

1. Recensión

HADWA ISSA, MARCELO: *LA PRISIÓN PREVENTIVA Y
OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES*
SANTIAGO, ED. JURÍDICA DE CHILE, 2015

JEAN PIERRE MATUS
Universidad de Chile

La obra reseñada tiene el mérito inicial de que su título refleja con la mayor precisión su contenido.

En efecto, la obra se divide en ocho capítulos: en los tres primeros se sientan las bases históricas, conceptuales y constitucionales de lo que el autor entiende es el significado de la prisión preventiva en el sistema procesal penal vigente, su naturaleza jurídica y los derechos y principios fundamentales que la rigen. En los siguientes desarrolla el detalle de los presupuestos positivos de las medidas cautelares personales vigentes, incluyendo no sólo la prisión preventiva, sino las otras medidas que el ordenamiento procesal permite para adultos y el llamado internamiento provisorio para menores de edad responsables penalmente, según la ley N° 20.084.

En las conclusiones a las que arriba acerca de la naturaleza jurídica de la institución principal que analiza, destaca su postura más bien ecléctica, al estimar que la prisión preventiva tendría como objeto “proteger diligencias precisas y determinadas de la investigación, evitar la fuga o la comisión de futuros delitos durante el transcurso del proceso penal” (p. 50).

Si se lee el artículo 140 del Código Procesal Penal, se entenderá por qué llega el autor a esta conclusión. Allí se dice, en su letra c), que procederá decretar la prisión preventiva si “existen antecedentes calificados” que permitieren al tribunal considerarla “indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga”.

En este punto, entonces, el aporte del autor consiste en identificar la expresión “que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido” con la idea de “evitar la comisión de futuros delitos durante el transcurso del proceso penal”. Este es el carácter preventivo o de medida de seguridad que Hadwa le atribuye a la prisión preventiva y que, en el contexto de la obra, parece ser el aspecto más discutible por lo que se dirá enseguida.

En efecto, el autor declara en el Capítulo Tercero que por tratarse la prisión preventiva de una medida que afecta la libertad personal, derecho consagrado constitucionalmente, debería estar limitada por los principios de proporcionalidad y presunción de inocencia, así como el de excepcionalidad.

Sin embargo, respecto del principio de proporcionalidad y luego de aplicar el llamado *test* de la misma, preguntándose acerca de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, concluye (p. 64) simplemente con algo que ya dice el propio Código en sus artículos 139 a 145: que dicha medida es excepcional, procede sólo si el imputado arriesga una pena de prisión efectiva y debe limitarse su plazo de duración. Es decir, a partir de esta investigación no aparece, a juicio del autor, ningún vestigio de inconstitucionalidad en los textos que regulan la institución.

Y en cuanto al principio de inocencia como límite de la prisión preventiva, si bien anuncia que se trata de “el aspecto más complejo y controvertido con que se ven enfrentados los estudios referentes a esta medida procesal” (p. 65), sus conclusiones se limitan a afirmar que dicha presunción actuaría como un “límite teleológico, una barrera impuesta al legislador y a los órganos jurisdiccionales, para impedir que en su regulación positiva como en su adopción se asocie o identifique al imputado con la calidad culpable o que sea empleada como un sustituto de la pena” (p. 73), sin llegar a poner en verdadero entredicho lo que estima precisamente una de las funciones de la institución: prevenir la reiteración de delitos futuros.

La tensión evidente entre una medida que no es ni se reputa legalmente como pena, pero que en su materialidad es similar en todo a una pena corporal, salvo por sus diferentes presupuestos y el carácter indefinido de su duración, es el problema de fondo que recorre toda la investigación de Hadwa y tensiona sus conclusiones.

Este problema aparece de manera aguda entre nosotros con toda su magnitud cuando nos enfrentamos al criterio de la seguridad de la sociedad como fundamento para decretar la prisión preventiva. Según afirma Hadwa, este criterio no se encontraría consagrado en tratado internacional alguno y Hadwa llega incluso a vincularlo no sólo con campañas de “ley y orden” de principios de los años 70 de Estados Unidos, sino también con el positivismo italiano más extremo y el nacionalsocialismo (pp. 129 a 133).

Y, sin embargo, como se corrobora con la nota al pie N° 133 del texto (pp. 143 y s.), la absolutamente inmensa mayoría de los presos sin condena en Chile son personas a las que se atribuye el carácter de peligroso para la seguridad de la sociedad: en la Corte de Apelaciones de Santiago, el año 2010, de los 229 casos en que se expresó el motivo de la privación de libertad, 200 fueron por considerarse al imputado un “peligro para la seguridad de la sociedad”.

¿Cómo enfrentar, entonces, la necesaria delimitación de la validez constitucional de las reglas que permiten limitar la libertad si se basan en tales antecedentes?

Aceptada esa validez, ¿no debieran existir criterios de proporcionalidad o basados en la presunción de inocencia que limitaran su aplicación?

Como sucede en estas investigaciones seminales, donde se pone por primera vez el pie en temas que llevan a esta clase de preguntas fundamentales, el autor sólo nos ofrece aquí una ventana que permite mirar el problema desde la perspectiva que ofrece, pero no nos adentra más allá, consciente de las limitaciones prácticas de una empresa de esta naturaleza: si se desmoronase la base sobre la que se sustenta la privación de libertad de la inmensa mayoría de quienes esperan el término de su proceso penal, quizás el remedio resulte peor que la enfermedad.

En efecto, si se quisiera ser purista, nada habría de inconstitucional ni contrario a las garantías consagradas en los tratados internacionales en el hecho de que una persona fuese mantenida en prisión preventiva durante todo el proceso *exclusivamente* para asegurar su comparecencia y la eventual ejecución de la pena, esto es, por representar un *peligro de fuga* (p. 149). Si los requisitos para decretar la medida en estas circunstancias fueran los que señala Hadwa, esto es, exclusivamente la gravedad de la pena que pueda arriesgar el imputado, su comportamiento antes y durante el proceso, su arraigo familiar, laboral social (efectivos) y sus antecedentes penales (pp. 119 a 128); y se toma en cuenta que se afirma regularmente que los delitos son expresión de la desigualdad social, la vida en ambientes excluidos de las ventajas del capitalismo moderno, la drogadicción, la falta de “capital social”, esto es, de un arraigo en una familia estable, redes y capacitación que permitan insertarse en el mundo laboral, etc., entonces uno debiera suponer que en Chile la mayor parte de las personas en prisión preventiva lo estaría por esta causal y que, por el contrario, la regla para la libertad sería la libertad bajo fianza (art. 146).

El problema es que si la libertad bajo fianza fuese la regla general, entonces, y por las mismas razones que fundamentarían el peligro de fuga, la mayor parte de los imputados debería estar preso, por carecer de capacidad financiera ellos o sus familias para ofrecer una fianza. Podríamos recurrir al sistema de los afianzadores privados, como en muchos estados norteamericanos, pero entonces habría que aceptar que ellos tuviesen autoridad para detener a los fugados y presentarlos a la fuerza ante los tribunales. No tengo claro que estemos en condiciones de aceptar una propuesta de esta naturaleza.

Más problemas aparecen cuando comparamos los requisitos específicos considerados por Hadwa para conceder la solicitud de prisión preventiva fundada en la existencia de peligro de fuga o de peligro para la seguridad de la sociedad: todos los que se exigen para estimar peligro de fuga se exigen también para estimar peligro para la seguridad de la sociedad, a saber, gravedad de la pena (en concreto); comportamiento antes y durante el proceso (existencia de órdenes de detención pendientes por otros procesos, incumplimientos de citaciones); arraigo familiar, laboral social (características personales del imputado); y sus antecedentes pena-

les (pp. 119 a 128, para “peligro y de fuga”, y pp. 145 a 155, para “peligro para la sociedad”).

Las diferencias son sutiles y, contra el alegato subyacente de que la privación de libertad por peligro para la sociedad, no sería una causa legítima de privación de libertad (al menos no frente a los tratados internacionales en la materia), nos conducen a la terrible conclusión de que una y otra causal, en el detalle, consideran los mismos casos en que sería admisible la privación de libertad: personas reiterantes o con antecedentes penales, resistentes a cumplir con las órdenes y citaciones judiciales, sin arraigo a redes familiares o laborales que los protejan de la actividad delictiva, y que arriesgan una pena privativa de libertad por el hecho que se les imputa.

Sólo si a esos requisitos se añaden otros, como el número de delitos que se imputan, la calidad del delito mismo (carácter sexual o terrorista, por ejemplo), la actuación en grupo, la existencia de otras medidas cautelares ya decretadas y la mayor o menor capacidad o experiencia del imputado para delinquir, otra vez se pueden apreciar algunas otras diferencias que, *aparentemente*, harían –sorpresivamente– más exigente la declaración de prisión preventiva basada en la seguridad de la sociedad antes que la que se funde en el peligro de fuga. De todos modos, se debe señalar que estas exigencias adicionales no son de fondo, sino más bien parecen el producto de una ordenación más detallada de los mismos factores anteriormente mencionados.

Y aquí llegamos al meollo del asunto: si los requisitos en uno y otro caso son tan similares e incluso, al menos en apariencia, podría decirse que se exige un poco o algo más para decretar la prisión preventiva en razón del peligro para la sociedad frente a su establecimiento en virtud del peligro de fuga, ¿no estaremos ante un *fraude de etiquetas* que, contra la intuición inicial, favorece a los imputados antes que perjudicarlos?

Además, al basarse en ambos casos la prisión preventiva en antecedentes similares que no dicen relación con la capacidad del imputado de comparecer al juicio, el resultado práctico es que al no concederse la prisión preventiva por no ser el imputado un “peligro para la sociedad”, no se le exige al mismo tiempo rendir la caución que sería la regla general si con la libertad provisional se quisiese *únicamente* asegurar la comparencia del imputado a los actos del procedimiento, es decir, si se tratase la libertad provisional como una medida exclusivamente cuatelar y no preventiva.

La tensión entre presunción de inocencia y medidas cautelares sigue presente cuando nos enfrentamos a los presupuestos de las llamadas otras medidas cautelares personales (incluyendo las del art. 155 CPP y la internación provisoria de menores de edad), pues ellas también exigen la misma preliminar comprobación de antecedentes que justifiquen la existencia del hecho punible y de la participación en él del imputado.

Sin embargo, en el texto no profundizaron en ninguna parte en cómo se hace esta comprobación pues, a pesar de los latinajos al uso, tal comprobación no tiene un lugar en el procedimiento, al menos no como se entiende una comprobación en un sistema adversarial: mediante la presentación al tribunal de las pruebas y su discusión por las partes, para que, valoradas judicialmente, se les otorgue algún sentido y consecuencia jurídica.

En vez de ello, en Chile, el procedimiento propiamente adversarial y judicial es reemplazado por una “audiencia” que no es más que una exposición del fiscal retrucada por el defensor, donde el tribunal no toma conocimiento de los antecedentes de manera directa ni escucha a los testigos y peritos que los fundamentarían, en los casos en que exista controversia sobre su contenido y pertinencia.

Este es el problema de fondo de todo nuestro sistema, pues mientras no se acepte que esa comprobación exige concimiento y valoración de pruebas por parte del juez, lo que implica desvirtuar la presunción de inocencia en cierto grado, seguiremos bajo el dominio de la negación y la retórica: negamos que para decretar una medida cautelar deben existir antecedentes que desvirtúan la presunción de inocencia y, al contrario, permiten presumir una probabilidad de responsabilidad sobre un hecho que habría existido y del cual el imputado sería el responsable (letras a) y b) del art. 140, comunes en todos los casos); y dejamos la acreditación o desvirtuación de tales antecedentes únicamente a las capacidades retóricas de fiscales y defensores, pues los jueces no pueden examinar personalmente a los testigos que se dicen existir aunque sus declaraciones sean negadas o desvirtuadas por la defensa; escuchar a los peritos y policías que afirman tal o cual cosa según la fiscalía, aunque ello sea tachado de inexacto o falso por la defensa; ni examinar por sí mismos los documentos que se presentan como antecedentes, aunque la defensa estime su contenido apócrifo o impertinente.

En sistemas acusatorios avanzados nadie duda que una discusión de pruebas que fundan una resolución judicial, aunque sea en etapas anteriores al juicio, se resuelve mediante un acto probatorio. Y ello, con independencia de la decisión de conceder o no una libertad provisional bajo fianza, como regla general, es decir, exclusivamente cautelar.

En el Chile actual, ello parece un tabú, propio de quienes imitan superficialmente instituciones extranjeras. Tal vez si aceptásemos que el juez examine por sí mismo los antecedentes que presentan la fiscalía y la defensa, reciba a prueba aquellos controvertidos, y resuelva con verdadero conocimiento de causa acerca de la existencia o no de los que justifican que se ha cometido un hecho respecto del que se imputa responsabilidad a una persona, se podría reducir en una cierta medida el número de presos que no debería estarlo, así como el número de juicios (y también de sobreseimientos) sin pruebas, etc.

Nótese que incluso en el Chile del pasado, el auto de procesamiento y los sobreseimientos definitivos se fundaban en pruebas valoradas judicialmente (y con apelación o consulta obligatoria, en la mayor parte de los casos).

Naturalmente, no estamos aquí para proponer que volvamos a ese sistema inquisitivo, pero uno debe dejar en un momento de demonizar el pasado y ensalzar el presente porque lo uno es viejo y lo otro es nuevo, datos que nada aportan acerca de la bondad o maldad de los sistemas.

Lo importante es destacar el fondo del asunto: nuestro sistema actual adolece de una falla cuando en las etapas previas al juicio se discute la veracidad y pertinencia de ciertos antecedentes que sirven para fundamentar decisiones tan importantes como privar de libertad a una persona (o decretar el sobreseimiento definitivo de una causa). Y esa falla consiste en que los tribunales no tienen la oportunidad de apreciar y valorar con la inmediatez y profundidad requeridas las pruebas o antecedentes en que se les presentan para fundamentar esas decisiones. En vez de eso, deben contentarse con apreciar y valorar las exposiciones orales de los abogados de las partes interesadas.

Y aquí radica la principal crítica que puede hacerse a la obra: por más que se insista formalmente en la existencia de garantías, éstas no pueden resolverse, cuando existe una materia discutida por las partes, citando a un autor que afirma que la libertad de una persona se debe resolver mediante “juicios basados en primeras impresiones”, “en forma rápida y superficial”, pues la decisión es modificable en todo momento que aparezcan nuevos antecedentes (pp. 108 y s.). Ello es válido en un sistema de cauciones automático, donde lo que se hace es fijar su cuantía sin más, o en uno donde aquello se combina con la posibilidad de discutir las pruebas que fundamentan la “causa probable” de la detención y la acusación, mediante audiencias probatorias diferentes. Nada de eso tenemos entre nosotros.

Y por eso vale la pena leer, estudiar y tratar de aplicar lo que la obra de Hadwa explica con tanta detención: pues a pesar de las debilidades estructurales de nuestro sistema, todavía es posible, como el propio Hadwa insiste, limitar los excesos mediante una adecuada aplicación de los criterios que la ley ofrece para ello al fijar los requisitos de la llamada *necesidad de cautela* y recurrir a las medidas del art. 155 CP (p. 109), que se presentan así no sólo como reglas para casos de falta de necesidad de cautela, sino también para aquellos en que la discusión, siquiera verbal y retórica, de los antecedentes que fundamentarían la existencia del hecho punible y la participación del imputado, aparecen como débiles o, mejor dicho, más débiles de lo que en esta etapa procesal se requeriría.