

La libertad de reunión y asociación frente al proceso penal chileno, estudio
de las medidas cautelares de las letras e) y f) del artículo 155 del Código
Procesal Penal

*Freedom of assembly and association in the face of the Chilean criminal process, study of
the precautionary measures of letters e) and f) of article 155 of the Criminal Procedure
Code*

*Fernando Felín Correa**

RESUMEN

El presente trabajo ofrece una propuesta interpretativa, respecto a las medidas cautelares personales, distintas de la prisión preventiva, en el sistema procesal penal chileno. En particular, se expresa un análisis en la procedencia de éstas, con énfasis en la labor que debe realizarse por el juzgador para conceder las mismas, ante la existencia de vacíos legales al respecto. Junto con ello, se presenta una revisión de los posibles alcances que cabe otorgar a las medidas contempladas en las letras e) y f) del artículo 155 del Código Procesal Penal, considerando las interferencias a los derechos fundamentales que se causan a los ciudadanos que deben soportarlas.

Palabras clave: medidas cautelares penales, libertad de reunión, libertad de asociación, pluralismo político, protesta social.

ABSTRACT

This paper offers an interpretative proposal with respect to personal precautionary measures, other than pre-trial detention, in the Chilean criminal procedure system. In particular, an analysis is made of the origin of these measures, with emphasis on the work that must be done by the judge to grant them, given the existence of legal vacuums in this regard. In addition, a review is presented of the possible scope of the measures contemplated in Article 155 (E) and (F) of the Code of Criminal Procedure, taking into account the interference with fundamental rights caused to the citizens who have to endure them.

Keywords: criminal precautionary measures, freedom of assembly, freedom of association, political pluralism, social protest.

* Poder Judicial

Fecha de recepción: 02/04/2025

Fecha de aceptación: 01/10/2025

1. Introducción

Las medidas cautelares son un elemento esencial dentro de cualquier sistema procesal, puesto que tienen una finalidad al menos doble, por un lado, cautelan el resultado de una eventual y futura sentencia de término, y por otra parte, aseguran el correcto y normal desarrollo del proceso judicial en curso. En este sentido, dentro de las medidas de esta naturaleza en el ámbito penal, existe una multiplicidad, diversas, tanto en los fines que persiguen, como en la intensidad de cada una de ellas. Sin embargo, en nuestro sistema puede sostenerse, que están establecidas con una finalidad excepcional, ya que “quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado no debe sufrir, en principio, ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena”¹, siendo la regulación de las medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), “un conjunto de medidas cautelares menos intensas que la prisión preventiva y que el Juez debe utilizar con preferencia a ésta cuando resulten adecuadas para asegurar los objetivos del procedimiento”².

En este sentido, las medidas cautelares de nuestro sistema penal, para aquellos casos en que se persigue a un adulto³, se pueden diferenciar en al menos tres grupos significativos⁴. El primero de ellos, y más relevante en cuanto a la afectación de derechos, en particular a la libertad ambulatoria, es la prisión preventiva del artículo 140 CPP. Luego, existe un segundo grupo de medidas cautelares personales, distintas a la prisión preventiva, menos intensas que ésta, y que están establecidas en el artículo 155 CPP, y buscan dar garantías para el normal desarrollo del juicio. Finalmente, un tercer grupo, con una regulación que rápidamente recurre al reenvío de normas de procedimiento civil, el cual está constituido por medidas cautelares reales, del artículo 157 CPP, precautorias según su regulación, y que guardan relación con protección de futuros resultados materiales, inherentes al ejercicio de una acción de naturaleza civil, dentro del proceso penal, pero completamente accesorias al mismo.

¹ MENSAJE, (1995) p. 17.

² MENSAJE, (1995) p. 17.

³ El presente trabajo no abordará las temáticas propias de la ley de responsabilidad penal adolescente, ley 20.084, puesto que dicha norma en su artículo 1 establece expresamente un sistema diverso de responsabilidad, y luego, en su artículo 2 establece un principio, que debe ser considerado en todas las actuaciones judiciales, elementos que pueden llevar a resultados distintos, al momento de analizar las medidas cautelares que a este grupo de personas les pueda corresponder afrontar.

⁴ No se considerarán, para los efectos del presente análisis, la citación y la detención, puesto que su naturaleza guarda relación con efectos previos a la actuación judicial, y responden, por ello, a una lógica diferente a la que se estudiará en el presente trabajo.

Establecido lo anterior, cabe señalar, que el presente trabajo tendrá como objeto de análisis, el segundo grupo de medidas cautelares expuesto, puesto que, en primer término, son las de mayor aplicación diaria. Esto se puede observar tanto a nivel normativo, puesto que la regulación del ramo así lo mandata, como a nivel práctico, pues según datos oficiales del ministerio público, en el año 2006⁵, con la reforma instalada en todo el país, se decretaron un total de 104.079 medidas cautelares, correspondiendo 85.397 de ellas, a medidas cautelares del artículo 155 CPP, esto es un 82% del total. Luego, en el año recién pasado, se dispuso un total de 101.531 medidas cautelares, correspondiendo 78.651 a alguna medida del artículo 155 CPP⁶. Esto permite concluir, que cerca de un 77,5% del total de las medidas cautelares personales de nuestro sistema penal, en el año 2019, corresponden a esta especie, lo que justifica plenamente un estudio respecto de la naturaleza y fines de este tipo de medidas.

De lo anterior, es dable considerar, que, en el periodo analizado, ha habido un aumento de al menos un 4,5%, del uso de la prisión preventiva, como instrumento cautelar, habida consideración que dicho aumento es, a su vez, contrario con la reducción del total de medidas cautelares personales concedidas, ya que, en 2019, se redujeron en 2.548 casos, respecto de la información entregada para el año 2006. Esto, en parte, se puede explicar por el escaso desarrollo que han tenido las medidas cautelares del artículo 155 CPP, pasando muchas veces a ocupar un rol meramente accesorio dentro del proceso penal, sin que exista una preocupación por estas medidas, orientándose así las políticas públicas a fortalecer la prisión preventiva, bajo la premisa de que es el mejor instrumento para cautelar los fines del procedimiento.

En este sentido, cabe señalar, primeramente, que el artículo 155 CPP está dispuesto por el legislador, como aquel lugar en donde se consagra la regulación de las medidas cautelares personales de aplicación preferente, entregando, en cada uno de los literales de dicha norma, casos de afectación de diversos derechos, con distinta intensidad y naturaleza. Por lo anterior, a fin de entregar un trabajo especializado, se ofrecerá además en este trabajo, una revisión segmentada de la norma, estudiando en particular, los fundamentos que han de observarse para decretar medidas cautelares, y en específico aquellas que se regulan en los literales e) y f), toda vez que es posible advertir que ambos preceptos, entregan al estado,

⁵ Información extraída de la página web del Ministerio Público, en Boletín estadístico año 2006, Ministerio Público, tabla N° 15, p.43, consultado el 20 de abril de 2020, www.fiscaliadechile.cl.

⁶ Información extraída de la página web del Ministerio Público, en Boletín estadístico anual, enero-diciembre 2019, Ministerio Público, tabla N°12, p. 46, consultado el 09 de abril de 2020, en www.fiscaliadechile.cl

la posibilidad de atacar la libertad de reunión, sea tanto en una forma masiva, como en un carácter más personal.

Así las cosas, con este trabajo se busca aclarar cuál es el estándar para la concesión de medidas cautelares, en general y, junto con aquello, qué derechos y de qué forma pueden ser efectivamente afectados mediante la aplicación de estas medidas cautelares en particular. Asimismo, vincular los efectos que esta cautela entrega, con los fines del proceso, todo lo anterior, a fin de analizar si los alcances que se han entregado a estos supuestos, por la dogmática y la judicatura, se encuentran conformes con lo que el ordenamiento jurídico ha establecido para aquello, o bien, si se puede apreciar algún problema de constitucionalidad en esta materia.

2. Consideraciones del sistema chileno para el otorgamiento de medidas cautelares

2.1. Estándar de procedencia para la aplicación de medidas cautelares

Lo primero que ha de señalarse es que el sistema procesal penal chileno mantiene una dicotomía en su regulación, en la que se caracteriza a las medidas cautelares personales como instrumentales y excepcionales, sin embargo, se observa, en el ámbito de practicidad de aquello por parte de los operadores del sistema es opuesta, guiados quizás por la cultura jurídica nacional⁷ o, bien, por la presión que se canaliza a través de la opinión pública⁸, ya que al parecer existe una idea, o apreciación, en orden a que las investigaciones penales deben contar con la adopción de medidas cautelares personales, bien sea, la prisión preventiva o, al menos, utilizándose a diario este mismo concepto, con un dejo de resignación, alguna de las medidas del artículo 155 CPP.

Al respecto, cabe considerar que existe una normativa legal, junto con principios aplicables a la materia, que han sido desarrollados, bien por la doctrina, o en ocasiones por la jurisprudencia penal, que deben ser recordados en este punto, ya que éstos, debiesen ser considerados por los operadores del sistema,

⁷ Sin perjuicio de considerar que el sistema procesal penal chileno, cuenta con un tiempo suficiente para poder ser considerado, como uno ya en funcionamiento, y que por la tanto, uno no debiese mantener reminiscencias del anterior sistema de enjuiciamiento criminal al hablar de él, lo cierto es, que la rigidez del anterior sistema, enraizado por más de un siglo en la cultura jurídica nacional, puede explicar, en parte, que exista una persistente intención, de adelantar el producto de una sentencia penal, al momento de establecer medidas cautelares, sin que aún exista una comprensión y naturalización de los principios que hoy mantiene la justicia penal.

⁸ Según datos de la Subsecretaría de Prevención del delito, Síntesis Delictual ENUSC 2019 PAÍS, existe un índice de percepción de inseguridad, en nuestro país, según su última encuesta, esto es, la sensación de estar próximo a ser víctima de un delito, que registró un 82%. Información extraída de la página web www.seguridadpublica.gov.cl, consultada el 04 de junio de 2020.

tanto jueces como fiscales⁹, al momento de evaluar la procedencia de la aplicación de alguna forma de cautela dentro del procedimiento. Aun cuando muchas veces se considera que existen medidas cautelares, que pueden ser calificadas como poco invasivas (como lo pudiera ser por ejemplo un arraigo nacional para una persona que nunca ha salido del país y que además manifiesta a su defensa, que no tiene intención de hacerlo), lo cierto es, que observando lo dispuesto en el artículo 122 CPP, aquella medida sólo debiese ser otorgada cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento.

Se encuentra así, una norma jurídica expresa, cuya aplicación no es recurrente, siendo la misma derechamente omitida, puesto que la práctica ha ido, poco a poco, transformando en legítima la imposición de medidas cautelares del artículo 155 CPP, prácticamente a todo evento, muchas veces sin fundamentación de ninguno de los intervinientes, ya que la defensa y la fiscalía se satisfacen con la imposición de una medida cautelar personal, que podemos denominar de baja entidad, en comparación con la prisión preventiva. Ante esta circunstancia, el tribunal, regularmente, no manifiesta problemas, quizás debido a que la asistencia jurídica del imputado se muestra conforme con la aplicación de alguna de estas medidas, lo que, dentro de un procedimiento adversarial, representa un valor que no debiese ser simplemente ignorado. Así las cosas, al reiterar este ejercicio diariamente, con causas de toda índole, es posible advertir que la excepción legal, antes referida, se ha vuelto una regla general, y que lo absolutamente indispensable, ha dejado de ser relevante, pese a que el legislador así lo dispuso.

En este sentido, cabe recordar que, “es común estudiar a las pruebas y a la actividad probatoria pensando en la justificación de la sentencia definitiva, aunque es también un tema de relevancia cuando se trata de enfrentar a la decisión judicial de imposición de una medida cautelar”¹⁰, en este sentido, resulta fundamental saber qué es lo que debe ser acreditado, para que, jurídicamente, resulte procedente afectar los derechos del imputado, con alguna de estas medidas. Junto con lo anterior, cabe señalar, aun cuando parezca evidente, que el fundamento jurídico de una medida cautelar es distinto al contenido en una sentencia condenatoria, ya que lo que se busca a través de una medida cautelar es garantizar los mecanismos necesarios para el desarrollo de un proceso, con seguridad para todos los intervinientes, y también, un aseguramiento del éxito de una eventual sentencia de índole condenatoria.

⁹ Se excluye aquí a la defensa, ya que su rol es esencialmente estratégico, pues está orientado a la satisfacción de intereses particulares del imputado, lo que no permite equiparar sus fines, con aquellos reservados para el procedimiento.

¹⁰ VALENZUELA (2018), p. 837.

En este sentido, cabe recordar lo anterior, ya que es posible advertir que nuestro CPP, no incluyó de forma expresa algún estándar que deba ser considerado por el juez, al momento de decretar alguna medida cautelar personal, ni siquiera fue expresado éste, en el caso de la prisión preventiva, contando sólo con algunos elementos, carentes de estructura clara o expresa, en el artículo 140 del CPP.

Así, es preciso señalar que el inciso final del artículo 155 CPP renvía, en esta materia, al mencionado artículo 140 CPP, toda vez que fija, en dicha norma, la procedencia de estas medidas cautelares. De forma tal, que para determinar cuál es el estándar que debe ser considerado por la judicatura para disponer medidas cautelares personales hay que definir, en un primer momento, cuál es el estándar para decretar la prisión preventiva y, luego de ello, analizar si aquél, es el mismo a aplicar respecto del resto de las medidas cautelares, o bien existe alguna diferencia que considerar.

De la revisión de la norma en cuestión, y dada la naturaleza cautelar que buscan otorgar este tipo de resoluciones judiciales, “puede distinguirse entre hipótesis que son claramente retrospectivas, es decir, suponen la justificación de una decisión judicial que mira al establecimiento de hechos cuyo acaecimiento se verifica en el pasado, y por otra parte existen reglas que suponen que el juez deba justificar decisiones probatorias con enunciados que miran al acaecimiento de hechos en el futuro”¹¹. En otras palabras, nos enfrentamos en este punto, a un conflicto jurídico en el que se busca cautelar, temporalmente, los fines, futuros y eventuales del procedimiento, que al efecto regula, indica, o protege, la letra c) del artículo 140 CPP, y junto a dicha norma, lo hace también el inciso primero del artículo 155 CPP¹², debiéndose acreditar, primeramente, para tal evento, los antecedentes dan cuenta de la existencia del delito, y la participación que le habría correspondido al imputado en el mismo.

Corresponde aclarar, pues la doctrina en general parece no hacerse cargo del asunto, y la jurisprudencia tampoco ha recogido el guante en la materia, que no resulta procedente, por ser completamente contraintuitivo, que, para fundamentar la adopción de medidas cautelares, deba verificarse el estándar de convicción reservado para las decisiones de condena en los juicios orales, esto es, aquel contenido en el artículo 340 CPP. Lo anterior, dado que la adquisición por parte del tribunal, de una convicción

¹¹ VALENZUELA (2018), p. 852.

¹² Al respecto, siguiendo HADWA (2020), p. 274, existe únicamente una diferencia entre los supuestos de la letra c) del artículo 140 CPP y el inciso primero del artículo 155 CPP, y tiene que ver con que el primer caso, la ley parece más exigente, al solicitar diligencias precisas y determinadas, respecto de la cautela de la investigación, “lo que conduciría a establecer requisitos más altos para su procedencia, de forma tal de evitar al máximo su aplicación”.

más allá de toda duda razonable, respecto de los supuestos que la ley ordena observar, para disponer medidas cautelares, no puede ser alcanzados por esta vía, ya que presupondría que el juez, que está vinculado con la protección de las garantías del imputado¹³, y con un conocimiento superficial y principalmente referencial, de los elementos de prueba, deba concluir en una temprana etapa del proceso, la participación y culpabilidad del imputado, aun cuando, las normas del título V, del libro primero del CPP, no lo establecen de dicha forma. De lo anterior, ha de concluirse que, quienes apunten a dicha norma como una que deba ser observada por el tribunal de garantía, en esta materia, están derechamente equivocados.

No tiene sentido pues, lo anteriormente propuesto, ya que resulta inarmónico, en relación con la naturaleza de un proceso, que cuenta con un origen, desarrollo y final, que le sea exigible al juez de garantía, en el inicio de una investigación que, para disponer medidas cautelares personales, renuncie a lo que está obligado por ley a realizar, que corresponde, derechamente, a una suposición, fundada por cierto, pero que dicho fundamento no le quita, en caso alguno, su fisonomía probabilística, ya que se apunta a verificar la posibilidad de ocurrencia de hechos futuros e inciertos, que pudieran ser atribuibles al imputado. Es decir, lo que se necesita verificar o concluir por el juez, es la existencia de elementos que permitan presumir la posibilidad, más o menos cierta, de afectación de la investigación; la seguridad de la sociedad, o bien, del ofendido, por parte del imputado que ha de soportar la medida cautelar.

Lo que se exige, en consecuencia, por la ley, es que el tribunal, elabore conclusiones sobre supuestos de hecho, distintos a la convicción de que el imputado haya cometido el delito, lo que, si bien puede resultar paradójico, no por ello es menos cierto, ya que la atribución de responsabilidad está reservada para el fin del proceso, y la disposición de medidas cautelares para etapas previas a éste.

La situación, entonces, ahora se complejiza, ya que las letras a) y b) del artículo 140 CPP, apuntan a la búsqueda de indicios, o antecedentes que den cuenta de la efectividad de la ocurrencia del delito y la responsabilidad que de él pueda imputarse, hecho que puede calificarse como ocurrido o vivenciado, y que por ello está situado temporalmente en el pasado. Luego, la letra c), busca brindar protección a

¹³ Las medidas cautelares pueden decretarse en cualquier estado del procedimiento, tanto por el juzgado de garantía, como posteriormente por el tribunal oral en lo penal. Sin embargo, el presente análisis se centra en la disposición de medidas cautelares en una primera audiencia, pues aquello representa, por una parte, la regla general, además, a los ajustes a estas medidas, que se pueden realizar en la secuela del juicio, si bien deben observar las mismas reglas, obedecen igualmente a la existencia de nuevos antecedentes en la investigación, debiendo siempre considerar además el grado de cumplimiento que se observe en las cautelares previamente decretadas.

la seguridad de la sociedad, a la víctima, o bien resguardar la propia investigación, todos estos, hechos futuros, ya que lo que se busca es la protección potencial y futura de estos elementos, y por lo mismo, a lo sumo, podrá establecerse una afectación posible o probable, pero nunca efectiva o cierta.

2.2. Forma de acreditar los supuestos que dan lugar a la disposición de medidas cautelares

Como se señaló previamente, para determinar la procedencia de una medida cautelar personal, corresponderá fijar un análisis valorativo centrado en dos momentos diversos, en un primer momento, observando los antecedentes que se han recogido en la investigación, que sirven para acreditar el hecho y la participación del imputado, es decir, mirando al pasado, y luego de ello, en un segundo momento, el juez debe analizar el potencial agresivo, para el proceso, la seguridad de la sociedad o de la víctima, que se puede proyectar a la conducta del imputado, tomando en consideración para aquello, en el caso de la prisión preventiva al menos, los supuestos de los incisos segundo al quinto del artículo 140 CPP, sin que exista una forma más concreta o estricta, para las medidas cautelares del artículo 155 CPP.

Dicho lo anterior, cabe consignar que la fijación de estos elementos no puede ser considerada como una que pueda ser desarrollada de forma autónoma, en el sentido, de que la misma debe poder ser objeto de una revisión a través del sistema recursivo. De esta forma, el artículo 149 CPP, establece la forma en que puede revisarse la disposición de la prisión preventiva, y por remisión del inciso final del artículo 155 del CPP, al utilizar la voz impugnación, igualmente resulta aplicable el recurso de apelación, como la forma en virtud de la cual, las cortes de apelaciones pueden tomar conocimiento de reclamaciones en contra de las resoluciones que concedieron o denegaron este tipo de medidas.

Establecido el marco normativo que ha de observarse para la concesión, y eventual revisión de las medidas cautelares personales, resulta necesario precisar qué normas deben ser observadas, por el juez de garantía, para dotar de valor a los antecedentes que mantiene el ente persecutor en su carpeta investigativa, y en los que sostiene su solicitud¹⁴. Así las cosas, el párrafo 4º, del título III, del libro segundo del CPP, entrega la única definición legal, respecto del fenómeno de dotación de valor jurídico,

¹⁴ Los artículos 140, y 155 CPP, refieren que el ministerio público, o el querellante, y la víctima, en el caso de la última norma aludida, pueden solicitar la adopción de medidas cautelares personales. Sin embargo, la regulación no es clara, respecto de la fuente de información que puede ser expuesta al tribunal, en otras palabras, desde que lugar el juez puede obtener información en la que pueda sustentarse, por lo que, en atención a que sólo se utiliza la voz antecedentes, vinculados a una investigación formalizada, y observando lo dispuesto en los artículos 180 y 181 CPP, habrá de entenderse, que los fundamentos para adoptar alguna medida cautelar personal, siempre han de encontrarse consignados en la carpeta investigativa del ministerio público.

a antecedentes probatorios dentro del proceso penal, dando cuenta el artículo 295 CPP¹⁵, primeramente, respecto de la libertad probatoria en la que se desarrolla el proceso penal, circunstancia que, a primera vista, pudiese contradecir la aseveración previamente señalada, en orden a que las medidas cautelares personales deben fundarse en antecedentes contenidos en la carpeta investigativa.

En este sentido, deberá consignarse, que la incorporación consignada en la norma antes citada apunta, primeramente, a la forma de producción de la prueba en el juicio oral, lo que no ha de resultar extraño, pues la norma está dispuesta para regular esta materia. Con todo, hay que observar, que el legislador, luego en los artículos 389, 405 y 415 CPP, remiten los distintos procedimientos establecidos en la ley, precisamente, a la aplicación de las reglas dispuestas para el procedimiento ordinario. En este sentido, consignando que, en una audiencia de control de detención, aún no se identifica necesariamente, *ex ante*, el procedimiento aplicable, por regla general, e incluso para el evento en que se esté frente a un requerimiento en procedimientos simplificados o monitorios, la ley ha establecido que el párrafo 4° del título III, del libro segundo del CPP, debe ser considerado al momento de analizar la prueba que se está ofreciendo.

Dicho lo anterior, deberá colegirse que el artículo más relevante en este contexto es el 297 CPP¹⁶, puesto que dicha norma establece un estándar de valoración de la prueba, que se extiende a cada uno de los procedimientos previamente enunciados¹⁷. Así las cosas, cabe consignar que la norma en análisis obliga al juez a apreciar la prueba con libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados.

De esta forma, se puede concluir, que los antecedentes expuestos por el Ministerio Público, el querellante, o incluso la víctima, deben estar contenidos en la carpeta fiscal, y que el tribunal, al valorarlos, deberá dar aplicación a las reglas de la sana crítica, lo que, en palabras sencillas, corresponde a que “la sentencia respete principios de la lógica, en orden a que sus saltos inferenciales no vayan más allá de lo que permiten los estándares de prueba. Por otra parte, se les pide que las generalizaciones a

¹⁵ Artículo 295 CPP. *Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.*

¹⁶ Artículo 297 CPP. *Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

¹⁷ Cabe señalar que los títulos IV, V y VI del libro IV del CPP, no cuentan con remisión, de ninguna especie, a las normas del juicio ordinario, y en especial, se extraña cualquier referencia respecto a la normativa a considerar al momento de la valoración de la prueba. Procedimientos, que, si bien no determinan la imposición de alguna condena, si determinan decisiones relevantes, debido al fuero y la competencia para conocer de ciertos asuntos.

las que recurren para conectar pruebas con hechos se encuentren cimentadas en tecnologías reconocidas (conocimientos científicamente afianzados) y/o en la cultura imperante (máximas de la experiencia)¹⁸, esto, extrapolable claro está, a decisiones previas a la dictación de la sentencia, como lo es la determinación de la efectividad de los supuestos de las letras a) y b) del artículo 140 CPP.

Ahora bien, como fuere previamente señalado, la determinación de la posibilidad de ocurrencia de hechos futuros e inciertos, que puedan además, presumirse que se encontrarían dentro del ámbito de acción del imputado, propios de la letra c) de la norma antes referida¹⁹, esta pregunta no tiene una respuesta tranquilizadora, puesto que en este ámbito el juez, más allá de utilizar algún tipo de razonamiento que sirva para inducir hechos con base a los antecedentes probatorios que le son expuestos, lo que hace en definitiva, es inferir, mediante suposiciones, conductas que potencialmente puedan ser realizadas por el imputado, amparado el juez, principal, aunque no únicamente, en que las máximas de la experiencias, pues éstas “permiten dotar de un campo de acción al juez para determinar si cabe esperar razonablemente el acaecimiento de un hecho en el futuro”²⁰, aun así, existen llamados a controlar el uso de esta herramienta interpretativa, pues se sostiene que “usar las ME (máximas de la experiencia) para inferir cuáles son las prácticas frecuentes en algunos subgrupos sociales es riesgoso. Por cierto, esto puede provocar errores al no considerar suficientemente los rasgos que acercan y alejan a un sujeto de una determinada práctica o creencia social”²¹.

Es decir, con base a información conocida, parcial, y eventualmente meramente temporal, el juez está obligado, por ley, según lo dispuesto en el artículo 5 CPP, a determinar la posibilidad de que el imputado adopte una conducta que apunte contra los fines del procedimiento, o bien contra la seguridad de la sociedad o de la víctima. Cabe destacar entonces, que la naturaleza temporal, y esencialmente modificable de las medidas cautelares personales, no puede encontrarse en cuestión, ya que la investigación penal, necesariamente va a mutar durante su desarrollo, puesto que corresponderá que se practiquen diligencias que van a robustecer la tesis del ente persecutor, o quizás, la van a debilitar, siendo la adopción de mecanismos de cautela, una circunstancia evidentemente casuística, y que debe ser controlada por los jueces de garantía en el desarrollo del proceso.

¹⁸ COLOMA et al (2019), p.138.

¹⁹ En relación con el inciso primero del artículo 155 CPP.

²⁰ VALENZUELA (2018), p. 845.

²¹ COLOMA y AGÜERO (2014) p.678.

Cabe señalarse, además, que al juez le corresponde evaluar junto con lo ya señalado, las tesis que le pueda presentar la defensa, pudiendo enfrentarse éste a diferentes supuestos que serán analizados por ésta, pudiendo incluir en su estrategia, la declaración del propio imputado, así, “desde el punto de vista general de las garantías, el principio que rige la declaración del imputado es el de la defensa autónoma que como ya mencionamos está contenido el artículo 98 del CPP. El reconocimiento de esta autonomía supone que el imputado declara si quiere, lo que quiera y cuando quiera.”²², renunciando así éste, al derecho contenido en la letra g) del artículo 93, en relación con el artículo 98, ambos del CPP. Lo anterior, sin lugar a dudas complejiza la fundamentación que debe mantener la resolución que adopta medidas cautelares, puesto que, junto con realizar un procedimiento de valoración de los antecedentes expuestos por el ente persecutor, debe realizarse luego, un segundo ejercicio, de corroboración, sea con los dichos de la defensa, o incluso con el relato que el imputado pueda mantener de los mismos, no siendo válido para el juez omitir la expresión del razonamiento, que lo lleva a dar un mayor valor a ciertos antecedentes, o bien, derechamente a negar el valor de alguno de los elementos que le han sido expuestos, toda vez que, al materializarse una omisión de este estilo, se vulneraría abiertamente lo dispuesto en el artículo 36 CPP, esto es, el deber legal de fundamentar las resoluciones judiciales.

2.3. Diferencias de estándar que deber ser consideradas al momento de disponer la prisión preventiva o alguna medida cautelar personal del artículo 155 CPP

Ahora bien, definido que ha sido cuál es el estándar probatorio que corresponde observar respecto de los antecedentes que sustentan la existencia del hecho punible y la participación que se atribuye al imputado y, luego de ello, teniendo claramente definido el tercer elemento en juego, esto es, el intento de proteger derechos anexos al enjuiciamiento en sí mismo, que corresponde a una evaluación de hechos potenciales, futuros, y por ende inciertos. Corresponde, determinar si el estándar que se puede exigir es igual o diverso, para la prisión preventiva, y el resto de las medidas cautelares del artículo 155 CPP.

En este sentido, cabe recordar que, en los inicios de la reforma, se planteó por diversos autores, la existencia de una menor calidad, de la información ofrecida, al momento de conceder una medida cautelar del artículo 155 CPP, señalándose que “el estándar judicial deber ser levemente menor en las medidas contempladas en el art. 155, dada la naturaleza y entidad de las mismas”²³. Esta interpretación

²² RIEGO, (2019) p. 285.

²³ BLANCO et al, (2005), p. 79.

es común, ya que resulta en principio intuitiva, toda vez que la afectación de derechos distintos a la libertad personal²⁴, se analiza siempre como una de menor entidad de agravio, que alguna el que pueda predicarse de la perturbación de algún otro derecho constitucionalmente consagrado. Sin embargo, parece que esta conclusión, acelerada a juicio de este autor, no cuenta con un sustento normativo, que pueda explicar la diferencia tan marcada, que se pretende plantear entre una y otras medidas cautelares.

Por lo pronto, se puede señalar que, al estar establecida la prisión preventiva como una medida excepcional, y que procede a decretarse cuando el juez pueda presumir que las otras cautelares personales, no parecen ser lo suficientemente efectivas, para cautelar los fines del procedimiento, o la seguridad del ofendido o de la sociedad, tal como es señalado por el artículo 139 CPP, es posible concluir que dicha medida cautelar es excepcional. Sin embargo, dicha afirmación se puede vincular, o asilar únicamente en los supuestos de la letra c) del artículo 140 CPP, por lo que aquella diferenciación no apunta, en caso alguno, a los presupuestos de las letras a) y b) de la mencionada norma, ya que como señalamos aquí se apunta a otros elementos, los cuales deben establecerse al menos como justificadamente ciertos, tanto en uno como en otro caso.

Dicho lo anterior, y vinculando aquello, con lo que ha sido expuesto precedentemente, cabe consignar que la prisión preventiva deberá disponerse, sólo cuando el juicio probabilístico que el juez aprecie resulte en que el resto de las medidas cautelares personales no son suficientes para satisfacer los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido, o de la sociedad. Sin embargo, el estándar que el juez debe considerar para disponer las medidas cautelares del artículo 155 CPP, deberá igualmente enmarcarse, necesariamente, en los supuestos de las letras a) y b) del artículo 140 CPP, de forma tal que, al no ser acogida alguna prisión preventiva, por incumplimiento de estos dos presupuestos, no debiese el tribunal acceder a disponer de ninguna medida cautelar, puesto que en definitiva, los antecedentes de la investigación, no son suficientes para amagar a la presunción de inocencia del artículo 4 CPP.

²⁴ Exclúyase aquí, la comparación entre la letra a) del artículo 155 CPP, y la prisión preventiva, ya que apuntan a la privación del mismo derecho, pero en una forma distinta, lo que permite a cualquier persona sensata distinguir entre los efectos de una y otra medida, aunque jurídicamente, ambas figuras estén afectando la libertad personal del imputado. En este sentido, deberá señalarse, que el hecho de que el imputado cumpla con la medida cautelar en su domicilio, le permite mantener el ejercicio de una serie de derechos conexos a su libertad personal, los cuales no pueden ser igualmente ejercitados encontrándose en una prisión preventiva.

A modo de resumen, se puede indicar entonces, que el estándar objetivo, o también denominado en doctrina como “*fomus commissi o fomus boni iuris*”²⁵, que da pie a la adopción de cualquier medida cautelar personal en el sistema procesal penal, es el mismo, y no existe, por tanto, elemento normativo alguno que permita plantear una distinción en dicha materia, siendo incluso un argumento de texto, dada la remisión que el artículo 155 CPP, realiza a las normas del artículo 140 CPP. Quedando, en consecuencia, la decisión de adopción de la medida cautelar de prisión preventiva, o de otra medida cautelar personal, al criterio del juez, en razón del “*periculum libertatis o periculum in mora*”²⁶, esto es, en definitiva, si el juez advierte que se puede garantizar los fines del procedimiento, y la seguridad de la sociedad o de la víctima, con una medida cautelar menos intensa, y de carácter preferente según mandata el artículo 139 CPP, o bien, debe utilizarse la herramienta de privación de la libertad personal que entrega la prisión preventiva, con la finalidad de asegurar dichos objetivos.

2.4. Imposibilidad de disponer de medidas cautelares frente a la ilegalidad de la detención

Luego, respecto de la posibilidad de disponer medidas cautelares frente a una declaración de ilegalidad de una detención, en conformidad con lo dispuesto en las normas del párrafo 3, del título V, del libro I del CPP, cabe señalar que dicha declaración debe suponer un efecto, ya que no puede sostenerse seriamente que el legislador ha determinado un procedimiento, como el control de detención, cuyo producto, es inmediatamente desechado, por la misma persona que acaba de constatar un acto ilegal. Lo anterior, atenta contra un proceso lógico, toda vez que la ley dispone un procedimiento que puede derivar en una conclusión, respecto a un obrar ilícito en la detención del imputado, caso en el cual la conclusión igualmente lógica, es que frente a dicha ilegalidad se provoca, al menos, la ilicitud de la prueba que pueda vincularse directamente con ese hecho, pues “la relación de la prueba cuestionada con otros elementos, a su vez vinculados causalmente con una infracción de garantías, configura la existencia de prueba derivada, cuyo reconocimiento posibilitará –en principio– su exclusión o bien la prohibición de su valoración.”²⁷, quedando sólo a salvo la prueba obtenida, “descartada sea la presencia de una relación causal entre una actuación de investigación atentatoria de garantías y la obtención de material probatorio, (pues) faltará un presupuesto básico para considerar la prueba cuestionada como ilícita”²⁸.

²⁵ HADWA (2020) p. 89 y ss.

²⁶ HADWA (2020) p. 99 y ss.

²⁷ CORREA (2019) p. 194.

²⁸ CORREA (2019) p. 196.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley chilena, por una parte, llama a aplicar las reglas de la lógica, en el proceso penal, pero luego, parece contrariar lo que la misma ley ha dispuesto, ya que, en sus modificaciones, parece no respetar a éstas, dado que las reglas de la lógica pueden definirse como:

“La regla de la identidad, por la cual se asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; la regla de la (no) contradicción, por la que se entiende que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones, como ser falsa o verdadera, al mismo tiempo; la regla del tercero excluido, la cual establece que entre dos proposiciones en la cual una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera; y, la regla de la razón suficiente, por la cual cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente”²⁹.

Así, puede advertirse que la ley resulta, al menos contraintuitiva, ya que, por una parte, el artículo 297 CPP llama a utilizar los principios de la lógica, y entre ellos el principio de la no contradicción, no permite establecer al mismo tiempo que algo es falso y verdadero, es decir, no puede considerarse ilegal el actuar policial y luego, sin más, considerar sus acciones como legales para proceder en conformidad al artículo 132 CPP a decretar medidas cautelares. En otras palabras, se llama a que el mismo juez que concluyó un actuar ilícito en la detención del imputado, luego valore los antecedentes existentes para disponer medidas cautelares respecto del imputado que habría tomado parte en el mismo, según la información ya descartada.

Sin lugar a duda, una conclusión tan sencilla, o directa, resulta inorgánica, y no cuenta con un respaldo normativo real, sino que, a lo sumo, puede desprenderse la existencia de una apariencia de respaldo legal, respecto de supuestos de hecho que no podrán derivarse de antecedentes manchados, o teñidos por la ilegalidad, y que, en definitiva, en el caso de disponer una medida cautelar, llevan a una conclusión a la que no es posible arribar.

En este sentido, independientemente de las razones que puedan existir para disponer la legalidad de la detención, que no serán abordadas en este trabajo, por exceder por mucho los fines del mismo, sí resultan relevantes aquí las consecuencias jurídicas que deben predicarse ante una decisión de carácter jurisdiccional, que declara la ilegalidad de la detención del imputado, más cuando hoy es posible observar una confrontación evidente, entre la intención que ha manifestado el legislador, al incluir la nueva redacción del artículo 132 CPP en la ley, y la estructura original y general del proceso penal. En

²⁹ HUNTER (2012) p. 247.

este sentido, cabe observar que esta orgánica, está vinculada, con lo resuelto por la corte suprema, en una diversidad de casos, en los que luego de desarrollados todos los procesos de investigación, y de juicio, conociendo ésta, sobre recursos de nulidad en contra de la sentencia definitiva, se procede a invalidar el juicio, por ejemplo, por falta de indicios claros, para entender como justificado el control de identidad por parte de funcionarios policiales³⁰, dando aplicación consecuencia, a lo dispuesto en el artículo 373 letra a) CPP³¹.

Parece ser, en consecuencia, que más allá de las modificaciones legales que se han introducido, fuercen a que los actos del procedimiento se desarrollen sin pausa, y que no se detenga la actividad procesal por la ilegalidad del actuar policial³², el hecho de disponer medidas cautelares, sin observar lo previamente ocurrido, es un paso adicional, que debe analizarse, ya que en último término puede justificarse, por razones de economía procesal, que el ente persecutor informe sin demora al imputado, sobre la investigación que se lleva en su contra, tanto es así, que el propio imputado tiene derecho a solicitar dicha acción según lo dispuesto en el artículo 186 CPP, pero el siguiente paso, el hecho de disponer medidas cautelares en contra de éste, es la situación que aquí nos enfoca.

Debe señalarse en este sentido, que las modificaciones recibidas por el artículo 132 CPP, a través de la ley N°20.253, que explicitaron que la ilegalidad de la detención no impediría al fiscal formalizar y solicitar medidas cautelares que fueran procedentes, y en el mismo sentido, privó a la declaración de ilegalidad de la detención de efectos de cosa juzgada, en relación con las pruebas que se encuentren vinculadas con el proceso de aprehensión del imputado, reservando la discusión definitiva en esta materia, para el momento dispuesto en el artículo 276 CPP³³.

³⁰ Al respecto, DUCE (2020), en <https://derecho.udp.cl/la-revolucion-de-mayo-la-corte-suprema-y-los-controles-de-identidad/>, consultado el 26 de junio de 2020, expone una serie de casos recientes, en los que la corte suprema, ha vuelto a revisar la legalidad del obrar policial en diversos procedimientos, concluyendo en una serie importante de casos, que efectivamente existe un obrar ilícito de parte de las fuerzas policiales, por no ajustar sus procedimientos a derecho.

³¹ Artículo 373 CPP. *Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:*

a) *Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (...).*

³² MENSAJE N°188-354, (2017), en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6189/, consultado el 26 de junio de 2020.

³³ Artículo 276 CPP. *Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifestamente impertinentes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios.*

Así, es dable concluir que esta reforma legal debilitó abiertamente la fuerza que originalmente tuvo la institución del control de detención, ya que la declaración de ilegalidad de la detención echaba por tierra recursos económicos enormes, con miras a un actuar adecuado de las policías en sus labores. Pero, más allá de las razones, económicas, o de política criminal, que motivaron la reforma legal, debilitando los alcances del control de detención, en su sentido original, lo cierto es que éste, ponía en jaque el actuar policial, y con ello la efectividad y funcionalidad del sistema, lo que motivó al legislador a modificarlo, debilitando su fisonomía, con la intención de exhibir un mejor ejercicio de la persecución penal.

De esta forma, en un análisis de *lege lata*, es posible advertir, una clara decisión de legislador en esta materia, que a los intérpretes no les queda más que respetar. Sin embargo, ese respeto, como se señaló previamente, no puede alcanzar necesariamente, a la disposición de medidas cautelares en contra del imputado, al menos no, en cualquier caso. En este sentido, el hecho de que se disponga la ilegalidad de la detención del imputado debe traer aparejada una consecuencia, al menos, respecto de aquellas diligencias de investigación, que pueden ser vinculadas directamente con el acto cuya ilegalidad ha sido declarada. Así las cosas, se advierte que el proceso de detención del imputado puede traer aparejada, según lo dispuesto en los artículos 85, 187, 188, 197, 198, 199, 199 bis, 203, 204, 205, 206, 222 CPP, una afectación respecto a diversos actos de investigación, realizados autónomamente por las policías, o bien, vinculados con las instrucciones que al efecto pudo haber impartido el Ministerio Público.

Con todo, corrientemente, la ilegalidad declarada deberá afectar, necesariamente, el proceso de incautación de especies, y junto con ello las declaraciones de los funcionarios aprehensores y, eventualmente, del imputado o la víctima, ya que aquellas son las diligencias que regularmente, alcanzan a ser desarrolladas por el ente persecutor, antes de que el imputado, que es objeto de la detención, sea puesto a disposición de un tribunal, para el posterior control jurisdiccional de la misma. En este sentido, es fundamental que los hechos “que configuran el curso causal hipotético no llevado a cabo, tengan su origen en diligencias iniciadas con anterioridad a la ilicitud, previniendo de esta forma que

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.

acaecida ésta, los elementos de prueba que acreditarían un eventual curso causal hipotético sean maliciosamente plantados por la policía con la finalidad de sanear eventuales vicios pasados”³⁴

Así las cosas, existen una serie de elementos, o en palabras de nuestro artículo 140 CPP, antecedentes, que no pueden ser valorados, en favor de una medida cautelar, por el mismo juez que recientemente declaró una ilegalidad, ya que la conclusión lógica es que los mismos se encuentran maculados, sucios, o en palabras más académicas, puede sostenerse que “la exclusión de prueba ilícita o bien la aceptación de una prohibición de valoración de prueba, será sólo procedente cuando la obtención probatoria sea reconducible a una actuación contraria a derecho de parte de los funcionarios persecutores”³⁵. En este sentido, al regresar a lo dispuesto en el artículo 295 CPP, se vislumbra que los antecedentes que han de servir para probar los supuestos de las letras a) y b) del artículo 140 CPP, requieren ser acreditados por medios producidos e incorporados en conformidad a la ley. En este sentido resulta necesario concluir, que aquellos elementos de prueba vinculados a una detención ilegal no pueden entenderse como un medio de prueba producido en conformidad a la ley, sino que, al estar vinculado directamente con esta ilegalidad, dicho antecedente no podrá ser utilizado como medio de prueba.

De esta forma, no pudiendo entenderse a ciertos elementos de prueba como vinculados a un medio de producción lícito, luego no podrán ser éstos valorados en conformidad con el artículo 297 CPP, puesto que dichos elementos de prueba se transforman en improponibles para el tribunal, ya que la libertad probatoria, debe llevar necesariamente a que el juez de garantía excluya de su razonamiento aquellos medios de prueba que no se ajusten a los presupuestos del mencionado artículo 295 CPP.

En conclusión, aun cuando el legislador introdujo modificaciones legales que pudieran permitir la adopción de medidas cautelares personales, no incorporó algún precepto legal que validara actuaciones consideradas previamente como ilícitas. Así, lo cierto es que, no hay norma legal que permita dotar de valor a actuaciones que se encuentra cubiertas por un manto de ilegalidad, predicado precisamente de una declaración de ilegalidad del obrar policial. Así, la única aplicación posible para la adopción de medidas cautelares personales en estos casos, será la existencia de elementos probatorios que puedan entenderse como prueba independiente, entendiéndose por la corte suprema, que tal supuesto opera “ante la ausencia de vínculo causal, reconoce la aplicación de la ya analizada excepción de la fuente

³⁴ CORREA, (2016) p. 166.

³⁵ CORREA, (2019) p. 210.

independiente³⁶, caso en el cual, el juez se encontraría habilitado para analizar dicha prueba, y con ella verificar los supuestos de las letras a) y b) del artículo 140 CPP, y en ese caso, disponer de medidas cautelares aun cuando previamente declaró la ilegalidad de la detención.

2.5. Consecuencias jurídicas de la declaración de ilegalidad de la detención, en relación con los insumos probatorios del ministerio público

Especificando, o bien precisando las conclusiones expuestas en el punto anterior, corresponde señalar que no existe, normativamente, ninguna consecuencia clara respecto de la utilización que pueda darse a los antecedentes probatorios vinculados a una detención que ha sido declarada ilegal, al menos a nivel legal aquello no está resuelto. De lo anterior se colige que la improponibilidad se basa en que el ente persecutor busque fundar alguna medida cautelar en antecedentes obtenidos en un procedimiento ilícito, aun cuando dicha actuación ha sido declarada ilegal, lo que por lo demás corresponde a una resolución judicial de única instancia³⁷, reservando la ley en cualquier caso, para el momento de la preparación de un juicio oral, un segundo momento procesal en donde pueden ser jurídicamente revisados, los antecedentes que pudieron haber motivado la declaración de ilegalidad. En este sentido, lo cierto es que, a diario, las cortes de apelaciones revisan resoluciones que niegan medidas cautelares, teniendo como antecedentes precisamente una declaración de ilegalidad, sin entender en estos casos como algo fijo lo resuelto en la materia por el juez de instancia.

Así, en un sistema judicial jerarquizado, como el chileno, se puede observar que el tribunal de grado superior tiene la facultad de revisar una decisión, como la negativa a otorgar medidas cautelares, pero no tiene atribución legal alguna para modificar los fundamentos que pudo haber establecido el tribunal para entender como ilegal el proceso de detención del imputado. De esta forma, corresponde revisar si la labor realizada por las cortes de apelaciones se encuentra ajustada a derecho, o bien, si éstas comenten un exceso al revisar, aunque sea indirectamente la decisión del tribunal de instancia, en aquella parte, que se vincule con actuaciones declaradas previamente como ilícitas, en todos aquellos casos no previstos por el artículo 132 bis CPP³⁸.

³⁶ CORREA (2019) p. 196.

³⁷ Al respecto cabe recordar, que sólo respecto de ciertos casos puntuales, existe la posibilidad de recurrir de apelación en contra de esta resolución, lo que se encuentra regulado en el artículo 132 bis del CPP.

³⁸ Artículo 132 bis CPP. *Apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención. Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 390 bis, 390 ter, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N°17.798 y N°20.000 que tengan penas de crimen o simple delito, y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, la resolución*

En este sentido, desde el derecho comparado, puede recogerse la institución de la inutilizabilidad, esta institución dogmática, impone la imposibilidad de fundar jurídicamente una decisión en antecedentes probatorios vinculados con una actividad declarada ilícita previamente, ya que se produce la “inutilizabilidad de las pruebas obtenidas o producidas con infracción de los derechos y libertades fundamentales”³⁹, en este punto, quizás corresponde enlazar el razonamiento, con una institución diversa, pero vinculada a este proceso, que corresponde a la prueba ilícita, la que ha sido definida como aquella que ha sido “obtenida con vulneración de garantías, al no contar con la debida orden judicial que resguarde el derecho vulnerado”⁴⁰, en este sentido, considerando que la determinación de la ilegalidad de la detención, corresponde a una resolución de única instancia, salvo en los casos exceptuados por el artículo 132 bis CPP, corresponderá encontrar en aquella consecuencias jurídicas, que bien puedan ser revertidas al momento de la preparación del juicio oral, pues el legislador así lo ha dispuesto, pero pareciese, que durante la etapa intermedia, no existe ninguna oportunidad procesal para cuestionar lo resuelto, y sin dicho cuestionamiento, no podrán sino ser revisadas las decisiones que se adopten respecto de medidas cautelares, con resguardo y observancia de lo que un juez competente ha resuelto al efecto.

En este sentido, “es preferible quizás hablar de inutilizabilidad de la prueba ilícita, es decir prohibición de admisión o prohibición de valoración de la misma, cuya consecuencia es la privación de eficacia probatoria”⁴¹, de forma tal, que como se señaló previamente, aun cuando exista una posibilidad, otorgada por la ley, de seguir adelante un proceso con base a antecedentes que han sido considerados, como provenientes de una actuación ilegal, la consecuencia mínima, es que el estado, a través del ministerio público, se prive de limitar derechos de los particulares, si es que no cuenta con antecedentes independientes, que puedan ser considerados para adoptar medidas que restrinjan derechos de éstos.

De esta forma, en esta etapa incipiente del procedimiento, puede evidenciarse la denominada teoría del árbol envenenado, toda vez que la misma “no afecta sólo la admisibilidad de la prueba obtenida en la detención, registro o incautación ilegítima, sino que se extiende también a todos los "frutos" de dicha prueba, es decir, a toda prueba cuyo origen esté vinculado a la prueba obtenida con vulneración de la

que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal en el solo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable.

³⁹ MIRANDA (2004), p.54.

⁴⁰ NÚÑEZ et al (2019), p.170.

⁴¹ MIRANDA (2004), p. 92.

protección constitucional”⁴². Debiendo señalarse que, siendo las medidas cautelares excepciones legales al normal desempeño de los derechos fundamentales reconocidos por la constitución, una protección mínima de su valor y vigencia es no beneficiar, o respaldar jurídicamente actuaciones que no han respetado los procedimientos que al efecto ha dispuesto el legislador.

Con todo, no puede negarse que el proceso penal seguirá adelante, aun cuando se haya dispuesto la ilegalidad de una detención, no concluye allí el deber del estado. Deberá consignarse así, que lo señalado respecto de la imposibilidad de disponer medidas cautelares, en estos casos, igualmente evidencia excepciones en el derecho comparado, así en Estados Unidos, se puede señalar que “las excepciones suelen presentarse en tres grandes grupos: la doctrina de la fuente independiente (*independent source doctrine*), la regla del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery rule*) y el principio de la conexión atenuada (*attenuated connection principle*)”⁴³, las cuales apuntan a casos en los cuales pese a existir, una infracción que, entre nosotros pudiera dar lugar a la ilegalidad de la detención, existirían otros antecedentes en los cuales podría soportarse la imputación, situación que es completamente equiparable al presupuesto factico establecido en el artículo 132 CPP, bajo el entendimiento que se ha planteado en este trabajo, es decir, que es perfectamente posible formalizar la investigación, e incluso disponer medidas cautelares en casos en que exista una ilegalidad de base, pero en estos casos, dichas solicitudes han de ser fundadas en prueba que no cargue con el peso de la ilicitud previamente declarada, pues la cautela “de las garantías fundamentales en el proceso penal no puede ser relativizado en base a consideraciones subjetivas, como lo sería paradigmáticamente la conciencia de la ilicitud de parte del funcionario persecutor; la legitimidad misma del sistema de enjuiciamiento, y finalmente la imposición de una sanción penal dependen precisamente de que ello no suceda”⁴⁴

⁴² HERNÁNDEZ (2005), p.21.

⁴³ HERNÁNDEZ (2005), p.22. Sobre el particular el autor explicó los elementos a considerar, dando cuenta que, “no debe excluirse la prueba que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, por la sencilla razón que en estos casos simplemente dicha prueba no es un “fruto” de la ilicitud”. (p. 22), sosteniendo que “mucho más problemático resulta, desde luego, admitir la existencia de una fuente realmente independiente cuando ésta aparece con posterioridad a la actuación ilegal, pues siempre resultará plausible sostener que cualquier información posteriormente obtenida se debe a la influencia que en la investigación ha ejercido el primer hallazgo”. (p. 23) Dando así cuenta que el descubrimiento inevitable corresponde al “nexo causal entre la ilegalidad y el hallazgo de determinada evidencia es innegable, pero una consideración hipotética permitiría restarle relevancia”. (p. 24). En este sentido, cabe señalar que en el derecho alemán, el Bundesgerichtshof, ha sostenido que “no toda prohibición de producción de prueba conduce sin más a una prohibición de valoración de la misma, ha señalado que la decisión a favor o en contra de una prohibición de valoración debe adoptarse sobre la base de una amplia ponderación en la cual debe apreciarse tanto el peso de la infracción de procedimiento, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio” (p. 32)

⁴⁴ CORREA (2018), p. 44.

Con todo, puede sostenerse que aún con las reformas legales que ha soportado el proceso penal chileno, es posible igualmente, bajo la mirada propuesta, resguardar adecuadamente al mismo, sin observar que el uso de sus instituciones, en la línea de la procedencia de medidas cautelares, vulnere las normas constitucionales o incluso internacionales establecidas en la materia. Por lo anterior, puede sostenerse que:

“El déficit de legitimación que afecta al poder estatal cuando vulnera las garantías fundamentales, déficit de legitimación que informa el fundamento ético de la exclusión de la prueba ilícita que aquí se ha mantenido, no sólo impide al Estado imponer una pena sino que también cualquier otra privación o restricción de derechos con fundamento en la supuesta comisión de un delito; la improcedencia de fundar medidas cautelares personales en prueba ilícita no es sino un corolario de esa premisa”⁴⁵

En este sentido, corresponderá señalar que el concepto de inutilizabilidad, aún no se ha asentado en la jurisprudencia nacional, sin embargo, del mismo puede predicarse que “su impacto en lo inmediato tiene que ver, ya no con la decisión final de absolución o condena, sino que decisiones adoptadas en el ejercicio de la jurisdicción cautelar (medidas intrusivas y cautelares), que son por lo general provisionales y conectadas con los fines de la investigación”⁴⁶. De esta forma, para algunos⁴⁷, la exclusión de la prueba ilícita en esta etapa del proceso, responde a un ejercicio del artículo 276 CPP, pero otros van incluso más allá, dando cuenta que “la facultad del juez para prescindir de ciertos antecedentes al fundar una medida cautelar o intrusiva no se funda en una regla de mandato como la del artículo 276 del CPP, sino en la utilización de un recurso dogmático que debe necesariamente reconducirse a la Constitución Política de la República y, concretamente, a la cláusula del debido proceso”⁴⁸, pues “sería contrario a la razón y, por tanto, contrario a la justicia y al derecho que el fruto del acto de violación de los derechos fundamentales de una persona fuera reconocido como válido en un proceso penal”⁴⁹.

En este sentido, corresponde señalar que el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT), en su letra a), establece una obligación para todo juez de garantía, la cual responde al

⁴⁵ HERNÁNDEZ (2005), p. 89.

⁴⁶ GALLARDO (2007), p. 2.

⁴⁷ HERNÁNDEZ (2005), p. 90, al respecto el autor, da cuenta de que “con prescindencia de su ubicación sistemática y su alcance directo, es indudable que el art. 276 cumple en nuestro ordenamiento procesal penal la función de una prohibición general de valoración de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, prohibición que rige también y de modo especial para el tribunal que precisamente está llamado a valorar la prueba”.

⁴⁸ GALLARDO (2007), p.3.

⁴⁹ ZAPATA (2004), p. 168.

aseguramiento de los derechos del imputado, y junto con ello los de los demás intervinientes en el proceso penal. De forma tal, que pretender que el legislador dispuso un procedimiento, para determinar la legalidad del obrar del ente persecutor en cuanto a la detención del imputado, pero que luego de ello, lo que corresponde es olvidarse de esto, no tiene asidero, y ataca además a la primera facultad que la ley le otorga a un juez de garantía, más si se revisa el artículo 10 CPP, que le otorga a este funcionario judicial, la facultad de cautelar las garantías legales y constitucionales del imputado, resultando entonces completamente contradictorio este presupuesto.

Ahora bien, es posible que en una etapa inicial de la investigación exista un error de parte de los intervinientes o del tribunal, que derive en una declaración de ilegalidad, aquello puede vincularse con la reforma al artículo 132 CPP bis, así como con el control que ha de desarrollarse en la audiencia de preparación de juicio oral, sin embargo, considero que mientras dicha actuación no se desarrolle, no le corresponde al juez de instancia, ni tampoco a la corte de apelaciones respectiva, desoír lo establecido por la ley en la materia, pues no existe norma legal ni constitucional alguna, en la etapa intermedia, que permita privar de efectos a la declaración de ilegalidad de la detención.

2.6. Elementos del sistema interamericano de Derechos Humanos a considerar al momento de disponer medidas cautelares

Finalmente, dentro de este primer apartado, cabe considerar, como un elemento adicional en el proceso de adopción de medidas cautelares, recordado y parafraseado muchas veces por la defensa⁵⁰, que es el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR), que establece una limitación para el ejercicio de la soberanía. En este sentido, corresponde recordar, ya que en ocasiones se soslaya, que el derecho penal nacional, inmerso en una sociedad que se autodefine como democrática, se encuentra limitado normativamente por un “único criterio legitimador del ejercicio de la soberanía nacional, el respeto de los derechos y garantías contemplados en la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”⁵¹.

Así las cosas, al hablar del proceso penal, y de las medidas que cautelan su desarrollo, corresponde revisar, aquellos elementos normativos internacionales, que mantienen alguna influencia en lo que en

⁵⁰ Pese a que, aunque equivocadamente, las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, regularmente son abandonadas en un mar de frases hechas, o lugares comunes, tanto por los intervinientes como finalmente por los propios tribunales.

⁵¹ MATUS y RAMÍREZ (2019) p.50.

nuestro país se decide. Así, cabe recordar que la corte interamericana de derechos humanos (en adelante CIDH) “en su Opinión Consultiva N° 10, donde estableció que pese a tratarse de una declaración y no de un tratado, sus enunciados son obligatorios para los Estados Miembros de OEA y tiene efectos jurídicos, es decir, constituye un *hard law*, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵²”. En este sentido, más allá de cualquier cuestionamiento que pueda plantearse respecto de la efectiva obligatoriedad de las normas de derecho internacional, lo cierto es que aquellas tienen efectos jurídicos evidentes, al menos en nuestro país, quien, siendo respetuoso de estos organismos ha adoptado los pronunciamientos emitidos por la corte, sin cuestionar en caso alguno su legitimidad.

Considerado esta prevención previa, aparece como evidente, que al analizar los alcances de las medidas cautelares en el proceso penal chileno, deba observarse lo que ha sostenido la CIDH, la cual respecto de la medida cautelar más intensa que mantiene nuestro sistema ha señalado que “la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente”⁵³, sosteniendo asimismo, que “la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria”⁵⁴

En este sentido, podemos encontrar en la jurisprudencia de la CIDH, de ciertos elementos precisos que deben ser siempre respetados por el estado, al adoptar la medida cautelar de prisión preventiva, límites que según nuestro propio ordenamiento jurídico, tienen la naturaleza de constitucionales, es decir, deben ser observados en todo caso en el cual se disponga una medida cautelar de prisión preventiva, debiendo en consecuencia el intérprete, lograr congeniar los alcances del artículo 140 CPP, con la normativa internacional, e interpretación que de ella se realiza, labor a la que se encuentran obligados los tribunales, sin embargo, como se señaló previamente, aún se encuentra en pañales la litigación en este punto.

⁵² LLUGDAR (2016,) p. 8.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, p. 67.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, p. 68.

Cabe recordar, como ya ha sido expuesto, que la naturaleza de las medidas cautelares del artículo 155 CPP, se encuentra vinculada con las letras a) y b) del artículo 140 CPP, manteniendo luego una similitud con la letra c) del mismo cuerpo normativo, pero pudiendo entenderse, que las primeras presentan una visión menos exigente tanto en el alcance de las medidas que en base a esta norma se adoptan, como respecto de los requisitos que deben verificarse para establecer su procedencia. Dicho lo anterior, corresponde concluir, que la jurisprudencia de la CIDH, aún cuando no se enfoca directamente en el análisis de esta medida, al revisar las medidas cautelares en general, y luego en particular la prisión preventiva en el caso chileno presenta un análisis que debe ser considerado para la evaluación de la procedencia de todas las medidas cautelares personales reguladas en la ley.

Así, la CIDH, en el caso *Norín Catrimán vs Chile*, expuso una serie de elementos que deben ser verificados por los tribunales de nuestro país, para disponer la medida cautelar de prisión preventiva. En este sentido, sostiene que la ley, al momento de considerar la medida cautelar de prisión preventiva, debe observar una serie de requisitos, entre los que señala que esta medida debe mantener una finalidad compatible con la convención; idoneidad de las medidas cautelares; necesidad; proporcionalidad; y motivación de las mismas⁵⁵. Así, se sostiene por este tribunal internacional, que los estándares a considerar para los efectos de disponer la prisión preventiva como medida cautelar, apuntan a “su

⁵⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014, p. 110. En ella se explicita que ha de entenderse por cada uno de estos conceptos, a saber:

“a) *Finalidad compatible con la Convención: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención (supra párr. 311.a). La Corte ha indicado que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.* En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

b) *Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido.*

c) *Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito (supra párr. 311.b), la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales.*

d) *Proporcionalidad: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.*

e) *Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención”.*

excepcionalidad, carácter temporal limitado, estricta necesidad y proporcionalidad y, fundamentalmente, los relativos a que los fines que busque alcanzar deben ser propios de su naturaleza cautelar (...) y no puede constituirse como una pena anticipada que contravenga el principio de presunción de inocencia que protege al imputado”⁵⁶.

En definitiva, existen ciertos elementos que han de ser considerados al momento de disponer medidas cautelares, que van más allá de la literalidad de los artículos que han sido referidos, y que demandan de los intervinientes en el proceso penal, una apertura a la revisión de pronunciamientos internacionales, que se encuentran muchas veces en abierta confrontación con algunos supuestos legales, o al menos, con ciertas interpretaciones comunes que se realizan de ellos. En esta línea también, corresponderá señalar, que es una función del estado, actualizar su normativa, en esta materia, a los estándares internacionales que nuestra propia constitución reconoce, todo ello, sin perjuicio de las eventuales modificaciones que a futuro pueda disponer en la materia el proceso constituyente en ciernes.

3. Medidas cautelares personales, distintas a la prisión preventiva

3.1. Presupuestos que dan lugar a la disposición de medidas cautelares del artículo 155 CP

Respecto de las medidas cautelares personales, a modo general, se puede sostener, que están orientadas según el artículo 122 CPP⁵⁷, para asegurar la realización de los fines del procedimiento. Esta breve concepción, es luego ampliada y especificada, en el artículo 155 CPP, el cual establece que las mismas están establecidas para cuatro objetivos, 1) garantizar el éxito de las diligencias de investigación; 2) garantizar la seguridad de la sociedad; 3) garantizar la protección del ofendido; y 4) asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia. En este sentido, corresponderá verificar en este apartado, en que forma las medidas cautelares personales, distintas de la prisión preventiva, resultan procedentes, esto como un alcance general, para luego de ello, en especial, poner atención a las medidas reguladas en los literales e) y f) del mentado artículo 155 CPP, a fin de verificar si éstas cumplen con dar efectividad a alguno de los cuatro enunciados

⁵⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, p. 122.

⁵⁷ Artículo 122 CPP. *Finalidad y alcance. Las medidas cautelares personales sólo 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.*

Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada.

normativos previamente señalados, y cómo aquello se materializa, estableciéndose de este modo los alcances que pueden predicarse respecto de estas instituciones procesales.

De esta forma, es posible adelantar que brindar a la investigación de un proceso penal, de elementos que aseguren el éxito de las diligencias que en ella se desarrollen, así como asegurar la comparecencia del imputado a los actos del proceso, aparecen como objetivos inherentes a un proceso judicial, por lo que intuitivamente es posible advertir que un proceso legal, construido para la investigación de delitos, debe al menos en un primer momento, de forma necesaria, precaver o garantizar los elementos que permiten el éxito del mismo. De una forma similar se ha manifestado la mayoría de la doctrina, sosteniendo que se “acostumbra señalar que solo dos son los fines del procedimiento penal, ninguno de estos se identifica con la protección del ofendido por el delito: la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”⁵⁸. En este sentido, es posible vincular estos elementos de protección del artículo 155 CPP con el contenido de la garantía constitucional del artículo 19 número 3 CPR, pues dicha norma señala, en su sexto inciso, que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento, e investigación, racionales y justos, encontrando en consecuencia, las facultades previamente señaladas, amparo constitucional.

Ahora bien, los alcances que pueda contener la norma constitucional que garantiza estos elementos del proceso, puede ser cuestionada, en particular la forma en que dichas garantías se materializan. Con todo, cabrá recordar que el presente trabajo apunta a determinar los aspectos procesales penales de las medidas cautelares aquí estudiadas, pretendiendo realizar una revisión de los aspectos constitucionales fundamentales, que a las mismas se vinculan, sin que se pretenda presentar aquí, más que un análisis de *lege lata*, en esta materia, es decir, en una revisión de la norma constitucional chilena, y junto con ella, de los tratados internacionales, que en materias propias de derechos fundamentales, han de ser revisados por mandato expreso del inciso final del artículo 5 CPR.

Sobre el punto, cabe recordar que la garantía de un debido proceso, para el ciudadano, imputado en nuestro análisis, tiene un doble efecto, esto quiere decir, por una parte, se apunta a que éste tiene el derecho de exigir que, en el evento de existir una investigación penal en su contra, que se materialice la misma a través de un proceso racional y justo. Pero, por otra parte, en una versión menos nítida, pero igualmente certera, muestra a este derecho como un reflejo del poder coercitivo del estado, ya que éste, puede dirigirse en contra de cualquier particular, debiendo, en cualquier caso, respetar los

⁵⁸ OLIVER (2016), p. 259.

derechos mínimos que al efecto la constitución y las leyes le reconoce. En este sentido, podrá advertirse que el derecho al debido proceso es siempre una garantía para el ciudadano, que por una parte le permite activar un sistema de derechos que lo resguarden, y por otra, aún cuando este ignore dichos derechos, deberán ser éstos respetados por el estado al realizar una persecución penal

Luego, es posible advertir en la norma en revisión presenta, artículo 155 CPP, junto con los dos presupuestos enunciados previamente, igualmente está establecida para que el proceso penal cuente con un mecanismo que otorgue protección de la seguridad de la sociedad, y junto con ello, protección al ofendido. Estos segundos elementos, mantienen una naturaleza diversa a los previamente analizados, pero igualmente deben ser observados por el juez, al momento de resolver sobre la procedencia de alguna medida cautelar respecto del imputado. Sin embargo, adelantaremos desde ya, que tanto el alcance, la forma de afectación y el fundamento que estos elementos pueden entregar a las medidas cautelares, aparecen más difusos a nivel constitucional, ya que no puede vincularse de una forma directa a ese tipo de medidas con la norma constitucional previamente citada, ni con ninguna otra, puesto que la adopción de esta clase de cautelares, afecta derechos fundamentales de quien ha de soportarlas, como en toda medida de esta especie, pero no es claro que con ello se esté dando protección a alguna garantía constitucional en específico. Con todo, puede señalarse que existen medidas, en otros sistemas jurídicos, que cautelan intereses diversos a los señalados previamente, en particular se puede señalar que:

“las legislaciones procesales penales de distintos países han incluido medidas que apuntan a fines completamente desvinculados de la eficacia del proceso, tales como la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad (medida de prevención general, en el sentido de pretender dar ejemplo para tranquilizar a la sociedad o amedrentar a los posibles delincuentes) o de prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculcado (prevención especial), o incluso medidas específicas destinadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida o a su familia (preventivas personales)”⁵⁹.

Por lo anterior, debiese existir algún elemento normativo, a nivel constitucional, o bien en tratados internacionales, que permitiese sacrificar la eficacia de los derechos fundamentales del imputado, a fin de que con ello se pueda otorgar protección a estos otros elementos, distintos al establecimiento de la verdad en un proceso de índole jurisdiccional, pero que no resultan ser elementos necesariamente

⁵⁹ OLIVER (2016), p. 262.

ajenos al mismo, tanto así que el derecho comparado igualmente los resguarda, y que de cualquier forma, presentan un problema a nuestro sistema de persecución penal, ya que “de acuerdo con la presunción de inocencia, el estatuto normal del imputado durante el proceso es el pleno goce de sus derechos constitucionales, esto es, mientras no exista una sentencia que establezca la existencia de los supuestos de responsabilidad penal, el imputado debe, en principio, ser tratado como cualquier otro ciudadano”⁶⁰.

En este sentido, cabe recordar que “todas las medidas cautelares personales son excepcionales, y por tanto, requieren de autorización legal expresa y que sean decretadas, como norma, fundadamente cumpliendo con las formalidades legales, por el juez competente en lo penal”⁶¹, de forma tal, que para determinar la procedencia de estas medidas cautelares, correspondería que su contenido y alcance se encuentre mayormente delimitado, por vía doctrinal y jurisprudencial, ya que, si bien la reforma procesal penal en nuestro país se puede calificar como reciente, escuchándose aún hablar de la nueva justicia penal, lo cierto, es que han transcurrido largos años desde el inicio de esta reforma, y al parecer, el poco interés de la dogmática sobre estas materias, ha olvidado que uno de los objetos de la reforma procesal penal, era que “las medidas cautelares personales dejan de ser el efecto automático de procesamiento, que desaparece, pasando a constituir medidas excepcionales cuya necesidad requiere ser invocada y acreditada por el fiscal”⁶², ya que al no existir una sistematización y elaboración dogmática en la materia, éstas poco a poco, comienzan a ser instrumentalizadas, y adoptadas de forma automática por los tribunales de garantía, lejos de lo que de estas medidas se pudo esperar con la puesta en marcha de este sistema, hace ya veinte años.

Se ha olvidado en consecuencia, que “la finalidad de la cautela en el proceso penal con radical diferencia respecto de aquella que tiene como finalidad la pena. La medida cautelar, especialmente aquella que se relaciona con la persona, no puede tener objetivo ninguno de los fines propios de la pena, es decir no puede ser del tipo preventivo ni retributivo”⁶³, sino que únicamente ha de servir a la obtención de los fines del procedimiento, debiendo recordarse en todo momento que “la presunción de inocencia implica especial y fundamentalmente el trato como tal, de forma que cualquier turbación a los derechos

⁶⁰ DUCE y RIEGO (2007), p. 250.

⁶¹ NÚÑEZ (2003), p. 286.

⁶² CAROCA *et al* (2000), p. 123.

⁶³ MATURANA y MONTERO (2012), p. 477.

del imputado durante el procedimiento no pueden sino encontrarse al servicio del mismo, ser excepcionales y provisionales”⁶⁴.

De esta forma, el abandono dogmático, a que se han enfrentado estas medidas cautelares, aunque no siempre jurisprudencial, puede explicar –en parte– el avance que ha tenido la medida cautelar de prisión preventiva en estos veinte años, ya que no existen medidas cautelares bien delimitadas, y sobre todo controladas adecuadamente por la autoridad. Ciertamente es también, que han existido una serie de reformas legales que han ido endureciendo las penas para ciertos delitos, y de la mano con ello, dando un mayor realce a la medida cautelar de prisión preventiva. Sin embargo, hay que comprender que para determinar la procedencia de alguna medida cautelar, es necesario que “el análisis comience por establecer si la finalidad cautelar que se invoca puede ser debidamente satisfecha por estas medidas”⁶⁵, así, “atendidos los fines de las medidas, el principio de proporcionalidad y el carácter subsidiario de la prisión preventiva, el órgano jurisdiccional debe primeramente analizar si la finalidad cautelar se consigue a través de estas medidas”⁶⁶.

Ahora bien, respecto de las múltiples medidas cautelares hoy existentes, cabe reiterar que, en el presente trabajo, se analizarán dos supuestos del artículo 155 CPP, como lo son sus literales e) y f). Lo importante entonces, será precisar los alcances de estas medidas, en especial en el contexto político y social, que actualmente vive nuestro país, ya que se puede observar que estas medidas, en especial la de la letra e), parece estar orientada para evitar el ejercicio de derechos constitucionales, en particular aquellos vinculados al derecho a una protesta política, amparado así en el derecho a reunión consagrado en el artículo 19 número 13 CPR. Junto con ello, cabe advertir que el supuesto de la letra f), puede tener un sentido de *lege lata*, que logré explicarse, pero observando la actual visión que se ha dado de la regulación cautelar en la materia, su utilización puede llegar a servir como un mecanismo de opresión política, vinculado como se ha señalado con la afectación de un derecho consagrado en la constitución, como es la libertad de reunión, y en general los derechos vinculados al ejercicio de una libertad de orden político.

⁶⁴ MATURANA y MONTERO (2012), p. 479.

⁶⁵ HORVITZ y LÓPEZ (2003), p. 435.

⁶⁶ MATURANA y MONTERO (2012), p. 558.

3.2. La prohibición del derecho de reunión como medida cautelar

Respecto de esta medida cautelar, puede señalarse que sus límites o alcances, no se encuentran adecuadamente delimitados. Por lo pronto, puede señalarse que se encuentra regulada en el artículo 155 letra e) CPP, bajo la hipótesis de que una vez acreditados los supuestos de las letras a) y b) del artículo 140 CPP, y con la finalidad de garantizar el éxito de las diligencias de investigación; garantizar la seguridad de la sociedad; garantizar la protección del ofendido; o bien, de asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, se podrá prohibir la asistencia del imputado a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o bien, restringir igualmente que éste pueda visitar determinados lugares.

Como primer elemento de análisis, corresponde determinar si esta medida cautelar puede predicarse, como adecuada para la satisfacción de cualquiera de los cuatro fines que el artículo 155 CPP precave. En este sentido, el primero de los elementos a analizar, corresponderá a determinar si esta medida cautelar puede ser dispuesta, para que, de una forma idónea, se cautelen las diligencias de la investigación; o se asegure la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento; o bien, se permita la ejecución de una eventual sentencia condenatoria⁶⁷. Al respecto, puede adelantarse que, por la naturaleza de la medida, no resulta claro, a *prima facie*, que esta medida cautelar esté pensada u orientada, para resguardar estos fines del proceso, mismos que he señalado previamente que cuentan con un fundamento constitucional que puede catalogarse como fuerte⁶⁸.

Luego, la norma en análisis nos lleva a revisar si la seguridad de la sociedad, o bien, la protección del ofendido, pueden vincularse a esta medida cautelar. Por lo pronto, la norma en comento permite adelantar que parece adecuada para buscar la protección de dichos intereses procesales, sin perjuicio de que tal como se señaló previamente, estos fundamentos⁶⁹, no cuentan con un respaldo en el ámbito de los derechos fundamentales, que pueda catalogarse como igualmente fuerte.

⁶⁷ Corresponden a los numerales 1 y 4 del artículo 155 CPP, descritos en dicho orden únicamente por el orden legal en que son expuestos.

⁶⁸ Al respecto tal como se ha expuesto, frente a los diversos fines que pueden perseguir las medidas cautelares, solamente aquellos vinculados al desarrollo del proceso, encuentran un resguardo constitucional que sirve como base para la adopción de medidas cautelares, que busquen satisfacer dicho fin del proceso. Situación diversa a lo que ocurre con la seguridad de la sociedad o de la víctima, los cuales únicamente encuentran su fundamento en la ley.

⁶⁹ Referencia a los presupuestos 2 y 3 del artículo 155 CPP.

En definitiva, como primer elemento de análisis que la norma nos propone, puede concluirse que la misma está dispuesta por la ley, para garantizar la seguridad de la sociedad o proteger a la víctima de un ilícito, y con la adopción de dicha medida cautelar, no se busca en principio cautelar los fines que resultan propios al procedimiento⁷⁰.

Dicho lo anterior, y de la revisión en particular de la norma, puede señalarse que tuvo, en los primeros años de funcionamiento del nuevo sistema procesal penal, un uso limitado, vinculado a actividades de las denominadas barras bravas⁷¹, o bien, utilizando la mismas como una forma de adelantar la satisfacción de una pretensión jurídica⁷², lo que a juicio de este autor no corresponde⁷³, pues la naturaleza de ilícitos en los que se pueda encontrar vinculado el dominio, uso o goce, de un bien inmueble, debiese en principio ser analizado por un juzgado civil, y no descansar en la utilización del sistema procesal penal, para la satisfacción inmediata de este tipo de conflictos, sin siquiera apuntar a la obtención de una sentencia en la materia.

Así, luego de un primer momento con un uso que puede calificarse como reducido, durante el año 2019, y comienzos del 2020, esta medida cautelar ha tomado una mayor relevancia en nuestro país, toda vez que ésta, al parecer ha sido utilizada en nuestro sistema, como una medida de control social, vinculada a una serie de manifestaciones públicas, las cuales mantienen un claro contenido político, en las cuales, se han provocado daños en la propiedad pública y privada. Así, la respuesta del ente persecutor frente a estos casos, mientras se desarrolla la investigación -en aquellos casos en que no recurrió derechamente a la prisión preventiva-, ha sido solicitar a los juzgados de garantía, que se disponga la prohibición de participación del imputado en manifestaciones populares por el tiempo que dure la investigación.

⁷⁰ Compartiendo aquí lo señalado por el profesor Oliver, corresponde indicar, que esta medida cautelar, no puede identificarse como una inherente a cualquier proceso penal, sino más bien una de carácter *sui generis*, lo que queda de manifiesto al revisar los registros de su incorporación en el CPP, existiendo en la historia de la ley, limitadas menciones a la misma, y sólo pudiendo explicarse ésta, como una forma de protección otorgada por el legislador, respecto del fenómeno de las barras bravas en el fútbol Chileno.

⁷¹ Al respecto, ROL 212-2011 ICA de Rancagua.

⁷² Al respecto, ROL 97-2011 y 98-2011 ICA de Valparaíso; ROL 97-2015 ICA de Concepción; ROL 107-2005; ICA de Rancagua; ROL 159-2015 ICA de Talca.

⁷³ Al respecto ROL 3592-2018 ICA de Santiago y ROL 654-2018 ICA de Concepción.

Al ser este un evento nuevo en nuestro país, tanto la protesta generalizada⁷⁴, como la respuesta del estado a ésta, ha existido una respuesta dispar por los diferentes tribunales y cortes, que debe ser revisada, principalmente por la afectación de derechos fundamentales ajenos a la libertad, o más bien, por la posibilidad de afectación de los numerales 12 y 13 del artículo 19 CPR, en circunstancias que las penas establecidas por la ley, para los ilícitos que hoy se investigan, y respecto de los cuales se ha otorgado esta cautela, en caso de ser acreditados los mismos, no permitirían afectar dichos derechos, en caso de una sentencia condenatoria, lo que lleva necesariamente a revisar la norma en cuestión, ya que por una parte pareciese que a través de su aplicación se puede estar ejerciendo un control derechamente político, alejado en consecuencia de los fines del proceso penal, pudiendo incluso a evidenciarse, ciertos efectos o elementos, que permiten cuestionar la constitucionalidad de esta norma.

Dentro del último año, nuestro país se ha visto inmerso en un proceso de manifestación popular, que no se había visto en cerca de cincuenta años, sosteniéndose que existen motivos para evidenciar sorpresa, toda vez que “la exigencia ciudadana de una refundación política nacional vía Asamblea Constituyente libre y soberana se realiza a contrapelo de la tradición constitucional chilena, puesto que nunca hemos tenido una Asamblea Constituyente”⁷⁵. En este contexto, se pudo observar que las manifestaciones ocurridas desde el mes de octubre de 2019 causaron graves daños tanto en la propiedad pública, como también en la privada en todo nuestro país, teniendo como eje principal, o característico, lo ocurrido en la ciudad de Santiago. Situados en frente de esta reconfiguración del orden social⁷⁶, observamos que este proceso de manifestación política, fue controlado por las fuerzas de orden público, siendo el ministerio público, en lo que a nosotros nos compete, quien debió presentar una estrategia que permitiese afrontar el fenómeno delictivo que se vio asociado al desarrollo de manifestaciones populares⁷⁷, optando éste, por una estrategia que buscó neutralizar la participación en

⁷⁴ Al respecto Gabriel Salazar Vergara, plantea un desarrollo de esta crisis política, en una crónica, denominada “El reventón social en Chile: una mirada histórica”, disponible en el sitio web <https://ciperchile.cl/2019/10/27/el-reventon-social-en-chile-una-mirada-historica>, 27 de octubre de 2019, visitado el 10 de julio de 2020.

⁷⁵ GREZ (2019), p. 14

⁷⁶ Cabe señalar al respecto, que este fenómeno socio político, excede los fines que presenta este trabajo, y sólo corresponde señalar, que el mismo inició, en Chile, antes del proceso de confinamiento vinculado a la pandemia del COVID-19, manteniendo a la fecha un resultado difuso, ya que no es posible por el momento determinar la viabilidad de un presunto proceso constituyente, y mucho menos sus resultados potenciales.

⁷⁷ En particular, debe precisarse que el ministerio público, por mandato constitucional, no está encargado de velar por el orden público, sino que está encargado según el artículo 83 CPR, de realizar la investigación respecto de hechos ya acaecidos, es decir, a lo sumo, puede esperarse que el obrar del ente persecutor provoque algún efecto en aspectos de prevención general, tal y como la tipificación de conductas delictivas lo hace. En este sentido, más allá de poder calificar el funcionamiento de esta institución -lo que aquí no se pretende-, lo cierto

estas manifestaciones populares, de aquellas personas que hubieran sido objeto de alguna formalización, por los delitos de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal (en adelante CP), u otros vinculados a este proceso, y en general, por la comisión de ilícitos, vinculados con este fenómeno de revuelta social.

Para lograr su finalidad, el ente persecutor solicitó a los juzgados de garantía, en muchos de estos casos, posiblemente como instrucción o estrategia, la medida cautelar del artículo 155 letra e) CPP, esto significó en particular, que solicitó a los tribunales que se prohibiese a los particulares –objeto de formalización- la participación en reuniones públicas, en general, y especialmente, aquellas vinculadas, al menos contextualmente, con estos procesos de protesta social contingente.

Así, la respuesta del ente persecutor para estos casos fue buscar la inhibición de la participación de estos imputados en manifestaciones populares, por el tiempo que durase la investigación penal. Cabe señalar, aunque resulte obvio, que esta medida cautelar no fue solamente solicitada en la ciudad de Santiago, ya que este proceso de protesta social ocurrió en todo el país, por ello, es posible concluir que hubo una respuesta variada, e incluso disímil frente a las solicitudes planteadas por el persecutor, ya que en sede de garantía hubo respuestas a favor y en contra de dicha medida cautelar, e igualmente hubo pronunciamientos contradictorios en las distintas cortes de apelaciones del país.

En este sentido, puede señalarse por ejemplo que la corte de apelaciones de Chillán, dispuso en causas Rol 35-2020 y 90-2020, del Libro de Reforma Procesal Penal, la prohibición de asistir a marchas en las comunas de Chillán y Chillán viejo, sin alguna precisión temporal, siendo en consecuencia el único límite, el tiempo que tome la investigación. Tampoco hubo aquí alguna, limitación temática, pues por el tenor de estas medidas, los imputados quedaron imposibilitados de participar de cualquier manifestación política, en dichas comunas. En el mismo sentido, la corte de apelaciones de Punta Arenas, concedió la medida cautelar del artículo 155 letra e), en el sentido de disponer "la prohibición de asistir a marchas de convocatoria pública y masiva en la vía pública, que se realicen en Punta Arenas en el marco de los movimientos sociales que se desarrollan actualmente en el país"⁷⁸.

es que cualquier estrategia para afrontar el fenómeno delictual, corresponderá a una actuación que debe ser ejecutada por el poder ejecutivo, y en caso de ser necesario, podrá apreciarse la intervención del poder legislativo, quedando el poder judicial y el ministerio público, en un lugar de rezago, respecto al desarrollo de políticas que logren disminuir el fenómeno delictual, reservándose así su intervención para la persecución y sanción de dichas conductas, cuando las mismas ocurren, pero no, para la prevención de las mismas.

⁷⁸ Al respecto, ROL 49-2019 (Amparo) ICA de Punta Arenas.

Finalmente, respecto de aquellos casos, en que fue dispuesta este tipo de medida cautelar, podría señalarse, que en una línea similar, se manifestó la corte de apelaciones de Santiago, bajo los ingresos corte 5692-2019 y 5675-2019, en los cuales concedió igualmente la medida cautelar, de prohibición de acercamiento, esta vez -eso sí- únicamente vinculada a aquellos lugares específicos en los que se produjeron procesos de saqueo en dicha ciudad, lo que parece adecuado, ya que no es justificable dentro de un proceso de manifestación social, la realización de atentados en contra de la propiedad, tanto privada como pública. En este sentido, cabe desde ya anotar, que existe una diferencia entre esta postura, que busca el resguardo de ciertos lugares afectados por un ilícito, y los fenómenos de participación en marchas o manifestaciones públicas, ya que aunque sea tenue la diferencia, se puede advertir que el objeto de protección aquí es la propiedad de las víctimas, y no la limitación de expresión política, pudiendo asemejarse así esta postura, con la dispuesta por la corte de apelaciones de Antofagasta, en ingreso corte 227-2019, la cual rechazó un recurso de amparo, que buscaba dejar sin efecto una medida cautelar previa, que prohibió a los imputados, hacer ingreso a un cuadrante – delimitado por ciertas calles- de dicha ciudad, lo que pareciese vinculado con la protección de un espacio físico determinado, más no una limitación, absoluta, del ejercicio de derechos constitucionalmente consagrados.

En contraposición a esta postura, se encuentra la postura expresada por la corte de apelaciones de Rancagua, la cual sostuvo en los ingresos corte 920-2019, 922-2019, 935-2019, 936-2019, 937-2019, 938-2019, y 940-2019, que la medida cautelar solicitada por el ministerio público, en orden a prohibir la participación de los imputados en marchas o manifestaciones populares, era muy vaga e inespecífica, razón por la cual negó lugar a éstas, bien sea revocando una concedida en la ciudad de Graneros, como confirmando el criterio que sostuvo el juzgado de garantía de Rengo en la materia.

Luego, puede sostenerse, que la corte de apelaciones de Rancagua no fue la única que sostuvo la improcedencia de este tipo de medida cautelar, puesto que Valparaíso, igualmente sostuvo que debía ser revocada dicha medida cautelar, otorgada originalmente, por entender que el juez de garantía se excedió al decretar las mismas, por no ser coincidente esta resolución con el tenor de la norma -155 letra e) del Código Procesal Penal-, por lo que revocó la medida cautelar, que prohibía manifestarse violentamente en la comuna de San Antonio, respecto de cuatro imputados y, en su lugar, declaró que aquella se dejaba sin efecto⁷⁹.

⁷⁹Al respecto, ROL 2482-2019, ICA de Valparaíso.

A estos antecedentes, indiciarios de un conflicto interpretativo, a nivel nacional, cabe agregar, que en el mismo contexto de manifestaciones sociales, acaecidas en el país a contar de octubre de 2019, existieron una multiplicidad de pronunciamientos, en uno y otros sentido, algunos de los cuales fueron objeto de recursos, y muchos otros quedaron únicamente radicados en los juzgados de instancia, puesto que en este periodo hubo un alto nivel de exigencia para el sistema de justicia penal, el cual en principio, puede señalarse que entregó resultados, en cuanto a cantidad de pronunciamientos, y oportunidad de los mismos, pero sin embargo, es dable señalar que no está claro para la jurisprudencia, el alcance de esta medida cautelar en particular, llevando a resultados disímiles en diversos puntos del país.

En este sentido, más allá de la mera complacencia, cabe advertir que el ejercicio de aplicación de esta medida cautelar, evidencia que la finalidad que puede adscribirse al origen de la norma, esto es, la cautela de procesos agresivos vinculados al fenómeno de las barras bravas, ha sido sobrepasado por mucho, y en este sentido, la utilización de estas medidas cautelares como forma de control político evidencian un atentado al artículo 19 número 12 CPR, toda vez que dicha norma resguarda el derecho a emitir opinión, respondiendo penalmente en caso de que aquello corresponda, pero como ya señalamos al revisar el título III del CP, esto es aquel denominado como “*De las penas*”, podemos apreciar que la medida cautelar del artículo 155 letra e), no puede vincularse directa, ni indirectamente con ninguna pena preestablecida por el legislador.

Luego, al revisar el numeral 13 del artículo 19 CPR, se advierte que la constitución consagra un derecho fundamental, que permite a cualquier persona, y entre éstas al imputado, de reunirse pacíficamente y sin permiso previo con otras personas, derecho que esta medida cautelar ataca. Sin embargo, se advierte al igual que en el caso anterior, que en ningún caso existe una norma legal que determine la procedencia de una afectación de este derecho al imponer alguna pena, puesto que incluso un reo rematado tiene derecho a recibir visitas, sin control previo de las mismas, tanto es así que el artículo 57 del Decreto Supremo 518 del año 1998⁸⁰, que aprobó el reglamento de establecimientos penitenciarios, la norma más dura en la materia, sólo limita este derecho por razones de seguridad; mala conducta; presentación indecorosa, claramente desaseada o alterada; o que se encuentren bajo el efecto del alcohol o drogas,

⁸⁰ Artículo 57 DS 518. *Los Jefes de los establecimientos podrán impedir las visitas de determinadas personas por razones de seguridad, mala conducta de ellas, o cuya presentación sea indecorosa, claramente desaseada o alterada, o que se encuentren bajo el efecto del alcohol o drogas.*

pero no como una forma de evitar la interacción entre un condenado y cualquier otra persona por razones meramente políticas.

3.3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas como medida cautelar

En cuanto a esta medida cautelar, puede señalarse al igual que en el caso anterior, que se ha encontrado muy alejada del interés de la doctrina, por lo que sus límites o alcances, no se encuentran adecuadamente delimitados. Por lo pronto, puede señalarse que se encuentra regulada en el artículo 155 letra f) CPP, bajo la hipótesis de que una vez acreditados los supuestos de las letras a) y b) del artículo 140 CPP, y con la finalidad de garantizar el éxito de las diligencias de investigación; garantizar la seguridad de la sociedad; garantizar la protección del ofendido; o bien, de asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, se podrá prohibir la comunicación de éste con personas determinadas, con la única limitación de no afectar el derecho a defensa.

Al igual que en el caso anterior, corresponde determinar, si esta medida cautelar puede predicarse, como adecuada para la satisfacción de cualquiera de los cuatro fines que el artículo 155 CPP precave. En este sentido, el primero de los elementos a analizar, corresponderá a determinar si esta medida cautelar puede ser dispuesta, para que, de una forma idónea, se cautelen las diligencias de la investigación; o se asegure la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento; o bien, se permita la ejecución de una eventual sentencia condenatoria⁸¹. Al respecto, puede adelantarse que, en este caso, derechamente se observa prácticamente imposible que esta medida cautelar sirva para asegurar la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento, y tampoco se advierte que sirva de forma alguna para satisfacer la ejecución de una eventual sentencia condenatoria. Resta señalar en consecuencia, que eventualmente, puede vincularse con la cautela de ciertas diligencias de investigación. En este sentido, resulta posible imaginar, la limitación de contacto del imputado con ciertos testigos o peritos, a fin de evitar que los mismos puedan verse amedrentados, directamente, por éste, y con ello asegurar que los mismos puedan prestar su participación en el proceso de forma adecuada.

⁸¹ Corresponden a los numerales 1 y 4 del artículo 155 CPP, descritos en dicho orden únicamente por el orden legal en que son expuestos.

Continuando el análisis, corresponde verificar si la seguridad de la sociedad, o bien, la protección del ofendido, pueden vincularse a esta medida cautelar. Por lo pronto, la norma en comento pareciese que sobre este punto algo tiene que ofrecer, puesto que específicamente se puede limitar la comunicación del imputado, bien sea con una víctima, o con alguna persona determinada, todo lo cual permite observar, que estos supuestos normativos podrían ser satisfechos con este ejercicio, sin perjuicio de que tal como se señaló al abordar la medida cautelar de la letra e) del artículo 155 CPP, estos fundamentos⁸², no cuentan con una protección constitucional o como un fin legítimo a observar en el proceso penal, dentro del derecho internacional de los derechos humanos.

En definitiva, como primer eslabón en la cadena de análisis que la norma nos propone, puede concluirse que la misma está dispuesta por la ley, pudiendo garantizar el éxito de diligencias de investigación, la seguridad de la sociedad, o bien, proteger a la víctima, y con la adopción de dicha medida cautelar, se genera una dicotomía entre la satisfacción de un elemento propio de un proceso penal, como sería garantizar el éxito de determinadas diligencias, y aquellas especiales del proceso chileno, como lo serían la seguridad de la sociedad y la víctima.

Cabe consignar que nuestro sistema jurídico se basa en la idea, de que los ciudadanos se encuentran bajo el ordenamiento de un estado democrático de derecho, en este sentido, puede entenderse que la limitación contenida en esta norma apunte, a inhibir algún proceso extorsivo de parte de algún imputado para con la víctima, algún testigo o perito, aquello, parece estar dentro de los supuestos que podrían defenderse en el artículo 19 número 3 CPR. Sin embargo, el texto parece tan amplio, que permitiría por ejemplo vulnerar el numeral 15 del recién citado artículo 19, esto es el derecho de asociación, ya que pudiese llegar a utilizarse el proceso penal, como una herramienta que apunte en una dirección distinta, al esclarecimiento de hechos y determinación de una eventual sanción a los mismos, dando la oportunidad, que a través de medidas cautelares se busquen fines de prevención general, que son -a lo sumo- consecuencias de las penas en sí mismas.

En esta línea, cabe consignar, que al igual que en el apartado previo, de la revisión del DS 518 de 1998, pudiendo afectarse lo regulado en el párrafo 3 y 6 de dicho reglamento. Puede señalarse, asimismo de la revisión de las penas establecidas en el Código Penal, e incluso en leyes especiales, en general, no es posible encontrar alguna pena, en nuestro ordenamiento, que traiga aparejada una sanción de este tipo,

⁸² Referencia a los presupuestos 2 y 3 del artículo 155 CPP.

siendo incluso las penas accesorias de los artículos 372 y 372 ter del CP, menos rigurosas, que lo que esta medida cautelar puede llegar a ser.

Ahora bien, revisando en particular el estado de la cuestión puede advertirse que en los últimos años esta medida cautelar, ha sido utilizada principalmente como un mecanismo de morigeración de los efectos de la prisión preventiva. Vale decir, que aun cuando la misma puede disponerse de forma directa, su utilización se encuentra, por lo general, enmarcada en la satisfacción de las garantías de víctimas, o testigos, en un proceso penal en curso.

Así las cosas, puede decirse que, de manera casi uniforme, ha entendido que esta medida cautelar sirve como un mecanismo de protección, en los casos en que se deja sin efecto una prisión preventiva, así lo han resuelto las cortes de apelaciones de Temuco⁸³; Rancagua⁸⁴; La Serena⁸⁵; San Miguel⁸⁶; Santiago⁸⁷; Puerto Montt⁸⁸; Valparaíso⁸⁹; Talca⁹⁰; Copiapó⁹¹; Chillán⁹²; y Arica⁹³. En este sentido, es comprobable, que en todo nuestro país, se tiende a adoptar esta medida cautelar, junto con otras, como un mecanismo de aseguramiento de los fines del procedimiento, o bien, de la seguridad de la víctima, e incluso de testigos, cuando ha transcurrido un tiempo razonable de vigencia de una prisión preventiva, y bajo el supuesto que la misma sólo debe ser adoptada de manera excepcional, se procede a mutar la misma por otras cautelares de menor intensidad, donde toma relevancia la que aquí nos convoca.

Aquí, en consecuencia, podemos advertir que el cuestionamiento originalmente planteado, se torna débil, ya que a través de esta medida cautelar se pudiera estar afectando derechos que la ley penal no protege, pero en los hechos, más no jurídicamente, la medida cautelar de prisión preventiva, afecta gravemente la posibilidad de que el imputado pueda tomar contacto con otras personas. En este sentido entonces, cabe señalar que si bien se posible advertir que en la regulación de gendarmería de Chile permite ampliamente el contacto del imputado con las visitas, éstas deben concurrir a reunirse

⁸³ Al respecto, ROL 570-2020; y 1005-2017, ICA de Temuco.

⁸⁴ Al respecto, ROL 215-2020; 711-2019; 335-2018; y 296-2017, ICA de Rancagua.

⁸⁵ Al respecto, ROL 128-2020, ICA de La Serena.

⁸⁶ Al respecto, ROL 3460-2019; y 298-2018, ICA de San Miguel.

⁸⁷ Al respecto, ROL 678-2018; 365-2018; 4456-2017; 3494-2017; y 2228-2017, ICA de Santiago.

⁸⁸ Al respecto, ROL 47-2018, ICA de Puerto Montt.

⁸⁹ Al respecto, ROL 875-2017; 876-2017; y 877-2017, ICA de Valparaíso.

⁹⁰ Al respecto, ROL 106-2015, ICA de Talca.

⁹¹ Al respecto, ROL 259-2020, ICA de Copiapó.

⁹² Al respecto, ROL 79-2015, ICA de Chillán.

⁹³ Al respecto, ROL 197-2012, ICA de Arica.

con él, aquella posibilidad, en una ponderación adecuada de intereses, puede verse vencida, ya que prácticamente todos los imputados preferirán cumplir una medida cautelar que le impida tomar contacto con algunas personas, más que otra que lo priva de su libertad en un centro penitenciario.

Sobre el punto, creo necesario plantear dos matices, el primero, guarda relación con el usual impedimento de contacto que dispone esta medida cautelar, con otros coimputados, y el segundo, es que aún cuando pueda advertirse la preferencia evidente de los imputados, deberá sostenerse que del ser no puede extraerse el deber ser, por lo que aunque esta medida cautelar pueda mostrarse como beneficiosa, cierto es que igualmente vulnera las normas constitucionales, previamente señaladas, en particular, en el caso enunciado precedentemente. En este sentido, cabe consignar que, en nuestro proceso penal, el imputado no tiene obligación de decir verdad, pudiendo la defensa utilizar una posición estratégica en la materia, sin que pueda observarse consecuencia negativa alguna para el encartado. Así, al revisar el artículo 326 CPP, se advierte que no existe obligación de que el acusado diga verdad, pues el puede señalar lo que estime conveniente, no manteniendo éste ningún deber con la obtención de una verdad procesal, sino que tiene derecho a cautelar no ser objeto de una condena penal.

Dicho lo anterior, cabe señalar que la imposición de una medida cautelar que inhiba las comunicaciones entre personas que se encuentran imputadas, pareciese ir en contra del derecho que mantiene el imputado de ejercer su defensa de la forma en que mejor estime, tanto es así, que éste puede defenderse incluso sin asistencia letrada, tal como establece el inciso final del artículo 102 CPP. Tomando esta circunstancia en consideración, pareciese que existe una mala utilización de esta medida cautelar, al menos, en los casos en que se le impide al imputado tomar contacto con coimputados de la causa⁹⁴, pues pareciese que es un derecho de éstos, presentar al tribunal una estrategia de defensa, que puede ser conjunta, e incluso falsa, siendo una carga del estado desvirtuar aquello, no siendo así trasladable a éstos, el peso de mantener algún tipo de actitud frente al proceso, que ni la constitución ni las leyes establecen.

⁹⁴ De la propia jurisprudencia que ha sido citada previamente, se puede advertir, que las cortes de apelaciones de Rancagua bajo el ROL 711-2019; y 296-2017; San Miguel bajo el rol 298-2018; Santiago bajo el ROL 678-2018; 3494-2017; y 2228-2017; Puerto Montt bajo el ROL 47-2018; Valparaíso bajo el ROL 875-2017; 876-2017; y 877-2017, y Arica bajo el ROL 197-2012, dispusieron la modificación de la medida cautelar de prisión preventiva, impidiendo que el imputado tomase contacto con otros coimputados de dichas causas.

Así las cosas, a juicio de este autor, no corresponde disponer la medida cautelar del artículo 155 letra f) CPP, respecto de comunicaciones que el imputado pudiese tener con coimputados de la misma causa, ya que con aquello no se resguarda adecuadamente ninguno de los tres fines que hemos señalados como legítimos o válidos legalmente, para disponer esta medida cautelar. En primer lugar, se advierte que la seguridad de la sociedad o de la víctima nunca puede verse afectada por las comunicaciones que el imputado pueda mantener con otros coimputados, dichas seguridades en caso de verse afectadas lo serán por actos desarrollados por él o los imputados, pero no por las comunicaciones que ellos mantengan.

Luego, más difícil se plantea sostener que el éxito de diligencia de la investigación no puede verse amagado por un imputado que se coordina con otros coimputados, bien sea para establecer una versión de los hechos, o para omitir la entrega de cierta información. Aquello, deberá entenderse como posible, sin embargo la ley ya se ha colocado en este supuesto, en particular, al revisar los artículos 94 letra h), en relación con el 151, ambos del CPP, se advierte que la prohibición de comunicaciones sólo podrá disponerse hasta por un plazo máximo de diez días, y aquello, justamente será para cautelar el éxito de diligencias de la investigación, razón por la cual se advierte, que la medida cautelar aquí expresada, al menos en lo vinculado a prohibir la comunicación del imputado con otros coimputados, no cumple con garantizar adecuadamente los derechos que la ley le otorga a éste, debiendo acentuar finalmente sobre este punto, que la misma norma en revisión, plantea en su parte final, que aquella limitación no puede disponerse en casos en que se afecte el derecho a defensa, la cual, como se señaló, le corresponde al imputado determinar.

Deberá señalarse igualmente, que una situación distinta puede apreciarse en la prohibición de comunicaciones entre el imputado, con la víctima, testigos, o peritos de la causa, ya que la norma permite su protección, y en principio puede advertirse que al disponer este tipo de medida se cumple con un objetivo dispuesto a efecto por el legislador, no siendo válido sostener aquí, un derecho del imputado para coordinarse con estas personas, pues aquellos sí están obligados a decir verdad en juicio, en virtud del artículo 306 CPP.

4. Alcances constitucionales de las medidas cautelares analizadas

4.1. Derechos de libertad de asociación y reunión, alcances constitucionales

Tal y como se ha referido previamente, los derechos amagados por la utilización de las medidas cautelares del artículo 155 CPP letras e) y f), guardan relación con la posibilidad de reunirse o asociarse libremente, por ejemplo, para realizar una protesta social o política, o incluso para plantear una estrategia de defensa en una causa penal ante un tribunal. En este sentido, se puede observar que el derecho amagado por la imposición de estas medidas cautelares corresponde a este ejercicio cautelado por los numerales 12, 13 y 15 del artículo 19 de la CPR, dado que, al limitar la participación política, se afecta de manera directa o indirecta la libertad de emitir opinión, de reunión y de asociación que se pueda mantener en este contexto. Sin embargo, más patente, para el caso que nos convoca, se manifiesta la prohibición de reunión y asociación, pues éste resulta en “una pieza basal del pluralismo social y político, y la riqueza de fines a perseguir lo demuestran”⁹⁵, toda vez que, como hemos expuesto en las páginas previas, no es claro para los tribunales, que al disponer estas medidas cautelares debe resguardarse adecuadamente este derecho.

En este sentido, debemos tener en cuenta que la CPR que nos rige, no mantiene una confección completa, que permita delimitar adecuadamente los derechos que aquí hemos referido, de esta forma por aplicación del inciso segundo del artículo 5 de nuestra carta fundamental, de forma tal que corresponde mantener claridad respecto de “la “internacionalización” del derecho constitucional y de “constitucionalización” del DIDH. El resultado de ambos procesos (...) ha traído consigo que los derechos humanos tengan una doble fuente normativa: nacional e internacional, y ello hace que los mismos tengan una doble fuente judicial en los tribunales encargados de interpretarlos.”⁹⁶. Así, podemos observar que en los artículos 13, 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), se aportan ciertas precisiones que corresponde observar al hablar de estos derechos, un antecedente en la misma línea aparece en los artículos 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), los cuales entregan igualmente una regulación que robustece los derechos de opinión, reunión y asociación. Así, respecto del derecho de reunión, se puede señalar que “desde el punto de vista dogmático el derecho de reunión nos presenta diversos alcances, que preocupan a autores tradicionales que ligan el derecho de reunión al de la libertad de movilización o bien a libertad de opinión”⁹⁷, sosteniéndose que “no es solo un derecho de autonomía que se contenta con la abstención estatal, este derecho fundamental requiere de un rol

⁹⁵ ZÚÑIGA (2013), p. 211.

⁹⁶ NASH (2017), p. 18.

⁹⁷ ZÚÑIGA (2013), p. 220.

activo del Estado que no se contenta con no interferir en el ejercicio del mismo, sino que requiere que adopte medidas positivas destinadas a garantizar efectivamente la práctica y ejercicio efectivo del derecho.”⁹⁸.

Se advierte así, que es posible para cualquier ciudadano reunirse de forma pacífica y sin armas, coincidiendo en ello ambas normas, ampliando la norma internacional el nivel de cobertura de la norma, ya que la CPR, se limita a señalar que este derecho debe ajustarse a las normas de policía, sin embargo, la norma en análisis establece que las restricciones a este derecho únicamente pueden estar establecidas por ley, siendo en consecuencia más exigente que la norma nacional al respecto.

Luego, derechamente en lo que corresponde a asociación, se advierte que la norma constitucional chilena no es precisa en el contenido que puede manifestar la asociatividad, mostrando más elementos que tienden a regular la actividad política que a garantizarla como derecho fundamental, en esta línea el artículo 16 de la CADH, da cuenta que la asociación puede vincularse derechamente con fines ideológicos o políticos, u otros, reservando nuevamente a la ley, un papel clave en la configuración de estos derechos. Con todo deberá observarse que el contenido esencial de este derecho fundamental se basa en “agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”⁹⁹.

En este sentido, no puede negarse que lo establecido en el artículo 155 CPP, corresponde a una ley. Sin embargo, vale la pena preguntarse, si los supuestos establecidos en las letras e) y f), se pueden vincular directamente a un permiso legal que permita afectar a estos derechos, es decir, si se puede concluir que el legislador al establecer las regulaciones legales de estas medidas cautelares penales estaba intentando reducir, limitar o derechamente anular la posibilidad de reunirse, asociarse y expresarse políticamente¹⁰⁰. A juicio de este autor, aquellas materias sobrepasan por mucho los elementos que pueden considerarse como necesarios para establecer medidas cautelares de orden general, en un proceso penal.

⁹⁸ NOGUEIRA (2008), p. 524.

⁹⁹ NOGUEIRA (2008), p. 549.

¹⁰⁰ Todo ello, sin perjuicio de poder observar que además el control de estas medidas cautelares escapa realmente, a la protección que el estado puede garantizar a los ciudadanos, transformándose así, regularmente, únicamente en una afectación, y consecuente protección, de carácter formal, sin un efecto mayor, al de eventualmente, en caso de ser descubierto un incumplimiento, poder adoptar una medida cautelar más gravosa, y con un mejor sistema de control.

De esta forma, el ejercicio de una facultad cautelar, limitativa por cierto de derechos fundamentales, debe ser precisa, puesto que no es posible privar a un ciudadano de sus derechos fundamentales, únicamente por estar frente a una persecución penal, pues tal como establece el artículo 4 CPP, todo imputado se presume inocente en nuestro proceso penal hasta que se determine su culpabilidad por una sentencia firme. Así las cosas, al observar los fines que han de perseguir las medidas cautelares, se advierte que la protección de la seguridad de la sociedad o del ofendido, no son elementos resguardados por la constitución, ni por algún instrumento internacional, por lo que si bien la ley procesal penal tiene un papel que jugar aquí, pues así se ha predispuesto por el constituyente, lo cierto es que los límites que puede entregar deben interpretarse de forma restrictiva, es decir, buscando la mayor realización de los derechos fundamentales que pretende limitar, sirviendo a su vez, como un mecanismo de control de riesgos para el desarrollo del proceso penal.

En consecuencia, una interpretación adecuada del contenido de los supuestos de regulación de la letra e) del artículo 155, llevará a determinar que la prohibición de asistir a determinadas reuniones, no puede alcanzar nunca, la inhibición completa del ciudadano del ejercicio de sus derechos a participar políticamente, ya que “es necesario proyectar el derecho de reunión explícitamente al derecho de manifestación pública, todo con expresa reserva legal, para que desde las coordenadas del pluralismo social, ideológico y político no se criminalice de iure o de facto, a través de leyes penales especiales o protocolos de seguridad pública y de orden público dirigido a la fuerza pública, la protesta social.”¹⁰¹, es decir, resulta necesario que el ministerio público determine con una precisión adecuada cuáles reuniones deben ser limitadas para el imputado, y en especial por qué, ya que hoy se ha utilizado el derecho penal, derechamente como una herramienta de control de orden político, lo que no parece adecuado.

Junto con lo anterior, y más claro quizás, resulta necesario que, en la determinación de algún tipo de prohibición de reunión, o comunicación, del imputado con otros coimputados de su causa, deba ajustarse a los límites que el propio sistema procesal penal, ha preestablecido. No resulta ajustado en consecuencia, para los derechos fundamentales del imputado, así como para los propios derechos que el proceso penal resguarda para éste, que se limite de forma completa y permanente las comunicaciones que éste puede mantener con el resto de los imputados de la causa. En este sentido, si bien puede advertirse que puede resultar útil que el imputado cumpla con esta medida, lo cierto es que aquello deja

¹⁰¹ ZÚÑIGA (2013) p. 226.

de observar en ellos a personas que deben ser tratadas como un fin en sí mismo, y los utiliza como un medio para obtener los fines del proceso penal, situación que vulnera derechamente la regulación legal en la materia y con ellos los derechos fundamentales de los imputados.

4.2. Constitucionalidad de las medidas cautelares de las letras e) y f) del artículo 155 CPP

Siguiendo el análisis propuesto en el apartado anterior, debo señalar que de la forma que se encuentran reguladas las medidas cautelares en análisis, no se observa que derechamente exista alguna inconstitucionalidad en la forma en como aquellas se encuentran establecidas. Con todo, aquello establecido a *lege lata*, debe ser observado caso a caso por los tribunales, ya que los efectos que pueden adoptar estas medidas variarán con la disposición que caso a caso pueda darse de ellas.

Dicho lo anterior, y en consonancia con lo antes expuesto, para que la medida cautelar de la letra e) del artículo 155 CPP mantenga la constitucionalidad que de ella se espera, resulta imprescindible que por una parte el ministerio público, el querellante, o la víctima, si se diera el caso, soliciten la medida cautelar de forma precisa y determinada, tanto para poder controlar adecuadamente la misma, como para poder determinar en el fondo la procedencia de la cautela que se busca, es decir, si es posible advertir de manera efectiva la protección de la seguridad de la sociedad, o de la víctima con la adopción de la misma. Luego, corresponde señalar que son los tribunales, los encargados últimos, de determinar la procedencia de dichas medidas cautelares, tanto en primera como en segunda instancia. En este sentido, deberá advertirse en consecuencia, que resulta de suyo relevante, que las medidas sean efectivamente determinadas, y que dicha precisión sirva para resguardar a la vez los fines del proceso, de forma tal que la constitucionalidad de estas cautelares no se vea amagada¹⁰².

Luego, respecto de los supuestos de la letra f) del artículo 155 CPP, aparece a juicio de este autor una situación más grave, puesto que, cabe señalar, en este caso se están viendo vulnerados, derechamente, los derechos fundamentales de los imputados, cada vez que se dispone, por esa vía, y no por el artículo 151 CPP, con los plazos que dicha norma establece, la prohibición de comunicaciones entre los coimputados de la causa. Así, se vulnera con lo anterior el artículo 95 letra h) del CPP, y con ello se

¹⁰² Al respecto el Tribunal Constitucional, ha sostenido que “Que el derecho de asociación concebido en su más pura y natural expresión, como la facultad de una persona para unirse con otras, en forma voluntaria y con cierto grado de permanencia para la realización común de un fin determinado, se encuentra ampliamente asegurado por el Constituyente quien ni lo somete a prescripción legal alguna para su ejercicio ni dispone que requiera de permiso previo, imponiéndole sólo la limitación de no ser contrario a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado” (Rol N.º 43, considerando 12).

advierte una causal de nulidad, *a priori* insalvable para dichos procedimientos, esta es, la establecida en el artículo 373 letra a) CPP, pues la infracción verificada durante el procedimiento, no podrá posteriormente deshacerse, así la incomunicación previamente establecida en contra de los derechos del imputado, no cumple con resguardar adecuadamente los artículos 19 números 13 y 15 CPR, ni los artículos 15 y 16 CADH o los artículos 21 y 22 PIDCP, y debiera concluirse en consecuencia, la procedencia del recurso de nulidad ante cualquier pronunciamiento de condena en contra del encartado.

De esta forma, es posible sostener que, respecto de las medidas cautelares en revisión, existen aspectos relevantes que no están siendo tratados adecuadamente por los tribunales de justicia, comprometiendo los alcances de estas medidas, y con ello de paso, lesionando, con mayor o menor gravedad, derechos fundamentales asegurados a toda persona, y por lo mismo, resguardados para todos los imputados del proceso penal. Corresponderá en consecuencia, observar los reales alcances que pueden tener estas cautelares, a fin de evitar que se pueda derivar en una persecución penal ineficaz, con la obtención definitiva de sentencias de nulidad, por vicios insubsanables en el desarrollo del proceso penal.

5. Conclusiones

1. La aplicación de las medidas cautelares del artículo 155 CPP, se ha tornado algo rutinario dentro del proceso penal, sin que se planteen revisiones importantes sobre las mismas, aun cuando su finalidad es expresa y clara en la ley.
2. Resulta completamente contraintuitivo, que, para fundamentar la adopción de medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva, el juez deba adquirir un estándar de convicción reservado para las decisiones de condena en los juicios orales. Lo que corresponde, en estos casos es expresar una suposición fundada, que descansa sobre un juicio valorativo de la posibilidad de ocurrencia de hechos futuros e inciertos, que pudieran ser atribuibles al imputado, utilizando para ello los insumos que le entrega el proceso deductivo que se materializa en la verificación de las letras a) y b) del artículo 140 CPP, luego de ello, ejecutar una inducción a la luz de lo establecido en el inciso primero del artículo 155 CPP, que permita establecer la necesidad de establecer alguna medida cautelar personal para proteger los fines del proceso.
3. Al momento de decidir sobre la procedencia de una medida cautelar personal, el juez debe valorar los antecedentes que se presentan en conformidad con el artículo 297 CPP, es decir, apreciando

la prueba con libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados. Lo anterior, no obsta a que, para inducir la peligrosidad del imputado, éste deba inferir, mediante suposiciones, conductas que potencialmente puedan ser realizadas por el imputado.

4. Al no verificarse los supuestos de las letras a) y b) del artículo 140 CPP, el tribunal no debe disponer ninguna medida cautelar, puesto que los antecedentes de la investigación no son suficientes para amagar a la presunción de inocencia del artículo 4 CPP.

5. El principio de la no contradicción no permite establecer, al mismo tiempo, que algo es falso y verdadero, por ello, debe concluirse que no es posible que un actuar policial considerado ilegal, posteriormente, sin ninguna otra consideración de por medio, se considerado legal, para adoptar medidas cautelares en virtud del artículo 132 CPP. Razonar de esta forma, llevaría al juez a vulnerar lo establecido en el artículo 297 CPP.

6. El artículo 132 bis CPP, fijó la posibilidad de apelar respecto de la ilegalidad de la detención sólo para ciertos supuestos, dejando la ilegalidad de la detención del resto de los casos, como una resolución de única instancia, pudiendo ésta, sólo ser revisada en el evento de una preparación del juicio oral, pues el legislador así lo dispuso.

7. Las reglas del DIDH, deben ser observadas en el proceso penal, en particular en materia de medidas cautelares, pues se ha sostenido que éstas deben mantener una finalidad compatible con la convención; idoneidad; necesidad; proporcionalidad; y motivación, por lo es necesario observar pronunciamientos internacionales, que contradicen algunos supuestos legales, o ciertas interpretaciones de la ley.

8. La utilización infunda de medidas cautelares personales, afecta derechos constitucionalmente consagrados para los imputados. Este mal uso, puede explicarse, por una falta de control adecuado, que deriva en desconfianza hacia estas.

9. La medida cautelar de la letra e) del artículo 155 CPP, para los casos vinculados a manifestación públicas de orden político, presentan una inobservancia a lo dispuesto en el artículo 19 números 12 y 13 CPR, ya que esta medida cautelar no puede vincularse directa, ni indirectamente, con ninguna pena preestablecida por el legislador.

10. La medida cautelar de la letra f) del artículo 155 CPP, no puede disponerse para limitar las comunicaciones que el imputado pueda mantener con el resto de los coimputados de la causa, ya que al hacerlo, se vulnera lo dispuesto en los artículos 94 letra h), en relación con el 151, ambos del CPP, ya que la prohibición de comunicaciones sólo podrá disponerse hasta por un plazo máximo de diez días, por lo que al disponer este tipo de medidas cautelares se afectan los derechos del imputado de una manera insalvable, siendo procedente la aplicación de la causal de nulidad consignada en el artículo 373 letra a) del CPP. Con todo, puede apreciarse una situación distinta en la prohibición de comunicaciones entre el imputado, con la víctima, testigos, o peritos de la causa, ya que el inciso primero del artículo 155 CPP, permite su protección, no siendo válido sostener la existencia de un derecho del imputado para coordinarse con estas personas, pues aquellos están obligados a decir verdad en juicio, en virtud del artículo 306 CPP.

11. Las regulaciones legales de estas medidas cautelares no pueden estar orientadas a reducir, limitar o derechamente anular la posibilidad de reunirse, asociarse y expresarse políticamente, puesto que aquellas materias sobrepasan los elementos necesarios para el proceso penal, dentro de un estado democrático de derecho. Resulta necesario entonces, que al solicitarlas se determine con precisión cuáles reuniones deben ser limitadas, y en especial por qué, ya que no corresponde la utilización del derecho penal, como una herramienta de control de orden político.

12. Para considerar constitucional la aplicación de la medida cautelar de la letra e) del artículo 155 CPP, resulta imprescindible que ésta sea solicitada de forma precisa y determinada, tanto para poder determinar su procedencia, como para su control. Ahora, respecto de los supuestos de la letra f) del mismo artículo, los derechos fundamentales de los imputados se ven vulnerados, cada vez que se dispone por esa vía, y no ajustado al artículo 151 CPP, la prohibición de comunicaciones entre los coimputados. Se vulnera así el artículo 95 letra h) del CPP, y con ello, se advierte una causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra a) CPP, pues la infracción denunciada incumple además los artículos 19 números 13 y 15 CPR; 15 y 16 CADH; y 21 y 22 PIDCP.

Bibliografía

CORREA ROBLES, Carlos, “Comentario de sentencia Corte Suprema ingreso número 14781-2015: efectos reflejos de la prueba obtenida mediante infracción de garantías”, en *Revista de Ciencias Penales* Sexta Época, Vol. XLIII, N.º 1 (2016), 159-176.

CORREA ROBLES, Carlos, “La buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión – derecho estadounidense y derecho chileno” en *Latin American Legal Studies*, volumen 2, Santiago, Chile, año 2018,

CORREA ROBLES, Carlos, “Relación causal y exclusión de prueba”, en *Política Criminal* Vol. 14, N.º 28, diciembre 2019, Art. 5, pp. 186-214.

BLANCO SUÁREZ, Rafael, DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, MORENO HOLMAN, Leonardo, ROJAS CORRAL, Hugo, “Litigación Estratégica en el nuevo proceso penal”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, primera edición, año 2005.

CAROCA, Álex, DUCE JULIO, Mauricio, RIEGO RAMÍREZ, Cristian, BAYTELMAN ARONOWSKY, Andrés, VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, “Nuevo Proceso Penal”, Editorial Jurídica Conosur Limitada, Santiago, Chile, año 2000.

COLOMA CORREA, Rodrigo; AGÜERO SAN JUAN, Claudio, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N.º2, pp. 673 – 703, año 2014.

COLOMA CORREA, Rodrigo, AGÜERO SAN JUAN, Claudio, ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, MARTÍNEZ PLACENCIA, Victoria, VARGAS SEPÚLVEDA, Valentina, “Pensar la enseñanza del derecho probatorio”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad católica de Valparaíso*, N° 52, pp. 129-152, primer semestre de 2019.

DUCE JULIO, Mauricio, RIEGO RAMÍREZ, Cristian, “Proceso Penal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile año 2007.

GALLARDO FRÍAS, Eduardo, “La inutilizabilidad”, Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda, Santiago, Chile, año 2007.

HADWA ISSA, Marcelo, “La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales”, Tercera edición actualizada, Der Ediciones, Santiago Chile, año 2020.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, Segunda edición, Colección de investigaciones jurídicas, Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Chile, año 2005 número 2.

HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, “Derecho Procesal Penal Chileno”, primera edición, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, año 2003.

HUNTER AMPUERO, Iván, “Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema)” en Revista de Derecho de Valdivia, vol.25 no.1 Valdivia jul. 2012, pp. 243-251.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, J. M. Bosch Editor, segunda edición, Barcelona, 2004.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, “Manual de derecho penal chileno, parte general”, Ediciones Tirant lo Blanch, España, primera edición, 2019.

MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl, “Derecho Procesal Penal”, Segunda edición, Tomo I, Legal Publishing Chile, Santiago, Chile, año 2012.

NASH ROJAS, Claudio, NÚÑEZ DONALD, Constanza, “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile” en Estudios Constitucionales, Año 15, N.º 1, 2017, del Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, p. 15 - 54

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.” Tomo II. CECOCH-Librotecnia, Santiago, año 2008.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón, SANTANDER AKKRASS, Nicolás, “Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas” Política Criminal. Vol. 14, N.º 28 (diciembre 2019), Art. 4, pp. 152-185.

NÚÑEZ VÁSQUEZ, Juan Cristóbal, “Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral”, primera edición, TOMO I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, año 2003.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “¿Aplicabilidad en el actual sistema procesal penal de las medidas cautelares personales especiales en materia de delitos contra la indemnidad sexual?”, en Revista de Derecho de Valdivia, Volumen XXIX – N° 1, junio de 2016, pp. 257-274.

RIEGO RAMÍREZ, Cristián “Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno” en Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XXXII, N°2, pp. 273-295, diciembre 2019.

VALENZUELA SALDIAS, Jonatan, “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”. Política criminal Vol. 13, N.º 26, pp. 836-857, diciembre 2018.

ZAPATA GARCÍA, María Francisca, “Preguntas respuestas introductorias para el estudio de la teoría de la prueba ilícita”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo, Sección: Estudios, Año 11 N° 1, 2004, p.161 – 180.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Los derechos de asociación y reunión: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales”, en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, volumen 79, segundo semestre, año 2013. P. 207-228.

Revistas

Boletín Anual Estadístico, Ministerio Público de Chile, año 2019, Tabla N°12. En www.fiscaliadechile.cl

DUCE JULIO, Mauricio, en <https://derecho.udp.cl/la-revolucion-de-mayo-la-corte-suprema-y-los-controles-de-identidad/>, consultado el 26 de junio de 2020.

GREZ TOSO, Sergio, “Rebelión popular y proceso constituyente en Chile”, en “Chile despertó. Lecturas desde la Historia del estallido social de Octubre”, Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile, Santiago Chile, año 2019.

LLUGDAR, Eduardo J.R., “La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericanas de DDHH, como fuentes y formas de Protección de los Derechos

Fundamentales”. año 2016, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>, consultado el 31 de julio de 2020.

Mensaje Ley 20.253. En www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6189/, consultado el 20 de abril de 2020.

Mensaje Código Procesal Penal Chileno, incluido en Código Procesal Penal, Editorial Jurídica de Chile.

SALAZAR VERGARA, Gabriel, “El reventón social en Chile: una mirada histórica”, disponible en el sitio web <https://ciperchile.cl/2019/10/27/el-reventon-social-en-chile-una-mirada-historica/>, consultado el 27 de octubre de 2019.

Síntesis Delictual ENUSC 2019 PAÍS, www.seguridadpublica.gov.cl, consultada el 04 de junio de 2020.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica ROL 197-2012.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta ROL 227-2019.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó ROL 259-2020.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena ROL 128-2020.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso ROL 97-2011; 98-2011; 875-2017; 876-2017; 877-2017; y 2482-2019.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ROL 2228-2017; 3494-2017; 4456-2017; 365-2018; 678-2018; 3592-2018; 5675-2019; y 5692-2019.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel ROL 298-2018; 3460-2019.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua ROL 107-2005; 212-2011; 335-2018; 296-2017; 711-2019; 920-2019; 922-2019; 935-2019; 936-2019; 937-2019; 938-2019; 940-2019; y 215-2020.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca ROL 159-2015; y 106-2015.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán ROL 79-2015; 35-2020; y 90-2020.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción ROL 97-2015; y 654-2018.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco ROL 1005-2017; y 570-2020.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt ROL 47-2018.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas ROL 49-2019 (Amparo).

Tribunal Constitucional de Chile, ROL 43, de fecha 24 de febrero de 1987.
