación de un fenómeno de mayor envergadura que una simple norma que actúa dentro del proceso penal, pues trae consigo una cierta forma de entender lo que es un tribunal y cuál es el lugar y función que le corresponde a la justicia. Esto puede ilustrarse a través del movimiento que ha seguido esta idea desde su discusión para ser aprobado su ingreso a la Constitución, ya que podría en principio resultar llamativo que la norma que le da origen haya sido introducida por una comisión encargada de generar una nueva Constitución dentro de un periodo en que el funcionamiento normal de la República de Chile se encontraba gravemente alterado por el régimen dictatorial que tenía lugar en el país. Sin embargo, lo verdaderamente sorprendente es que la profundización de esa norma se haya producido en presencia de autoridades electas democráticamente con las posteriores modificaciones legales y sobre todo aquellas realizadas luego de la reforma procesal penal. Una comparación de los objetivos planteados por la comisión y el actual artículo 140 del código de procesal penal, da cuenta de que la configuración de la prisión preventiva a nuestros días es más restrictiva todavía con respecto al derecho de libertad de circulación que la norma ideada por la Comisión Ortúzar. Así, si la comisión planteaba la libertad provisional como un Derecho Humano, proscribiendo en el mismo movimiento la posibilidad de establecer delitos que por su sola naturaleza limitaran ese derecho, es decir, dejando de lado la existencia de delitos inexcusables, el legislador chileno por la vía de establecer una serie de casos en los cuales debe entenderse que la libertad un imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad ha atado la discreción judicial a una norma legal que, en presencia de alguno de esos casos, hará de la prisión preventiva una medida que debe ser necesariamente aplicada por mandato legal. De esta forma, si la comisión había

articulado como eje central de la decisión acerca de la negación de la libertad provisional al juez que se hace cargo del asunto, la norma actual limita esa facultad compeliendo al tribunal a otorgar la cautelar si se cumple algunas de las circunstancias que la ley señala. Por otro lado, si la comisión comprendía que la libertad provisional debía aplicarse en términos amplios, eliminando la tradicional distinción que solo hacía posible la concesión de este derecho a los delitos que no tuvieran aparejada pena aflictiva el legislador ha vuelto a introducir una distinción basada solo en la entidad de la pena asignada a un delito, esto ya que la norma actual da cuenta de que la aplicación de la prisión preventiva es necesaria, de cumplirse los supuestos de *fumus boni iuris*, para todos aquellos casos en que el delito sea castigado con pena de crimen. Finalmente, si la comisión aprueba la introducción de la “seguridad de la sociedad” como motivo que puede tener en cuenta el juez para negar la libertad provisional entendiendo esta como especificación de “ofendido” en el sentido en que en algunos delitos debido al bien jurídico que tutelan el afectado es la sociedad completa, el legislador por otra parte se ha encargado de ir ampliando el contenido que esta clave encierra, logrando aumentar el campo de su aplicación por medio de establecer como criterios que determinan la peligrosidad del imputado circunstancias que directamente dicen relación con su persona, tales como la consideración de los delitos que haya cometido anteriormente o su sujeción a medidas cautelares personales, así como también situaciones que apuntan al hecho delictivo mismo como el haberse cometido en grupo o pandilla o la gravedad de la pena asociada, todo lo cual es al menos atribuible en cierta medida a una comprensión de que el impacto público generado por el delito cuenta como razón para aplicación de la prisión preventiva. Por ponerlo de otra forma, la comisión aprobó una comprensión limitada de lo que implica “peligro para la sociedad” tal como fue defendida por Jaime Guzmán para volverse aceptable; el legislador, en cambio, ha transformando en disposiciones jurídicas concretas aquel sentido amplio de esta fórmula que la argumentación de Guzmán tuvo que ocultar.

La norma que permite que una persona sea sometida a prisión preventiva por considerarse que ella constituye un peligro para la sociedad no es simplemente una parte más de nuestro sistema de adjudicación penal, sino que indica y muestra que existe una forma hegemónica en la cual el deber ser de la justicia es leído, y esta lectura no reconoce una ruptura entre el período de dictadura o el de “transición a la democracia”. Si bien el normal funcionamiento del derecho se encuentra alterado al momento de la aparición de esta norma en el proyecto de la Constitución, esta sola circunstancia no es suficiente para

explicar su mantenimiento y la gran ampliación que ha tenido. Parece haber un elemento de continuidad, entonces, que trascendiendo la división provocada entre dictadura y democracia en Chile, ha permitido el desarrollo de la institución que comentamos.¹²⁷

El estado de la cuestión en la doctrina nacional.

La existencia de esta cláusula en nuestro país no ha pasado desapercibida para buena parte de la doctrina chilena y ha llevado a una serie de cuestionamientos a la forma de aplicar esta norma como también a su existencia misma. Así, en la discusión nacional podemos reconocer al menos dos formas distintas de interpretación de lo que “peligro para la seguridad de la sociedad” quiere realmente decir.¹²⁸ Por un lado, y comenzando por reconocer que el criterio de peligrosidad social ha sido fuertemente rechazado como motivo para limitar la libertad de un imputado, Juan Carlos Marín sostiene que si bien este criterio considerado de forma aislada es altamente criticable, un análisis que considere el contenido que el legislador le ha dado a esta disposición del artículo 140 del CPP permitiría atenuar esta crítica y considerar que se trata más bien de un peligro de fuga. Argumenta así que: “Este elemento puede ser reconducido a los fines cautelares que la doctrina señala debe cumplir esta institución. Así, lo que busca el legislador al explicitar en este inciso los motivos que *especialmente debe tener presente el juez* al considerar de la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad, no es otro que poner de manifiesto el peligro de que en definitiva el imputado no comparezca al juicio y, en su día, a la aplicación de la eventual pena”.¹²⁹

¹²⁷ La segunda parte de este trabajo se hace cargo de proponer una explicación de este elemento de continuidad que hemos simplemente expuesto por ahora.

¹²⁸ Duce y Riego también reconocen que en un principio esta causal atendía a dos posibilidades distintas “una era la de peligro de que el imputado eludiera la acción de la justicia y la segunda la de que continuara delinquiriendo”. Sin embargo, admiten que existe aún una tercera posibilidad interpretativa “Existe todavía otra posibilidad para interpretar esta noción de peligro para la seguridad de la sociedad de un modo que no la limite exclusivamente al peligro de fuga, pero evitando alguna de las críticas que antes hemos resumido a la noción de peligro de reiteración (...) Esta posibilidad se traduce en recoger una noción que se ha planteado en el derecho comparado de manera explícita en algunas legislaciones o como una práctica en otras, referida como peligro de afectación de la legitimidad del sistema, pérdida de confianza del público en el sistema o alarma pública”. Esta forma de comprender la peligrosidad social permitiría la aplicación de la prisión preventiva en algunos casos en que “dadas las condiciones específicas en que se plantean, la liberación del imputado puede conducir a lo que podríamos calificar como una deslegitimación extraordinaria, esto es, que genera tal impacto en el público que puede derivar en el socavamiento de las bases de legitimidad del sistema, lo que a su vez deriva en un deterioro de la seguridad que éste debe brindar a la población” DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Op. Cit., pp. 258, 265.

¹²⁹ Señala Marín: “Así, las situaciones descritas en el inc. 3° del art. 140 van desde la gravedad de la pena asignada al delito (entendiendo que a mayor gravedad hay mayor riesgo de fuga y, por tanto, mayor posibilidad que se aplique la medida); del número y carácter de los delitos; de los antecedentes del imputado (existencia de condenas anteriores, de procesos pendientes, de otras medida cautelares, etc.) hasta las circunstancias mismas del hecho delictivo que revelan una peligrosidad especial del imputado (haber actuado

Por otro lado, Julián López señala que, a pesar de lo valorable que resulta este argumento al intentar compatibilizar la cláusula de peligrosidad social con fines procesales, no resulta del todo convincente pues “no logra desvirtuar toda la fuerza que, en nuestra cultura jurídica, tiene la noción de ‘peligro para la sociedad’, como equivalente de ‘peligro de reincidencia’”, lo cual se sostiene más consistentemente a partir de la lectura del contenido que le ha otorgado el legislador a esta noción como también de las reformas que se han realizado en esta materia y que han modificado los criterios legales de peligrosidad social, las cuales motivadas por preocupaciones de seguridad ciudadana han apuntado claramente a una necesidad de defensa social más que a garantizar el éxito de las investigaciones. Por todo lo cual, admitir que el peligro para la seguridad de la sociedad es entendido como peligro de reincidencia y como necesidad de defensa social no es, entonces, “más que una necesidad descriptiva” que constituye el primer paso para dejar en evidencia la fuente de su ilegitimidad y su carácter de control social ilegítimo.¹³⁰

Ahora bien, ¿cuáles son los motivos por los que la doctrina nacional ha considerado que la razón para la aplicación de la prisión preventiva “peligro para la seguridad de la sociedad” tiene un carácter ilegítimo?

En primer lugar, se ha sostenido que los criterios basados en la peligrosidad regulados en nuestro Código Procesal Penal se encuentran en una latente contradicción con los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile y, en la medida en que ellos son integrados al derecho nacional en virtud del artículo 5° de la Constitución Política de la República, se enfrentan a un grave problema de constitucionalidad.¹³¹ El problema consiste en que la Constitución chilena de 1980 recoge como motivos de aplicación de la prisión preventiva

en grupo o pandilla). Son todos elementos que de una u otra forma dan a entender un especial peligro de no comparecencia del imputado al juicio penal” MARÍN GONZÁLEZ, Juan. Op. Cit., p. 30. Hay que considerar dos cuestiones: primero, es el mismo Marín quien reconoce que esta interpretación es discutible y que algunos de los elementos mencionados por él también podrían ser considerados como fundamento en la comprensión de este criterio de peligrosidad como “peligro de reincidencia” y, en segundo lugar, que esta interpretación es realizada el año 2002, anterior a las reformas realizadas a la prisión preventiva que modifican estas circunstancias a tener en cuenta.

¹³⁰ López entiende el asunto de la siguiente manera: “Si bien es cierto que los criterios orientadores del art. 140 CPP pueden ser leídos plausiblemente como indiciarios de peligro de fuga, resulta más consistente leerlos como peligro de reincidencia, porque a ello aluden más directamente situaciones tales como *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 de libertad contemplados en la ley, y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente*. Más aun, la idea de que en el peligro para la seguridad de la sociedad se encuentra implícita la idea de prevención especial negativa y de necesidad de defensa social, parece evidente en criterios tales como *el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla*”. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p. 416.

¹³¹ *Ibíd.*, pp. 396, 397.

tanto la consideración de ser necesaria la privación del imputado para asegurar el éxito de la investigación, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Ello no implicaba, según esta postura, problema alguno al menos hasta el 29 de abril de 1989, en donde la situación cambia drásticamente, pues en esa fecha se publica el decreto promulgatorio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) “que ordena que las disposiciones de ese Pacto Internacional se cumplan y lleven a efecto en todas sus partes como Ley de la República”.¹³² En lo referente a la prisión preventiva, este Pacto señala lo siguiente:

“Artículo 9

1. 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. [...]

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**”.¹³³

Señala Julián López: “Como se aprecia entonces, a simple vista, la coexistencia entre la CPR y el PIDCP, como ley de la República, materializaba una contradicción [...] en consideración a los fines que los diferentes instrumentos consideraban legítimos como fundamentación de la prisión preventiva (éxito de la investigación y peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido, en la CPR; aseguramiento de la comparecencia del acusado por insuficiencia de garantías, en el PIDCP)”.¹³⁴ Contradicción que se tornaría aún más grave cuando, mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 18. 825, de 17 agosto de 1989, se modifica la Constitución en el inciso 2° del art. 5° estableciendo que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado

¹³² *Ibíd.*, p. 394.

¹³³ Destacado es propio.

¹³⁴ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Op. Cit.*, p. 394.

respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por **los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**".¹³⁵

Esto implica una integración de las normas que derivan de los tratados internacionales, que han sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, al derecho interno. Por tanto, ello importaría a partir de entonces, según López, la existencia de una contracción entre normas del mismo rango constitucional.¹³⁶

Con la posterior publicación en el Diario Oficial del Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, previamente aprobado por el Congreso Nacional, el día 5 de enero de 1991, se manda a cumplir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el "Pacto de San José de Costa Rica" (CADH), el cual en materia de prisión preventiva señala, de forma similar al PIDCP:

"Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

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. [...]
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**".¹³⁷

Nos encontramos, por lo tanto, nuevamente con una contradicción. Julián López describe esta situación señalando que "a la fecha en que se empieza discutir un nuevo proyecto de Código Procesal Penal para nuestro país, el sistema adolecía ya de una seria inconsistencia entre las finalidades legitimantes de la prisión preventiva reconocidas en los tratados internacionales ratificados por Chile (asegurar la comparecencia del imputado ante la

¹³⁵ Destacado propio.

¹³⁶ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p.395. En todo caso, la postura que sostiene que los tratados internacionales tienen rango constitucional no es pacífica en la doctrina.

¹³⁷ Destacado es propio.

insuficiencia de garantías de dicha comparecencia) y las contenidas en la CPR (necesidad para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad)".¹³⁸ Finalmente, si bien el proyecto de Código Procesal Penal estaba llamado a resolver esta contradicción, la consagración positiva de la prisión preventiva no hace otra cosa que acentuarlas.¹³⁹ Así, "cuando el CPP se enfrenta a la necesidad de superar la mayor fuente de sus contradicciones, que está dada por el reconocimiento legal de finalidades no admitidas en las convenciones internacionales como legitimantes de la prisión preventiva, el CPP cede a favor de la CPR reproduciendo en su art. 140 CPP los mismos objetivos que la CPR consideraba legítimos para denegar la libertad provisional [...]. De esta manera, tanto en la perspectiva del actual tenor de la CPR como en la de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, el actual tratamiento legislativo de la prisión preventiva se enfrenta a un serio problema de constitucionalidad, toda vez que autoriza la prisión preventiva sobre la base de finalidades que no están reconocidas por los tratados internacionales vigentes en Chile".¹⁴⁰

Un segundo orden de cuestionamientos a la legitimidad de la causal de peligrosidad social, se sustenta en la tensión que gran parte de la doctrina considera existe entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia,¹⁴¹ pero que se ve especialmente agravada en el caso de esta clave de operatividad, pues sería en ella donde, con mayor fuerza esta presunción pareciera ser desvirtuada ya que por tratarse de una herramienta que tiene como fin evitar la comisión de nuevos delitos, su aplicación dejaría ver que la presunción de inocencia es incluso reemplazada por una de culpabilidad. Gran parte de la doctrina nacional sustenta esta postura a partir de la lectura de Ferrajoli, quien en este sentido ha señalado que motivos de aplicación basados en la peligrosidad "al hacer recaer sobre el

¹³⁸ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., pp. 395, 396 (en su redacción original, la Constitución señalaba "necesidad para las investigaciones del sumario" lo que decía relación con el procedimiento penal antiguo, cuestión que sería posteriormente modificada, no siendo esto influyente, en todo caso, para el argumento que desarrolla Julián López).

¹³⁹ Señala López que esto se manifiesta "en particular teniendo presente que el mensaje presidencial que lo acompañó sostuvo que la CPR, el PIDCP y la CADH eran 'los documentos que otorgan los parámetros básicos usados para el diseño del proyecto'" *Ibíd.*, p.396.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 396, 397.

¹⁴¹ Este tema, de todos modos, no ha sido solo preocupante para la dogmática chilena, sino que también se ha considerado, por ejemplo, al momento de discutir acerca de las hipótesis de aplicación de la prisión preventiva dentro de la reforma procesal penal. Rodrigo Medina, revisando la historia fidedigna de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal, señala que "uno de los pocos debates que se dieron sobre el tema de la prisión preventiva, se trabó el problema de la anticipación de la pena, plasmado en los parámetros del peligro para la seguridad de la sociedad" MEDINA, Rodrigo. La prisión preventiva en la historia fidedigna del establecimiento del código procesal penal. Algunas reflexiones sobre la relación prisión preventiva y pena. En "Revista de derecho de la Universidad Católica de Temuco" N° 3, 2002, p.24.

imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida ‘procesal’, o ‘cautelar’, y, en consecuencia, ‘no penal’, en lugar de una ilegítima pena sin juicio”.¹⁴²

Esta posición sostiene, por lo tanto, que lo que se produce por la existencia de una cláusula que haga posible aplicar la prisión preventiva por ser la libertad del imputado peligrosa para la sociedad, es una relación estrecha entre esta medida cautelar y la pena por antonomasia en los códigos penales contemporáneos, que consiste en la privación de libertad. La relación existente entre ambas, ya cercana al menos en términos fenoménicos, se vuelve aún más estrecha cuando la prisión preventiva no está fundamentada en motivos puramente procesales, sino que en criterios de peligrosidad que se refieren precisamente a la persona que es imputada en un proceso, anticipando un juzgamiento que solo podría realizarse con la dictación de la sentencia, desbaratando el trato que como inocente debería tener este interviniente y sustituyendo este carácter por uno en el cual se presume que el individuo es peligroso. Orlando Poblete, ha señalado justamente que la consagración de hipótesis de procedencia basadas en la peligrosidad son reprochables si se miran desde la óptica de la presunción de inocencia: “En efecto, el Código Procesal Penal hace procedente la prisión preventiva cuando existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad [...] hipótesis que más que prevenir los obstáculos que expresaren en el caso el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, configura un instrumento de derecho penal sustantivo, un mecanismo de control o prevención de la comisión de otros delitos que se aproxima definidamente a la idea de una pena sin juicio. Los criterios expresados por el inciso 3º, del mismo artículo 140 [...] no hacen sino confirmar esta especie de pena anticipada en que la causal convierte a la prisión preventiva”.¹⁴³

En todo caso, existen buenos argumentos para sostener que la prisión preventiva como medida cautelar dentro del proceso no implica necesariamente una vulneración al trato

¹⁴² HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. Cit., p. 413. Esta misma referencia la encontramos en MARÍN GONZÁLEZ, Juan. Op. Cit., p. 39, como también en MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. Op. Cit., p. 551.

¹⁴³ POBLETE, Orlando. Reforma Procesal Penal: Notas sobre el nacimiento de la presunción de inocencia. En: CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA. A diez años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema. Santiago, Chile: Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, 2010, p. 149.

como inocente del imputado, si es que tomamos a la presunción de inocencia en un sentido preciso y no como un principio informador de todo el derecho procesal penal. Siguiendo a Ferrer, Jonatan Valenzuela expone que: “Dentro de la dimensión procesal, tenemos que la presunción de inocencia puede ser considerada una regla de trato procesal. Esta regla indicaría que durante el proceso penal, el imputado debe ser tratado como si fuera inocente, hasta no arribar a una decisión concreta que nos permita decidir la sustitución de este trato de inocente por el trato de culpable”.¹⁴⁴ En este sentido, la presunción de inocencia encuentra su ámbito de aplicación en el juicio que supone la sentencia, y solamente es por medio de la pena que una persona deja de ser inocente: “De este modo, la prisión preventiva y toda otra medida cautelar no tiene un papel relevante en relación con la regla de trato que supone que el imputado es inocente. De esta manera, el pretendido dilema entre respeto de la presunción de inocencia y la prisión preventiva [...], entendida la presunción de inocencia como una regla de trato que mira a la condena, es en realidad inexistente. La inocencia es un dato que debe ser tenido encuentra en tanto expresión de las cuestiones sobre fundamentación de la pena, en cambio en la prisión preventiva deben satisfacerse estándares prospectivos de racionalidad propios de las medidas cautelares”.¹⁴⁵

Bajo esta idea quedarían bien diferenciadas las esferas dentro de las cuales se aplican la presunción de inocencia y la prisión preventiva, distinción que me parece correcta y necesaria de hacer. Sin embargo, un problema especial se encuentra cuando se considera que dentro de las razones para otorgar la prisión preventiva existen no solamente motivos que dicen relación con los fines del proceso, sino que a su vez, dentro de la regulación chilena de esta medida cautelar existen causales basadas en la peligrosidad de un

¹⁴⁴ Señala Valenzuela que la presunción de inocencia puede ser entendida al menos de dos formas distintas “Ahora bien, esto depende directamente de qué entendamos por inocencia en el contexto jurídico. O, dicho de otro modo, qué noción de inocencia sea la relevante. Creo que existen al menos dos caras: una sustancial y una probatoria.

Por una parte, la inocencia es una condición moral que tiene relevancia para el desarrollo del proceso. El proceso penal busca solucionar un conflicto que deriva de la determinación de una cuestión moral: alguien ha cometido un injusto y puede ser responsabilizado por este injusto. La manera en que más técnicamente este problema moral se desarrolla al interior del proceso es por medio de la razonabilidad del establecimiento de la proposición ‘el imputado es culpable’, o quizá, más precisamente, ‘es verdad que el imputado es responsable por el delito investigado’.

Por otra parte, la presunción de inocencia, en tanto regla de trato, tiene una dimensión probatoria, determina la exigencia para el estándar de prueba en materia penal (por ello, por ejemplo, suele pensarse en un estándar de prueba exigente que descarte las hipótesis que sean compatibles con la inocencia del imputado). La inocencia del imputado activa la necesidad de traspasar el estándar de prueba en el proceso para con ello poder afirmar con cierta fiabilidad que ‘es verdad que el imputado es responsable por el delito investigado’. Si el estándar de prueba no es traspasado, la inocencia pervive”. VALENZUELA, Jonatan. Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno. En “Revista de Estudios de la Justicia” N°14, 2011, pp 59-62.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 64.

individuo. Aún en este contexto, en todo caso, puede sostenerse que no se produce una anticipación punitiva ni por consiguiente una vulneración de la presunción de inocencia, pues el criterio para determinar la existencia de este peligro se trata más bien de un juicio prospectivo, lo cual es un escenario completamente diferente al de una pena, la cual opera en base a un juicio retrospectivo, pues “[n]o se impone la pena para que no se comenten nuevos delitos, o por el peligro que entraña la puesta en libertad de quien puede cometer nuevos delitos”. Estamos hablando de una lógica distinta: esta medida cautelar tiene una forma de razonamiento propia para el tratamiento de fuentes futuras de peligrosidad, la cual es muy similar la lógica de las medidas de seguridad. A juicio de Valenzuela “Deberíamos sostener que en realidad en esta razón de aplicación de la prisión preventiva se encuentra solapada la lógica de aplicación de una medida de seguridad. Por ello, no hay, en realidad, anticipación punitiva pues lo que parece aplicarse está más cerca de una medida de seguridad que de una pena”.¹⁴⁶

Con todo, estas consideraciones no tornan legítimo el fundamento de peligro social. Podríamos decir incluso que el escenario en que nos encontramos frente a la hipótesis de peligro social es aún peor que aquel en el cual se anticipa la pena. Revisando los criterios que el legislador señala para determinar cuándo hay un peligro para la seguridad de la sociedad, Valenzuela considera que precisamente “lo que se ha buscado con esta clase de criterios es poner al juez en situación de hacer difícil la denegación de una solicitud de prisión preventiva, pues es claro que si, por ejemplo, el imputado tiene procesos pendientes el acusador tiene un argumento para demandar la aplicación de la prisión preventiva, aunque esta no se relaciona, necesariamente, con el éxito del proceso en que concretamente se está solicitando”.¹⁴⁷ Es por ello, que este autor se refiere a que la actual regulación nos presenta un uso *desproporcionado* de la prisión preventiva, así: “No se trata [...] que se intente anticipar la pena por medio de la prisión preventiva, **sino que se articula un encierro que resulta de peor calidad que la propia pena. En términos metafóricos, no estamos anticipando la pena con la prisión preventiva sino que estamos imponiendo algo mucho peor que la pena**”.¹⁴⁸

Esto, pues para declarar a una persona culpable de un delito y someterla a una determinada pena, se requiere resolver una serie de cuestiones y traspasar un estándar probatorio

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 61.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 68.

¹⁴⁸ *Ídem* (destacado es propio).

particularmente alto, todo lo cual resulta trivial con nuestra regulación de la prisión preventiva. “¿Qué importa traspasar la duda razonable si lo que buscamos es encerrar imputados por el hecho de ser imputados de delitos graves? Con nuestra actual regulación, tanto el estándar de prueba del proceso como el sentido de la censura en la imposición de la pena devienen débiles”.¹⁴⁹ Así, concluye el autor que la cuestión “no pasa por sostener que nuestro sistema contiene una violación de la presunción de inocencia, lo que ocurre es que **tenemos un sistema procesal que por medio de la regulación de la prisión preventiva torna irrelevante al proceso**”.¹⁵⁰

Encontramos así, dentro de la dogmática nacional, dos principales formas en las que se ha cuestionado la existencia de una causal de peligro social como razón de operatividad de la prisión preventiva entendida como un mecanismo de defensa social basada en el peligro de reiteración. Dos líneas que reclaman lo ilegítimo de este fundamento por vías distintas, pero que se encuentran entrelazadas en cierta medida: su contradicción con los tratados internacionales que han sido integrados al derecho chileno, que no aceptan sino motivos estrictamente procesales para la aplicación de la prisión preventiva y la vulneración de la presunción de inocencia que la utilización que estas causal supone se encuentran relativamente cercanas, pues precisamente se han excluido estas causales de los tratados internacionales por considerar que ellas atentan contra el trato del imputado como un inocente; sin embargo, también pueden esgrimirse como argumentos diferentes y es lo que ha sido sostenido en este trabajo. Así, el hecho de encontrar razón en la postura de Valenzuela acerca de la intangibilidad de la presunción de inocencia por parte de las medidas cautelares y específicamente de la prisión preventiva, no quita fuerza al argumento que coteja el Código Procesal Penal chileno y los tratados internacionales que regulan el tema, pero sin embargo sirve para comprender de forma más precisa la gravedad de la existencia del “peligro para la seguridad de la sociedad” en nuestro ordenamiento como requisito de *periculum in mora*.

Siendo este el panorama general de la discusión, la propuesta para la segunda parte de esta tesis es trabajar una forma diferente de abordar el asunto de la legitimidad o ilegitimidad del fundamento de peligro social en la prisión preventiva: se buscará proponer una *crítica* a esta causal. Así, la siguiente parte comenzará por la exposición de qué es lo que debe

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 69.

¹⁵⁰ *Ídem.*

entenderse por crítica para los fines de este trabajo, lo cual permitirá dar cuenta del valor que tiene esta misma en relación con la discusión hasta este momento sostenida.¹⁵¹

¹⁵¹ No he pretendido abarcar todos y cada uno de los cuestionamientos que se han hecho a causales de peligrosidad como motivos de operación de la prisión preventiva. En esta línea, existen otras formas de impugnación bastante interesantes como la que plantea Szczaranski al señalar que la prisión preventiva en la regulación nacional se encuentra constituida como una manifestación de derecho penal del enemigo. Véase: SZCZARANSKI VARGAS, Federico. Op. Cit., p. 118.

II

Justicia funcional

Si en la primera mitad del presente trabajo se desarrolló un pequeño estudio con respecto a los aspectos generales de la prisión preventiva y las modificaciones que ha sufrido en la legislación nacional, sobre la aparición de la causal de peligrosidad social como causal de aplicación de esta medida cautelar y se finalizó haciendo referencia a las discusiones que se han generado a partir de su existencia e interpretación, en esta segunda mitad se propone una nueva forma de abordar el problema que representa esta clave de operación. Para ello se comenzará con la discusión acerca de lo que cabe entender por “crítica”, lo cual permitirá abrir un camino no vislumbrado hasta ahora por la mayoría de los cuestionamientos provenientes de la doctrina nacional. Esto permitirá un acercamiento a la noción de “justicia funcional”, término utilizado por Michel Foucault en 1979 para referirse a una configuración particular de las instituciones encargadas de resolver las controversias judiciales de carácter penal en Francia por aquel entonces, mediante la cual temas tales como la seguridad de la sociedad y la peligrosidad de los individuos que han de juzgar pasan a formar y posicionarse como preocupaciones centrales de las mismas y la población como objeto de intervención, pudiendo llegar a afirmarse que la justicia bajo esta configuración “no tiene otra función que cuidar de la defensa de la sociedad contra sus peligros más cotidianos”.¹⁵² Para llegar a ella serán revisadas previamente las distintas transformaciones que han precedido a este tipo de justicia y que, según el mismo autor, se han ido gestando dentro de las propias instituciones judiciales reconfigurando sus objetivos y mecanismos de conocimiento. Finalmente se argumentará acerca de las razones para entender que la existencia de normas tales como aquellas que permiten y regulan la aplicación de la prisión preventiva bajo la causal de peligro para la seguridad de la sociedad constituyen una manifestación de una justicia que se posiciona como una justicia de seguridad y protección.

¹⁵² BERT, Jean-Francoise. Securite, dangerosite, biopolitique: trois versants d’une nouvelle pratique de pouvoir sur les individus. *Psicologia & Sociedade*, (24[n. spe.]): 2-7, 2012. p.5 (traducción propia).

Sobre la crítica

Primero Michel Foucault en una conferencia realizada en 1978 y luego Judith Butler realizando una lectura de esta en un texto llamado “¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault” han intentado dar cuenta del significado de la actividad crítica. El trabajo de ambos autores supone el fundamento de aquello que se entenderá por crítica para los fines de este trabajo.

Distinguiendo esta actividad tanto de la especulación puramente filosófica, el estudio histórico y también de lo que puede llamarse “mero juicio”, quisiera proponer como pregunta principal de la empresa crítica aquella realizada por Judith Butler:

“¿Cuál es la relación del saber con el poder que hace que nuestras certezas epistemológicas sostengan un modo de estructurar el mundo que forcluye posibilidades de ordenamiento alternativas?”¹⁵³

La importancia de esta pregunta radica en que ella contiene en sí misma los elementos que permiten comprender cuál es aquel ámbito específico en el que opera la crítica.

Como punto de partida, la interrogante hace alusión a una relación entre saber y poder. Para Foucault estas nociones no representan sustancias o elementos a partir de los cuales se estructure el mundo, no hay algo que sea “el Poder” o “el Saber”, sino que más bien se trata de “rejillas de análisis” que pueden ser metodológicamente utilizadas para comprender un conjunto de fenómenos determinados.¹⁵⁴ Señala él mismo que “[s]e utiliza, entonces, la palabra *saber* que se refiere a todos los procedimientos y a todos los efectos de conocimiento que son aceptables en un momento dado y en dominio definido; y, en segundo lugar, el término *poder*, que no hace otra cosa que recubrir (*recouvrir*) toda una serie de mecanismos particulares, definibles y definidos, que parecen susceptibles de inducir comportamientos o discursos”.¹⁵⁵ Además, el poder y el saber así entendidos no se encuentran por separado como cuestiones ajenas la una de la otra y de forma tal que pueda encontrarse un elemento específico de saber diferenciado completamente de uno propio de

¹⁵³ BUTLER, Judith. “¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault”. En: *Producción cultural y prácticas instituyentes. Líneas de ruptura de la crítica institucional*. Madrid, España: Traficantes de sueños. 2008 [2002], p.146. Para los efectos del presente trabajo, dejaremos de lado la cuestión –que es esencial en estos dos textos- acerca que la forma en que la actitud crítica es una virtud, para pasar a revisar más bien qué es lo que es la crítica propiamente tal y cómo se diferencia de un cuestionamiento o un juicio.

¹⁵⁴ FOUCAULT, Michel “¿Qué es la crítica?”. En: *Δαίμων*, revista de filosofía. N° 11. 1995 [1978], p. 14.

¹⁵⁵ Ídem.

poder, puesto que “nada puede figurar como un elemento de saber si, por una parte, no es conforme a un conjunto de reglas y de coacciones características, por ejemplo, un tipo de discurso científico en una época dada, y si, por otra parte, no está dotado de efectos de coerción o simplemente de incitación propios de lo que es validado como científico o simplemente racional, o simplemente recibido de manera común, etc. Inversamente, nada puede funcionar como un mecanismo de poder si no se despliega según procedimientos, instrumentos, medios, objetivos, que puedan ser validados en unos sistemas de saber más o menos coherentes”.¹⁵⁶ Por lo tanto, al encontrarse con este tipo de elementos “[n]o se trata, entonces, de describir lo que es saber y lo que es poder, y cómo el uno reprimiría al otro, o cómo el otro abusaría del primero, sino que se trata más bien de describir un nexo de saber-poder que permite aprehender lo que constituye la aceptabilidad de un sistema, sea el sistema de la enfermedad mental, el de la penalidad, la delincuencia, la sexualidad, etc.”.¹⁵⁷

Judith Butler lee este último pasaje distinguiendo las tareas primordiales de la crítica y señala que: “El crítico o crítica tiene por lo tanto una doble tarea, mostrar cómo el saber y el poder operan para constituir un modo más o menos sistemático de ordenar el mundo con sus propias ‘condiciones de aceptabilidad de un sistema’, pero también ‘para seguir los puntos de ruptura que indican su aparición’”.¹⁵⁸

Esta doble tarea propia de la crítica, se corresponde justamente con la pregunta que asumimos como pilar de la crítica. Esto pues el entramado de elementos y discursos, constituidos como un saber-poder, sostienen una determinada forma mediante la cual el mundo es comprendido, ya que se trata de una relación a partir de la cual un evento dentro del campo social puede ser evaluado. Los distintos elementos de saber y de poder generan sus propias condiciones de aceptabilidad y poner de manifiesto cuál es esta matriz es una de las partes fundamentales de la empresa crítica. Así, la cuestión va mucho más allá de lo legítimo o ilegítimo de una determinada configuración positiva, de lo que se trata la labor crítica es de poner en relieve la estructura mediante la cual juzgamos esta legitimidad o ilegitimidad. Señala Foucault en este sentido que:

“Lo que buscamos, entonces, no es saber lo que es verdadero o falso, fundado o no fundado, real o ilusorio, científico o ideológico, legítimo o abusivo. Buscamos saber cuáles

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ BUTLER, Judith. “¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault”. Op. Cit., p. 160.

son los lazos, las conexiones que pueden ser señaladas entre mecanismos de coerción y elementos de conocimiento, qué juegos de reenvío y de apoyo se desarrollan entre unos y otros, qué hace que tal elemento de conocimiento pueda tomar unos efectos de poder referidos, en un sistema tal, a un elemento verdadero o probable, incierto o falso, y lo que hace que tal procedimiento de coerción adquiera la forma y las justificaciones propias de un elemento racional, calculado técnicamente eficaz, etc.

Por tanto, en este primer nivel, no hay que efectuar la separación de la legitimidad, no hay que señalar el punto de error y de la ilusión”.¹⁵⁹

La primera tarea crítica es entonces es la de poner de relieve el marco de evaluación de estas categorías, pues es este marco el que genera nuestras “certezas epistemológicas” que sostienen una manera determinada de estructurar el mundo, cerrando la posibilidad de una interpretación alternativa y constituyéndose como la única manera en que un conjunto de elementos pueden leerse.¹⁶⁰

Si la “forclusión” es el cierre de la tarea hermenéutica, el sello definitivo, el punto final, el destierro de cualquier otra posibilidad interpretativa;¹⁶¹ entonces es justamente este el punto en donde la segunda parte de la tarea crítica que menciona Butler opera, pues no se trata solo de mostrar las condiciones de aceptabilidad de un sistema, sino que además los puntos de ruptura, discontinuidad, en los cuales se deja ver que esta aceptación se produce: “Tenemos, pues, aquí un tipo de procedimiento que, fuera de la preocupación por la legitimación y, en consecuencia, separándose del punto de vista fundamental de la ley, recorre el ciclo de la positividad, yendo del hecho de la aceptación al sistema de la aceptabilidad, analizado a partir del juego saber-poder”.¹⁶²

Establecer la posibilidad de formas de ordenamiento alternativas implica reconocer, por lo tanto, el carácter no necesario de una configuración positiva determinada:

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel “¿Qué es la crítica?”. Op. Cit., p. 14.

¹⁶⁰ BUTLER, Judith. “¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault”. Op. Cit., p. 145.

¹⁶¹ Señala Butler que “ciertos tipos de prácticas pensadas para manejar ciertos tipos de problemas tienen, como consecuencia que, con el paso del tiempo, se establezca un dominio ontológico que constriñe a su vez lo que entendemos por posible. Solo haciendo referencia a este horizonte ontológico que prevalece, él mismo instituido mediante una serie de prácticas, seremos capaces de comprender las diversas formas de relación con los preceptos morales que han sido formados, así como con los que están por formarse”. *Ibíd.*, p. 150.

¹⁶² FOUCAULT, Michel “¿Qué es la crítica?”. Op. Cit., p. 15.

“Estas positividades son conjuntos que no son evidentes por sí mismos, en el sentido de que sean cuales fueren la costumbre o el uso que han podido hacérselos familiares, sea cual sea la fuerza de encegucimiento de los mecanismos de poder que estas positividades han hecho jugar, o sean cuales sean las justificaciones que han elaborado, estas positividades no se han hecho aceptables por algún derecho originario; y lo que hay que hacer resaltar para aprehender mejor lo que ha podido hacerlas aceptables, es que justamente eso no era evidente, no estaba inscrito en ningún *a priori*, no estaba contenido en ninguna anterioridad. Extraer las condiciones de aceptabilidad de un sistema y seguir las líneas de ruptura que marcan su emergencia son dos operaciones correlativas”.¹⁶³

En suma, la pregunta planteada en principio presupone realizar un análisis de las relaciones de poder y saber que generan una positividad determinada, que estructura una forma de comprensión del mundo, con el objeto de dar a conocer el sistema de aceptabilidad de esta y lograr mostrar que es contingente y no necesario o natural. La diferencia fundamental entre una crítica, por tanto, en este sentido y un mero cuestionamiento que, como hemos visto, ha realizado la doctrina chilena hasta el momento, se encuentra principalmente en que el segundo opera sobre las categorías propias de un sistema de aceptabilidad y asume de forma acrítica estas categorías como herramientas con las cuales puede contar; una crítica, por otro lado, busca sacar a relucir las condiciones que sostienen la posibilidad de funcionamiento de un mecanismo o un fenómeno determinado. Me parece que Butler encierra todo el punto cuando señala lo siguiente:

“Para que la crítica opere como parte de una ‘práctica material’, según Adorno, tiene que captar los modos en que las propias categorías se instituyen, la manera en que se ordena el campo de conocimiento, y cómo lo que este campo suprime retorna, por así decir, como su propia oclusión constitutiva. El juicio, para ambos pensadores, es una manera de subsumir lo particular en una categoría general ya constituida, mientras que la crítica interroga sobre la constitución oclusiva del campo de conocimiento al que pertenecen esas mismas categorías”.¹⁶⁴

Una empresa en este sentido, sin ser contradictoria con los argumentos que la dogmática nacional ha sostenido para fundamentar la ilegitimidad del fundamento de peligrosidad, tiene el beneficio de constituirse como una alternativa en el estudio de la prisión

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ BUTLER, Judith. “¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault”. Op. Cit., p.143.

preventiva, recorriendo un camino que antes no había sido transitado, y que se forma por medio de la pesquisa de las condiciones que hacen que una causal de peligro social como motivo de operatividad de esta medida cautelar sea de hecho aplicable en este país, sacando a relucir el sistema que sostiene el funcionamiento de esta razón de aplicación y la expansión de ella por medio de las reformas. Si hasta ahora la pregunta típica al enfrentarse al artículo 140 literal c) en aquella parte que señala que la prisión preventiva procederá cuando haya antecedentes fundados de que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, era ¿es legítima su aplicación? ¿No se contradice con principios que hemos aceptado como informadores del proceso, con principios propios de las medidas cautelares o, finalmente con los tratados internacionales aceptados por Chile?, la pregunta que buscamos responder en este trabajo es más bien ¿cuál es su estructura que sostiene que, en la práctica, la prisión preventiva opere bajo la aplicación mediante esta causal? ¿Qué forma de comprensión de la prisión preventiva sostiene las reformas que se han realizado hasta ahora? En suma, buscamos, más allá de cuestionar su aplicación, encontrar la estructura que genera que, de hecho, esta causal aplique con total normalidad en el ordenamiento jurídico nacional.

Una historia de las instituciones judiciales

En la obra de Michel Foucault es posible encontrar diversos trabajos, exposiciones y debates en los cuales se hace cargo de la forma en que aquello que hoy conocemos como poder judicial ha aparecido en la historia de occidente y la manera en que el área específica del ejercicio del poder que les es atribuida a los tribunales que lo forman, es decir, la jurisdicción, ha cumplido distintas funciones en determinados momentos históricos. Así, a continuación, por medio de los escritos de este autor, se intentará elaborar una historia de la forma en que ha operado la justicia en las sociedades occidentales desde el nacimiento de aquello que puede entenderse como un poder judicial propiamente tal hasta nuestros días.

Parece pertinente comenzar trayendo a colación la opinión de este autor acerca de la forma en que debería comprenderse lo que llamamos “justicia”. Para ello se puede revisar el debate sostenido por él y el lingüista norteamericano Noam Chomsky el año 1973. En aquel se discute, entre otras cosas, acerca de los criterios para la justificación de una actividad política, sosteniéndose por parte de este último que es plausible imaginar o construir una teoría que dé cuenta del estado de cosas que está por venir, es decir proyectar

una imagen de una sociedad ideal a la cual se quiere llegar. A partir de ahí, para Chomsky, es posible justificar nuestras acciones políticas desde un punto de vista de una justicia ideal o una justicia superior que sería la propia de ese nuevo mundo al que se pretende llegar. Ante ello, Foucault, oponiéndose a esta forma de comprensión del asunto, señala lo siguiente: “me parece que la idea de justicia en sí es una idea que ha sido inventada y puesta a funcionar en diferentes tipos de sociedades como instrumento de cierto poder político y económico, o como un arma contra ese poder”.¹⁶⁵

La posición de Foucault, sostenida en esta cita y en general en este debate, puede comprenderse como una advertencia con respecto a utilizar la justicia para justificar la acción política como una suerte principio externo, puesto que la justicia que conocemos es aquella a la cual los estrechos límites de nuestra propia actualidad nos permiten acceder y en este sentido, cualquier idea de que de ella podamos elaborar corre el riesgo de ser justamente tributaria del estado de cosas que buscamos atacar mediante acciones que consideramos “justas”. También puede extraerse una segunda advertencia realizada a su contraparte: no es posible comprender lo que la justicia es más allá de la configuración de las relaciones de poder político y económico que modelan una sociedad determinada en un momento específico y por lo tanto, para comprender lo que decimos cuando hablamos de justicia, debemos estudiar esas relaciones. Este es el contexto en que puede comprenderse el rol que tienen para Foucault las luchas en contra del poder judicial. Chomsky reivindicaba su actuar a través del punto de que los actos efectuados en contra de la Guerra de Vietnam eran más justos que los realizados por el Gobierno de los Estados Unidos de ese entonces y en ese sentido eran perfectamente legales dado que un velo de justicia los cubría y justificaba, aun cuando el poder judicial no pudiese estar de acuerdo con ello. Para Foucault, en cambio, el punto se trata justamente de que una lucha en contra del poder judicial no tiene como finalidad una forma superior de justicia, sino que “La lucha anti-judicial es una lucha contra el poder, no creo que esto sea una lucha contra las injusticias, contra las injusticias de la justicia, y por un mejor funcionamiento de la institución judicial”.¹⁶⁶ La idea de justicia, así, y el poder judicial que se encarga de ella, son para Foucault cuestiones que dicen relación con el ejercicio del poder, son uno de los tantos mecanismos por los cuales dentro de una sociedad determinada el poder es ejercido. Los

¹⁶⁵ CHOMSKY, Noam y FOUCAULT, Michel. La naturaleza humana: justicia versus poder. Un debate. Buenos Aires, Argentina: Katz, 2006, p.29.

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. Microfísica del poder. 3ª ed. Madrid, España: Las Ediciones de La Piqueta, 1992, p.82.

tribunales, de este modo, no actúan neutramente, sino que tienen funciones específicas que dicen relación con la manera en que la justicia se ejerce, como poder, sobre un grupo de individuos. Es por ello, que para Foucault incluso “[l]a forma misma del tribunal pertenece a una ideología de la justicia que es la de la burguesía”.¹⁶⁷

La mirada de Foucault apunta así a que el sistema de administración de justicia que es visible en cada sociedad participa de la configuración general del poder. La obra de este autor ha trabajado esta idea por medio de la realización de un estudio acerca de la relación que existe entre las formas de ejercicio del poder y de conocimiento que ha utilizado el poder judicial en su momento y cómo ellas se han expandido en distintas esferas de la sociedad o cómo ellas mismas vuelven de forma diversa al seno de la justicia. Este trabajo, expuesto en una serie de conferencias las cuales se conocen bajo el título de “La verdad y las formas jurídicas” es clave, pues en ellas al autor le interesa mostrar, entre otras cosas, “cómo se formó el poder judicial” a partir del siglo XII en Europa.¹⁶⁸

Foucault describe este proceso comenzando desde la caracterización del derecho en la sociedad feudal. Este tenía como rasgo distintivo una cierta similitud con el derecho germánico, en el cual los procesos judiciales tenían más relación con una prueba de fuerza entre dos contendores, una estructura agonial, que con el establecimiento de la verdad por parte de un tercero. En este sentido, podemos señalar —siguiendo al autor— que esta época corresponde a un periodo pre-judicial, donde no es distinguible aún el nacimiento de un poder judicial propiamente tal. Esta circunstancia tiene estrecha relación con la forma en que se producía la circulación de los bienes en la sociedad feudal, la cual tenía como principal medio “la guerra, la rapiña, la ocupación de tierras, de un castillo o una ciudad”.¹⁶⁹ Ellas permitían que quienes tuviesen el poder suficiente para realizar una invasión, podían por un mecanismo difuso entre actividad bélica y derecho, apropiarse de los bienes del vencido. “La guerra, el litigio judicial y la circulación de bienes forman parte, a lo largo de la Edad Media, de un gran proceso único y fluctuante”.¹⁷⁰ Es de entender que esto no fuese modificado, pues permitía la concentración de armas y riquezas en manos de los más poderosos. En la Alta Edad Media, por lo tanto, “[n]o había un poder

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, España: Gedisa, 2008, p.78.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p.76.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 77.

judicial autónomo y tampoco un poder judicial en manos de quien detentaba el poder político o poder de las armas”¹⁷¹ y es solamente con la maduración de un proceso de acumulación de riquezas, armas y poder político que concluye con la aparición de la primera gran monarquía medieval a mitad del siglo XII que se da fin a esta etapa pre-judicial.

Es junto a este proceso de concentración del poder político, económico y militar que aparecen también una serie de fenómenos novedosos que comienzan a prefigurar el nacimiento de lo que hoy conocemos como poder judicial: primero, el surgimiento de “[u]na justicia que no es más pleito entre individuos y libre aceptación por estos individuos de ciertas reglas de liquidación sino que, por el contrario, se impondrá a individuos, oponentes, partidos. Los individuos no tendrán en adelante el derecho de resolver, regular o irregularmente, sus litigios; deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como poder judicial y político”.¹⁷² En segundo lugar, Foucault destaca la aparición una figura que se denomina “procurador”. Se trata de un personaje que funciona como un representante del soberano, del rey o del señor y que aparece cada vez que hay un crimen en una posición similar a la de la víctima a la cual terminará sustituyendo. De esta manera, el soberano asume la posición de lesionado por el delito ocasionado. Esta figura permitirá que el poder político se vaya apropiando de los procedimientos judiciales.¹⁷³ Tercero, el ingreso al derecho de una noción novedosa que es la de la “infracción”. Con anterioridad la cuestión que justificaba los litigios era simplemente el daño que se había producido. Con la infracción, en cambio, la lesión cometida afecta directamente al soberano, es decir, a quien ha establecido la ley. “La infracción no es un daño cometido por un individuo contra otro, es una ofensa o lesión de un individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano”.¹⁷⁴ Cuarto, surge la idea por medio de la cual el soberano no solamente es lesionado por medio de la infracción, sino que además, requiere de una acción que vaya destinada a reparar esta afección al soberano: nacen de esta forma las multas. Para Foucault, estas últimas tendrán gran importancia en la situación económica de las monarquías, pues a ellas va aparejado “el gran mecanismo de las confiscaciones. Las

¹⁷¹ *Ibíd.*, p.78.

¹⁷² *Ibíd.*, pp.78, 79.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 79.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p.80.

confiscaciones de bienes son para las monarquías nacientes uno de los grandes medios para enriquecerse e incrementar sus propiedades”.¹⁷⁵ De esta forma, el control de la justicia por parte del poder político produce grandes beneficios económicos e ingresos con su actuar, el control de la justicia implica por tanto también una forma de enriquecimiento. Así, los distintos sistemas de justicia “formaban parte de la circulación de las riquezas y del sistema de contribuciones fiscales. Para los que las poseían, constituían un derecho [...]; para los justiciables la justicia adoptaba la forma de una renta no regular, pero a la que en ciertos casos era necesario plegarse”.¹⁷⁶ Se invierte de este modo el principio de funcionamiento pre-judicial: “parece que más antiguamente la justicia era un derecho por parte de los justiciables (derecho de pedir justicia si lo consideraban conveniente), y un deber para los árbitros (obligación de poner en práctica su prestigio, su autoridad, su sapiencia, su poder político-religioso). A pesar de esto se convertirá en un derecho (lucrativo) para el poder, obligación (costosa) para los subordinados”.¹⁷⁷

Esta serie de transformaciones fue posible, en gran medida, gracias a ligazón profunda que existe entre justicia y fuerza armada.¹⁷⁸ Señala Foucault que la sustitución de “las guerras privadas por una justicia obligatoria y lucrativa, imponer una justicia en la que se es a la vez juez, parte y fiscal; en lugar de transacciones y compromisos, imponer una justicia que asegura, garantiza y aumenta en proporciones importantes la renta sobre el producto del trabajo, todo esto implica disponer de una fuerza de opresión. No se la puede imponer más que mediante una coacción armada: allí donde el soberano es militarmente bastante fuerte para imponer su ‘paz’, puede haber renta fiscal y jurídica”.¹⁷⁹ Es la concentración de poder militar la que permite, por ello, el nacimiento de un poder judicial autónomo. Ante las revueltas campesinas y urbanas del siglo XIV, apunta Foucault, la feudalidad busca respuesta en un poder, un ejército y una justicia centralizados. “Así apareció un poder ‘judicial’ que fue presentado como la expresión del poder público: árbitro a la vez neutro y autoritario, encargado al mismo tiempo de resolver ‘justamente’ los litigios y de asegurar ‘autoritariamente’ el orden público. Sobre este fondo de guerra social, de descuentos fiscales y de concentración de fuerzas armadas se estableció el poder judicial”¹⁸⁰ De este

¹⁷⁵ Ídem.

¹⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*. Op. Cit., p. 48.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.49.

¹⁷⁸ Ídem.

¹⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*. 3ª ed. Madrid, España: Las Ediciones de La Piqueta, 1992, p. 49.

¹⁸⁰ Ídem.

modo la aparición de una nueva forma de justicia, una justicia judicial, está estrechamente relacionada con el surgimiento de las monarquías en la edad media, pues implicaban una forma de acumular riquezas y poder político, así como las monarquías utilizaron como herramienta relevante de ejercicio de su poder al propio poder judicial. Foucault señala que las “monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitía la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de esta transformación”.¹⁸¹

Esta función que podríamos llamar “fiscal” en cuanto implica un beneficio económico para las monarquías emergentes y que caracteriza el nacimiento de un poder judicial comienza a perder protagonismo cuando una serie de fenómenos vuelven necesaria una operación diferente de la justicia. Con el desarrollo de lo que Foucault ha denominado como “sociedad disciplinaria”, la transformación de la prisión en el paradigma de esta sociedad y la constitución del encierro como forma hegemónica de castigo penal, la tarea de la justicia pasará a concentrarse cada vez menos en las infracciones que los individuos realizan para fijar su objetivo en los infractores mismos. La penalidad y en particular la función judicial comienza a convertirse más en una forma de control de las virtualidades de los individuos —que se pregunta qué es lo que estos pueden hacer, qué son capaces de hacer o cuál es su disposición a hacer algo— que en aparatos preocupados por determinar la realidad o no de una transgresión a la ley. Junto a ello va apareciendo una noción que viniendo desde afuera de la práctica de los tribunales y del conjunto de estudios encargados del derecho penal acompaña hasta hoy, sin embargo, la tarea judicial: la idea de peligrosidad. “Así, la gran noción de la criminología y la penalidad de finales del siglo XIX —señala Foucault— fue el escandaloso concepto, en términos de teoría penal, de peligrosidad. La noción de peligrosidad significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad según sus virtualidades y no de sus actos; no por las infracciones efectivas de una ley también efectiva, sino por las virtualidades de comportamiento que ellas representan”.¹⁸²

Dada la aparición de este concepto extraño a la práctica penal, comienzan a surgir a la vez toda una serie de aparatos, individuos e instituciones que se anexan a la labor del tribunal para hacerse cargo de aquel, elementos que buscarán estudiar, medir, explicar e influir en la peligrosidad de los individuos. Sin embargo, en el proceso mediante el cual actúan para

¹⁸¹ FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Op. Cit., pp. 80,81.

¹⁸² *Ibíd.*, p.102.

corregirla van modificando a su vez la función de los tribunales a los cuales debían ayudar. Señala Foucault que “la penalidad del siglo XIX tiene en vista menos la defensa general de la sociedad que el control y la reforma psicológica y moral de las actitudes y el comportamiento de los individuos”.¹⁸³ Se busca corregir a los individuos, transformarlos, hacerlos útiles, entrando de este modo a una época que podría caracterizarse como una de “ortopedia social”¹⁸⁴ y para lo cual, ya no basta con la mera labor del tribunal, “la institución penal no puede estar en adelante enteramente en manos de un poder autónomo, el poder judicial”,¹⁸⁵ sino que serán necesarias una serie de instituciones que actúen de forma lateral a ella, tales como la policía y otras tantas de vigilancia y de corrección: “la policía para la vigilancia; las instituciones psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas y pedagógicas para la corrección. Es así que se desarrolla en el siglo XIX alrededor de la institución judicial y para permitirle asumir la función de control sobre la peligrosidad de los individuos, una gigantesca maquinaria de instituciones que encuadrarán a éstos a lo largo de su existencia; instituciones pedagógicas como la escuela, psicológicas o psiquiátricas como el hospital, el asilo, etcétera. Esta red de un poder que no es judicial debe desempeñar una de las funciones que se atribuye la justicia a sí misma en esta etapa: función que no es ya de castigar las infracciones de los individuos, sino de corregir sus virtualidades”.¹⁸⁶

La tarea que comienza a ser relevante en sede judicial se ve modificada de este modo y cambia también el rol que el tribunal tiene dentro de la misma función. Apoyado en una serie de instituciones anexas le corresponde ahora la corrección de los individuos más que el castigo de las infracciones. Esto tiene que ver, en parte, con la pérdida de fuerza del funcionamiento del poder judicial como fuente de ingresos para el fisco, pero también con el aumento de una función política diferente. La sociedad del panóptico posiciona a la justicia como una herramienta de poder que tiene por objetivo final combatir las posibilidades de sedición o resistencia ante una nueva estructura del poder político y económico. El “panoptismo” nace como correlato político del fenómeno económico que implica el nacimiento del capitalismo, es decir, con el surgimiento de una nueva forma de

¹⁸³ *Ibíd.*, p.101.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p.103.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p.102.

¹⁸⁶ *Ídem.*

producción, que dice relación con la acumulación de capital materializado en mercancías, máquinas y materias primas, entre otros y que es cada vez menos monetario. Esto conlleva la creación de nuevas formas de control y cuidado de ellas, dentro de las cuales la justicia juega un rol importante: “El nacimiento del capitalismo, la transformación y aceleración de su proceso de asentamiento se traducirá en este nuevo modo de invertir materialmente las fortunas. Ahora bien, estas fortunas compuestas de *stocks*, materias primas, objetos importados, máquinas, oficinas, están directamente expuestas a la depredación. Los sectores pobres de la población, gentes sin trabajo, tienen ahora una especie de contacto directo, físico con la riqueza. A finales del siglo XVIII el robo de los barcos, el pillaje de almacenes y las depredaciones en las oficinas se hacen muy comunes en Inglaterra y justamente el gran problema del poder en esta época es instaurar mecanismos de control que permitan la protección de esta nueva forma material de la fortuna”.¹⁸⁷ Tienen fuerza también en este sentido, las nuevas distribuciones agrícolas en Inglaterra y Francia, con la división de las grandes propiedades, por medio de la cual desaparecen las grandes extensiones de tierra sin trabajar y los espacios comunes, dando paso a tierras privadas y cerradas que se encontraban expuestas al robo y al pillaje. Podemos decir, con Foucault, que la sociedad disciplinaria nace con motivo de una “nueva distribución espacial y social de la riqueza industrial y agrícola”.¹⁸⁸

Es en este contexto que la labor que han de cumplir los tribunales muta desde una función principalmente fiscal a lo que Foucault denomina la lucha “anti-sediciosa”: “La represión de las revueltas populares había sido sobre todo hasta entonces una tarea militar. Más tarde la represión estuvo asegurada, o mejor prevenida, por un sistema complejo: justicia-policía-prisión”.¹⁸⁹ Este complejo tendría tres funciones esencialmente, de las cuales una predomina sobre las otras dependiendo de la coyuntura específica y el estado de cosas: en primer lugar, este sistema se constituye como un mecanismo por medio del cual el pueblo debe asumir su estatuto de proletario y aceptar las condiciones por medio de las cuales se les explota: es por tanto una función de “proletarización”. Foucault describe esta primera función señalando que “desde finales de la Edad Media hasta finales del siglo XVIII, todas las leyes contra los mendigos, los vagabundos y los ociosos, todos los órganos de policía destinados a darles caza, los obligaban –y en esto está su papel– a aceptar, allí donde

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p119.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 120.

¹⁸⁹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*. Op. Cit., p.57.

estuviesen, las condiciones que se les propusieran, las cuales eran terriblemente malas. Si las rechazaban, o si se escapaban, si mendigaban o ‘no hacían nada’, entonces les esperaba el encierro y con frecuencia los trabajos forzados”. Un segundo objetivo de este mecanismo consiste, a su juicio, en la represión de los individuos del pueblo que puedan ser considerados como violentos o peligrosos y que pudiesen tomar las armas o tener algún papel importante en alguna forma de revuelta popular o insurrección: “[e]ntre el labrador endeudado obligado a abandonar su tierra, el campesino que huía del fisco, el obrero desterrado por robo, el vagabundo o el mendigo que rechazaba limpiar las alcantarillas de la ciudad, los que vivían del pillaje en el campo, los pequeños rateros y los salteadores de caminos, los que en grupos armados atacaban al fisco, o de un modo general a los agentes del Estado, y en fin aquellos que, los días de insurrección en las ciudades o en el campo, llevaban las armas y el fuego”.¹⁹⁰ El tercer movimiento que, según Foucault, tiene este sistema por realizar es el de introducir una contradicción dentro del pueblo mismo o, más bien, de la plebe: un desencuentro entre el proletariado y la plebe no proletarizada, haciendo parecer a esta última como dañina para la primera, así se trata de “hacer aparecer a los ojos del proletariado, la plebe no proletarizada como algo marginal, peligroso, inmoral, amenazante para toda la sociedad, la hez del pueblo, el desecho, el ‘hampa’; se trata para la burguesía de imponer al proletariado por vía de la legislación penal, de la prisión, pero también de los periódicos, de la ‘literatura’, determinadas categorías de la moral llamada ‘universal’ que servirán de barrera ideológica entre éste y la plebe no proletarizada”.¹⁹¹ Esto trae una serie de beneficios para la clase dominante, pues le permite utilizar a estos últimos en contra del mismo proletariado, como policías, soplones, matones, como instrumentos de vigilancia y represión.¹⁹²

De esta forma la justicia se constituye en un agente administrador de los individuos: como forma de someterlos a determinadas condiciones de existencia, como productor de contradicciones en el seno del pueblo en vista a su propia condición y como una herramienta del poder de clase con el fin de producir beneficios políticos para el mismo a través del juego de divisiones que introduce. Este sistema actúa como una manera de absorber a toda esa población flotante, desocupada, desempleada de la que en periodos anteriores se hacía cargo tanto la labor militar como la colonización, en lo que podíamos llamar política imperialista. De aquí en adelante, a juicio de Foucault, esta política es

¹⁹⁰ Ídem.

¹⁹¹ *Ibíd.*, pp. 57,58.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 58.

sustituida por el modelo “fascista” constituido por la policía, el encierro y la cuadriculación.¹⁹³

La justicia y el paradigma de la seguridad

Hasta este punto es posible encontrar en la obra foucaultiana un desarrollo esquemático de acerca de las formas en que ha operado aquello que conocemos como justicia. Sin embargo, es posible rastrear todavía en este autor otros trabajos que dan cuenta de una forma de actuación de los sistemas de administración de justicia que no coincide exactamente con la idea de que estos están dispuestos para generar ingresos fiscales ni se corresponde con la lucha antiseduciosa directamente. Esto parece tener relación, al menos en parte, con el estudio realizado por este autor relacionado con nuevas formas de intervención del poder político a partir de la segunda mitad de la década de 1970, en la cual se problematiza no ya solamente la “soberanía” o la “disciplina” como esquemas generales del ejercicio del poder, sino que salen a la luz de los análisis de las nociones de “gobierno” y de “gubernamentalidad”, las cuales conllevan formas hasta ahora no desarrolladas de control y recortan a un nuevo sujeto de intervención distinto al individuo que Foucault denominará “población”. En palabras del propio Foucault, la gubernamentalidad puede ser entendida como "el conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esa forma de poder bien específica, aunque muy compleja, de poder que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad".¹⁹⁴ Esta forma de comprender las relaciones de poder dentro de un conjunto social, impulsa así estudios sobre cómo ciertos fenómenos históricos afectan no solo la constitución de los sujetos que en ellos se ven envueltos, sino que también la manera en que la población es sometida a nuevas formas de intervención como un blanco propiamente tal. Esto, por cierto, incluye también al poder judicial.

Ya hemos visto que con el nacimiento de ciertas instituciones de vigilancia y corrección que actúan de forma paralela a la justicia nace también como acoplado al delito la peligrosidad del individuo que lo comete, la cual es siempre un resto inatrapable por la sola terminología jurídica, que escapa a ella, pero que es puesta en el centro del quehacer de los

¹⁹³ *Ibíd.*, p.60.

¹⁹⁴ FOUCAULT, Michel. Seguridad, territorio, población. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2006, p.136.

tribunales superando a la simple idea de determinar quién es el infractor de una norma penal. Sin embargo, en las clases finales que dictó para su curso realizado durante 1981 en la Universidad de Lovaina, Foucault apunta una serie de implicaciones que ha tenido este concepto en la práctica penal en general y que son algo diferentes a los que ha venido señalando hasta el momento.

Así comienza señalando Foucault que partir de la invasión de la idea de peligrosidad en sede penal que comienza a producirse durante el siglo XVIII y XIX se vuelven necesarias una serie de nuevos saberes distintos a los que ejerce el propio tribunal, pues las nociones de “criminalidad de un individuo, de peligrosidad, de conducta criminal virtual, sólo se las podía hacer funcionar de manera racional dentro de algo muy diferente a un código jurídico: sólo se las podía hacer funcionar dentro de un saber técnico, capaz de caracterizar en sí mismo, y en cierto modo por debajo de sus actos, qué era un individuo criminal. Se necesitaba un saber en condiciones de medir el índice de peligro presente en un individuo. Se necesitaba para todo eso un saber que pudiese establecer la protección necesaria y suficiente frente al peligro que representaba un individuo”.¹⁹⁵ Estos saberes serán aquellos que derivan de los discursos propios de la psiquiatría, de la psicología y de la criminología, principalmente.

Esta falta de adecuación entre la labor que puede realizar el tribunal y aquella que son capaces de realizar las instituciones de vigilancia y corrección, entre el conocimiento jurídico y el saber criminológico es, para la lectura que realiza Foucault, una disputa que tiene como centro el desplazamiento de la cuestión de la penalidad fuera del derecho penal mismo y modificar, con ello, el núcleo de su funcionamiento. En términos del autor: “[f]rente a los principios tradicionales de la legislación criminal, la escuela italiana o los antropólogos de la criminalidad pedían, en definitiva, nada menos que apartarse del derecho. Pedían una verdadera despenalización del crimen mediante el establecimiento de un aparato que fuera de un tipo muy distinto al previsto por los códigos. Esquemmatizando mucho, yo diría que para la antropología criminal la cosa pasaba por abandonar totalmente la noción jurídica de responsabilidad, y plantear como cuestión fundamental no cuál es el grado de libertad del individuo, sino cuál es el nivel de peligro que él representa para la sociedad [...] Se trataba de destacar que lo que llamamos pena no tiene que ser un castigo

¹⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 241.

sino un mecanismo de defensa de la sociedad, y hacer ver entonces que la diferencia no se da entre responsables que condenar e irresponsables que liberar, sino entre sujetos absoluta y definitivamente peligrosos y aquellos que, por medio de ciertos tratamientos, podían dejar de serlo”.¹⁹⁶ El derecho penal es pujado por este movimiento a la idea de que ya no debe centrarse en el acto sino que en el actor y ni siquiera fijarse en las condiciones bajo las cuales este se hace responsable por un hecho que infringe una norma penal, sino que en aquello que hace de éste un verdadero sujeto de intervención: su peligrosidad. El desplazamiento fundamental que implica la intervención de todos estos nuevos saberes en el centro de la práctica penal es la consideración de que detrás de cada infractor de una norma penal se esconde ese cierto potencial latente que hay que tratar. La penalidad, así, debe irse transformando en una forma de combatir el peligro y defender a la sociedad de los sujetos que lo representan.

Ciertamente, ninguna de estas ideas puede en forma alguna de encuadrarse bajo los parámetros del derecho hasta ese momento. A juicio de Foucault “[n]i la criminalidad de un individuo, ni el índice de peligrosidad del cual era portador, ni su conducta virtual y futura, ni la protección de la sociedad en general ante esos peligros posibles [...] nada de eso puede en realidad integrarse con exactitud al sistema de los principios y nociones jurídicas en torno a los cuales se articulaban los Códigos establecidos entre finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Y los jueces, magistrados o jurados, si tenían que utilizar esas nociones, no eran en ningún caso capaces de saber cómo podrían articularlas con el sistema institucional que les atribuía su derecho a castigar”.¹⁹⁷ Esta tensión que va moldeando la forma en que el ejercicio del poder de juzgar se ejerce, le permite a Foucault señalar que nos encontramos ante el nacimiento de un paradigma completamente nuevo: el régimen de la seguridad como modelo de comprensión del sistema penal y la noción de defensa social como objetivo último del mismo.

Esto, ya que la existencia de estas ideas y de su fuerza como exigencia al derecho generan algunas líneas de transformación dentro de la propia práctica penal.¹⁹⁸ La primera de ellas proviene desde fuera del mundo del derecho, y dice relación con la integración de una hermenéutica del sujeto al análisis del crimen, por medio del cual este último este se

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 240.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 241.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 241,242.

constituye como un acto significativo.¹⁹⁹ A este respecto, señala Foucault que con ella se lleva al interior de la práctica penal “la cuestión de la relación problemática entre la responsabilidad de un acto y su inteligibilidad. La transporta al interior mismo de la práctica penal porque muestra que la relación de un acto con un sujeto no es simplemente asunto de imputabilidad, de causalidad más o menos libre, de responsabilidad, sino que al mismo tiempo es también una relación de significación”.²⁰⁰ La segunda de ellas, tiene como fuente el sistema de atribución de responsabilidad en materia civil que se ha depurado sobre todo desde finales de siglo XIX y comienzos del siglo XX mediante el cual ella se efectúa con prescindencia de la noción de culpa y teniendo como objeto central la noción de riesgo. Para Foucault, este esquema proveniente del derecho civil habría servido como modelo para el derecho penal, sobre la base de las proposiciones de la antropología criminal: “En el fondo ¿qué es un criminal nato, qué es un degenerado, qué es una personalidad criminal sino alguien que, según un encadenamiento causal difícil de reconstruir, presenta un índice particularmente elevado de probabilidad criminal? ¿Alguien que es, en última instancia, un riesgo de crimen? Así como se puede determinar una responsabilidad civil sin establecer una culpa, sino por la sola estimación del riesgo creado contra el cual hay que defenderse sin que sea posible anularlo, de la misma manera se puede hacer penalmente responsable a un individuo sin tener que determinar si era libre y, por tanto, si hay culpa; sólo hay que asociar el acto cometido al riesgo de criminalidad representado por su personalidad propia”.²⁰¹ Esta línea de transformación de la práctica penal modifica incluso el sentido que tiene la posible sanción que deriva de la tramitación de un proceso penal. La pena que será impuesta ya no tendrá como objeto la verificación de una infracción a una norma jurídica de forma voluntaria, sino que tendrá como rol “disminuir, tanto como sea posible —mediante la eliminación, o bien la exclusión; mediante diversas restricciones, o incluso medidas terapéuticas—, el riesgo de criminalidad representado por el individuo en cuestión”.²⁰²

El curso de 1981 no sigue profundizando demasiado sobre esta transformación de la justicia en vista de la exigencia de defensa social y el poder judicial bajo el paradigma de

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p.242.

²⁰⁰ *Ídem.*

²⁰¹ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad.* Op. Cit., p. 244.

²⁰² *Ídem.*

la seguridad, y a pesar de no haber un tratamiento más profundo dentro de la obra foucaultiana de estas líneas de trabajo, sí puede mencionarse un breve texto de 1979 publicado en el semanario francés *Le nouvel observateur* en el cual Foucault desarrolla estas ideas al dar cuenta de las consecuencias del acercamiento que manifiestamente se está produciendo entre seguridad y justicia. Según Jean-Francoise Bert, en este texto el autor describe de forma específica la “rueda de engranaje de peligrosidad-seguridad recordando cómo la justicia, inicialmente fuera del sistema, está consagrada, en este nuevo discurso donde la peligrosidad se mantiene desde ahora en un lugar central”.²⁰³

El texto consiste en una denuncia al mecanismo por medio del cual los tribunales asumen que su rol es el de ejercer su poder teniendo como objeto velar por la seguridad dentro de una sociedad y actuar como un mecanismo de protección de una población. Su fundamento es la situación vivida el 23 de marzo de ese mismo año, día en el cual, durante una manifestación de representantes de los obreros metalúrgicos de Lowngy en la calles de París, fueron detenidas numerosas personas muchas de las cuales afirmaban no haber tenido participación alguna en los saqueos producidos en la movilización. Como punto de partida, Foucault sostiene que habría que dejar de considerar la situación vivida este día — la detención masiva de personas— como una cuestión excepcional. Señala que el punto principal es que todo lo ocurrido no tiene nada de extravagante ni especial. Todo —a su juicio— se encuentra de acuerdo, primero, a las reglas del procedimiento, segundo a la legislación en vigor y, tercero, a cierta "filosofía" de la práctica.²⁰⁴ Así, señala que procedimentalmente quedaría todo cubierto por el delito flagrante, figura que a pesar de poner en duda uno de los principios fundamentales del derecho penal —la separación entre instrucción y persecución— forma parte de los mecanismos procesales vigentes.²⁰⁵ Ahora bien, en cuanto a la legislación que autoriza tales detenciones entra en juego la entonces vigente ley anti-desmanes utilizada en esa situación, una ley que, según describe Foucault, concibe como delito el solo hecho de participar en una manifestación en donde se provoquen desmanes, bastando por ejemplo que una persona haya simplemente asistido a ella. Con todo, y a pesar de lo increíblemente vaga que pueda resultar esta suposición, la prueba será que la policía ha visto y atrapado a alguien. Así, bajo el alero de esta ley y por

²⁰³ BERT, Jean-Francoise. Op. Cit., p.5 (traducción propia).

²⁰⁴ FOUCAULT, Michel. El poder, una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 203.

²⁰⁵ *Ibíd.*, p.204.

medio de la detención de un individuo amparado bajo la figura de la flagrancia del delito, se genera el resultado de que cualquier persona que haya estado presente en dicha manifestación puede ser de inmediato capturada por la policía, dejando muy pocas posibilidades de defensa. "La ley antidesmanes permite a la policía general al instante un 'delito' y un 'delincuente', a los cuales el procedimiento de flagrante delito impondrá el sello de una verdad sin discusión".²⁰⁶

Foucault plantea que la pregunta que debería hacerse es si acaso estos problemas que son ciertamente complejos en vista a un correcto funcionamiento del sistema de adjudicación en materia penal son simplemente pasados por alto y obviados por la justicia, es decir, si siendo tan nociva para los principios de un sistema penal la aplicación en conjunto de la ley antidesmanes bajo el procedimiento del delito flagrante, los jueces solo lo han hecho hasta ahora por ignorancia con respecto a sus efectos y defectos. Lo que indica el autor del texto ante esta pregunta es lo siguiente: los jueces son completamente conscientes la situación que enfrentan y los efectos que genera. Pero si ello es así, habría que preguntarse por la forma en que se justifica que estas resoluciones sean dictadas y es justamente como respuesta a ello donde entraría en juego esa cierta "filosofía" de la práctica a la que se hacía mención anteriormente y que permea de forma progresiva la práctica penal: la justificación de la actuación de los jueces —señala Foucault— vendría dada por la idea de que la justicia, al castigar a las personas bajo estas circunstancias, estaría actuando en pos de "la defensa de la sociedad".²⁰⁷ La justicia se coloca a sí misma en una posición en la cual su misión es velar por la seguridad de todo el cuerpo social. "Ésta muy antigua idea está convirtiéndose —y esa es la novedad— en un principio concreto de funcionamiento. Del último de los fiscales adjuntos al ministro de justicia, todos garantizan la 'defensa social' y toman medidas en función de esos objetivos".²⁰⁸

Esta forma de funcionamiento de los tribunales, su actuación en base a un objetivo de defensa social, genera consecuencias de bastante peso a juicio del autor:

(a) Desdibujamiento de los límites institucionales y uniformación de la función que cumple cada una de las instituciones, se pierden los contrapesos y los controles mutuos. "La

²⁰⁶ Ídem.

²⁰⁷ Ídem.

²⁰⁸ Ídem.

defensa de la sociedad se convierte en un principio funcional común a la policía, los fiscales, los magistrados instructores y los jueces [...] Del hombre con casco y chiporra al que juzga según su alma y conciencia, todo el mundo, en un movimiento solidario, se pone de acuerdo para cumplir un mismo papel".²⁰⁹

(b) Demarcación de un objetivo a perseguir que va más allá de la infracción. La importancia real la tienen los peligros, las amenazas para la seguridad: "Son estos, los peligros, los que marcan la importancia relativa de las infracciones: gran peligro de una piedra arrojada, pequeño peligro de un gran fraude fiscal".²¹⁰ Y no solo eso, sino que el peligro toma tal importancia que incluso es más relevante que la comprobación efectiva de la infracción, poco pasa a importar tal certeza si detrás del manifestante se puede visualizar una pequeña revuelta y luego una revolución, en estos términos, "[l]a justicia debe reaccionar más ante el peligro real que ante el delito comprobado".²¹¹

(c) Protección en contra del peligro que lleva consigo que se tomen todos los medios necesarios para hacerlo, esto es, la puesta en práctica de una estrategia para conseguir controlarlo y con ello influir en los niveles de seguridad. Si es posible castigar a verdaderos infractores resulta perfecto, pero si no "la estrategia de amedrentar es más eficaz: infundir miedo, tomar medidas ejemplificadoras, intimidar".²¹² Y esto en gran parte sobre ciertos sujetos específicos, sobre "la 'población en blanco' que es móvil, disgregable, incierta y que algún día podría llegar a ser inquietante: jóvenes desocupados, estudiantes universitarios, estudiantes secundarios, etc."²¹³

(d) Reconfiguración de la posición de la justicia que fija su objeto de protección no en la sociedad, sino que en el Estado: "Así el papel de la justicia consiste en proteger al Estado contra peligros que al amenazarlo, amenazan a la sociedad que él mismo tiene la función de proteger. Bien calzada queda entonces la justicia entre la sociedad y el Estado. Esa es su función, ese es su lugar, y no, como ella misma todavía dice, entre el derecho y el individuo".²¹⁴ Los peligros se constituyen como tales, por lo tanto, menos porque representan problemas para el ciudadano que por el potencial perjuicio que puede

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 205.

²¹⁰ *Ídem.*

²¹¹ *Ídem.*

²¹² *Ídem.*

²¹³ *Ídem.*

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 206.

ocasionar al Estado. Así, la justicia penal ejerce su poder de castigar en vista y alineándose a los intereses de éste último.

Esta filosofía práctica que, acusa Foucault, está constituyéndose en un principio de funcionamiento del aparato judicial en Francia, muestra cómo la justicia pasa a convertirse en un mecanismo más de administración de poder. Las condenas que se produjeron a raíz de la movilización por la cual escribe no son —su juicio— aberrantes a la luz de las circunstancias actuales, no constituyen una excepción al normal funcionamiento de la justicia, sino que más bien dejan ver una mutación en proceso. Ellas "[m]uestran con efecto de aumento la transformación insidiosa en virtud de la cual la justicia penal está convirtiéndose en una '**justicia funcional**'. Una justicia de seguridad y protección. Una justicia que, como tantas otras instituciones tiene que administrar una sociedad, detectar lo que es peligroso para ella, alertarla acerca de sus propios peligros. Una justicia que se asigna la misión de velar por una población en vez de respetar a unos sujetos de derecho".²¹⁵

La aparición de las figuras relacionadas con la peligrosidad de los individuos han puesto en el seno de la justicia un imperativo: defender a la sociedad de aquello que parece amenazarla. La justicia funcional es justamente la forma que asume este poder judicial, dejando atrás la muchas veces estricta limitación que implica el derecho, el tribunal debe fallar persiguiendo un objetivo para el cual las leyes no siempre alcanzan, pero del cual comienzan a hacerse cargo: la seguridad de la sociedad.

Lo propuesta de Foucault muestra cómo desde su nacimiento la justicia ha tenido ciertos roles relacionados con las formas de ejercicio del poder —generación de beneficios económicos para las monarquías nacies, desactivador de las posibilidades de sedición y aseguramiento ante los peligros virtuales de los individuos— por lo que, si esto es cierto, la expresión “justicia funcional” sería una redundancia, se respetará la nomenclatura que el autor ha acuñado, comprendiendo que con ella se hace referencia solo a aquel tipo de configuración de la justicia que pone como objetivo la seguridad. Esta puede llamarse, con razón, justicia funcional, pues el tribunal tiene como objeto primario menos el ordenamiento jurídico que el peligro latente en las personas que ha de juzgar y en este sentido el poder que este ejerce está orientado, guiado y en concordancia con estos fines. La justicia funcional es por tanto una configuración de la justicia que determina su

²¹⁵ Ídem. (Destacado es propio).

actuación no en base a las normas jurídicas ni actuando de forma imparcial sino que, por el contrario, busca una finalidad que va más allá de la norma —la seguridad— y juzga algo más que individuos —su peligrosidad—.

Podría así cerrarse esta pequeña revisión de la historia de las maneras en que ha operado la justicia desde la edad media hasta la actualidad señalando que la justicia funcional puede entenderse como: primero, una cierta configuración de la justicia que tiene sus fundamentos tanto en la aparición de ciertos problemas dentro de la práctica penal que dicen relación con figuras extrajurídicas como la idea de peligrosidad de los individuos, la intromisión de ciertos elementos externos e internos del derecho en la labor de los tribunales de justicia que le llevan a asumir ciertas posturas como la relación de significación que tiene un delito para con su autor y el paulatino pero constante alejamiento de la idea de culpa en un acercamiento a las reglas de responsabilidad objetiva en el derecho civil, la aparición de una nueva forma de comprensión de la labor de los tribunales en la cual se les requiere para ejercer una defensa de la sociedad, y un progresivo desplazamiento del objeto de intervención del poder político por medio del cual el sujeto pierde protagonismo pasando a ganar la figura de la población. Segundo, el esquema de funcionamiento bajo el cual parece funcionar de forma hegemónica la justicia en la actualidad y bajo la cual se requiere que lo haga, dejando en un lugar secundario sus papeles de control de las posibilidades de sedición de los miembros de una comunidad política como también de potente agente de enriquecimiento fiscal. Y tercero, como la transformación por medio de la cual los tribunales de justicia en lo penal pasan a formar parte de un mecanismo de ejercicio del poder que tiene por objeto el control de una población a través de distintos modos de intervención y bajo la idea de que su actuar es una forma de protección de esta con respecto a la peligrosidad latente en el seno de ella misma.

Hacia una justicia funcional

Me parece que es justamente el esquema que recién hemos descrito, el de la justicia funcional, el modelo que de forma subyacente se ha establecido predominantemente en nuestro país para comprender la labor judicial. Postulo que esta lectura de funcionamiento de la justicia es en forma manifiesta expresada a través la existencia de una prisión preventiva como la que contempla nuestra legislación, pero también es esta misma manera de comprensión de la operación de la justicia la que posibilita la gran expansión que la causal del peligro para la seguridad de la sociedad ha experimentado en los últimos años.

Ilustraré este punto primero a través de dos ejemplos que dan cuenta de la manera en que la justicia es leída tanto por el mismo poder judicial a través de un discurso realizado por la Corte Suprema, como por el poder ejecutivo mediante la presentación de una iniciativa para crear un “observatorio judicial” durante el año 2013. Luego pasaré a mostrar de qué forma la normativa nacional relativa a la prisión preventiva sostiene una justicia funcional.

La transformación denunciada por Foucault enseña que esta provoca un desplazamiento en cuanto a los criterios que pueden ser utilizados a la hora de medir el éxito con que el tribunal desempeña su tarea. Si la principal motivación para la acción de un juez fuese el respeto al derecho, entonces las resoluciones que este dicta deben ser evaluadas en base a su correspondencia o no con este; sin embargo, si el principio de actuación del tribunal está dado ya no por la ley, sino por el peligro que supone un individuo determinado y en ese sentido el objetivo es la seguridad de una sociedad, entonces el desempeño de este tribunal solamente podrá ser medido como puede serlo un mecanismo que tenga por objeto otorgar seguridad, es decir, en base a la pregunta por si es eficiente o no lo es. Esto implica, ciertamente, una distorsión importante pues se trata de dos modelos completamente distintos: mientras que en el primer caso, la evaluación dice relación con un criterio fuertemente cualitativo, que se traduce en el binomio conformidad/disconformidad con el sistema jurídico, la justicia funcional opera bajo una forma de evaluación distinta, que puede entenderse bajo el binomio eficiente/ineficiente, lo cual implica un cambio en el tipo de juicio que ha de realizarse, el cual es en este caso fuertemente cuantitativo en tanto que habrá que analizar mediante un razonamiento económico la medida en que el sistema de justicia reprime los peligros que se presentan en una sociedad, el número de sentencias que van en este sentido o la medida en que los tribunales contribuyen a esta defensa social.

Dentro de su trabajo, Foucault ha descrito el funcionamiento de los mecanismos de seguridad a través del análisis de la manera en que el neoliberalismo estadounidense ha utilizado un modelo de inteligibilidad económico para comprender fenómenos no propiamente económicos. Uno de los ejemplos que muestra es el análisis que puede realizarse al crimen bajo estos términos. La conclusión a la que este estudio llega puede ser leída en los términos de la siguiente pregunta: ¿cuál es el nivel de criminalidad que debe soportar una sociedad? Esto quiere decir que a diferencia de otras formas de intervención, este análisis plantea que no es económicamente eficiente la eliminación total de la criminalidad en una sociedad por los grandes costos que ello implica, es decir, la criminalidad es un hecho con respecto al cual se puede influir, guiar, modificar los índices

que la miden, pero esto siempre y cuando los beneficios que trae aparejado no sobrepasen a los costos que ello implica.²¹⁶ No se trata, por tanto, de la distinción binaria entre permitido o prohibido, ni tampoco de la aplicación de mecanismos de vigilancia y corrección. Frente a un fenómeno como la criminalidad a esta forma de intervención se apareja una serie de preguntas tales como ¿cuál es el índice de criminalidad de ese tipo penal?, ¿cómo se puede prever estadísticamente su ocurrencia?, ¿qué factores permiten su aumento o su disminución?, ¿cuáles son los perjuicios que este genera?, ¿cómo puede evitarse su ocurrencia?, ¿es más efectiva una represión blanda o una de carácter severa? Y una vez detenido el culpable: ¿vale la pena el castigo?, ¿cuáles son los costos de éste? Para Foucault esta forma de intervención puede ser caracterizada en términos generales bajo la pregunta por “cómo mantener un tipo de criminalidad [...] dentro de límites que sean social y económicamente aceptables y alrededor de una media que se considere, por decirlo de algún modo, óptima para un funcionamiento social dado”.²¹⁷

La justicia funcional, en tanto mecanismo de seguridad, debe medir su actuar en términos que implican criterios de eficiencia y por tanto, un juicio de carácter cuantitativo que es satisfecho con preguntas tales como: ¿cuántas sentencias condenatorias se dictaron, cuántas absolutorias? ¿Qué cantidad de solicitudes de medidas cautelares fue rechazada, qué cantidad aceptada? ¿Concedió el juez, en su mayoría la prisión preventiva cuando esta fue solicitada?

Este modelo podemos verlo también operando en nuestro país. El año 2015, en un discurso realizado por la Corte Suprema, se enfrenta por medio de estadísticas las afirmaciones que cuestionan el rol que tenía el poder judicial en materias de seguridad ciudadana, las cuales sostenían que este no cumplía eficazmente con su deber. Así, al demostrar que durante el año 2014, de un total de 311.960 audiencias de control de la detención solamente en 2.413 fue decretada la ilegalidad de la detención, lo que corresponde apenas a un 0.77 %, o que durante ese mismo año de las 44.200 oportunidades en que el Ministerio Público solicitó la prisión preventiva esta fue acogida en el 86, 8 % de los casos, el Presidente de la Corte Suprema sostiene que:

²¹⁶ FOUCAULT, Michel. Nacimiento de la biopolítica. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 275- 304.

²¹⁷ FOUCAULT, Michel. Seguridad, territorio, población. Op. Cit., pp. 17, 18.

“Se descartan, de este modo, las afirmaciones recurrentes relacionadas con el rechazo de la prisión preventiva o la declaración de la ilegalidad de la detención. No hay mano blanda, no hay exagerado garantísmo, los delincuentes no quedan libres al pisar los tribunales [sic]”.²¹⁸

De esta forma el medio por el cual se defiende el poder judicial no dice relación con criterios de corrección que permitan sostener la calidad de las sentencias emitidas por este, sino que más bien con una cifra que respalda que su actuar no es “blando” con los delincuentes. La cuestión que podría preguntarse en este sentido, en una relación estrecha con los análisis que señalaba Michel Foucault, es ¿qué cantidad de resoluciones que decreten la prisión preventiva, por ejemplo, bastaría para decir que el poder judicial cumple su rol adecuadamente? Como vemos se trata de una cuestión estadística, de eficiencia en relación a un criterio cuantitativo.

Por otra parte, una manifestación que tuvo gran efecto mediático en nuestro país de esta misma exigencia de defensa social a los jueces, característica de la justicia funcional, es el proyecto que pretendía instaurar un observatorio judicial que se encargue de la supervisión de la correcta aplicación de la ley por parte de los jueces y que permitiera a la ciudadanía tomar conocimiento de sus resoluciones. Las siguientes son declaraciones del entonces Presidente de la República, Sebastián Piñera, en apoyo a esta iniciativa, recogidas por el diario La Tercera del día 11 de junio del 2013:

"La lucha contra la delincuencia es una lucha en que participan muchas instituciones, Investigaciones, Carabineros, los Fiscales, los Jueces, gendarmería, el gobierno y **bastante con que uno de los eslabones falle para que la cadena se debilite.**

Y tengo la impresión que **hay un problema en la forma cómo se aplican las leyes porque muchos jueces no están aplicando la ley en forma correcta.** Muchas veces le entregan demasiada atención y preferencia a los derechos del delincuente y se olvidan de los derechos de la gente inocente.

Lo que estamos diciendo es que la información de cómo trabajan los jueces, cuánto se demoran, cuantas causas tienen, a cuanta gente dejan en libertad, a cuanta gente condenan, es algo que la gente debiera poder conocer. Y por lo tanto esto no significa interferir con la

²¹⁸ Discurso Presidente Corte Suprema de Justicia. Santiago, Chile 26 agosto 2015, p. 10 [en línea]. Disponible en: http://www.pjud.cl/documents/396729/0/Discurso+CJS+26_08_2015.pdf/8efcc6e4-1982-46e9-b440-71ee65028f0c

independencia y autonomía del Poder Judicial. Significa que la gente pueda saber cómo funciona el Poder Judicial [sic]".²¹⁹

La puesta en práctica de un observatorio implicaría así no solamente un mecanismo de acceso a la información relativa a las tareas de los tribunales. Las resoluciones de estos ya son, de hecho, públicas por regla general. La finalidad de esta iniciativa consistía más bien en el control del actuar del poder judicial por medio de la vigilancia. Un observatorio no es un simple ente pasivo, sino que se posiciona como una instancia de vigilancia del juez, buscando modificar y guiar su conducta a ciertos fines determinados. Las declaraciones reproducidas apuntan justamente a esto, a un déficit en la forma en que son aplicadas las leyes por una falta de severidad con la criminalidad del país. Lo que se necesitaría, según se desprende de estas declaraciones, no es una corrección en cuanto a los criterios aplicados sino que directamente un mayor número sentencias que condenen y castiguen a los imputados y menos que absuelvan. El observatorio, por tanto, tiene como objetivo la vigilancia de un poder judicial que siempre es demasiado blando y guiarlo para que sea funcional al objetivo que buscan otras instituciones encargados de la persecución y la investigación: el combate de la delincuencia. ¿No vemos aquí justamente la manifestación de una idea que pone al juez en el mismo lugar que el Fiscal y los miembros de la policía?

Sin embargo, retomando el punto central de este trabajo, será analizado ahora de qué manera el paradigma de la seguridad y la comprensión de la justicia como una justicia funcional encuentra una manifestación tanto en la forma en que se consagra la norma que regula que la prisión preventiva procede en aquellos casos en que el imputado es considerado un peligro para la sociedad como en la forma en que esta ha ido evolucionado, así como también la forma en que su aplicación por parte de los tribunales manifiesta la alineación de la justicia con los imperativos de defensa social.

No se podría comenzar sino señalando que el estreno mismo de esta norma en nuestra práctica jurídica, generado bajo la discusión sostenida en la Comisión Ortúzar como se ha visto, da cuenta que ella tiene como principal objetivo no solamente la superación de la noción de víctima individual a la cual el proceso debería entregar protección a través de una medida cautelar para la consideración de ciertos casos en donde la víctima es la

²¹⁹ Piñera y observatorio Judicial: "Muchas veces los jueces se olvidan de los derechos de la gente inocente" La Tercera, Santiago, Chile, 6 junio 2013[en línea]. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/pinera-y-observatorio-judicial-muchas-veces-los-jueces-se-olvidan-de-los-derechos-de-la-gente-inocente/> (revisado al 29/09/2017).

sociedad toda, pues si así fuera el caso, la causal de peligrosidad social solo tendría una aplicación restringida para ciertos tipos penales que tienen como finalidad la protección de bienes jurídicos colectivos en los cuales el ofendido no es un sujeto individual, sino que una parte importante de la comunidad política. Si bien queda constancia en las actas que es bajo tal comprensión que logró ingresar esta norma al derecho nacional, es claro que su alcance es más amplio que este. Ya su utilización original por los regímenes totalitarios europeos como también la manera en que es concebida por Jaime Guzmán nos muestran que ella introduce en nuestro derecho una preocupación que es extra-jurídica y que no tiene realmente cabida bajo las formas propias de un proceso penal, pues ¿qué relación tiene la responsabilidad penal de un individuo con el hecho de que su crimen haya causado un gran impacto público? o ¿qué prueba con respecto a la participación de un individuo en la comisión de un delito el hecho de haber cometido algún crimen con anterioridad?

Permitir la privación de libertad de un individuo en tales circunstancias muestra que la norma que posibilita esta medida tiene un objetivo que va más allá, por tanto, del simple derecho penal. Pues si el hecho de tratarse de un individuo que tiene antecedentes penales y que, en palabras del presidente de la comisión Ortúzar, pueda considerarse un “delincuente habitual o profesional” se convierte en una circunstancia relevante para encerrarlo es porque el proceso penal debe tener como preocupación no solo la determinación de las condiciones por las cuales este se culpable de un delito, sino que la revisión de historia de vida de ese sujeto que le lleva a considerar que cada hecho delictual por el cual se vea investigado podría tratarse simplemente de una actualización de su potencial peligro, de su virtual pulsión criminal concretada una vez más. Del mismo modo, si la circunstancia de encontrarse en la investigación de un delito que cause alarma pública es razón de peso para que la prisión preventiva recaiga sobre el imputado por ese delito, entonces la norma que así lo estipula es una norma que a su vez propone que la actuación del tribunal debe encontrarse enlazada con la preocupación de la sociedad ante el problema de la criminalidad y los individuos en los que ella se manifestaría, posicionando así al juicio penal como una instancia en la cual el problema de la sensación de inseguridad de una sociedad puede enfrentarse por medio de un juzgamiento a un individuo en particular. La norma, pone así de manifiesto que la actuación del tribunal a la hora de imponer la prisión preventiva debe tener en consideración al individuo más que como un sujeto de derecho bajo la representación de cuánto es el riesgo para la seguridad social que implica dejarlo en libertad durante la tramitación del juicio, cristalizando así la lectura de que la

labor de la justicia debe funcionar teniendo como telón de fondo el paradigma de la seguridad.

Si el sintagma “peligro para la seguridad de la sociedad” es un elemento clave en la lectura hegemónica para comprender a los tribunales de nuestro país como operadores de una justicia funcional, no lo es solamente por el hecho de la orientación con la cual este parece anclarse desde un origen, sino que también porque los supuestos que tienen posibilidad de aplicación dentro de este, las situaciones que puede abarcar, no parecen nunca encontrarse de forma definitiva y totalmente agotadas. La cuestión, en este punto, es también semántica: ¿qué requisitos debe cumplir un sujeto para considerar que su libertad es peligrosa para la sociedad? Evidentemente, para determinar aquello no existe una respuesta concreta y, en principio, la determinación completamente extrajurídica de ser una persona peligrosa o no queda a criterio del juez que debe juzgar si la aplicación de la prisión preventiva es procedente o no lo es. Este podría usar desde su propia conciencia y experiencia personal para decidir hasta verse motivado por aquellas situaciones que, en el momento concreto en que le corresponda realizar esta consideración, generen una mayor preocupación social, pues la cuestión no parece demarcar límites claros.

Es este el sentido en el que ha intervenido el legislador desde la puesta en marcha de la reforma procesal penal, intentando dar fuerza a ciertas situaciones de forma tal que el juez deba considerarlas obligatoriamente como circunstancias bajo las cuales un sujeto es peligroso para la seguridad social. Esto, según se extrae de la forma en que han sido tramitadas las reformas y los fines a los que apuntaban, no con el propósito de disminuir la arbitrariedad judicial para reducir el número de situaciones que han de ser tomadas en cuenta, sino que más bien se trata de establecer un cierto número de criterios que el juez no puede obviar pues a juicio del legislador constituyen manifestaciones claras de la peligrosidad del individuo. En este sentido, no se elimina la posibilidad judicial de considerar criterios no contemplados en las reformas proscribiendo la posibilidad de que el juez decida únicamente basado en su propia conciencia, sino que se refuerza la probabilidad de aplicación de la prisión preventiva bajo la enumeración de ciertos casos que tendrá que tener en cuenta el tribunal. Es esta la razón de ser que tienen los enunciados legales “Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias” y “Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un

peligro para la sociedad...” del artículo 140 del Código Procesal Penal, incisos tercero y cuarto respectivamente. En ellos, la palabra “especialmente” marca precisamente el punto.

El análisis de los supuestos que han sido introducidos por las reformas y que forman parte del actual artículo 140 como circunstancias a tener en consideración por el juez manifiesta, de este modo, una comprensión por parte del legislador de que es tarea de un tribunal defender a la sociedad encerrando en prisión preventiva a ciertos sujetos a su juicio peligrosos. La Ley 20.253, como ya ha sido revisado, integra como criterios en el inciso tercero de esta norma: “la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla”. Aunque de carácter algo genérico, pues no se refieren a qué nivel de gravedad es necesario ni a qué número en concreto, los tres primeros supuestos agregados por esta ley parecen estar fundamentados en al menos dos circunstancias: por un lado, una preocupación respecto a lo que la sociedad puede llegar a sentir si es que individuos que cometen algún crimen de carácter especial, con algún tipo de pena elevada o que han participado en varios de ellos, quedasen en libertad mientras se realiza la investigación, es decir, esta norma tiene por objeto cuidar por los efectos que tiene el delito dentro de una sociedad, por el impacto que este ha de generar; por otro lado, demuestran cierta forma de interpretar un hecho ilícito, estableciendo una relación de significado del delito con respecto a quien lo comete. Un fundamento posible de esta norma es así la creencia que el delito algo dice de su autor, alguna característica nos muestra de él por la cual se hace necesario encerrarlo. El cuarto criterio que agrega esta ley —a saber— “la existencia de procesos pendientes” supone de forma mucho más clara un juicio en cuanto a la persona que está formando parte de un proceso como imputada: si bien estar siendo investigado por un delito nada dice de la culpabilidad o falta de ella en él, esta norma al considerar como un criterio que debe tomar en cuenta el juez para estimar que un individuo es peligroso la existencia de otros procesos en los cuales no hay aún condena, manifiesta una desconfianza a tal nivel en los individuos que estén en la posición de imputados que es incluso superior a la valoración que podría tener su libertad personal. El último criterio que integra en este inciso la ley 20.253 y que dice relación con el “hecho de haber actuado en grupo o pandilla”, finalmente, es una manifestación de una preocupación ante un tipo de criminalidad posible que se desarrolla en grupos organizados con el fin de cometer actos ilícitos.

En el inciso siguiente con un carácter marcadamente más concreto, esta ley inaugura como elementos que deberán tenerse cuenta especialmente por el juez, en primer lugar, la situación en la cual “los delitos imputados tengan asignada una pena de crimen”, lo cual refleja, como ya hemos comentado, tanto una preocupación de carácter externa relacionada con los efectos que un delito tiene en la sociedad, como también una determinada forma de interpretar la relación del delito con quien lo comete, lo cual termina por producir una normativa que hace ilusoria la garantía de libertad personal durante la tramitación del juicio para todas aquellas personas imputadas por un delito que tenga asociada una pena de este carácter; en segundo lugar, a partir de esta ley hay que considerar como peligroso al imputado cuando “hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no”, lo cual es indicativo por parte del legislador, como ya hemos visto, de su tendencia a fundamentar la prisión preventiva como una medida de protección de la sociedad hacia el futuro, en base a la historia individual de un individuo manifestada y reducida únicamente a lo que de ella diga su extracto de filiación y antecedentes; finalmente, la ley 20.253 agrega una serie de circunstancias para considerar a un individuo como un peligro social que comparten el fundamento del último criterio mencionado al menos parcialmente, pero que son de carácter aún más severo, pues ya no se limitan en base al *quantum* de la pena anterior, sino que tiene en cuenta más bien una cierta proximidad temporal en la imputación de un delito y otro, por ello —y agregando también la modificación que supuso la ley 20.931— es peligroso para el tribunal aquel individuo que “se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras” manifestando así una completa hipertrofia del paradigma de la seguridad, pues se trata de un individuo que ni siquiera ha tenido una condena previa, sino que simplemente se encuentra imputado habiendo recaído sobre él una medida cautelar personal, por lo cual aun cabiendo la posibilidad de que esta persona sea completamente inocente, el tribunal deberá considerar que es un peligro social, como también para el caso de encontrarse “en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley” por lo cual, para una persona que ha sido condenada en condiciones tales que le permiten hacer uso de su derecho a un beneficio intrapenitenciario o una pena sustitutiva, el hecho de ser formalizada una investigación en contra suya por un nuevo delito es razón suficiente para ser considerada un peligro.

La institución de la prisión preventiva, de esta forma, en cuanto procede bajo la consideración de ser la libertad del imputado un peligro para la sociedad logra hacer funcionar al proceso penal bajo los requerimientos del paradigma de la seguridad. La manera en que el legislador ha tendido, luego de su introducción en nuestro sistema jurídico, a la regulación de esta norma, no da sino cuenta de que es la lectura de la justicia como un mecanismo de protección social aquella que ha primado en la evolución de esta institución: los criterios que debe tener en cuenta el juez no tienen motivación jurídica alguna, sino que obedecen única y exclusivamente a razones de generación de alarma pública o proyección de las posibilidades de actuación de un individuo en base a sus antecedentes. Así, esta norma reviste gran importancia, pues consolida la posición de la justicia como una justicia de seguridad y de protección, esto es, una justicia funcional. Por medio de la aplicación de esta medida cautelar bajo tal causal de *periculum in mora* el tribunal funcionaliza su labor, la subordina a ciertos parámetros diferentes al derecho y que dicen relación con la seguridad de la población, pues se permite privar de libertad a un individuo durante la tramitación de un proceso penal por el puro hecho de lo que en base a una serie de criterios que, nunca definidos completamente y cuya posibilidades de expansión parecen poco limitables, señalan al juez que es peligroso. Los principios del derecho penal nos llevarían a concluir que no puede encerrarse a un individuo en una prisión sin que exista una condena que, luego de un proceso legalmente tramitado, haya impuesto dicha pena; el derecho procesal en su mayoría establece, para garantizar la efectividad de su ejercicio, la excepción a esa regla cuando haya ciertas finalidades procesales involucradas. La justicia funcional admite aún una causa más: la peligrosidad del individuo, en una especie de terreno gris entre medida enteramente procesal y una forma de castigo.

Esta situación no puede ser mirada sin cuidado, pues la transformación que supone no es inocua. Se suele argumentar que la puesta en marcha de la reforma procesal penal vino a racionalizar la aplicación de la prisión preventiva en nuestro país, reduciendo de manera significativa el porcentaje de personas que conforman la población penitenciaria en nuestro país que se encuentran privados de libertad en razón de la aplicación de esta medida cautelar. De este modo, se levanta como uno de los éxitos de la reforma el haber reducido el promedio cercano a un 60% del total personas privadas de libertad que se encontraban en prisión preventiva bajo el proceso penal anterior a aproximadamente un 30% durante los últimos años la cantidad de personas en esta situación. En una nota realizada por el

diario La Tercera en la cual se destacaba que “un tercio de los reos en Chile está en prisión preventiva”, tanto desde el Poder Judicial como desde el Ministerio Público, distintas voces aparecieron explicando la situación e intentando valorarla positivamente. Así, Lamberto Cárdenas, ministro de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema, señaló que no consideraba excesiva su aplicación actual: “La realidad indica que en las primeras etapas, las investigaciones de ciertos delitos obligan a mantener la prisión preventiva para asegurarle al delincuente los resultados de la indagatoria. En segundo lugar, si comparamos estas cifras con el sistema anterior, son sustancialmente inferiores. Y tercero, porque en el ámbito internacional está claro que no tenemos los primeros lugares, sino los últimos”. Por su parte, el presidente de la Asociación Nacional de Fiscales, Claudio Uribe, en la misma línea, indicó que “el hecho de que los internos en prisión preventiva sean un tercio de la población penal es una cifra súper razonable y que se compara favorablemente con el sistema antiguo, donde más [de la mitad] de los privados de libertad estaban en prisión preventiva”.²²⁰

Sin embargo una segunda lectura de las estadísticas entregadas por gendarmería desacredita el optimismo de esta opinión y demuestra que si bien, como ha sido señalado, la población reclusa en centros penitenciarios por razón de la prisión preventiva representa un porcentaje menor al que constituía en los primeros años de la década de 1990 esto no solo se debe a una racionalización en la utilización de la prisión preventiva como ha sido señalado, pues en términos de cantidad de personas sometidas a esta medida cautelar, el número alcanzado durante el año 2016 (esto es 14.371 personas) corresponde al más alto durante los últimos 26 años. Así, esto obedece más bien al factor del gran aumento que han tenido el número de personas que han sido condenadas, cifra que no ha hecho otra cosa que aumentar desde el año 1994 hasta el año 2011, pasando de 8.324 personas condenadas en el primero de estos años a 43.006 en el segundo, mientras que, por el otro lado, la cifra de los reclusos con motivo de prisión preventiva se han mantenido más o menos constantes dentro de este mismo periodo y salvo ciertas variaciones significativas como la del año 2003 en donde llegaron a haber 14.178 personas en prisión preventiva, el promedio de personas que han permanecido reclusas por este motivo es de 10.495. Además, hay que agregar a esto el importante factor que durante el año 2011 el porcentaje de personas en prisión preventiva con respecto a la población reclusa en general llegó a su

²²⁰ Gendarmería: un tercio de los reos en Chile está en prisión preventiva. Santiago, Chile, La Tercera [en línea]. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/gendarmeria-tercio-los-reos-chile-esta-prision-preventiva/> (revisado al 29/09/2017)

mínimo histórico dentro del periodo que abarca desde el año 1991 hasta el día de hoy, pero que implica también un punto de inflexión o quiebre, pues a partir de ese año este comienza a aumentar de forma progresiva. Así, si en el 2011, los reclusos presos preventivamente formaban un 19,5% del total, el año siguiente estos pasarían a ser el 21,2%, el 2013 formarían el 22,8%, aumentando a un 24,8% el 2014 y aun 27,8% el 2015, mientras que el 2016, las personas recluidas no condenadas llegarán al 31%, siendo este porcentaje más alto desde el año 2005 en adelante. Si bien este último aumento porcentual corresponde en parte a una reducción de las personas que se encuentran condenadas cada año, que ha tendido a la disminución desde el año 2011 en adelante, llegando a 29.799 el 2016, también obedece a una tendencia que señala un aumento en la cantidad de personas sometidas a prisión preventivas en estos últimos años, sobre todo el año 2016 en donde el total de personas en esta condición asciende a 13.595 (o incluso 14.371 según el oficio que remite gendarmería al senado)²²¹ y alcanzando un promedio de 11.638 durante el periodo comprendido entre el 2011 y 2016, lo que implica un aumento de más de mil personas con respecto al periodo que habíamos visto anteriormente.²²² Así, podemos ver que en los últimos años la tendencia disminuye la cantidad de personas encerradas por haberse dictado una condena en su contra, pero aumentan, sin embargo, las que se encuentran en prisión preventiva en nuestro país.

De esta forma, las constantes modificaciones realizadas por el legislador no solamente han transgredido aquellos principios que en un comienzo se pensaron como limitantes de la prisión preventiva, tal como ha sido revisado, sino que también por medio de reforzar ciertas hipótesis de aplicación relacionadas con la consideración de un imputado como peligro para la sociedad, ha contribuido de forma relevante a ampliar su utilización generando que dentro de un sistema procesal que supone la aplicación de la prisión preventiva como una cuestión estrictamente excepcional, como es para el caso de nuestro actual proceso penal, exista un número mayor de personas en prisión preventiva que en un procedimiento penal en el cual esta constituía la regla general como se señala del sistema anterior.

Sin embargo y aún más allá, la justicia funcional por medio de la prisión preventiva basada en el peligro social constituye una cierta forma de ejercicio de poder político. La

²²¹ Ídem.

²²² CHILE, GENDARMERÍA de Chile. Compendio estadístico penitenciario. Op. Cit., p. 21; CHILE, GENDARMERÍA de Chile. Boletín estadístico. Op. Cit.

utilización de la prisión preventiva en las condiciones que hemos descrito supone, más que una medida cautelar con la finalidad de proteger la eficacia del proceso, una forma mediante la cual se administra una población. Judith Butler, al referirse a la forma en que operaban las detenciones indefinidas realizadas por Estados Unidos en la bahía de Guantánamo, ha señalado que "un modo de 'administrar' una población es convertirla en menos que humana, privándola de sus derechos, volviéndola humanamente irreconocible. Ya no se trata de producir un sujeto conforme a la ley, o un sujeto que tome las normas humanitarias como principio constitutivo. Un sujeto que no es un sujeto no está vivo ni muerto, no está del todo constituido como un sujeto ni del todo destituido en la muerte. 'Administrar' una población no es sólo entonces el proceso por el cual un poder regulatorio produce un conjunto de sujetos, también constituye un proceso de des-subjetivación, con consecuencias políticas y legales enormes".²²³

Las condiciones en que se ejerce la detención indefinida que describe Butler configuran así una forma de administración que no dice relación con la imposición de una disciplina ni la adecuación a un régimen normativo necesariamente, sino que más bien con quitar la posibilidad de aplicación de cualquier estatuto legal a ciertos sujetos que son marcados como peligrosos, mediante lo cual quedan en una completa desprotección. Una administración que se realiza a través de una des-subjetivación, una des-realización de lo humano en ellos mismos. De este mismo modo la justicia funcional, a través de la prisión preventiva, administra una población pues su actuación genera una precarización de la libertad de todos aquellos individuos que son etiquetados por el tribunal como un "peligro para la seguridad de la sociedad" ya que los convierte en meros objetos a disposición del mismo, restándole peso a su condición de sujeto de derecho durante la tramitación de un proceso penal.

Esto es manifiesto sobre todo en aquellos casos que se encuentran regulados en el actual inciso cuarto del artículo 140 del Código Procesal Penal, agregados por la ley 20.253. Muchos de estos criterios operan bajo la idea de que la formalización de un delito con respecto a una persona que haya sido condenado por la comisión de un delito con anterioridad es razón suficiente para que este sea considerado peligroso para la sociedad. Esto muestra, por un lado, que el tribunal genera un juicio prospectivo sobre persona determinada teniendo en cuenta la existencia de posibles antecedentes penales, es decir,

²²³ BUTLER, Judith. Vida precaria: el poder del duelo y la violencia. Op. Cit., p.130.

determinando las posibilidades de actuación de un sujeto únicamente basándose en la circunstancia que manifiesta su extracto de filiación y antecedentes. Lo cual, por otra parte, es indicativo de la posición desmejorada en que se encuentra un individuo con una condena anterior en comparación con el resto de la población: la libertad del primero es siempre más frágil pues existirán siempre especiales razones por las cuales su libertad puede serle arrebatada mediante la prisión preventiva. Un individuo con antecedentes es, en consecuencia, menos digno de protección y su estado de sujeto de derecho más precario que una persona que no tiene antecedente alguno. La condena por un delito no se cumple simplemente, por lo tanto, una vez transcurrido el tiempo que esta misma estipula ni en la modalidad que ella señala, sino que se transforma en una marca que acompaña en el resto de su vida al condenado marcándolo como un peligro social.

Sin embargo, no son solo aquellos individuos contra los cuales se ha dictado una sentencia penal quienes se ven afectados por una prisión preventiva inscrita dentro del paradigma de la seguridad. La manera en que la libertad es precarizada tiene un alcance aún más global. Al señalarse como criterio para la determinación de peligrosidad social de los individuos el hecho de haberse formalizado un delito que tenga asociada la pena de crimen como también la circunstancia de encontrarse una persona con medidas cautelares sobre ella, el legislador ha reconfigurado el mapa general de las garantías que tienen los ciudadanos ante el poder estatal otorgando una primacía exacerbada a la preocupación por la seguridad de la sociedad por sobre la libertad de los ciudadanos. En estos casos es posible que se trate de individuos que ni siquiera han cometido un delito con anterioridad, por lo que la remisión a sus antecedentes no opera de forma necesaria en esta situación. Esto manifiesta que la justicia funcional considera a cualquier persona como un sujeto potencialmente peligroso, por lo que no se necesita siquiera que haya cometido delitos con anterioridad, sino simplemente el hecho que se vea involucrado en la investigación de un delito para que sea justificable privarlo de su libertad.

Se debe tener en cuenta, además, la subrepticia reactivación de la categoría de los delitos excarcelables por medio de la especial consideración de peligrosidad de un individuo al haberse formalizado por un delito que merezca pena de crimen. Pues esto implica que en los casos que ello suceda recae sobre cualquier individuo la sospecha de peligrosidad de forma completamente anticipada. Cualquier persona que esté siendo investigada por este tipo de delitos entonces es susceptible de ser encerrada mientras se le investiga. La regla general se invierte en estos casos, pues cumplidas las condiciones “objetivas” para el

otorgamiento de la prisión preventiva (o de *fumus boni iuris*), la prisión preventiva recaerá sobre el individuo formalizado con la sola solicitud de esta medida, por lo que en estos casos la libertad tiene un carácter meramente excepcional. Por lo demás, la formalización por un delito es un acto que depende puramente del Ministerio Público, quien en base a determinados hechos puede determinar si hacerlo por un delito o por otro, lo cual le permite decidir si formalizará por alguno que tenga o no aparejada una pena de crimen. De hacerlo y ser solicitada la prisión preventiva, el tribunal tendrá que considerar que se cumple el requisito de “necesidad de cautela” y conceder esta medida cautelar, en lo que parece tratarse de una alineación entre el órgano encargado de la persecución y el juez que se encuentra encargado de vigilar la protección de las garantías en ese proceso.

El trabajo realizado por el “Proyecto Inocentes” es una forma de respuesta impulsada por la Defensoría Penal Pública ante —entre otras cosas— la situación compleja que supone la prisión preventiva en su actual forma de operatividad. Su finalidad, según este mismo proyecto “es desarrollar una transformación ligada a la noción de cambios de ‘sintonía fina’ desde la puesta en marcha de la reforma procesal penal chilena respecto de algunas instituciones y procedimientos, promoviendo la discusión —a través de la descripción y análisis de las causas frecuentes que inciden en la privación de libertad de personas inocentes sometidas a prisión preventiva como resultado de investigaciones viciadas— y abriendo el debate acerca de los métodos utilizados en los procesos de reconocimiento o interrogatorio, sobre acceso a pruebas de ADN, preservación de la evidencia y sobre reparaciones e indemnizaciones a personas que fueron privadas de libertad y sobre las cuales se comprobó su total inocencia.

El Proyecto Inocentes también busca permitir que las personas injustamente involucradas en estos casos cuenten con un lugar de reconocimiento permanente y público sobre su inocencia, reconocimiento que era inexistente en nuestro país hasta antes de la creación de esta iniciativa. De esta forma, nuestra institución busca la mejor manera de divulgar su inocencia”.²²⁴

Así, entre otras cosas, este proyecto busca mostrar los casos de personas que han sido mantenidos en prisión preventiva siendo finalmente declarados inocentes. Según sus datos durante el año 2015, esto ocurrió con 2.650 personas y con 2.854 el año 2016.²²⁵ Lo cual

²²⁴ Disponible en: <http://www.proyectoinocentes.cl/pag/5/353/introduccion> (revisado al 16/05/17)

²²⁵ Disponible en: http://www.proyectoinocentes.cl/sala_prensa/noticias_detalle/165/casi-tres-mil-chilenos-inocentes-estuvieron-en-prision-el-ultimo-ano (revisado al 16/05/17)

implica que entre ambos años un promedio de 2.752 personas han sido privadas de su libertad solo por formar parte de un proceso penal que incluso luego no logra probar su culpabilidad.²²⁶

Dentro de estos casos mostrados por la Defensoría Penal Pública, una situación particularmente llamativa es la vivida por Samuel López Sandoval, cuya historia es una muestra paradigmática del funcionamiento de la prisión preventiva bajo la justicia funcional. Formalizado y acusado el delito de homicidio, López estuvo en prisión preventiva, por ser considerado un peligro para la seguridad de la sociedad, durante 1 año, 9 meses y 8 días, para ser finalmente absuelto del delito del cual se le acusaba. La información del caso revela que el principal sustento de su acusación consistía en las declaraciones de una vecina del acusado, la cual en reiteradas veces señalaría haber sido presionada para declarar.

La formalización en su causa se realiza el día 9 de septiembre del 2014, decretando ese mismo día el Juzgado de Garantía de Puente Alto la prisión preventiva.²²⁷ El tribunal, para fundamentar el literal c) del artículo 140 del Código Procesal Penal, señala lo siguiente:

“Por último la necesidad de cautela basta señalar que el delito de homicidio es uno de los delitos más graves de nuestra legislación que tiene pena de crimen y que además provocó la muerte de una menor de edad, por lo cual la necesidad de cautela se determina y que la libertad del imputado es peligroso para la seguridad de la sociedad, los argumentos de la defensa como se dijo deben ser rechazados en este estándar toda vez que no hay antecedentes que permiten corroborarlo lo señalado por ella y que el testigo presencial y las pericias hacen presumir la participación del imputado [sic]”.²²⁸

Entre los argumentos de la defensa, descartados por el tribunal, se encuentra la alegación de que se había acreditado la relación entre el imputado y el delito en base a solamente a

²²⁶ Estos datos, hay que hacer notar, no incluyen la cifra relativa a las personas que, siendo finalmente condenados, cumplen su condena de forma anticipada por encontrarse en prisión preventiva el mismo tiempo que supone la pena que se les impone o aquellos casos en que el tiempo que han pasado privados preventivamente de libertad es incluso mayor al de la pena finalmente dictada por el juez. Esta situación, que parece no generar ningún tipo de suspicacia en nuestro medio, supone una completa inversión del proceso penal, pues si este buscaba determinar si un individuo puede considerarse penalmente responsable de un hecho punible y en tal circunstancia dictaminar la pena correspondiente para dicho delito, la prisión preventiva se comienza a utilizar como una anticipación de la pena mediante la cual se castiga primero y luego se determina la responsabilidad sobre ese hecho ilícito, lo cual podrá justificar retroactivamente el castigo, en caso de ser condenado, o no hacerlo como en los casos que incluye el Proyecto Inocentes.

²²⁷ JG Puente Alto, 09 septiembre 2014, RUC 1410000550-7 www.poderjudicial.cl.

²²⁸ J.G. Puente Alto, 09 septiembre 2014, RUC 1410000550-7 (p.4 transcripción audiencia) www.poderjudicial.cl.

testigos de oídas, que no existía un registro de armas incautadas al imputado así como la existencia de ciertas líneas investigativas que no fueron tomadas en cuenta por el Ministerio Público. Además, agrega la defensa como oposición a la medida cautelar, un dato cuya importancia no puede ser pasada por alto: Samuel López es una persona que no cuenta con antecedente penal alguno. Esto quiere decir que el Juzgado de Garantía decretó la prisión preventiva solamente teniendo en cuenta la pena asociada al delito que podría haber cometido López, que consideró que su libertad era peligrosa para la sociedad solamente por el hecho de encontrarse posiblemente relacionado con un delito como el homicidio, aun cuando los datos aportados por la defensa mostraran ciertas inconsistencias en la investigación y los antecedentes del imputado indicaran que se trataba de alguien sin anotaciones penales que justificaran la medida.

Rechazadas las alegaciones de la defensa y decretada la prisión preventiva, se deduce apelación en contra de esta resolución. En el escrito del recurso, la defensa sostiene que la calificación jurídica del delito es errónea pues se trataría de un cuasi-delito de homicidio, que existen ciertas insuficiencias en la investigación y cuestiona la calidad de los testigos —se trataba de testigos reservados— pero además insiste en el hecho de tratarse de una persona sin antecedente penal alguno y agregando también la circunstancia de que López jamás se había encontrado prófugo de la justicia. El día 17 de septiembre, sin embargo, la resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel confirma la decisión del Juzgado de Garantía en cuanto a mantener la prisión preventiva, señalando que “la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad de conformidad a la letra c) de la norma precitada, atendida la naturaleza, gravedad, forma de comisión del ilícito por el cual ha sido formalizado y la pena probable a aplicar”.²²⁹ Es decir, el fundamento se mantiene: basta la formalización por un delito cuya pena aparejada tenga el carácter de crimen para que el imputado por tal delito sea considerado peligroso.

Meses después, el día 05 de enero del 2015, se realiza audiencia de revisión de medidas cautelares para determinar si la prisión preventiva debe continuar siendo aplicada sobre Samuel López. En ella, restándole importancia a los informes sociales que se habían acompañado con la finalidad de demostrar el arraigo social del imputado, el tribunal mantiene el mismo criterio, estrictamente basado en el tipo de delito que se trata, al señalar que “en cuanto a la letra c), la necesidad de cautela, que está no solo en abstracto, sino

²²⁹ C. San Miguel, 17 septiembre 2014, ROL: 1531-2014 (p.1) www.poderjudicial.cl.

porque se satisfacen, en concreto, los requisitos que el propio legislador establece para su procedencia. Se trata de una pena de crimen, con una sanción altísima y que ya ese solo hecho y la modalidad de sus circunstancias, como ha señalado la Ilustrísima Corte, en la comisión del presente delito, son suficientes para estimar que constituye un peligro para la seguridad de la sociedad la libertad del imputado aquí presente”.²³⁰

En esta situación, en la cual el haber sido formalizado por un tipo específico de delito es prueba suficiente para constituir a un individuo como un peligro para la sociedad, se mantendrá López por prácticamente todo el proceso. La información disponible de “Proyecto inocentes” señala con respecto a él que “[l]uego de ser absuelto en dos juicios, de haber perdido parte de su dentadura por ser agredido mientras estuvo en la cárcel como imputado de homicidio (1 año y 9 meses) y de haber sido estigmatizado por esta situación Samuel recobró su libertad y en la actualidad trata de retomar su vida”.²³¹ Sin embargo, haber pasado prácticamente dos años privado de libertad por un delito que no se cometió parece dejar poco espacio para una vuelta atrás.

De esta forma es que la regulación actual de la prisión preventiva generada bajo la idea de que ella responde a la necesidad de una justicia que se haga cargo del problema de la seguridad, una justicia funcional, administra a una población. Al desrealizar su carácter de sujetos de derecho a través de la precarización de la libertad de los individuos vuelve ilusorio su carácter de garantía. Bajo esta forma de funcionamiento de la prisión preventiva, corresponde más al órgano persecutor decidir cuándo una persona será privada de libertad que al mismo juez, el cual, mediante la normativa relativa a la “seguridad de la sociedad” debe alinear su actuación con el primero en aquellos casos que mencionamos. Como señala Agamben, bajo el paradigma de la seguridad, toda persona es un potencial terrorista, por lo que cualquier individuo es sospechoso. Así, las razones de seguridad que parecen comenzar a invadir el ámbito de la política y también de la justicia, generan una indistinción entre violencia y derecho, por medio de la cual parece posible actuar sobre una población, privándola de sus derechos, en el mismo movimiento por el cual se actúa de acuerdo a este último.²³²

²³⁰ J.G. Puente Alto, 05 Enero 2015, RUC 1410000550-7 (C. 4º) www.poderjudicial.cl.

²³¹ Disponible en: <http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/65/samuel-osvaldo> (revisado al 29/09/2017)

²³² AGAMBEN, Giorgio. Medios sin fin. Notas sobre la política. Valencia, España: Pre-Textos, 2001, p. 89.

Kafka y las pesadillas: conclusión

*Es verdad que la lógica es inquebrantable,
pero no resiste a un hombre que desea vivir.
¿Dónde estaba el juez que nunca había visto?
¿Dónde estaba el alto tribunal al cual nunca había llegado?*

Franz Kafka

Franz Kafka es un autor pionero en la escritura que explora el desarrollo de las pesadillas dentro de la literatura, opina Borges. Si bien con anterioridad otros autores habían narrado historias en las cuales el protagonista se encontraba sumido en el mundo del sueño, es recién con Kafka que el carácter confuso y horrendo de una pesadilla es transformado en una historia. En la novela póstuma “El proceso”, Kafka presenta la historia de Josef K., un hombre que “sin haber hecho nada malo, fue detenido una mañana”.²³³ Desde ese momento comienza una serie de eventos que constituyen el proceso judicial al cual se encuentra sometido K. y que, progresivamente, van capturando las fuerzas y el tiempo del protagonista. Estos eventos, confusos, incomprensibles, grotescos y asfixiantes constituyen en el universo kafkiano el proceso al que Josef K. se encuentra sometido y del cual no solo no podrá finalmente escapar sino que —lo cual es el probablemente el motivo de la sensación de horror que deja esta novela— nunca llegará a comprender la razón de su activación.

Aunque la tentación a encontrar un significado a la novela kafkiana y elevar el proceso presentado por este a la categoría de alegoría, metáfora o símbolo es recurrentemente concretada, Borges previene al lector con respecto a ello: “Es harto fácil denigrar los cuentos de Kafka a juegos alegóricos. De acuerdo; pero la facilidad de esa reducción no debe hacernos olvidar que la gloria de Kafka se reduce hasta lo invisible si la adoptamos. Franz Kafka, simbolista o alegorista, es un buen miembro de una serie tan antigua como las letras. Franz Kafka, padre de sueños desinteresados, de pesadillas sin otra razón que la de su encanto, logra una mejor soledad. No sabemos —y quizá no sabremos nunca— los propósitos esenciales que alimentó. Aprovechemos ese favor de nuestra ignorancia, ese

²³³ KAFKA, Franz. El proceso. Buenos Aires, Argentina: Grupo Editor Altamira, 1999, p. 7.

don de su muerte, y leámoslo con desinterés. Con puro goce trágico. Ganaremos nosotros y ganará su gloria también”.²³⁴ La invitación del escritor argentino es así la de no reducir las pesadillas creadas por Kafka a mero símbolo, a tomarnos de la letra del texto y no intentar transformarlas, a costo de perder su genialidad, en simples alegorías.

Así, para hacerle justicia a su autor, habría que dejar de leer el proceso que describe Kafka como una metáfora del funcionamiento de los sistemas de justicia o una exposición exagerada o fantástica de la burocracia y los procesos judiciales de su época. Es Slavoj Žižek quien mejor toma esta recomendación de Borges para leer a Kafka, e intenta situar su trabajo no ya en el lugar de una visión subjetiva e irracional de los fenómenos y estructuras sociales, sino que más bien en la forma en cómo percibimos y actuamos frente a la burocracia y la justicia. A su juicio “se suele decir que en el universo ‘irracional’ de sus novelas, Kafka dio una expresión ‘exagerada’, ‘fantástica’, ‘distorsionada subjetivamente’ a la burocracia moderna y al destino del sujeto en ella. Al decir esto, pasamos por alto el hecho de que es esta misma ‘exageración’ la que articula la fantasía que regula el funcionamiento libidinal de la burocracia ‘efectiva’ y ‘real’”.²³⁵ Este universo de pesadillas presente en la literatura de Kafka, no requiere ser conducido a un significado oculto por detrás de su propia letra para acercarse tenebrosamente a la realidad. Según Žižek, “no es una ‘una imagen fantasía de la realidad social’, sino, al contrario, *la puesta en escena de la fantasía la que actúa en plena realidad social*: todos sabemos que la burocracia no es todopoderosa pero nuestra conducta ‘efectiva’ en presencia de la maquinaria burocrática está ya regulada por la creencia en su omnipotencia”.²³⁶ El resultado es, por tanto, que nuestra actuación frente al aparato judicial, está condicionada por la representación de este como una horrible e incomprensible pesadilla.

La aparición en nuestro sistema procesal penal del peligro para la “seguridad de la sociedad” como clave para la operatividad de la prisión preventiva ha devenido en la transformación de la justicia en un mecanismo de seguridad y protección social. La prisión preventiva, de este modo, es convertida en una institución que tiene un despliegue estratégico en el combate del peligro y de los sujetos que son considerados como tales. La amplificación de los criterios para determinar qué casos pueden ser estimados como

²³⁴ BORGES, Jorge Luis. Textos recobrados (1931-1955). Buenos Aires, Argentina: Sudamericana, 2011, p. 143.

²³⁵ ŽIŽEK, Slavoj. El sublime objeto de la ideología. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2003, pp. 64, 65

²³⁶ *Ibid.*, p. 65.

evidencia de que una persona representa un peligro para la sociedad y el endurecimiento de las condiciones mediante las cuales se impone la prisión preventiva, responden a la idea de que ella y la justicia que puede disponer su utilización se encuentran regidas por un objetivo que tiene que ver con la seguridad de una población. Así, se tolera el encierro de individuos por razones que van más allá del proceso y que muchas veces se constituye como una pena anticipada o incluso una pena que no tiene correspondencia con la sentencia que es posteriormente dictada. Los derechos de los miembros de la comunidad en que una justicia funcional tiene lugar se ven seriamente conculcados, principalmente la libertad ambulatoria cuyo carácter de garantía es cada vez más difuso dentro del proceso.

La obra de Kafka se caracteriza por poner de manifiesto la manera en que proceso judicial atrapa el cuerpo y el tiempo de las personas que se someten a este al punto de degradarlos completamente a través de miles de pequeñas gestiones y trámites cuyo sentido y explicaciones no parecen obedecer a razón alguna. El punto de la pesadilla que representa el proceso kafkiano dice relación con que, más allá de la sentencia final, el proceso mismo es una forma de castigo de todos los procesados: una vez que este comienza, la vida de los individuos pasa a depender de este y se vuelve indistinguible la línea que demarca el espacio y el tiempo que corresponde al individuo y aquel que reclama el tribunal. Así, mediante el sometimiento al proceso, la justicia se apodera de la vida de los procesados. Žižek señala sobre el trabajo kafkiano que en lugar de generar una visión fantasmagórica de las instituciones procesales, pondría de relieve la creencia acerca de la forma en que funcionan los tribunales y por medio de la cual los individuos efectivamente nos disponemos a ellos; sin embargo ¿no podríamos decir que nuestra prisión preventiva actual efectivamente convierte al proceso en un mecanismo de castigo tal como lo representaba la novela kafkiana?

La justicia funcional, tal como la hemos descrito, corresponde a una configuración del sistema de adjudicación en materia penal que pone como objetivo principal administrar seguridad a una población. La prisión preventiva, aplicada en función de que una persona sea peligrosa para la sociedad o no, se relaciona con la idea de justicia funcional de una manera doble. Por un lado, las sucesivas reformas tienden a volver su utilización más amplia y su aplicación más severa, ignorando los cuestionamientos que a esta norma se han realizado, refleja que en el entendimiento del legislador la justicia tiene la labor de retener, privar de libertad, a aquellas personas que en base a determinadas circunstancias, puedan aparecer como peligrosas cuando se tramite un juicio, pues desde su posición se encuentra

en condiciones de defender a la sociedad. No se considera ya, de manera atenta, que la libertad de desplazamiento corresponde a un derecho otorgado por la Constitución pues ante el Estado bajo el paradigma de la seguridad, cada individuo es un criminal en potencia, por lo cual la sospecha es el punto de partida. Por otra parte, la justicia opera funcionalmente cuando priva a una persona de su libertad por medio de esta cláusula, teniendo en cuenta, a su vez, que un mayor número de concesiones de prisión preventiva implica también una manera de medir el éxito de la operación del tribunal bajo los criterios de eficiencia que impone la justicia funcional. La concesión de la prisión preventiva basada en el peligro social pone al juez penal en una misma línea de actuación de quienes están encargados del orden y la seguridad en las sociedades contemporáneas, mostrando así su carácter de institución de que no solo resuelve controversias judiciales, sino que además administra una población determinada.

A través de esta idea, hemos encontrado el punto en el cual convergen tanto una forma de comprensión de la labor de los tribunales que parece ser hegemónica en nuestro país y cuyos discursos a favor parecen instalarse cada vez con mayor fuerza como también una manera en la cual el poder es ejercido por estos últimos, privilegiando la represión anticipada de los individuos potencialmente peligrosos antes que el respeto a su propia libertad, todo lo cual se encuentra cubierto por la legislación vigente tributaria de la misma lectura acerca de la justicia. Este juego de reenvíos que supone la instalación de la justicia funcional es una manifestación de relaciones de saber y de poder que parece poder explicar la razón de por qué a pesar de haberse producido la aparición de la idea de que la prisión preventiva es aplicable cuando un individuo es considerado “peligro para la seguridad de la sociedad” durante la discusión de la Comisión Ortúzar durante el régimen militar, la extinción de este último no solo no ha implicado la desaparición de una normativa como esta sino que incluso su profundización durante los gobiernos de la “transición a la democracia”.

Se ha señalado que uno de los principales defectos del procedimiento penal antiguo, caracterizado como un sistema inquisitivo, consiste en la dificultad de separación entre castigo y procedimiento. Dentro de este cuestionamiento, capital importancia tenía la excesiva utilización de la prisión preventiva, la cual funcionaba como una regla general en los casos en que una persona fuera sometida a proceso. De este modo, el procedimiento suponía, en la mayoría de los casos, una privación de libertad del reo y, en ese sentido, una manera de castigarlo. La introducción de la seguridad como clave de funcionamiento de la

prisión preventiva pone en evidencia que el sistema acusatorio que existe en nuestro país no puede tampoco desmarcarse de dicho problema. Hemos visto que la cantidad de personas sobre las cuales la aplicación de la medida de prisión preventiva es efectiva no ha sido significativamente reducida. Si bien en el nuevo proceso penal es entendida como una medida de carácter excepcional, esto no ha significado una reducción real de las personas que son sometidos a ella y, aún más, la forma en que se ha ido modificando la regulación de la clave de operación de esta medida que se refiere a la peligrosidad social solamente ha apuntado en los últimos años a ampliar su utilización. Nos encontramos así, ante un escenario en el cual existe un número mayor de personas que son condenadas por la justicia, un sistema de investigación y persecución más eficaz que hacen del nuevo proceso una maquinaria más ágil que el lento procedimiento penal antiguo, pero sin embargo, no menos gravoso que este último, pues no ha implicado una reducción de la utilización de la medida de mayor vulneración durante la tramitación del proceso. No es tan aventurado señalar, por ello, que el efecto principal de la reforma procesal penal puede ser leído hoy no tanto como una modificación del procedimiento penal para garantizar la protección los derechos de los ciudadanos sino que más bien como un perfeccionamiento de las formas de intervención que la justicia tiene sobre la vida de ellos.²³⁷ Lo cual es, definitivamente, el logro de una forma de justicia que tiene por objeto el control de la población para proteger a la sociedad de sí misma.

De este modo, la excesiva utilización de la prisión preventiva no parece ser inteligible como un defecto por parte del proceso penal, sino que como una cuestión consustancial a la tarea del mismo. La justicia funcional encuentra pleno sentido en la privación de libertad de personas investigadas por un delito si existe la posibilidad de estar defendiendo a la sociedad de un peligro, de una amenaza que puede ser real o imaginada pero que bajo la regulación actual del artículo 140 del Código Procesal Penal se encuentra cubierta. La utilización de la prisión preventiva de este modo, ha convertido el proceso penal en un instrumento que no solo vela por la resolución de los conflictos penales mediante una serie de reglas, sino que también en un instrumento de castigo y amedrentamiento. En suma, tal como la pesadilla kafkiana acerca del proceso, en una institución que captura el tiempo y el cuerpo de quienes está investigando, sancionando mientras se afirma sin complejo alguno la inocencia de quienes a esta se someten.

²³⁷ No debe ser dejada de lado la circunstancia de que hoy el tribunal posee incluso formas de regular la conducta de los imputados cuando ellos se encuentran en libertad a través de las medidas cautelares reguladas en el artículo 155 del código procesal penal.

Bibliografía

- AGAMBEN, Giorgio. Medios sin fin. Notas sobre la política. Valencia, España: Pre-Textos, 2001.
- ASENCIO, Felix y CERDA, Victoriano. La Prisión Preventiva en el Nuevo Procedimiento Penal: ¿Base de un Sistema Acusatorio o Continuación del Sistema Inquisitivo? En “Revista derecho y humanidades” N° 7, 1999. Pp. 105-115.
- BERT, Jean-Francoise. Securite, dangerosite, biopolitique: trois versants d’une nouvelle pratique de pouvoir sur les individus. *Psicologia & Sociedade*, (24 [n. spe.]): 2-7, 2012
- BORGES, Jorge Luis. Textos recobrados (1931-1955). Buenos Aires, Argentina: Sudamericana, 2011.
- BUTLER, Judith. “¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault”. En: *Producción cultural y prácticas instituyentes. Líneas de ruptura de la crítica institucional*. Madrid, España: Traficantes de sueños. 2008 [2002]
- BUTLER, Judith. Vida precaria: el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 2006, 192 p.
- CASTRO CELEDÓN, José. Modificaciones realizadas por la ley n° 20.253 al Código Procesal Penal (Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009. 133 p.
- CHILE, MINISTERIO Público, Fiscalía Nacional. Reforma Procesal Penal (Instructivo N° 8 de la Ley N° 20.074). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- CHOMSKY, Noam y FOUCAULT, Michel. La naturaleza humana: justicia versus poder. Un debate. Buenos Aires, Argentina: Katz, 2006.
- DUCE, Mauricio. Diez Años de Reforma Procesal Penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos. En: CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA. A diez años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema. Santiago, Chile: Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, 2010.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Proceso Penal. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2007. 583p.

- FOUCAULT, Michel. El poder, una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica del poder. 3ª ed. Madrid, España: Las Ediciones de La Piqueta, 1992.
- FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, España: Gedisa, 2008.
- FOUCAULT, Michel. Defender la Sociedad. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- FOUCAULT, Michel. Seguridad, territorio, población. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- FOUCAULT, Michel “¿Qué es la crítica?”. En: *Δαίμων*, revista de filosofía. N° 11. 1995 [1978].
- FOUCAULT, Michel. Nacimiento de la biopolítica. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- FOUCAULT, Michel. Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal chileno. Vol. I. Santiago, Chile: Ed. Jurídica, 2002. 683p.
- KAFKA, Franz. El proceso. Buenos Aires, Argentina: Grupo Editor Altamira, 1999.
- KAVAFIS, Constantino. Obra escogida de Kavafis. Barcelona, España: Edicomunicación, 1995.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno. En “Revista Estudios de la Justicia” N1, año 2002, pp. 9-54.
- MATURANA, Cristian. Prisión Preventiva y Libertad Provisional; Análisis desde una perspectiva procesal constitucional en relación con las realidades del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo. En “Revista de derecho público” N° 64, 2002. pp. 84-90.
- MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. Derecho Procesal Penal 2ª Ed. Tomo I. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2012.

- MEDINA, Rodrigo. La prisión preventiva en la historia fidedigna del establecimiento del código procesal penal. Algunas reflexiones sobre la relación prisión preventiva y pena. En “Revista de derecho de la Universidad Católica de Temuco” N° 3, 2002. Pp. 17-33.
- NEIRA, Eugenio. Manual de procedimiento penal chileno –primera instancia-.Santiago, Chile: Editorial Fallos del Mes, 1992.
- POBLETE, Orlando. Reforma Procesal Penal: Notas sobre el nacimiento de la presunción de inocencia. En: CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA. A diez años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema. Santiago, Chile: Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, 2010.
- RITTER, Andrés y ACHHAMMER, Detlev. Evaluación de la reforma procesal penal chilena desde la perspectiva del sistema alemán. Santiago, Chile: Sociedad Alemana de cooperación técnica/ GTZ Proyecto Reforma Judicial, 2003.
- STIPPEL, Jörg. Cárcel, derecho y política. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2013.
- TAVOLARI, Raúl. Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- TAVOLARI, Raúl. Las medidas cautelares. En “Revista de Derecho Procesal”. N 20, 2005. pp. 283-293.
- VALENZUELA, Jonatan. Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno. En “Revista de Estudios de la Justicia” N°14, 2011. pp. 53-70.
- VATTER, Miguel. Foucault y la ley: la juridificación de la política en el neoliberalismo. En: LEMM, Vanessa(editora). Michel Foucault: neoliberalismo y biopolítica. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.
- ŽIŽEK, Slavoj. El sublime objeto de la ideología. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2003.
- SZCZARANSKI VARGAS, Federico. La prisión preventiva como manifestación del derecho penal del enemigo (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010. 118 p.

Recursos de Internet:

-AGAMBEN, Giorgio. No al tatuaje biopolítico [en línea]. Revista Otra Parte N° 2. 2004 (traducción del original publicado en *Le Monde*, 2004). [fecha de consulta: 07 septiembre 2017]. Disponible en:

<http://revistaotraparte.com/n%C2%BA-2-oto%C3%B1o-2004/no-al-tatuaje-biopol%C3%ADtico>

-AGAMBEN, Giorgio. Del Estado de Derecho al Estado de Seguridad [en línea]. Artillería Inmanente. 2016 (traducción del original publicado en *Le Monde*, 2015). [fecha de consulta: 07 septiembre 2017]. Disponible en:

<https://artilleriainmanente.noblogs.org/post/2016/05/26/giorgio-agamben-del-estado-de-derecho-al-estado-de-seguridad/>

-JIMÉNEZ DÍAZ, María José. Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-08 p. 08:1-08:25. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 16-07 (2014), 9 oct]

-WINTER, Jaime. Panorama de la Ley N° 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, más conocida como Agenda Corta Antidelincuencia [en línea]. Academia Judicial Chile, 2016 [consulta: 10 de septiembre 2017]. Disponible en:

http://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Panorama_agenda_corta.pdf

Artículos Periodísticos:

Gendarmería: un tercio de los reos en Chile está en prisión preventiva. Santiago, Chile, La Tercera [en línea]. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/gendarmeria-tercio-los-reos-chile-esta-prision-preventiva/> (revisado al 29/09/2017)

Piñera y observatorio Judicial: "Muchas veces los jueces se olvidan de los derechos de la gente inocente" La Tercera, Santiago, Chile, 6 junio 2013[en línea]. Disponible en:

<http://www.latercera.com/noticia/pinera-y-observatorio-judicial-muchas-veces-los-jueces-se-olvidan-de-los-derechos-de-la-gente-inocente/> (revisado al 29/09/2017)

Resoluciones Judiciales:

-C. San Miguel, 17 septiembre 2014, ROL: 1531-2014.

-J.G. Puente Alto, 09 septiembre 2014, RUC 1410000550-7.

-J.G. Puente Alto, 05 Enero 2015, RUC 1410000550-7

Otros documentos:

ACTAS Oficiales de la Comisión Constituyente, TOMO IV [en línea]. Disponible en:
http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Co_mision_Ortuzar.pdf

CORTE Suprema de Justicia. Discurso Presidente Corte Suprema, 26 agosto 2015.

Santiago, Chile [en línea]. Disponible en:

http://www.pjud.cl/documents/396729/0/Discurso+CJS+26_08_2015.pdf/8efcc6e4-1982-46e9-b440-71ee65028f0c

CHILE, GENDARMERÍA de Chile. Compendio estadístico penitenciario, 2015, censo. Santiago, Chile, 2016 [en línea]. Disponible en:

https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/compendio_2015/COMPENDIO_ESTADISTICO_2015.pdf

CHILE, GENDARMERÍA de Chile. Boletín estadístico. Edición N° 2, Febrero de 2017[en línea]. Disponible en:

https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/BoletinEstadistico_Gendarmeria2.pdf