

LA EXIGENCIA DEL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD EN LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU FORMULACIÓN COMO ARGUMENTO CONTRAFACUAL

THE REQUIREMENT OF THE SUB PRINCIPLE OF NECESSITY IN PREVENTIVE DETENTION AND ITS FORMULATION AS COUNTERFACTUAL ARGUMENT

PABLO ORLANDO CONTRERAS GUERRERO*

RESUMEN: Las normas que regulan la prisión preventiva expresamente exigen que su imposición se plantee bajo un razonamiento de ponderación y no de subsumción. Bajo ese aserto, la necesidad de la prisión preventiva importa una exigencia adicional a las que le son propias tanto en cuanto medida cautelar. Se establecería así, conforme a la presunción de inocencia y a la mentada regulación, una presunción a favor de la eficacia de una cautelar de menor intensidad si es que se cumplen los supuestos que la hacen procedente. Por consiguiente, la concesión de la prisión preventiva supone una forma especial de argumentar, esto es, mediante argumentos contrafácticos. Lo anterior, pues, solo con la correcta formulación del contrafactual correlativo –que las restantes medidas cautelares no serán efectivas para asegurar las finalidades del procesamiento– podría desvirtuarse tal presunción.

PALABRAS CLAVE: Prisión preventiva, ponderación, principio de necesidad, argumento contrafáctico.

ABSTRACT: The norms that regulate the preventive detention expressly demand that its imposition is raised under a reasoning of weight and not of subsumption. Under this assertion, the necessity of preventive detention imports an additional requirement to those that are its own as a precautionary measure. This would establish, according to the presumption of innocence and the said regulation, a presumption in favor of the effectiveness of an injunction of lesser intensity if the assumptions that make it are fulfilled. Consequently, the granting of pre-trial detention is a special way of arguing, that is, by counterfactual arguments. The above, then, only with the correct formulation of the counterfactual correlative –that the other precautionary measures will not be effective to ensure the purposes of prosecution –could be distorted such presumption.

* Juez titular del 6º Juzgado de Garantía de Santiago. Magíster en Derecho Penal Universidad de Talca. Correo: pablocontrerasg@gmail.com.

KEYWORDS: Preventive detention, weighting, principle of necessity, counterfactual argument.

I. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es una de las instituciones del sistema procesal penal que, probablemente, más polémica genera. Su propia naturaleza, que conlleva una grave afectación respecto de la libertad ambulatoria del imputado, así como la tensión que esta genera en relación a la presunción de inocencia, ha levantado una importante batería de críticas del más diverso peso¹. Sin perjuicio de lo anterior, la procedencia de aquella es reconocida por nuestra Constitución así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², y es una postura mayoritaria el reconocer que “presunción de inocencia y derecho a la libertad, por una parte, y prisión preventiva, por la otra, marcan mutua y universalmente sus respectivos límites”³.

No es este el espacio en que se pretenda resolver la controversia antes anotada, ni la extensión ni los tópicos a tratar permitirían tal empresa. Mi pretensión resulta bastante más modesta, y apunta a una línea argumental

¹ Para el profesor Ferrajoli los fines asignados a la prisión preventiva constituyen una presunción de culpabilidad, conformando un fraude de etiqueta al tener los mismos fines asignados a la pena, pero siendo impuesta sin cumplir con ninguna de las garantías penales y procesales asociadas a esta (FERRAJOLI (1995), p. 555). Para el profesor Binder representa “la más grave distorsión del estado de Derecho que puede darse dentro del ámbito del proceso penal”; alertando del peligro que importa desdibujar la frontera que debe existir entre el tratamiento del preso preventivo y el condenado (BINDER (2005), p. 203).

² Artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución Política de la República señala que “La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”. El artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. Finalmente, sin una regulación expresa el artículo 7° numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, si admitir la prisión preventiva en forma expresa señala que “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

³ DEI VECCHI (2013), p. 196.

de *lege lata* antes que de *lege ferenda*. Parto por asumir la constatación del profesor BINDER en cuanto elaborar una tesis que permita entender que la prisión preventiva “resulta constitucionalmente admisible, aunque deba quedar claro que toda prisión preventiva es una resignación de los Principios del Estado de Derecho”⁴.

El planteamiento del trabajo parte de una cuestión ya asentada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: deben concurrir las exigencias del principio de proporcionalidad en la resolución que decreta la prisión preventiva de un imputado⁵, y de manera más específica un subprincipio de aquel: el principio de necesidad. La concurrencia del principio de proporcionalidad (que parece ser una referencia clara en la regulación legal del Código Procesal Penal) importa –tanto para el operador como para el juez– una forma de argumentar particular, pues tales disposiciones explicitan que, en este caso, nos encontramos frente a una colisión de principios, debiendo operar un proceso de ponderación y no uno de subsunción. Sobre tal construcción argumental, el subprincipio de necesidad supone una exigencia particular.

En efecto, el artículo 139 del CPP –disposición que inicia el Párrafo 4° del Título V de este cuerpo legal– establece que la prisión preventiva únicamente procede cuando las restantes medidas cautelares resultaren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Luego, si entendemos que la necesidad es una exigencia común a toda medida cautelar del sistema procesal penal, el enunciado de esta norma supone una presunción de eficacia de las restantes medidas cautelares personales, al hacer una exigencia adicional su respecto cuando se trata de la prisión preventiva.

Así las cosas, la referencia a la eficacia de las restantes medidas cautelares viene a reforzar la exigencia del examen de concurrencia de este subprincipio del principio de proporcionalidad, y opera como una presunción a favor de

⁴ BINDER (2005), p. 203.

⁵ Este criterio está presente en forma explícita en el fallo Norin Catrimán y otros versus Estado de Chile. Por su parte, la doctrina fija un grupo de criterios restrictivos similares bajo el concepto de principios limitativos de la prisión preventiva; en este sentido, Duce y Riego (DUCE y RIEGO (2007), pp. 266-268) (DUCE y RIEGO (2011), pp. 66-71); Binder (BINDER (2005), pp. 199-202); Jorge Vial (VIAL (2002), pp. 231-232), y Juan Carlos Marín (MARÍN (2002), pp. 34-35). Aunque sus tesis no se refieren a un principio de proporcionalidad en sentido estricto, su desarrollo permite incorporar los subprincipios de idoneidad y necesidad.

la eficacia de aquellas. Por consiguiente, la imposición de la prisión preventiva supondría una línea argumentativa que desvirtúe tal presunción, ya que debe plantearse una argumentación que permita concluir en contrario, esto es, que no serían eficaces para el cumplimiento de esos fines.

Cerraré la tesis propuesta en este trabajo dilucidando las particularidades argumentativas que presenta una argumentación como la descrita en el párrafo anterior. Tratándose de una resolución que decreta la prisión preventiva, la argumentación tendrá el carácter de un contrafáctico, es decir, “un enunciado condicional cuyo antecedente no se materializó en el pasado a pesar de que podía haberse materializado”⁶. Este contrafáctico se enunciaría de la siguiente forma: si no hubiere decretado la prisión preventiva se malograrían los fines del procedimiento, o se afectaría la seguridad del ofendido o de la sociedad. Por lo tanto, tal argumentación supone la construcción de un mundo posible en función de los elementos bajo los cuales las restantes medidas cautelares no resultan ser suficientes, y en el que, en pos de los fines señalados en la mentada norma, resulta necesario decretar la prisión preventiva.

Este punto, entiendo, resulta crucial al momento de evaluar la corrección de una resolución que decreta la prisión preventiva y, sin embargo, no emerge como la cuestión más contingente, ni en los argumentos que solicitan la imposición de la prisión preventiva ni en las resoluciones que la acogen.

II. CONCEPTO Y SUPUESTO DE PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL

Se puede conceptualizar la prisión preventiva como “la privación por tiempo indefinido de libertad de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, dirigida a asegurar, en última instancia la efectividad de la eventual sentencia condenatoria con la que pudiere finalizar el proceso penal”⁷. Concordante con la regulación prevista en el CPP, hay que agregar que el objeto de esta también es “asegurar los fines del procedimiento”⁸. Se trata esta de una excepción “al estatuto normal del imputado durante el pro-

⁶ BATTISTA (2012), p. 448.

⁷ MARIN (2002), pp. 33-34.

⁸ HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 389.

ceso [que importa] el pleno goce de sus derechos constitucionales”⁹, y surge, en cuanto faz de coerción que tiene el proceso penal, “como la posibilidad excepcional de afectar esa situación normal y general con fines cautelares”¹⁰.

La primera aproximación a la regulación de la prisión preventiva en el sistema procesal penal chileno nos permite identificar un conjunto de normas que inciden en su imposición. Este marco legal establece el primer parámetro que debe considerar el juez al momento de pronunciarse por una solicitud de prisión preventiva y se conforma por las siguientes disposiciones: artículo 139 del CPP, toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Artículo 4 del CPP, ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme. Artículo 5 del CPP, inciso primero, no se podrá aplicar ninguna forma de privación o restricción de libertad, sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes. Artículo 5 CPP, inciso segundo, las disposiciones del CPP que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades, sean interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía. Artículo 139 CPP, la prisión sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueran insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento. Artículo 141 CPP, la prisión preventiva no se podrá ordenar cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o cuando se tratará de delitos de acción privada¹¹. A este conjunto de normas cabe agregar las contenidas en el artículo 122 del CPP inciso primero, las medidas cautelares personales solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento, y la contenida en el artículo 155 del CPP, que establece la procedencia de estas únicamente para garantizar el éxito de las diligencias de la investigación o la seguridad de la sociedad o proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado.

Este marco normativo es claro en explicitar que, tras la decisión que se pronuncie respecto de la prisión preventiva, siempre existirá restricción de ciertos principios, conformados por derechos y garantías fundamentales del

⁹ DUCE y RIEGO (2007), p. 250.

¹⁰ DUCE y RIEGO (2007), p. 250.

¹¹ VIAL (2002), pp. 238-239.

imputado. En efecto, el artículo 139 parte por declarar que toda persona tiene derecho a la libertad personal y la seguridad individual; plasmando así, en rango legal, el derecho fundamental contenido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República (CPR en adelante). A su vez, el artículo 5 del CPP refuerza esta idea, en los mismos términos del artículo 19 numeral 7° literal b) de la CPR¹². De igual forma, el artículo 4 del CPP, que recoge la garantía de la presunción de inocencia, misma que se encuentra consagrada en el artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención), el cual se vería restringido en su faz de regla de trato¹³.

El marco normativo antes descrito fija el carácter excepcional de esta medida. En este sentido debe entenderse lo dispuesto por el artículo 122 del CPP, que es claro al prescribir la procedencia de las medidas cautelares personales cuando sean absolutamente necesarias para alcanzar los fines del procedimiento¹⁴. Es decir, únicamente para el cumplimiento de esos fines, y cuando aquellas sean idóneas a ese propósito. En igual sentido debe entenderse la cláusula del artículo 155 del CPP, que prevé un juicio de excepcionalidad para la prisión preventiva, misma que debe (re)construirse en relación a restantes medidas cautelares que contempla dicha disposición. Ello queda en evidencia al examen de las normas que establecen los fines de unas y otras cautelares, pues resulta evidente que dichos fines son los mismos, y que la prisión preventiva procede en subsidio de las otras (y lo mismo puede afirmarse respecto de las propias cautelares englobadas en el artículo 155 del CPP, dada la diferente intensidad en que estas pueden restringir la libertad del imputado).

¹² De modo se explicita que la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual y que por otra parte es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente. Así en un “Estado de Derecho la regulación de esta situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano, pues el Estado misma está obligado por ambos fines –aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano–”. (ROXIN (2003), p. 258).

¹³ La presunción de inocencia tiene una doble faz o un doble carácter. Uno, como regla de trato, esto es, “el derecho del imputado a que se le trate como inocente hasta la finalización del proceso” (CISTERNAS (2011), p. 102). La otra faz corresponde a una regla de prueba o de juicio, conforme a la cual “la carga de la prueba de la prueba en el juicio penal corresponde al Estado” (HORVITZ y LÓPEZ (2005), p. 80).

¹⁴ DUCE y RIEGO (2007), p. 250.

Por último, dicho marco también fija una relación de proporcionalidad que debe existir entre la prisión preventiva y las penas que eventualmente pudieren imponerse al imputado. Esta exigencia se deriva de lo dispuesto en el artículo 141 del CPP, al fijar clases de delitos en lo que la prisión preventiva resulta improcedente. En el primer grupo de casos por que aquellos delitos contemplan conductas que no tienen asociada penas privativas de libertad; en el segundo grupo, por tratarse de delitos en que prevalece un interés particular al tratarse de delitos de acción penal privada. Ciertamente es que esta exigencia de procedencia de la prisión preventiva se encontraba establecida de forma más categórica en el primitivo inciso 1° del artículo 141 del CPP¹⁵; cláusula que fue eliminada por la Ley N° 20.074. No obstante, “el hecho de que se haya eliminado esta cláusula... no tiene un impacto en haber suprimido un principio que tiene un amplio reconocimiento en la legislación internacional de Derechos Humanos, que resulta directamente aplicable en nuestro país... A modo de ejemplo se puede citar una decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos... que en su párrafo 95 [señala]: la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”¹⁶.

Ahora bien, este conjunto de normas que he enunciado importa lo que voy a denominar supuesto de procedencia de la prisión preventiva. Utilizo este concepto a fin de distinguir estas exigencias de aquellas que le son propias a la prisión preventiva tanto en cuanto medida cautelar¹⁷, y que a mi entender configuran los supuestos de aplicación de la prisión preventiva. El supuesto de procedencia, claro está, comprende a los supuestos de aplicación, pero

¹⁵ En dicha disposición se establecía que “no se podrá ordenar la prisión preventiva cuando esta aparezca como desproporcionada en la relación a la gravedad del delito, las circunstancias de comisión, y la sanción probable”.

¹⁶ DUCE y RIEGO (2011), p. 67.

¹⁷ Exigencias que la doctrina ha denominado como presupuestos materiales y necesidad de cautela y que engloban las exigencias del artículo 140 del CPP. En este sentido, Duce y Riego (DUCE y RIEGO (2007), pp. 251-265), y Horvitz y López (HORVITZ y LÓPEZ (2002), pp. 400-417). Se recoge en esta concepción la noción de medida cautelar del derecho civil, esto es, medidas que son siempre provisionales e instrumentales, y que están sujetas al establecimiento de dos supuestos fácticos: el *fumus bonis iuris*, que en el proceso penal pasa a llamarse *fumus commissi delicti*, y el *periculum in mora*, que en el proceso penal pasa a denominarse *periculum libertatis* (DEI VECHI (2013), pp. 197-198).

excede a estos en cuanto a sus exigencias; se trataría estos últimos de una condición necesaria pero no suficiente. Así las cosas, perfectamente puede darse una constelación de casos en los que se cumpla con los requisitos de aplicación de la prisión preventiva, pero no se cumplan con los requisitos de procedencia, y en tal supuesto no podría decretarse esta medida cautelar.

El supuesto de procedencia se traduce, en definitiva, en la ponderación de una serie de circunstancias, tanto fácticas como jurídicas, bajo las cuales la imposición de la prisión preventiva sería *uis fundamentalmente* correcta, esto es, no importaría una afectación del derecho a la libertad ni de la presunción de inocencia. La aplicación de este marco normativo supone, en definitiva, la aplicación del principio de proporcionalidad¹⁸. Por ende, su establecimiento resulta aún más relevante para la correcta argumentación que funde la imposición de la prisión preventiva. El supuesto de procedencia exige tener en consideración la colisión de principios¹⁹ que envuelve el decretar esta cautelar. Por otra parte, se exige evaluar la idoneidad para cumplir con su finalidad, dado su carácter de excepcionalísima. De igual forma, tal carácter reclama verificar que no existan otros medios menos gravosos (*verbi gracia*, otras cautelares del artículo del 155 del CPP) que puedan cumplir eficazmente con el cuidado de los fines del proceso. Finalmente, el supuesto de procedencia impone determinar una relación de proporcionalidad entre la prisión preventiva y la eventual sanción que pudiere imponerse al sujeto de la imputación penal, para el caso de que fuere condenado.

Así las cosas, al decretarse la prisión preventiva, para cada uno de estos juicios de procedencia debe darse una respuesta afirmativa. Asumiendo la restricción de principios en la ponderación; dando cuenta de que la cautelar es idónea para cumplir los fines del proceso y que no hay otra medida cautelar igual de eficaz y menos gravosa que lo haga, y estableciendo una relación de proporcionalidad entre esta y la eventual sanción que se pueda

¹⁸ De esta forma se ha entendido desde el fraccionamiento que Tribunal Constitucional alemán hizo de él en tres subprincipios.

¹⁹ Tomo este concepto de la nomenclatura planteada por Alexy en su teoría de los Derechos Fundamentales. Conforme a esta, “los principios son mandatos de optimización con respecto a posibilidades jurídicas y fácticas... Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto” (ALEXY (2012), p. 92).

imponer. Solo así resultaría procedente imponer esta cautelar, cumplidos los presupuestos de aplicación.

1. Supuesto de procedencia: principios limitativos de la prisión preventiva versus aplicación del principio de proporcionalidad

El conjunto que de reglas que antes englobé como los supuestos de procedencia de la prisión preventiva han sido abordados por la doctrina con una nomenclatura distinta. En mi concepto, estos presupuestos de procedencia explicitan que tras la decisión que imponga la medida cautelar de prisión preventiva siempre debe efectuarse un razonamiento de ponderación en relación a los principios que se encuentran en colisión, conforme al principio de proporcionalidad. Sin embargo, para parte de la doctrina, el marco normativo reseñado *supra* estaría conformando un conjunto de principios limitativos de la prisión preventiva²⁰, entre ellos, el de excepcionalidad y el de proporcionalidad.

Por mi parte, considero que los supuestos de procedencia de la prisión preventiva quedan perfectamente comprendidos dentro de la formulación del principio de proporcionalidad. Principio conformado a su vez por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto²¹. La idoneidad se recogería en los artículos 122, 140 inciso primero y 155 inciso primero, todos del CPP, en cuanto fijan la idoneidad que debe cumplir esta medida cautelar: respecto de una finalidad acotada y determinada –los fines del proceso–. La necesidad, por lo dispuesto en los artículos 139 y 155 del CPP, en cuanto se plantea, como exigencia previa el descarte de otra cautelar de menor intensidad que pueda cumplir con los fines antes dichos, y con igual grado de eficacia. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto queda recogida en las normas que contiene el artículo 141 literales a) y b), que, al restringir los delitos para los que se puede decretar esta cautelar, establecen un criterio de proporcionalidad estricta que debe existir entre aquella y la eventual sanción que podría imponérsele al sujeto imputado.

²⁰ En este sentido, Vial (VIAL (2002), pp. 238-238); Binder (BINDER (2005), pp. 199-202), y Duce y Riego (DUCE y RIEGO (2011), pp. 67-78).

²¹ ALEX (2012), pp. 91-92.

Ahora bien, la concepción de estas reglas como principios limitativos supone que su conjunto fija un ámbito que permita hacer frente a la tendencia a darle mayor amplitud en su justificación²². Tomo posición por entenderlas como exigencia del principio de proporcionalidad pues pone en evidencia, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Álvarez, que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de aplicar la ley en ciertas hipótesis generales sino que requiere un juicio de proporcionalidad. Caso contrario, se torna en arbitraria.

El punto antes abordado es un constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La lógica de un examen de procedencia a la luz de las exigencias del principio de proporcionalidad se encuentra presente en múltiples sentencias que abordan afectaciones de derechos fundamentales relativas a la prisión preventiva. Por ejemplo, *Norin Catrimán y otros versus Estado de Chile*; *Chaparro Álvarez versus Ecuador*; *J. versus Perú*, e *Yvon Neptune versus Haití*. En todos estos casos hay una exigencia expresa en orden a que la imposición de la prisión preventiva supone un examen del caso a resolver bajo los subprincipios del principio de proporcionalidad.

En efecto, en el desarrollo de su argumentación en la sentencia *Norin Catrimán* (punto 312), la Corte concluye que la prisión preventiva no solo debe ser legal, además es necesario que no sea arbitraria. Ello implica que la ley y su aplicación debe respetar los requisitos siguientes: “Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido. 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. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito [...], la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales. 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”.

²² DUCE y RIEGO (2007), p. 266.

Por consiguiente, entiendo que, en la conciliación de este instituto procesal con la restricción de derechos fundamentales, siempre debe operar la aplicación del principio de proporcionalidad, lo cual conforma un requisito de procedencia de la prisión preventiva. Solo al examen de tal principio es que se excluye la posibilidad de arbitrariedad en la decisión que decreta esta cautelar; de lo contrario, la misma pasaría a afectar derechos fundamentales y devendría en ilegítima.

A este respecto se debe tener presente que la incorporación del principio de proporcionalidad en la estructura del razonamiento es una exigencia que emana de la propia jurisprudencia de la Corte, la que es vinculante en virtud del principio de la interpretación conforme²³. Este punto último resulta central, pues la obligación de una interpretación conforme es un mandato constitucional, no disponible para el intérprete²⁴. En consecuencia, al fijar la Corte una forma de interpretar las normas que regulan esta materia, surge la obligación del juez que aplica aquellas de seguir esa misma forma de interpretación, tanto en cuanto argumentación que sustente su decisión.

2. Los subprincipios del principio de proporcionalidad y la prisión preventiva

Como ya se indicó *supra*, la forma en que ha venido entendiéndose el principio de proporcionalidad es fraccionándolo en tres subprincipios: el de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos supone exigencias que le son propias; cada una de estas supone un juicio respecto de las circunstancias fácticas y jurídicas que circunscriben la colisión de principios que se ven envueltos, de modo que la decisión debe ponderar estos tres subprincipios para dar una solución en uno u otro sentido.

Sigo en este planteamiento a la tesis de ALEXY, conforme a la cual los principios —en los que se comprende a los derechos fundamentales— son

²³ Se entiende el principio o cláusula de interpretación conforme a “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección” (FERRER (2011), p. 549).

²⁴ FERRER (2011), p. 555.

mandatos de optimización, a efecto de alcanzar su mayor realización dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas que se presenten. Así, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, tanto en cuanto mandato de ponderación, supone considerar las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de necesidad y de idoneidad importan evaluar el mandato de optimización en relación a las posibilidades fácticas²⁵.

Desarrollando estos subprincipios en relación a la prisión preventiva se debe hacer las siguientes precisiones:

a) Idoneidad

El principio de idoneidad es un criterio de carácter empírico que dice relación con la causalidad de las medidas en relación “con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención de éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación”²⁶. El sentido en que se debe entender este principio es solo en su aptitud para alcanzar determinadas finalidades. Si es apto para ello, es decir, si adoptada esa medida se podrá alcanzar ese determinado fin, entonces se cumpliría con el principio. No es un juicio de eficacia, es decir comparativo con la eficacia que otras medidas pudieren tener para alcanzar ese mismo fin. Es, en consecuencia, un juicio que se estructura en base al esquema medio a fin.

A su vez, y consistente con las exigencias de los artículos 122 y 139 del CPP, la idoneidad supone que la medida se oriente a la obtención de fines legalmente previstos que autorizan tal restricción. Si la medida apunta a fines diversos, la medida afectaría derechos fundamentales y, por ende, resultaría improcedente²⁷.

Finalmente, el principio de idoneidad conlleva ciertas exigencias que derivan de este. Señala GONZÁLEZ-CUÉLLAR que la idoneidad supone una adecuación cualitativa de la medida y una adecuación cuantitativa. Conforme a la primera “no es suficiente con que el medio sea cualitativamente adecuado desde una perspectiva abstracta. Es preciso, además que en el caso concreto sea previsible la aptitud de la medida para la consecución

²⁵ ALEXY (2012), pp. 92-93.

²⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 154.

²⁷ González-Cuéllar concluye que la medida sería inconstitucional (GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 154.)

del fin”²⁸. Es decir, no basta con la aptitud hipotética que tal medida puede tener, los antecedentes del caso debe ofrecer elementos claros que permitan entender que en tal medida, en concreto, será necesaria para obtener dicho fin. Esta exigencia de adecuación cualitativa se encuentra recogida en diversas disposiciones del CPP, que regulan actuaciones que afectan derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 222, al regular la interceptación de comunicaciones telefónicas, prescribe que para su autorización la investigación lo debe hacer imprescindible. El artículo 205 que regula la entrada y registro en lugares cerrados, y que para su autorización exige presunciones de que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado. Y en lo que respecta a la prisión preventiva, el artículo 122, en cuanto que esta –tanto en cuanto medida cautelar personal– procederá cuando sea indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento; por ende, deben haber antecedentes de que esos fines pueden verse frustrados. En igual forma, el artículo 155, en cuanto plantea que proceden las medidas cautelares para garantizar diligencias de la investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia; es decir, supone un orden de cosas en que sea necesario el aseguramiento de esas finalidades, pues si ello no fuere necesario, garantizarlos sería del todo superfluo.

Por lo tanto, la idoneidad de la prisión preventiva está prefigurada en las propias disposiciones que regulan su objetivo e importan el deber de evaluar las circunstancias del caso concreto bajo las cuales se hace indispensable asegurar los fines del proceso, explicitando los elementos que evidencian que aquellos podrían llegar a malograrse. En igual sentido las finalidades específicas de la prisión preventiva, en cuanto aquellas se establecen para garantizar ciertos fines, esto es, para asegurar que aquellos se cumplirán. Luego, el orden de cosas bajo las cuales procedería esta cautelar supone una situación fáctica en que aquellos podrían verse frustrados, y se requiere imperiosamente que sean afianzados de esa forma.

Conforme a la segunda exigencia, la duración e intensidad de la medida también está condicionada por la finalidad perseguida²⁹. De esta forma, aun cuando una medida sea cualitativamente idónea para perseguir algún

²⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 161.

²⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 172.

fin, cuantitativamente podría perder este carácter. En el caso de la prisión preventiva, el inciso segundo del artículo 152 del CPP establece la obligación de convocar de oficio a una audiencia para debatir la mantención de la cautelar cuando hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar para el evento de que se dictare sentencia condenatoria o de la que se hubiere impuesto habiendo recursos pendientes. La disposición en comento ordena en forma imperativa revisar la necesidad de mantener la prisión preventiva transcurrido el mentado plazo, pues la idoneidad de la medida, tanto en cuanto cautelar, tiende evidentemente a desdibujarse adquiriendo en consecuencia los ribetes de una pena. Para ese caso la exigencia de una idoneidad cuantitativa, torna en inapta a la cautelar para efectos de alcanzar los fines de la misma, pues, dado su carácter accesorio, no puede igualar al reproche que supondría la decisión de condena. En este mismo sentido cabe entender la norma contenida en el inciso segundo del artículo 145 del CPP, que fija la obligación de citar a audiencia para debatir la mantención de la medida transcurridos seis meses desde que esta se decretó o desde el último debate en que se mantuvo.

b) Necesidad

El principio de necesidad “obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos”³⁰. Se trata, en la lógica de los principios como mandatos de optimización, de un principio que obliga a evaluar la eficacia de la medida en relación a otras medidas que pudieren cumplir con las finalidades de la medida cautelar, de manera eficaz, y a un menor coste de restricción de los derechos fundamentales del imputado. Se construye este principio en función de la comparación con otras medidas, solo de esa forma se podrá evaluar si aquella es más o menos eficaz y con la menor afectación posible de derechos fundamentales. Como se señaló *supra*, supone, dentro del mandato de optimización, la construcción del contexto fáctico en que la medida permita la mayor realización del derecho fundamental del imputado.

En la regulación establecida en el artículo 139 del CPP, esta estructura comparativa del subprincipio queda explicitada al señalarse que la pri-

³⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 189.

sión preventiva resulta procedente cuando las demás medidas cautelares personales sean estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Al hacer mención a las otras medidas cautelares personales, la norma se debe reconstruir en base a dos enunciados normativos³¹: el artículo 139 y el artículo 155, ambos del CPP. Así las cosas, una vez que se ha establecido la idoneidad de las medidas cautelares para alcanzar los fines del procedimiento, será necesario, conforme a este principio de intervención mínima, verificar la aptitud de aquellas para alcanzar los fines en cuestión. Solo una vez que se descarte la eficacia de aquellas, a favor de la prisión preventiva, es que este subprincipio se puede dar por satisfecho.

A este último respecto hay que tener en cuenta dos precisiones. La primera dice relación con la necesidad misma que, como subprincipio, también debe ser evaluada en la imposición de cualquier otra medida cautelar que no sea la prisión preventiva. En efecto, dado que cualquier cautelar personal es también una afectación de derechos fundamentales, su imposición también pasa por la aplicación del principio de proporcionalidad, y en ese sentido, también deberá evaluarse la eficacia de aquellas en relación a otra forma de asegurar los fines perseguidos, a un menor coste de intervención en un derecho fundamental. Luego, en la medida que aquellas suponen un incremento en la posible afectación de un derecho fundamental del imputado, respecto de su necesidad, como juicio de mayor eficacia a un menor coste, debe apuntarse a las medidas que importen una intervención menor. La segunda precisión se deriva del planteamiento anterior, siendo la prisión preventiva la cautelar de mayor intensidad, y envolviendo el grado más alto de afectación de un derecho fundamental, aquella supone descartar toda las restantes cautelares personales por falta de aptitud.

Ahora bien, el principio de intervención mínima supone comparar entre distintas alternativas y “la elección de aquella menos lesiva para los derechos fundamentales”³². Por ende, en el contexto de la prisión preventiva y las restantes medidas cautelares –encontrándose todas ellas dirigidas a alcanzar la misma finalidad–, la elección pasa por evaluar entre

³¹ Conforme a la distinción recogida por Guastini, según a la cual podemos llamar disposición a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho y norma a su contenido significativo (GUASTINI (2011), pp. 100-101).

³² GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 196.

una y otras. No obstante, a este respecto la regulación legal instaura dos particularidades que determinan la aplicación de este subprincipio y, bajo las cuales, *prima facie* debería optarse por otra cautelar personal antes que la prisión preventiva.

La primera particularidad a la que hago mención la constituye la norma contenida en el artículo 139 inciso primero del CPP, al establecer que el juez debe estimar que las restantes medidas cautelares personales serán “insuficientes”, para efecto de hacer procedente la prisión preventiva. Por consiguiente, la norma en comento establece una presunción de eficacia a favor de las restantes cautelares personales, y solo en la medida de que los antecedentes del caso den cuenta de una falta aptitud para alcanzar su finalidad es que resultaría pertinente decretar la prisión preventiva de un imputado. Es la propia regulación legal la establece la forma de aplicación del subprincipio de necesidad en su dimensión comparativa, determinando de antemano la eficacia suficiente³³ de aquellas, la cual deberá ser desvirtuada para efecto de hacer procedente la prisión preventiva.

La segunda particularidad se refiere a la concurrencia del principio de inocencia, reconocido en el artículo 4 del CPP. Presunción de inocencia en su faz de regla de trato. Para este trabajo asumo que la concurrencia de este principio importa reforzar el mandato y la presunción contenida en el artículo 139 del CPP, toda vez que, dado la exigencia de dar un trato acorde a la calidad de inocente, debe entenderse que las medidas cautelares personales contempladas en el artículo 155 del CPP son suficientemente eficaces, y que existe una carga argumentativa y de prueba para concluir en contrario. Sobre estos dos puntos se volverá *infra*.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

Conforme a la tesis formulada por ALEXY, los derechos fundamentales, tanto en cuanto principios, son mandatos de optimización, es decir, ordenan su mayor realización posible. No se trata, en consecuencia, de mandatos definitivos, sino que de mandatos *prima facie*. Así las cosas, los principios

³³ A este respecto se debe hacer hincapié en que la regulación legal exige únicamente suficiencia en la eficacia de las restantes medidas cautelares para alcanzar la finalidad perseguida. No se trata, en este caso, de la posición más rígida –exigida por la jurisprudencia y la doctrina alemana–, en base a la cual se tiene presentar un “idéntico grado de idoneidad con la medida cuya sustitución se intenta” (GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 197).

presentan razones que pueden ser desplazados por otras razones³⁴. La forma de resolver una colisión de principios es mediante un ejercicio de ponderación dando aplicación al principio de proporcionalidad³⁵.

Este subprincipio se aplica una vez determinada la idoneidad y necesidad de la medida e importa una ponderación entre los intereses contrapuestos (principios según la nomenclatura de ALEXY) del caso concreto. De esta forma se busca determinar “si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”³⁶. La proporcionalidad se determina así conforme a una relación de orden de mayor o menor que. Si la afectación del derecho fundamental es mayor que la importancia del interés estatal que se busca proteger, se produce una desproporción que hace inadmisibles dar curso a la medida. Si el sacrificio es menor que el interés, la medida sería procedente.

La aplicación de este subprincipio determina lo que ALEXY refiere como la situación fáctica que permite la mayor realización de un derecho fundamental (entendido como principio), y que en una colisión de principios se ve mutuamente condicionado, en tal realización, con el principio contrapuesto.

En el proceso penal esta colisión de principio se traduce en la tensión existente entre los intereses del Estado en el éxito de la persecución penal y los derechos del sujeto imputado penalmente que pueden verse afectados en el transcurso de ese proceso penal. Para su resolución es necesario establecer criterios de medición que permitan hacer al ejercicio adecuado de ponderación. Por la extensión de este trabajo me parece pertinente hacer mención a solo uno de ellos: el criterio de la consecuencia jurídica. Supone este criterio atender a la gravedad de la pena esperada, misma que, a su vez, da cuenta valoración hecha por el legislador respecto de un conducta tipificada penalmente³⁷. En este sentido el criterio en comento permite evaluar que la medida cautelar de prisión preventiva no será más gravosa que el eventual reproche penal que le puede ser impuesto en el proceso del cual aquella

³⁴ ALEXY (2012), pp. 79-80.

³⁵ ALEXY (2012), p. 92.

³⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 225.

³⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), pp. 252-255.

cumple una función accesoria. Del mismo modo, este criterio llama a tener en cuenta la gravedad del hecho objeto del proceso en que se requiere la imposición de la prisión preventiva; debiendo limitarse su aplicación para aquellos hechos que el legislador considera más grave, entendiendo que la pena asociada a esos hechos es expresión de la valoración hecha respecto de los bienes jurídicos tutelados, así como de la gravedad de los ataques a estos que supongan dichas conductas.

Respecto de este criterio, pareciera claro que la limitación a la prisión preventiva contenida en el artículo 141 del CPP supone su aplicación³⁸. Dicha disposición proscribe la imposición de esta cautelar para el caso en que la posible sanción a imponer sea una pena pecuniaria o privativas de derechos. Es decir, se proscribe la aplicación de la prisión preventiva para aquellos casos en que el hecho por el cual puede ser sancionado el imputado no tiene asociada una pena privativa de libertad. Por su parte, esta misma disposición proscribe la prisión preventiva para aquellos delitos de acción penal privada, es decir, figuras típicas en que no existe un interés público prevalente en su persecución, dejando al resorte del particular –víctima de esos hechos– su debida prosecución.

III. LA PARTICULAR EXIGENCIA DEL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD EN LA PRISIÓN PREVENTIVA

Como señalé en el apartado anterior, la exigencia del subprincipio de necesidad supone la comparación entre distintas alternativas, de entre las cuales se debe escoger aquella que presente un mayor grado de eficacia en la consecución de los fines al menor coste de afectación de derechos fundamentales del imputado.

Prescindiendo de la aplicación del principio de intervención mínima, la prisión preventiva pareciera ser, en todo caso, la medida más eficaz para

³⁸ En igual sentido cabe traer a colación la limitación de las medidas cautelares contenidas en la Ley N° 20.084. Si bien este cuerpo legal regula la responsabilidad penal de los adolescentes, las limitaciones que contiene a las medidas cautelares personales, da cuenta de la aplicación de criterios que no pueden ser ajenos al proceso penal. El artículo 33 de este cuerpo legal establece que en ningún caso se puede aplicar una medida cautelar que aparezca desproporcionada en relación a la sanción probable que resulte aplicar. El artículo 32 limita la medida cautelar de internación solo a la imputación de conductas que, tratándose de un mayor de edad, serían constitutivas de un crimen.

la consecución de las finalidades que se le asignan por ley. Es claro que el hecho de mantener a una persona privada de libertad permite sujetarlo a estricto control que permite neutralizar cualquier acción tendiente a estropear tales fines. Sin embargo, tal supuesto no es concordante con un Estado Democrático de Derecho. El interés del Estado en el éxito de la persecución final no puede supeditar los derechos de los administrados, estando también obligado al debido respeto de estos. Luego, lo que se revela en la resolución de la prisión preventiva es una tensión entre ambas exigencias del Estado.

Por ende, al cumplir con el subprincipio de necesidad, el Estado resguarda el debido respeto hacia esos derechos determinando –parte– del ámbito fáctico que condiciona su mayor realización. Pues únicamente en ese ámbito fáctico, en el cual ninguna otra medida será suficientemente eficaz, es que puede plantearse que se alcanza la mayor realización posible del derecho fundamental.

Así las cosas, la aplicación del principio de necesidad importaría, en la prisión preventiva, la elección de entre un conjunto de medidas. De entre estas medidas se debe considerar –como común denominador– la eficacia para alcanzar las finalidades asignadas a todas las medidas cautelares personales. Y, como criterio distinguidor, el considerar el menor coste en la afectación de derechos fundamentales, que su aplicación importe en relación a las restantes medidas.

Sin perjuicio de lo anterior, la prisión preventiva presenta una característica que determina el ejercicio de la evaluación de la intervención mínima. Esta característica se refiere a la propia naturaleza de la medida; la que importa la privación por tiempo indefinido de libertad de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito. Por lo tanto, y en lo que respecta al criterio distinguidor, no existe otra medida que importe una mayor afectación de derechos fundamentales. Luego, al aplicarse este principio, lo que queda por evaluar es, solamente, la mayor o menor eficacia que puede tener frente otra medida cautelar para alcanzar esos fines.

Entonces, la disposición en que se ordenan las medidas a comparar no supone escoger entre varias medidas: supone, en definitiva, excluir todas las demás para recién entender que la prisión preventiva será procedente, pues ninguna otra medida resultaría suficientemente eficaz. Por ello entiendo que el criterio en que se resuelve toda la aplicación del principio de intervención mínima estriba en determinar la eficacia de las restantes medidas cautelares

personales frente a la prisión preventiva, y este punto encuentra en nuestra regulación una disposición especial.

*1. El inciso primero del artículo 139 del CPP:
una exigencia adicional de intervención mínima*

En efecto, como ya antes lo he consignado, el artículo 139 del CPP establece que la procedencia de la prisión preventiva depende de que el juez considere a las otras medidas cautelares personales como insuficientes. Es decir, descontada con el mayor coste que este significa para los derechos del imputado, la procedencia depende no de que se establezca que aquella es más eficaz que las restantes medidas cautelares personales (pues en la práctica debería tenerla, dada su naturaleza antes anotada), sino en que se logre establecer (a estimación del juez) que las restantes medidas no son suficientemente eficaces. Este punto no resulta en nada baladí, pues la exigencia de la aplicación del principio de intervención mínima no es una exigencia solo respecto de la prisión preventiva, sino que es una exigencia común a toda medida cautelar personal.

Si toda medida cautelar conlleva una mayor o menor afectación de los derechos fundamentales del imputado, el principio de proporcionalidad –con sus subprincipios– debe también aplicárseles en su caso. Por ende, la exigencia de la intervención mínima concurre tanto para la prisión preventiva como para las restantes medidas cautelares personales. Así las cosas, al aplicar el principio de intervención mínima en este caso, la elección de una medida cautelar personal en específico dependerá de la ecuación de mayor eficacia al menor coste de afectación de un derecho fundamental. Y en este ejercicio de comparación, las variantes deberán ser sopesadas en su propio mérito sin que la norma legal se incline por alguna. Claro está que todas las medidas cautelares personales que contempla el artículo 155 del CPP importan diversos grados de afectación de los derechos del imputado; empero, en principio, correspondería evaluar al conjunto de medidas, para decantarse por la elección de aquella que cumpla con la mentada ecuación. No obstante lo anterior, ese no es el caso de la disposición contenida en el artículo 139 del CPP, donde explícitamente existe un mandato a optar por una cautelar personal diversa a la prisión preventiva, mientras aquellas no se develen como insuficientes o, *a contrario sensu*, mientras se pueda presumir a su respecto que sí son suficientemente eficaces.

Este punto puede no generar mayor cuestión cuando se enfrenta la prisión preventiva con una cautelar personal de menor intensidad. Sin embargo, cuando la intensidad de uno y otra es casi análoga —y conllevan ambas una importante afectación de los derechos fundamentales del imputado—, la norma en cuestión fija una carga argumentativa adicional insoslayable respecto de la prisión preventiva. Este es el caso de la medida cautelar personal contemplada en el literal a) del artículo 155 del CPP: el arresto domiciliario total. Supone esta cautelar personal una privación de libertad total, al igual que la prisión preventiva, por lo que, desde la perspectiva de su aptitud para alcanzar los fines asignados, aquella es, en principio, análoga. En ambos casos la privación de libertad sería una forma similarmente apta para neutralizar cualquier riesgo de que se vean frustradas las finalidades perseguidas por las medidas cautelares; sin embargo, la primera cuenta, además, con una presunción del legislador en torno a la suficiencia de su aptitud. Por lo tanto, si nos atenemos en forma rigurosa a la formulación del artículo 139 del CPP, establecidos los supuestos que hacen procedente la privación de libertad de una persona como medida cautelar, en última instancia debería optarse por el arresto domiciliario total. Recién cuando se pudiera establecer su falta de aptitud suficiente, es que podría aplicarse la prisión preventiva.

No desconozco que las circunstancias de una y otra privación de libertad son diversas, siendo claramente más gravosas las asociadas a la prisión preventiva. No son situaciones equivalentes, aunque ambas importen una privación total de libertad. Mas el punto que busco destacar apunta a la exigencia adicional que importa el mandato del inciso final del artículo 139 del CPP en relación al principio de intervención mínima. Esto significa que, aun en el caso que la aplicación de este principio permita escoger una medida que importe la privación de libertad del imputado, la norma legal vuelve a exigir, nuevamente, el evaluar la necesidad de la prisión preventiva. Por eso afirmo que la exigencia adicional de esta fórmula adopta la forma de una presunción, ya que para optar por la aplicación de la prisión preventiva debe estimarse que las restantes medidas nos suficientemente aptas. Por ende, la carga argumentativa debe explicitar el porqué de aquella constatación. Dicho en otras palabras, si el juez tiene la carga de argumentar por qué estima que cualquier otra cautelar no será suficientemente apta para asegurar las finalidades señaladas, por regla general deberá entenderse que estas sí lo son.

La conclusión a la que arribó se refuerza en dos consideraciones más. La primera referida a la exigencia del requisito de la alternativa menos gravosa, en el entendido de que esta se refiere a aptitud suficiente. La segunda, en relación al principio de presunción de inocencia.

2. La aptitud suficiente antes que igual aptitud

Como señalé más arriba, la comparación que supone el ejercicio de aplicar el principio de necesidad importa establecer una medida con la cual realizar esa comparación. Esa medida la constituye la condición “de ser suficientemente aptas o eficaces para la consecución de la finalidad perseguida”³⁹.

Según explica GONZÁLEZ-CUÉLLAR, en este caso corresponde establecer como requisito de la alternativa menos gravosa la aptitud suficiente y no la igual aptitud. Esta última es una formulación de la doctrina y la jurisprudencia alemanas que exige que la eficacia del medio menos lesivo debe ser la misma que la del menos gravoso⁴⁰.

Assumo que se debe operar con el concepto de aptitud suficiente, pues resulta menos restrictivo que el de igual aptitud. En efecto, resulta claro que en el caso de una medida cautelar de la intensidad de la prisión preventiva es difícil postular una equivalencia estricta en cuanto su aptitud en relación a otra medida cautelar de menor intensidad. El alto grado de neutralización del sujeto imputado, sometido a un régimen de encierro que permite un altísimo grado de control a su respecto, no tendrá parangón con ninguna otra medida cautelar. No obstante, la centralidad de este criterio no estriba en una coincidencia aritmética entre la aptitud de una u otra medida, baste que aquella sea suficiente, esto es, bastante para lo que se necesita. Por consiguiente al mensurar la aptitud de una medida lo que debe tenerse en vista es la finalidad perseguida y si una u otra es bastante para alcanzarla, independiente de cuál podrá hacerlo con mayor holgura. Baste que se cumpla con un el mínimo necesario para que aquella sea suficientemente apta. Entendida así, la aptitud suficiente conformaría un óptimo en cuanto a la eficacia necesaria para la consecución de los fines buscados.

³⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 196.

⁴⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR (1990), p. 197.

Despejada esta cuestión, resulta evidente que el criterio de aptitud suficiente se encuentra recogido en forma expresa en el inciso primero del artículo 139 del CPP. Tal disposición prescribe que la prisión preventiva procederá cuando el juez estime que las restantes medidas cautelares personales serán insuficientes. Esto es, es el propio legislador quien se inclina por exigir un grado de eficacia que baste a las necesidades del caso, asumiendo que mientras no hayan antecedentes que permitan al juez estimar lo contrario, las restantes medidas cautelares personales sí serán suficientemente aptas. No es el grado de eficacia lo que se somete a cuestión, pues no se busca un equivalente en las restantes medidas cautelares personales. Lo que se evalúa es una cosa distinta: es la eficacia de las restantes medidas cautelares en relación a las finalidades perseguidas, y ello desde un contrafáctico, pues la formulación de la mentada disposición asume tal aptitud. Sobre este último punto se volverá en la última parte de este trabajo.

3. Cómo entender la presunción de inocencia, como regla de trato, en relación a la prisión preventiva

La segunda consideración parte del principio de presunción de inocencia en su faz de regla de trato, esto es, como una “regla que rige el tratamiento que debe darse a cualquier persona que se vea inmersa como sujeto pasivo de un proceso penal. Así, la presunción de inocencia como regla de trato impone tratar al imputado como si fuera inocente hasta que recaiga sentencia que declare su culpabilidad”⁴¹. Esta regla encuentra expresa consagración legal en el artículo 4 del CPP.

Resulta palmario que la presunción de inocencia es uno de los principios que mayor tensión genera con la prisión preventiva, pues cómo podría considerarse inocente a aquella persona que se le encierra con fines cautelares respecto de un proceso en el que todavía no se ha decidido su culpabilidad. Esta cuestión ha terminado siendo resuelta en base a la distinción entre las distintas naturalezas que exhibiría la pena y la prisión preventiva como medida cautelar. En la medida que la cautelar no tuviere ribetes de pena, el trato dado al imputado sujeto a prisión preventiva seguiría siendo conciliable con su inocencia⁴².

⁴¹ FERRER BELTRÁN (2010), p. 8.

⁴² DEI VECHI (2013), pp. 201-203. Sobre este punto, Jonathan Valenzuela propone una respuesta asumiendo la tesis compatibilista entre presunción de inocencia y prisión preventiva, asumiendo

Ahora bien, sin entrar a un cuestionamiento de fondo, lo cierto es que la presunción de inocencia es un principio sobre el cual también debe operar la aplicación del principio de proporcionalidad. No obstante, el cómo opera es una cuestión que no se encuentra totalmente resuelta por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para algunos casos lo entiende como un principio distinto al principio de proporcionalidad, en otros casos, como exigiendo la proporcionalidad entre dicho principio y el fin de la medida cautelar⁴³.

Por mi parte, tiendo a pensar que si se le asigna el carácter de principio, a su respecto debe hacerse aplicación del principio de proporcionalidad y, por añadidura, del subprincipio de necesidad. Lo anterior en atención a que, dada su calidad de principio, también a su respecto debe predicarse el carácter de mandato de optimización.

Así las cosas, si la afectación de este principio también representa una colisión con el interés del Estado en la persecución penal, también debe evaluarse a su respecto el principio de intervención mínima. Luego, concordante con este principio, su mayor realización importa, a este respecto, la adopción de aquella medida cautelar que sea más acorde con el trato de inocente que esta ordena dispensarle a todo imputado.

Por consiguiente, si la procedencia de la prisión preventiva requiere una cadena de argumentos de que den cuenta de la aplicación del principio de proporcionalidad, la necesidad, como subprincipio, exige un examen reforzado por dos principios en colisión. Conforme al primero (derecho fundamental a la libertad personal), la necesidad supone descartar que otra cautelar personal sea suficientemente apta para alcanzar dichos fines. Conforme al segundo (presunción de inocencia), el mandato de trato como inocente importaría siempre optar por aquella que fuere más consistente con ese estatus, en la medida que no se descarte su suficiente aptitud.

En este último caso, el principio de intervención mínima, en relación a la presunción de inocencia, también se articula con la exigencia reforzada que a este respecto hace el artículo 139 del CPP. Concorre reforzando la presunción de eficacia de las restantes medidas cautelares del artículo 155

que la lógica de la prisión preventiva es de una medida cautelar, y desde esa base dar respuesta las objeciones tradicionales que se formulan a ese respecto (VALENZUELA (2011), pp. 61-66).

⁴³ LLOBET (2009), pp. 136-137.

del CPP, pues aquellas siempre serán más acordes con el trato de inocente que la prisión preventiva.

IV. LA INSUFICIENTE APTITUD DE LAS RESTANTES MEDIDAS CAUTELARES: UN CONTRAFÁCTICO

Antes he postulado que, acorde al principio de necesidad o intervención mínima, el artículo 139 en su inciso segundo establece una presunción de aptitud suficiente para alcanzar los fines que tal norma busca asegurar mediante las medidas cautelares personales. Ya la exigencia de este subprincipio del principio de proporcionalidad obligaba a realizar dicho examen; a lo que se agrega esta exigencia expresa de dicha norma. Conforme a ella, debería preferirse cualquier otra cautelar antes que la prisión preventiva, mientras no se demuestre que estas no tienen aptitud suficiente para cumplir con los fines legales que tienen asignados.

En consecuencia, la conclusión que genere ese descarte de las restantes medidas cautelares personales tomará la forma de un argumento contrafáctico, esto es, teniendo en cuenta la estructura cautelar de la prisión preventiva, se exigiría un contrafáctico “dado por el *periculum libertatis*: la posible frustración de los fines del proceso como contrafáctico de la libertad del imputado”⁴⁴.

Entiendo al argumento contrafáctico, para los efectos de este trabajo, como un “enunciado condicional cuyo antecedente no se materializó en el pasado, a pesar de que podía haberse materializado”⁴⁵. Típicamente los enunciados contrafácticos adoptan la siguiente forma: si A entonces habría B; por ejemplo si John Lennon no se hubiere mudado a Nueva York habría seguido vivo después de 1980. El antecedente supone en este caso que Lennon no se hubiese mudado de ciudad, o que se hubiese mudado a una distinta de Nueva York, pues fue allí donde terminó encontrándose con su asesino; por lo tanto, al no producirse su atentado, seguiría vivo.

En el caso que no convoca, el contrafáctico tomaría la siguiente forma: dada la falta de aptitud suficiente de las restantes medidas cautelares personales, si no se hubiere decretado la prisión preventiva, se habría malogrado

⁴⁴ DEI VECHI (2013), p. 198.

⁴⁵ BATTISTA (2012), pp. 447-448.

los fines que la ley buscaba proteger con estas medidas. En este caso el antecedente que no se materializó es la decisión de no decretar la prisión preventiva, y el enunciado condicional lo constituye la afectación de la seguridad de la sociedad o la afectación de la seguridad de la víctima o la frustración de los fines del procedimiento.

Ahora bien, desde un largo tiempo estos condicionales ha generado problemas en cuanto a su contenido inferencial, por lo que resulta difícil a su respecto postular alguna regla de inferencia, como el *modus ponens*⁴⁶. No obstante, no es esta una arista del problema que deba ser ventilada en este trabajo. Ello, pues en la lógica formal no tiene una particular cabida la estructura de la decisión judicial, salvo como justificación interna, donde sí se da aplicación al *modus ponens*⁴⁷. Lo que sí busco destacar es que la forma de esta conclusión guarda relevancia con la justificación externa de la decisión judicial, donde la construcción de este contrafáctico representa uno de los argumentos que permitirán estructurar la resolución que se pronuncie acerca de la prisión preventiva. Entendiendo que conformaría una cuestión de ponderación y, en particular, el subprincipio de necesidad conformaría una subcuestión.

Siguiendo la tesis de ATIENZA, en la estructura propuesta para una argumentación jurídica, cabe distinguirse, dentro de sus elementos esenciales, a las cuestiones y subcuestiones de la que depende la solución del problema; las respuestas a esas subcuestiones, y las razones en que se basan esas respuestas⁴⁸. Por ende, la decisión que se pronuncie acerca de la prisión preventiva se construiría como una línea de argumentos –o una argumentación– dentro de los cuales resultaran centrales aquellos que se pronuncien respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad⁴⁹.

Conforme a esta estructura argumentativa, en la decisión que se pronuncie por la prisión preventiva, se debe resolver una cuestión de ponderación

⁴⁶ BATTISTA (2012), p. 449.

⁴⁷ ATIENZA (2014), p. 179.

⁴⁸ ATIENZA (2014), p. 431. Atienza identifica siete elementos fundamentales en la argumentación. Fuera de los ya señalados indica los siguientes: la narración, el problema o los problemas jurídicos de los que arranca la argumentación, la solución del problema y la decisión (ATIENZA (2014), pp. 430-432).

⁴⁹ El propio Atienza identifica como tipología de las cuestiones a resolver las cuestiones de ponderación (ATIENZA (2014), pp. 438-439).

relativa a la aplicación del principio de proporcionalidad. Resulta así que aquella es una cuestión de la que depende la solución del problema. ¿Debe decretarse la prisión preventiva? Esto es, dependiendo de su respuesta, afirmativa o negativa, se determinará si aquella es o no proporcional definiendo la procedencia o improcedencia de esta cautelar. Luego, de esta cuestión surgen inmediatamente tres subcuestiones vinculadas a la aplicación de cada uno de los subprincipios que lo conforman. Una de esas subcuestiones la constituye la aplicación del principio de intervención mínima. Así las cosas, la necesidad será una subcuestión a resolver que determinará la procedencia de la cautelar, en la medida de que su respuesta sea afirmativa o negativa, condicionando la respuesta que se dé a la cuestión planteada.

Ahora bien, la respuesta que se dé a esa subcuestión hará surgir una nueva cuestión, en este caso de prueba⁵⁰. Lo anterior en atención a que la aplicación del principio de necesidad, reforzado además por la presunción de aptitud suficiente que contiene el artículo 139 del CPP, exige dar cuenta de un orden de factores de hecho conforme al cual se desvirtúe dicha presunción; es decir, que permita desestimar la aptitud suficiente que se le atribuye. Por consiguiente, una nueva cuestión importa establecer un conjunto de antecedentes fácticos conforme a los cuales se pueda construir el enunciado condicional que depende de que ese antecedente (la no concesión de la prisión preventiva) no se materialice en el pasado. Esto es, que, dado ese orden de factores, la no concesión de la prisión preventiva acarreará la concreción del riesgo o para la seguridad de la víctima o para la seguridad de la sociedad o el estropicio de los fines del procedimiento.

Resuelta esta cuestión de prueba, se contará entonces con razones para resolver la subcuestión que plantea el principio de necesidad. Y la respuesta a esta subcuestión tendrá el carácter de un contrafáctico. Es decir, no dará cuenta de un hecho que ocurrió, sino de uno que no ocurrirá dada la decisión que se adoptó, y que se evita en miras al orden de cosas bajo las cuales puede considerarse que las restantes medidas cautelares no tendrán aptitud suficiente para evitar que malogren las finalidades asignadas en la ley a las medidas cautelares personales. Por lo tanto, la prueba lleva a una valoración que debe resolverse como otra cuestión, en este caso, de calificación⁵¹. Esto

⁵⁰ ATIENZA (2014), pp. 433-434.

⁵¹ Explica Atienza que un problema de calificación se trata de argumentar a partir de definiciones operando como premisas (ATIENZA (2014), pp. 433-434).

es, si las circunstancias anotadas permiten o no concluir la supuesta falta de aptitud suficiente de las restantes medidas personales que prevé la norma en comento como supuesto de aplicación de la prisión preventiva.

El problema que surge a continuación es identificar de qué forma se construye este contrafáctico y qué expresa, en definitiva, su contenido.

1. Contrafáctico como generalización

Como un expediente que puede esclarecer el punto antes enunciado, pienso que es necesario acudir a uno de los planteamientos que los expertos en lógica hacen de este tipo de enunciados. Una de las formulaciones que se han hecho al respecto es entender que “los enunciados contrafácticos son meros expedientes lingüísticos para expresar indirectamente una generalización”⁵². Si consideramos que esta es la dimensión en que debe asumirse el contrafactual que deriva de la comparación exigida por el principio de intervención mínima, las circunstancias del hecho deberán, por consiguiente, permitir la construcción de un argumento por generalización.

A este respecto cabe recordar que un argumento por generalización se construye de la siguiente forma: “todos los A son B, por todo A conocido es B. Al generalizar atribuimos a un grupo de cosas del mismo género algo que sabemos de algunos individuos”⁵³. En tal sentido la generalización es una inducción en la cual se parte de una serie de experiencias conocidas, para, a partir de estas, afirmar una conclusión. Por ejemplo, se podría plantear con un número alto de personas condenadas a penas privativas de libertad no se presentan a la ejecución de su sentencia; luego se podría generalizar señalando que en los casos de condenas a penas privativas de libertad lo más probable es que la persona imputada y condenada no se presente a la ejecución de su sentencia.

Ahora bien, la corrección de esta argumentación dependerá del adecuado empleo de los argumentos en que se sustente; pues siempre se puede incurrir a su respecto en la falacia de la generalización apresurada⁵⁴. La forma en que

⁵² BATTISTA (2012), p. 453.

⁵³ GARCÍA (2000), p. 60.

⁵⁴ Esta se produce siempre que se concluye a partir de datos insuficientes o poco representativos (GARCÍA (2000), p. 68). En el ejemplo antes propuesto, se podría dar esta situación si el dato invocado se refiriere únicamente a personas condenadas a la pena de presidio perpetuo.

se puede construir esta argumentación, y a partir de la cual ella puede ser evaluada, es a través de argumentos por ejemplos y argumentos por analogía. En el caso de los argumentos mediante ejemplos, “se ofrecen uno o más ejemplos específicos en apoyo de una generalización”⁵⁵. En el caso de los argumentos por analogía, estos “discurren de un caso o ejemplo específico a otro ejemplo, argumentando que, debido a que los dos ejemplos son semejantes en muchos aspectos, son también semejantes en otro aspecto más específico”⁵⁶.

Como explica WESTON, en el primer tipo de argumentación resultará central examinar si se trata de una generalización de un pequeño conjunto de casos o de una generalización de un gran conjunto de casos. En el primer conjunto se debería examinar todos o casi todos los ejemplos; mientras que en el segundo conjunto bastará seleccionar una muestra. Se requiere, además, verificar si la muestra de casos es lo suficientemente representativa. También se requiere verificar si hay contraejemplos. Finalmente, es necesario contar con información de trasfondo para que podamos evaluar el conjunto de ejemplos⁵⁷.

Siguiendo el ejemplo planteado más arriba, habría que examinar las penas a las que los imputados habrían sido condenados y su conducta a ese respecto; si se trata de penas especialmente altas (como las de presidio perpetuo) o de cualquier tipo de pena privativa de libertad, aunque sean de un par de días de prisión. En el primer caso la el examen debería pronunciarse por casi todos los ejemplos; en el segundo, se requerirá de una muestra. Se requiere también verificar que esa muestra sea lo suficientemente representativa, pues podría darse el caso que se refiriera solo a condenados a la pena de presidio perpetuo y se pretenda aplicar respecto de un ejemplo de una persona condenada a diez días de prisión. Es claro que en ese caso la muestra no es representativa, pues el aliciente de los primeros a no presentarse a la ejecución de la sentencia es evidentemente mayor. También se requiere verificar si hay contraejemplos, si existen casos de presentación voluntarias al cumplimiento de una sentencia que imponga una pena privativa de libertad o si el propio imputado lo ha hecho con anterioridad. Finalmente,

⁵⁵ WESTON (2006), p. 33.

⁵⁶ WESTON (2006), p. 47.

⁵⁷ WESTON (2006), pp. 35-45.

es necesario conocer información de trasfondo. Si se señala que más de cien imputados no se han presentado a cumplir una sentencia que imponga una pena privativa de libertad, puede parecer una cifra especialmente alta. Sin embargo, si la información de trasfondo señala que más de cuatrocientos imputados sí lo han hecho, dicha cifra parece tener una incidencia mucho menor en la generalización, pues aquella cifra solo daría cuenta del veinte por ciento de los casos en ejemplo.

Siguiendo a WESTON, en el caso del argumento por analogía se requiere un ejemplo similar de una manera relevante. No resulta necesario que los ejemplos sean absolutamente iguales al ejemplo de la conclusión; las analogías solo requieren similitudes relevantes⁵⁸.

Para este punto voy a formular un nuevo ejemplo, un imputado con cautelares del artículo 155 del CPP por una causa de homicidio frustrado es detenido en situación de flagrancia por un delito de lesiones en contra de la misma víctima. En este caso ambas agresiones no son absolutamente iguales, sin embargo sí presentan similitudes relevantes, en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, y en cuanto a una agresión que ha adoptado distintas formas e intensidades. Luego, la generalización en este caso apunta a la ineficacia de la cautelar del artículo 155 del CPP a efecto de dar protección a la víctima.

Es claro que en este caso lo relevante es determinar la similitud y la relevancia de esta. Por ende, respecto de una persona que ha cometido algún delito de bagatela, resulta defectuoso construir un ejemplo de similitudes relevantes respecto de un delito especialmente grave que se le impute en la actualidad. Estas deben, necesariamente apuntar a aquellos elementos que permitan construir una generalización que desvirtúe la presunción de eficacia de las restantes medidas cautelares del artículo 155 del CPP y es a ese respecto, y sobre esos fines, que deberá construirse el argumento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXY, Robert (2012): *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. BERNAL PULIDOS, Carlos, Madrid, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 601 pp.

⁵⁸ WESTON (2006), pp. 50.

- ATIENZA, Manuel (2012): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, editorial Trotta), 870 pp.
- BATTISTA, Giovanni (2012): “Contrafácticos y juicios causales”, disponible en http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2012_n12/stu_08-Ratti.pdf [fecha de consulta 5 de mayo de 2017].
- BINDER, Alberto (2005): *Introducción al derecho procesal penal* (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc), 364 pp.
- DEI VECHI, Diego (2013): “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas frecuentes críticas”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXVI, N° 2, 189-217 pp.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian (2007): *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica), 583 pp.
- (2011): *La prisión preventiva en Chile: análisis de los cambios legales y su impacto* (Santiago, ediciones Universidad Diego Portales), 297 pp.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón* ((trad. IBÁÑEZ, Perfecto; RUIZ, Alfonso; BAYON, Carlos; TERRADILLO, Juan; CANTERO, Rocío, Madrid, Editorial Trotta), 991 pp.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2010): “una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, disponible en revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/download/2393/2341 [fecha de consulta 10 de junio de 2017].
- FERRER, Eduardo: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf> [fecha de consulta 10 de junio de 2017].
- GARCIA, Ricardo (2000): *Uso de Razón* (Madrid, editorial Biblioteca Nueva), 328 pp.
- GUASTINI, Riccardo (2011): *Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del derecho* (Trad. FERRER, Beltrán Jordi, Barcelona: Editorial Gedisa), 409 pp.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolás (1990): *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal* (Madrid, Editorial Colex), 352 pp.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica), 659 pp.

- LLOBET, Javier (2009): “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano” disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968006.pdf> [fecha de consulta 15 de julio de 2017].
- MARÍN, Juan Carlos (2002): “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, pp. 9-54.
- VALENZUELA, Jonathan (2011): “Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 17, pp. 53-70.
- VIAL, Jorge (2002): “Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 2, pp. 231-245.
- WESTON, Anthony (2006) *Las claves de la Argumentación* (Trad. MALEM, Jorge, Barcelona: editorial Ariel), 153 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez versus Ecuador* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2007, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf [fecha de consulta 30 de julio de 2017].
- J. versus Perú* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2013, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf [fecha de consulta 30 de julio de 2017].
- Norin Catrimán y otros versus Estado de Chile* (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2014, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf [fecha de consulta 30 de julio de 2017].
- Yvon Neptune versus Haití* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf [fecha de consulta 30 de julio de 2017].