

# LA LIBERTAD PERSONAL Y LAS DOS CARAS DE JANO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

*Humberto Nogueira Alcalá\**

## RESUMEN

*El presente artículo pasa revista a los aspectos centrales del derecho a la libertad personal y la seguridad individual como derecho fundamental de las personas, considerando el bloque constitucional del mismo que lo integra, además de la norma constitucional formal, los contenidos del derecho especificados por la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.), complementado con las disposiciones legales que lo regulan, en especial las normas procesales penales de los dos códigos (Procedimiento Penal y Procesal Penal) vigentes.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La libertad es un valor y principio básico contenido en nuestra Constitución como lo reconoce el capítulo I de Bases de la Institucionalidad, cuyo artículo 1° inciso 1° determina “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

La libertad, además de valor y principio básico que funda nuestro sistema constitucional, es un derecho que está asegurado en distintos aspectos de su concreción práctica en el artículo 19 de la Carta Fundamental, constituyendo expresión o manifestación concreta de la libertad el derecho a la libertad de conciencia y culto, el derecho a la libertad personal, de residencia, circulación y entrada y salida del país; el derecho a la libertad de opinión e información, el derecho a la libertad de reunión, la libertad de asociación, entre otros.

Dichos derechos, como establece el artículo 6° de la Constitución, vinculan a todos los órganos del Estado y a sus agentes de ejercicio, como a toda persona, grupo o institución; siendo deber de los órganos del Estado, como prescribe el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, respetarlos y promoverlos, entendiendo que tales derechos limitan la soberanía y están constituidos por los enunciados normativos contenidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes.

El presente artículo se centra en *el artículo 19 N° 7 de la Constitución* que asegura a todas las personas la *libertad personal y la seguridad individual, además de sus garantías y regulación legal*, donde nos encontramos con las dos caras de Jano, vale decir, la situación poco satisfactoria dentro de un Estado Unitario de la vigencia simultánea de *dos códigos de procedimiento penal en distintas regiones del país*, que se explica por la entrada en vigencia progresiva del nuevo Código procesal penal en las regiones del país, rigiendo aún en otras el viejo Código de Procedimiento Penal, lo que obliga a considerar las regulaciones de ambos cuerpos normativos en

---

\* Abogado. Doctor en Derecho Universidad de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Político y Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Chile.

este período de transición que todavía durará algunos años más hasta que el viejo Código de Procedimiento Penal quede desplazado completamente de nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. LA LIBERTAD PERSONAL Y LA LIBERTAD AMBULATORIA

*La libertad personal* se refiere a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal<sup>1</sup> en sí mismo, constituyendo un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no asegurados específicamente por los demás derechos autónomos, posibilitando realizar todo aquello que es lícito; es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional.

El encabezamiento del artículo 19 N° 7 de la Constitución establece un derecho genérico a *la libertad personal*, el cual es más amplio que la *libertad de movilización o ambulatoria* establecido en el párrafo segundo de dicha disposición constitucional, distinción que también es hecha por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.) asegura la libertad personal en el artículo 9° y el derecho a la libertad ambulatoria o de circulación en el artículo 12. Así en su artículo 9.1 determina: “*Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas en la*

*ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”.

A su vez, el artículo 12 precisa: “*1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.*”

Lo mismo sucede en la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.), que se refiere a la libertad personal en el artículo 7° y al derecho de circulación y residencia en el artículo 22.

El artículo 7° de la C.A.D.H. lleva por título “Derecho a la libertad personal, cuyo párrafo 1° determina: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*”; asimismo, el párrafo 2° señala: “*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 en las leyes dictadas conforme a ellas*”.

A su vez, el artículo 22 asegura el “derecho de circulación y de residencia”, cuyo párrafo 1° señala: “*Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales*”, y el párrafo 2°, “*toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio*”.

Ello significa que el derecho a la libertad personal está íntimamente ligado a la seguridad personal, vale decir, al derecho a no ser perturbado en su libertad, a través de detenciones, arrestos y otras medidas que, adoptadas ilegal o arbitrariamente, amenacen, perturben o priven a la persona de organizar libremente su vida individual o social conforme a sus libres opciones y convicciones.

El derecho a la libertad personal implica que no pueden realizarse privaciones o restricciones de libertad ilegítimas o arbitrarias que impongan límites a la autonomía de la persona que desnaturalicen su derecho, lo hagan impracticable o lo dificulten más allá de lo razonable.

<sup>1</sup> Pace, Alessandro. *Problemática delle libertà costituzionali*. Volumen I. Ed. CEDAM, Padua, Italia, páginas 50-51.

El profesor Evans de la Cuadra definía la libertad personal como libertad ambulatoria, vale decir, como el derecho de toda persona a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, de trasladarse de un punto a otro y de entrar y salir del territorio nacional guardando las normas legales y protegidos por ellas, cuidando de no vulnerar los derechos de las demás personas<sup>2</sup>.

Consideramos que de acuerdo al bloque constitucional de derechos debe diferenciarse la *libertad personal* asegurada genéricamente en el encabezamiento del artículo 19 N° 7 de la *libertad de circulación, ambulatoria o locomoción* afirmada específicamente en el literal a) de la misma disposición constitucional.

En efecto, hay diferencias importantes entre ambas, ya que puede vulnerarse una de ellas sin afectar la otra. Un ejemplo de ello es que la libertad personal puede ejercerse permaneciendo estático, precisamente sin querer moverse; por otra parte, se afecta la libertad ambulatoria o de circulación en el supuesto de que una persona deba abandonar obligatoriamente el territorio nacional o un ámbito espacial determinado del mismo (una comuna, provincia o región), como consecuencia de una decisión de la autoridad de gobierno interior durante un estado de excepción constitucional o del cumplimiento de una pena de relegación o destierro, en tal caso, se afecta el derecho a la libre circulación pero no la libertad personal o libertad física de la persona<sup>3</sup>.

### 2.1. *La libertad ambulatoria o de circulación*

Esta libertad personal asegurada en el inciso 1° del artículo 19 N° 7 de la Constitución se complementa con el *derecho a la libre circulación o libertad ambulatoria* que se refiere a la proyección espacial de la persona.

<sup>2</sup> Evans de la Cuadra, Enrique. *Derechos Constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1986. Tomo II, pág. 49.

<sup>3</sup> García Morillo, Joaquín. *El derecho a la libertad personal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1995, página 35.

El artículo 19 N° 7 literal a) de la Constitución determina el contenido de la libertad ambulatoria o circulación: "*Toda persona tiene derecho a residir y a permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros*".

Dichas disposiciones coinciden básicamente con las contenidas en la C.A.D.H., artículo 22, numerales 1 y 2, los cuales determinan:

- "1.- Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
- "2.- Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio".

Tales normas se repiten igualmente en el P.I.D.C.P., artículo 12, numerales 1 y 2.

Este derecho de libre circulación o libertad ambulatorias pretende proteger dos dimensiones: una de carácter interna, la libre circulación y residencia dentro del país, y otra de carácter externa, la libre entrada y salida del territorio nacional.

Puede sostenerse que *la libertad ambulatoria o de circulación* es aquel *derecho que permita a la persona trasladarse sin obstáculos por el territorio nacional pudiendo asentarse donde estime conveniente, como asimismo, entrar y salir libremente del país, pudiendo expatriarse si lo considera adecuado*.

La utilización de pasaporte, que en algunos casos se requiere, tiene por objeto facilitar el desplazamiento de personas en otros países donde el documento es exigido y no un requisito necesario para salir del país.

Como señala el artículo 12 del P.I.D.C.P. en su párrafo 4°, "*Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país*".

La C.A.D.H., en su artículo 22, párrafo 5°, precisa: "*Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni a ser privado del derecho a ingresar al mismo*".

De acuerdo con tales disposiciones que integran el bloque constitucional del derecho a la libertad de circulación o ambulatoria, como asimismo aplicando el principio “favor homine” o “pro libertatis”, debe determinarse y aplicarse el derecho en su delimitación que mejor protege el derecho de las personas, que es, en este caso, la norma de la C.A.D.H. Asimismo, debe aplicarse el artículo 29 de la C.A.D.H. sobre “normas de interpretación”, la cual determina que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

A su vez, el P.I.D.C.P. en su artículo 13 precisa: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de la expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

La C.A.D.H. en su artículo 22, párrafo 8º, complementa la disposición del P.I.D.C.P. antes transcrito, precisando: “*En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas*”. En todo caso, el extranjero que se encuentra legalmente en el territorio de un Estado Parte de la C.A.D.H., de acuerdo al artículo 22.6 de ella, sólo puede “ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”.

Debe completarse el catálogo de disposiciones garantistas de la C.A.D.H. sobre la materia con el artículo 22.9., el que determina la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros.

## 2.2. *La reserva de ley para la regulación y limitación de la libertad personal y la libertad ambulatoria*

La letra b) del numeral 7º del artículo 19 de la Constitución señala que: “*Nadie puede ser privado de su libertad personal, ni ella puede ser restringida sino en los casos y en la forma, vale decir, con los requisitos o resguardos, que señalen la Constitución y las leyes*”.

A su vez, la C.A.D.H., en su artículo 7.2 establece el principio de reserva legal para la afectación de la libertad física, disposición ya reproducida en el párrafo anterior.

El derecho a la libertad personal como todo derecho fundamental sólo puede ser afectado y regulado en su ejercicio por la ley, todo ello de acuerdo con el *principio de reserva legal para la regulación de los derechos* establecido en la Constitución y en los tratados de derechos humanos antes señalados.

Solo la ley y nadie más que el legislador puede regular los casos y formas en que cabe la afectación de la libertad personal o libertad física. Sólo el legislador formal (el Congreso Nacional) puede regular los ámbitos de la libertad personal. La reserva de ley debe ir acompañada del principio de tipicidad, que permite establecer concretamente los supuestos de afectación de la libertad personal.

La *reserva de ley* en esta materia es de *carácter absoluta*, por lo que ninguna afectación de la libertad personal puede efectuarse legítimamente sin estar prevista en la ley.

La reserva de ley debe concentrarse de acuerdo a las finalidades legítimas previstas por la propia Constitución y el derecho convencional internacional de derechos humanos ratificados por Chile y vigente (C.A.D.H. y P.I.D.C.P.).

A su vez, la C.A.D.H., en su artículo 22, numeral 3º, determina que *el ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás*. Nor-

ma similar es la establecida en el artículo 12 N° 3° del P.I.D.C.P.

Sólo es legítima la afectación de la libertad personal cuando ella sea prevista por ley aprobada por el Congreso Nacional con *un fin legitimado constitucionalmente*, la que debe ser, además, *razonable y proporcionada al fin legítimo perseguido*.

La reserva de ley determina que sólo un precepto legal aprobado por el Congreso Nacional puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, la que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de ella, de manera que se excluyen restricciones de la libertad que, aún determinadas por la ley, no sean razonables o quiebren el equilibrio entre el derecho y su limitación.

En aplicación de este principio, el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 5° precisa que *“No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”*.

### 2.3. La restricción y privación de la libertad personal y la libertad ambulatoria o de circulación: Aspectos conceptuales y de interpretación

#### 2.3.1. La privación de libertad personal o de la libertad ambulatoria

La privación de la libertad personal es *toda situación fáctica en que la libertad física o de circulación de un sujeto se ve limitada de manera intensa o grave, impidiendo la autodeterminación de su conducta lícita*.

*La privación de libertad personal admite diversas modalidades, pero ella existe cuando una persona se ve coaccionada a actuar contra su voluntad, afectando su autodeterminación y su libertad ambulatoria o de circulación por un tiempo significativo. La privación de libertad personal no deja de ser tal por el hecho de que la persona afectada acep-*

*te la instrucción del tercero, agente estatal o particular, que limita o afecta su libertad personal.*

Las causales de privación de libertad que deben ser interpretadas son sólo aquellas que posibilita el texto constitucional en armonía con el derecho internacional de los derechos humanos ratificado por Chile y vigente, fuera de los cuales no es admisible considerar otros supuestos de privación de libertad. La libertad personal se construye a través de la prohibición de limitaciones que no se encuentran autorizadas constitucionalmente.

La privación de libertad de una persona debe obedecer siempre al principio de proporcionalidad y un fin legítimo. La ley no puede configurar supuestos o hipótesis de privación de libertad que no busquen la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos. La proporcionalidad exige una razonabilidad entre el derecho a la libertad personal y sus limitaciones.

A su vez, el legislador al configurar privaciones de la libertad personal distintas de la detención por motivos penales debe respetar siempre que tal disposición legal tenga por finalidad la protección de valores, bienes o derechos constitucionalmente reconocidos, que la medida tenga un adecuado nivel de determinación que no genere inseguridad sobre su forma o modo de aplicación concreta y que no incurra en falta de proporcionalidad.

Toda medida legalmente prevista en el ordenamiento jurídico que afecte intensamente la libertad personal y la libertad ambulatoria constituye un caso de privación de ella, por ejemplo, en el caso de limitaciones de la libertad de circulación por un tiempo significativo a un lugar distinto de donde se produce la retención, en tales casos deben aplicarse las garantías previstas para la detención en el artículo 19 N° 7 de la Constitución y en el Código Procesal Penal.

*La distinción entre un supuesto de privación de libertad o de restricción de ella debe realizarse de acuerdo con la situación específica teniendo en consideración la naturaleza de la medida, su duración, sus efectos y cómo dicha medida se concreta. En esta materia el Tribunal Europeo de Derechos*

Humanos ha desarrollado una interesante jurisprudencia en los casos *Engels* y otros de 8 de junio de 1978, párrafo 58-59; el caso *Guzzardi* del 6 de noviembre de 1982, párrafo 92; y el caso *Ashizdane* de fecha 28 de mayo de 1985, párrafo 41, entre otros.

La privación de libertad se desarrolla a través de detenciones, arrestos, prisiones preventivas como medidas cautelares o penas de prisión.

### 2.3.2. La restricción de la libertad ambulatoria o de circulación

La restricción de la libertad ambulatoria se identifica por constituir limitaciones de la libertad de carácter leve, que se practican con el objeto de desarrollar averiguaciones vinculadas a la función preventivo-policial y de mantenimiento de la seguridad ciudadana que la Constitución entrega como competencia a las autoridades gubernativas, las que por regla general no están vinculadas a la existencia de un proceso penal. La naturaleza y finalidad administrativa junto a la brevedad de la limitación, son rasgos conceptuales que permiten caracterizar las medidas restrictivas de la libertad como concepto genérico que admite diversos modalidades que obstaculizan la autodeterminación de la conducta libre y lícita de las personas. Si la duración de la medida excede de la finalidad propia de ella, se transforma en una privación de libertad.

#### 2.3.2.1. Requisitos de las restricciones de libertad

Las medidas restrictivas de libertad deben ser cuidadosamente ponderadas en su idoneidad y adecuación al cometido que buscan desempeñar, ya que ellas siempre afectan, en algún grado, la libertad personal. Una medida no idónea o inadecuada debe rechazarse como contraria al orden constitucional y violadora del mismo.

*Que la medida sea idónea* requiere que se fundamente en un precepto legal; los derechos, entre ellos la libertad personal, sólo pueden ser objeto de limitación en virtud del principio de reserva legal, por una ley debati-

da y aprobada por el parlamento, que pueden denominarse leyes limitativas de los derechos fundamentales, además debe ser conforme con los fines constitucionalmente legítimos para una sociedad democrática y cumpla tres condiciones adicionales:

La primera es el *principio de idoneidad*, vale decir, que el medio empleado para restringir el derecho fundamental debe ser apropiado al fin que se pretenda, siendo inconstitucional el desarrollo de medidas no idóneas para fines constitucionalmente legítimos.

La segunda es el *principio de necesidad o exigibilidad*, que especifica que el medio utilizado para alcanzar el fin legítimo sea el menos gravoso y eficaz, ya que si existen otros medios menos gravosos e igualmente eficaces deben preferirse estos últimos.

La tercera condición es la *aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto*, que consiste en que aceptada la necesidad e idoneidad de los intereses, debe ponderarse si el sacrificio de los intereses individuales que trae consigo la intervención y afectación de la libertad personal guarda una relación proporcionada y razonable con la importancia del interés público que se trata de preservar. Ello implica evitar no recargar a la persona afectada con una medida considerada excesiva, sin que con dicha medida se vea favorecido el bien común.

De esta forma, cualquier disposición legal y actuación concreta o privación de la libertad personal incurriendo en falta de proporcionalidad constituye un acto o actuación inconstitucional, todo lo cual es propio de un Estado de Derecho, en el cual, como el nuestro, la Carta Constitucional, en su artículo 19 N° 26, busca asegurar el contenido esencial de los derechos.

A su vez, los sujetos activos de la restricción de libertad, salvo el caso de delito flagrante, son las fuerzas de orden y seguridad públicas, que están taxativamente señaladas en el artículo 90 del texto constitucional, ellas son Carabineros e Investigaciones. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, inclusive aquellas que detentan un status o inmunidad especial, ya que la medida de retención como medida restrictiva de libertad debe durar el

mínimo exigido para el cumplimiento de la finalidad legalmente determinada y en el lugar donde se retiene a la persona, restringiendo su libertad personal.

La restricción de la libertad de circulación por la inmovilización de la persona por un momento breve lo puede concretar la policía para efectos de labores preventivo-policiales.

Sólo la ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción de libertad es posible, existiendo reserva de ley, la que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y a la restricción de la libertad, de modo que se excluyan, aun en los casos previstos en la ley, ciertas restricciones de libertad al no ser razonables, y romper el equilibrio entre el derecho y su limitación, lo que transforma a tales limitaciones en inconstitucionales.

La actividad de conservación del orden público interno o coacción que realiza la policía es una de las tres tareas clásicas que desempeña la administración pública, siendo las otras dos, la de fomento y la de servicio público o prestacional<sup>4</sup>.

La policía en el marco del Estado de derecho democrático tiene por finalidad la defensa del orden público mediante los medios de que disponga el poder público, ante las alteraciones de dicho orden provocadas por las personas. *El poder de policía* considera toda la actividad jurídica en defensa del orden establecido, dentro de la cual se encuentra la coacción judicial, que consiste en el uso de la fuerza para obtener el cumplimiento forzado de deberes existentes para con la policía<sup>5</sup>.

*La coacción policial* puede ser forzada o directa. La coacción forzada supone la existencia previa de una orden emanada de la autoridad administrativa que se pretende hacer cumplir con el uso de la fuerza. La coacción

directa implica una actuación directa sin la existencia de una orden previa de los miembros de la administración respecto del hecho que es contrario al orden establecido.

En la coacción policial directa, lo directo es la orden que la pone en marcha, la que encuentra su fundamento, su propia causa, simplemente en la situación contraria al orden y seguridad públicos, lo que en todo caso no puede ser la regla general, ya que debe existir un sometimiento pleno a la legalidad de todos los actos de coacción realizados por la administración.

La justificación dogmática de la coacción directa de la policía se puede basar solamente en la existencia de una norma legal previa que faculte su aplicación.

*La seguridad ciudadana* es la situación de seguridad pública, caracterizada por la protección de los derechos fundamentales de las personas, a través de la acción preventiva y represiva de la criminalidad desarrollada por la policía. La seguridad ciudadana se encuentra concretada cuando cada persona considere que no pelagra su seguridad personal.

*La seguridad pública*, a su vez, reúne el conjunto de las actividades realizadas por las fuerzas policiales, tanto institucionales como asistenciales y administrativas.

La restricción de libertad se concreta a través de citaciones, retenciones, como asimismo limitaciones en algunos ámbitos de la libertad personal, como la residencia obligatoria dentro de un ámbito territorial para determinadas autoridades, la autorización necesaria de otro órgano constitucional para que el Presidente de la República o parlamentario pueda salir fuera del territorio nacional.

#### A. Las retenciones policiales

En el caso de las *restricciones de la libertad personal*, en su manifestación de libertad de movilización o circulación, nos encontramos, entre otras, con las atribuciones de la policía para *retener personas* con el objeto de efectuar controles de identidad y controles de nivel alcohólico a quienes conducen vehículos motorizados, entre otros, dentro de las funciones de prevención e investigación de

<sup>4</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II. Décima edición. Ed. Tecnos. Madrid. España, 1992.

<sup>5</sup> Ver Banacloche Palao, Julio. *La libertad personal y sus limitaciones*. Ed. McGraw Hill. Madrid, España. 1996, pág. 178-179.

delitos. Tales medidas pueden considerarse restricciones a la libertad personal y no privaciones de ella cuando dicha retención es en el lugar mismo en que se practica por un lapso breve.

El agente de policía que retiene a una persona tiene ciertos deberes que son, a la vez, *derechos de las personas retenidas*; ellos son los siguientes: identificarse debidamente antes de realizar cualquier actuación; informar al afectado por la medida de los motivos por los que se le retiene; tener un trato correcto en las relaciones con el retenido respetando su dignidad y honor; cumplir diligentemente los trámites, plazos y requisitos establecidos por la ley respecto de la medida que está ejercitando.

La medida de retención será así legítima y eficaz si cumple con las normas legales, se realiza por un agente administrativo policial idóneo, el cual respeta los derechos del retenido, y se ejecuta en virtud de una función preventiva policial.

La falta de cualquiera de dichos requisitos afecta la legalidad del acto de retención y el derecho a la libertad personal del retenido, siendo inconstitucional, pudiendo el retenido oponer una acción de habeas corpus o amparo, además de hacer efectiva la responsabilidad civil, administrativa y penal del caso.

#### B. La retención policial para efectos de identificación

En esta perspectiva, la retención de una persona para efectos de control de identidad constituye una restricción de la libertad personal que sólo puede efectuarse en los casos previstos por el ordenamiento jurídico y aplicando el principio de proporcionalidad.

Dicho control sólo puede efectuarse cuando hay un indicio de que la persona haya cometido un delito o que se disponga a cometerlo, o de que pueda suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito, como establece el artículo 260 bis del C.P.P.

El nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 85, inciso 1°, determina que los funcionarios policiales (de Carabineros o Inves-

tigaciones) pueden, *“sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido un crimen o simple delito, de que se dispusiere a cometerlos, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos”*.

El inciso 2° del artículo 85 agrega que *“en caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si hubiere recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. Si no le hubiere sido posible acreditar su identidad, se le darán en ese lugar facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados. Si esto último no resultare posible, se ofrecerá a la persona ponerla en libertad de inmediato si autorizare por escrito que se le tomen huellas digitales, las que solo podrán ser utilizadas para fines de identificación”*.

El inciso final del artículo 85 precisa que la facultad policial *“de requerir la identificación de una persona deberá ejercerse en la forma más expedita posible”*, agregando que *“En caso alguno el conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes podrá extenderse por un plazo mayor de cuatro horas, transcurridas las cuales serán puestas en libertad”*.

Dicha medida debe practicarse de acuerdo con las disposiciones transcritas en el lugar de la retención y durar el mínimo posible para cumplir la finalidad de la identificación de la persona, debiendo darse a la persona, como determina el artículo 260 del viejo Código de Procedimiento Penal, todas las facilidades necesarias para hacerlo. El funcionario policial que actúa arbitrariamente, que se extralimite en su cometido o que retenga a la

persona más allá de lo necesario, será sancionado disciplinariamente de acuerdo con el artículo 293 del C.P.P.

Por último, *el orden público* se configura por el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana.

Así podemos concluir que las medidas restrictivas de libertad personal practicadas por la policía como coacción policial directa tienen lugar cuando el orden y la seguridad ciudadana puedan verse afectados o se vean afectados, y ellas tienen por finalidad la eficaz protección de los derechos ciudadanos.

### C. La obligación de residencia

La obligación de residencia está contenida en el art. 331 del Código Orgánico de Tribunales, el cual establece que los jueces están obligados a residir constantemente en la ciudad o población donde tenga asiento el tribunal en que deban prestar sus servicios. Igual obligación rige para los auxiliares de la administración de justicia. (Art. 474 Código Orgánico de Tribunales).

### D. Autorización para salir del país

En esta materia, la propia Constitución Política de la República establece algunas restricciones para autoridades políticas:

El Presidente de la República requiere dicha autorización para salir del país por más de 30 días o en los últimos 90 días de su mandato, la que es otorgada por el Senado (Art. 25 N° 3 de la Constitución Política de la República).

También la requieren los senadores y diputados, los que deben solicitar permiso a la Cámara a la que pertenecen, o en el receso de ella, a su Presidente, para ausentarse por más de 30 días del territorio nacional, de no mediar autorización, el senador o diputado cesa en su cargo (Art. 57 N° 1 Constitución Política de la República).

### E. El arraigo

Hay restricciones circunstanciales y de carácter temporal. Así en casos graves y ur-

gentes, el juez puede prohibir la salida del territorio nacional al inculpado mediante la dictación de una *orden de arraigo*, por un lapso no superior a 60 días (Art. 305 bis Código Procedimiento Penal).

### 2.3.2.2. Las limitaciones ordinarias o extraordinarias a la libertad personal o la libertad ambulatoria

*Las limitaciones ordinarias* de la libertad personal y sus garantías-derechos pueden provenir de las colisiones entre derechos o de la colisión con bienes constitucionalmente protegidos (orden público, seguridad pública, etc.) o de limitaciones establecidas expresamente por el propio constituyente en el texto constitucional o provenir de la autorización otorgada al legislador para regular el ejercicio de los derechos (artículos 19 N° 26 y 60 de la Constitución).

*Las limitaciones extraordinarias* provienen del establecimiento de un estado de excepción constitucional que autoriza a suspender o restringir el ejercicio de determinados derechos, entre los cuales se encuentra la libertad personal.

*Las penas que afectan la libertad personal y de circulación o ambulatoria.*

En nuestro ordenamiento punitivo existen diferentes *penas que afectan la libertad personal y de circulación o locomoción*. Ellas son las siguientes:

- a) *Confinamiento*: Es la expulsión del condenado del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado. Art. 33 Código Penal.
- b) *Extrañamiento*: Es la expulsión del condenado del territorio de la República al lugar de su elección. Art. 34 Código Penal.
- c) *Relegación*: Es la traslación del condenado a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad. Art. 35 Código Penal.
- d) *Destierro*: Es la expulsión del condenado de algún punto de la República. Art. 36 Código Penal.

Cabe señalar que las dos primeras penas pueden entrar en conflicto con las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente con su artículo 22 n° 5, el cual asegura el derecho a que “nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar al mismo”.

### 3. EL DERECHO A LA SEGURIDAD INDIVIDUAL

La libertad personal y ambulatoria se complementa con *la seguridad individual* que busca que la libertad personal y ambulatoria esté rodeada de un conjunto de mecanismos tutelares que impidan que el abuso de poder y/o la arbitrariedad anulen, en la práctica, los derechos señalados. La seguridad individual significa protección contra toda interferencia que afecte la autodeterminación de la persona conforme al ordenamiento jurídico.

*El derecho a la seguridad individual* consiste en *la ausencia de medidas que pueden afectar la libertad personal en los grados de amenaza, perturbación o privación de ella, en otras palabras, consiste en la tranquilidad producida por la ausencia de toda forma de arbitrariedad y de abuso de poder o desviación de poder que afecte la autodeterminación de la persona.*

La Carta Fundamental asegura la libertad personal y la seguridad individual estableciendo garantías de ellas en los literales c) y siguientes, los que se complementan con las disposiciones sobre los mismos derechos contenidos en la C.A.D.H. y el P.I.D.C.P.

El derecho a la libertad personal y a la libertad de locomoción o circulación como tipos primarios están protegidos así por un conjunto de garantías que se constituyen, a su vez, como derechos autónomos, ellos son los siguientes:

1. El derecho a que las leyes reguladoras de los derechos de libertad personal y de locomoción no afecten su contenido esencial.
2. El derecho de toda persona “retenida” debe ser informada de las razones de esta

retención, la cual puede ser efectuada solamente por funcionarios autorizados por la ley para ello.

3. El derecho a no ser objeto de detención o encarcelamiento arbitrario.
4. El derecho de los detenidos a ser informados inmediatamente y de modo comprensible de las razones de su detención, de la autoridad que la determinó y de los derechos que le asisten. El derecho de toda persona detenida a ser llevada, sin demora, ante el tribunal competente.
5. El derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.
6. El derecho de asistencia letrada en los términos que señala la ley.
7. El derecho a la acción de habeas corpus o recurso de amparo en caso de amenaza, perturbación o privación ilegal o arbitraria de la libertad personal, el que no puede ser restringido ni abolido, el que puede interponerse por sí o por otra persona.
8. El derecho a la presunción de inocencia.
9. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad.
10. El derecho a no ser privado de libertad por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.
11. El derecho a la libertad provisional, sin perjuicio de las garantías razonables y proporcionadas que aseguren su comparecencia al procedimiento judicial.
12. El derecho a la acción de indemnización por error judicial.
13. El derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada estado y los convenios internacionales.

Esta enumeración puede realizarse del análisis sistemático y armónico de la libertad personal con los demás derechos que forman parte del sistema de derechos constitucionales, los que junto a los derechos asegurados

por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, constituyen el bloque constitucional de derechos.

3.1. *La Constitución determina que sólo se puede ser arrestado o detenido por orden de autoridad competente para ello, después de que la orden le sea intimada en forma legal (art. 19 N° 7 literal c)*

En esta materia pueden distinguirse entre *condiciones de validez y garantías de la detención*. Las primeras se refieren al momento en que se concreta el arresto o la detención, vale decir, las razones que lo legitiman y los actos que deben realizarse inmediatamente de concretada la detención, informando al afectado del motivo de la medida y de los derechos del detenido. Las *garantías de la detención* son aquellas que protegen al detenido durante el transcurso de todo el periodo en que la persona se encuentra privada de libertad, incluido el plazo máximo de ella.

#### Las condiciones de la detención

El *arresto* y la *detención* son dos modalidades diferentes de privación de libertad, las cuales requieren que la orden se dicta por autoridad competente para ello y sea intimada, vale decir, se exhiba a la persona que es objeto de la detención, pudiendo esta leerla y conocer los motivos en que ella se funda, de acuerdo a lo que dispone el artículo 19 N°7, literal c) de la Constitución.

Ello se refuerza y complementa al considerar el artículo 7°, numeral 4°, de la C.A.D.H., la que determina: "*Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella*". A su vez, el P.I.D.C.P., artículo 9°, numeral 2°, precisa: "*Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella*".

El artículo 94 del nuevo Código Procesal Penal en su artículo 94, literales a) y b) especifica las condiciones de la detención:

"a) A que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad y, salvo el caso de delito flagrante, a que se le exhiba la orden que la dispusiere;

"b) A que el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión le informe de los motivos de ella, los hechos que se le imputan, los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes, de su derecho a guardar silencio o a declarar si lo estima conveniente, sin hacerlo bajo juramento, el derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación primera."

#### Las garantías de la detención

El artículo 94 del nuevo Código Procesal Penal, dispone las *garantías del imputado privado de libertad, en los literales c) y siguientes*, las cuales son las siguientes:

- "c) A ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención;
- "d) A solicitar al tribunal que le conceda la libertad;
- "e) A que el encargado de la guardia del recinto policial al cual fuere conducido informe, en su presencia, al familiar o a la persona que le indicare, que ha sido detenido o preso, el motivo de la detención o prisión y el lugar donde se encontrare;
- "f) A entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que solo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto;
- "g) A tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare, y
- "h) A recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, con excepción de las situaciones de restricción previstas para el éxito de la investigación en curso".

#### 3.1.1. El arresto

El arresto constituye una medida de apremio legítima destinada a compeler a la perso-

na afectada por la medida al desarrollo de una conducta determinada, por ejemplo cuando el tribunal la decreta respecto de un testigo que se niega a colaborar con la justicia; cuando hay desacato a la orden de un tribunal; cuando se adopta como medida de seguridad durante la vigencia de un estado de excepción constitucional; y cuando se aplica como apremio a quien se niega a cumplir con sus deberes de alimentario respecto de sus hijos, etc.

El arresto no se encuentra suficientemente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo en una distorsión del mismo transformarse en prisión por un tiempo prolongado, lo que no se ajusta a su naturaleza y fin; el legislador debiera precisar más dicha institución privativa de libertad y establecer plazos máximos en que pudiera aplicarse dicha institución jurídica.

En el ámbito de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, el arresto opera como una medida disciplinaria administrativa, respecto de la cual consideramos operables las garantías constitucionales en caso de privación de libertad, pudiendo hacer uso del hábeas corpus cuando se considere por el afectado que la medida de privación de libertad es arbitraria o ilegal.

### 3.1.2. El concepto y los tipos de detención

*La detención, en términos genéricos, es una situación fáctica que ocurre a una persona a la que se le impide realizar una conducta que desarrollaría voluntariamente de no existir la coacción exterior que se lo impide, la que busca concretar una medida privativa de libertad.*

La detención puede adoptar distintas modalidades o formas; ellas son la *detención preventiva*, la *detención imputativa*, además de la *detención para extradición*.

#### 3.1.2.1. La detención preventiva

*La detención preventiva puede conceptualizarse como aquella que tiene su causa en la realización de un hecho punible, concretándose para poner el detenido a disposición de la autoridad judicial.*

Los funcionarios expresamente facultados por la ley para detener se encuentran principalmente mencionados en el art. 254 del Código de Procedimiento Penal, que establece:

“La detención podrá verificarse:

Por orden del juez que instruye un sumario o conoce un delito; por orden de un intendente regional o gobernador provincial en los casos que designe la ley; *por un agente de policía en los casos expresamente determinados por la ley; por cualquier persona cuando se trate de un delincuente sorprendido in fraganti, para el solo efecto de conducirlo ella misma o por medio de la policía, ante el juez competente*”.

La *detención preventiva* puede ser *espontánea* cuando es practicada por los particulares en caso de delito flagrante, o *policial*, cuando la concretan las fuerzas de orden y seguridad pública (carabineros o investigaciones), esta última puede ser preventiva, cuando la practican las fuerzas de orden y seguridad sin orden judicial previa, u ordenada, cuando se realice en cumplimiento de una orden judicial o del Ministerio Público.

#### A. La detención preventiva espontánea

*El propio texto constitucional del artículo 19 N° 7, literal c), precisa: “Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes”.*

Dicha disposición establece una excepción al principio de que toda detención debe ser practicada por orden de funcionario público competente e intimada en forma legal, la cual opera sólo en caso de delito flagrante.

Los particulares pueden detener en caso de delito flagrante. Así lo especifica tanto el artículo 254 C.P.P., como el artículo 129 del Código Procesal Penal.

Se reputa *delincuente flagrante* en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 263 del C.P.P. y el artículo 130 del Código Procesal Penal, a las siguientes personas:

1. Al que actualmente está cometiendo un delito;
2. Al que acaba de cometerlo;
3. Al que en los momentos de que acaba de cometerse huye del lugar en que se cometió y es designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
4. El que, en un tiempo inmediato a la perpetración del delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo; y
4. Al que personas asaltadas o heridas, o víctimas de un robo o hurto, que reclaman auxilio señalen como autor o cómplice de un delito que acaba de cometerse.

En el caso de que se trate de una *detención preventiva espontánea por particulares* en caso de delito flagrante, ella debe practicarse donde sea posible, aún cuando debe tratarse de un lugar público o abierto al público; a los particulares no les está autorizado entrar a un domicilio privado donde se ha refugiado el delincuente salvo que lo consienta el titular de dicho domicilio, en cuyo caso lo conveniente es avisar a la policía de la presencia del delincuente flagrante en dicho domicilio.

La detención preventiva espontánea debe durar el lapso más breve posible, conduciendo al delincuente flagrante a la policía o solicitando la presencia de esta última en el lugar en que se encuentra inmovilizado el detenido. La detención espontánea no puede en ningún caso exceder el máximo de duración constitucional de veinticuatro horas (artículo 19 N° 7, literal c). Si la detención espontánea dura más de lo estrictamente necesario para inmovilizar al detenido y ponerlo a disposición de la policía, la persona que practica la detención podría incurrir en el delito de detención ilegal.

La detención debe concretarse de manera que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio, haciendo imposible su ataque o su huida.

El detenido por un particular cuando es puesto a disposición de la policía, esta debe darle a conocer los derechos que corresponden a todo detenido.

Si la detención preventiva espontánea fuere legal en todo su proceso hasta la entrega del detenido a la policía, pero se hubieren infringido aspectos de forma, como otorgar un trato degradante al detenido, haber hecho uso abusivo de la fuerza, trato cruel, tortura, etc., el responsable de la detención será autor del delito específico que delimita el ordenamiento jurídico, en el Código Penal, artículo 150 A y B.

#### B. La detención preventiva policial

*La detención preventiva policial* debe estar siempre basada en motivos racionales de suficiente intensidad que la legitimen, existiendo siempre el derecho del detenido de acudir de amparo, contemplado en el artículo 21 de la Constitución, cuando considere vulnerado su derecho de libertad personal en forma ilegal o arbitraria.

La policía debe regir su actuación por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, principios que debieran consagrarse legalmente.

El artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la ley 19.567, el cual determina que los agentes de policía están obligados a detener en los siguientes casos:

- “1.- A todo delincuente de crimen o simple delito a quien se sorprenda in fraganti.
- 2.- Al sentenciado a las penas de presidio, reclusión o prisión que hubiere quebrantado su condena, y
- 3.- Al detenido o preso que se fugare”.

En las regiones que rige el *nuevo Código Procesal Penal*, su artículo 83 precisa las actuaciones policiales que no requieren orden previa ni instrucciones particulares de los fiscales, ellas son las siguientes:

- a) Prestar auxilio a la víctima;
- b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley;

- c) Resguardar el sitio del suceso.
- d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de los casos que se aluden en las letras b) y c) precedentes,
- e) Recibir las denuncias del público, y
- f) Efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales”.

### 3.1.2.2. La detención judicial o imputativa

La detención judicial o imputativa es efectuada por una actuación administrativa (policial) en la ejecución de una orden judicial vinculada al desarrollo del proceso penal. Tal detención está regulada en el artículo 127 del nuevo Código Procesal Penal. La finalidad de esta detención es poner al detenido a disposición del juez para que éste adopte la decisión que estime pertinente (inmediata libertad, tomar declaración, decretar prisión provisional y fijación de fianza en caso de libertad provisional, etc.).

*La detención imputativa es una medida precauteladora que se dirige a que el juez pueda adoptar una medida cautelar posterior respecto de la persona del detenido.*

En el caso de orden de detención ordenada por el juez, el artículo 281 del C.P.P. determina el contenido del mandamiento de detención, el cual debe contener:

- “1. La designación del funcionario que lo expide.
- 2. El nombre de la persona a quien se encarga su ejecución, si el encargo no se hiciera de un modo genérico a la fuerza pública representada por la policía de seguridad o por algún cuerpo de ejército o de otro modo.
- 3. El nombre y apellido de la persona que debe ser aprehendida, en su defecto, las circunstancias que la individualicen o determinen.
- 4. El motivo de la detención o prisión siempre que alguna causa grave no aconseje omitirlo.
- 5. La determinación de la cárcel o lugar público de detención a donde debe con-

ducirse el aprehendido, o de su casa cuando así se hubiere decretado.

- 6. Las circunstancias de si debe o no mantenerse en incomunicación”.

Complementa dicha normativa el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, el cual dispone:

“Antes de conducir a la persona detenida a la unidad policial, el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión deberá informarle verbalmente la razón de su detención o aprehensión y de los derechos a que se refiere el inciso siguiente. Igual información deberá prestar al detenido aprehendido el encargado de la primera casa de detención policial hasta la que sea conducido, inmediatamente de ser ingresado a ella. Se dejará constancia en el libro de guardia respectivo del hecho de haberse proporcionado la información señalada, de la forma en que se prestó la información, del nombre y de los funcionarios que la proporcionaron y de aquellos ante los cuales se entregó. Sin perjuicio de lo anterior, cuando por las circunstancias que rodean la detención o aprehensión no se pueda informar al sujeto de sus derechos al momento de practicarla, la información se proporcionará inmediatamente de ser ingresado a la unidad policial o casa de detención. En los casos previstos en los incisos cuarto y quinto del artículo 260, la referida información se entregará en la casa del detenido, o en la que él señale, cuando la tuviere fuera de la ciudad, la observancia de las exigencias de este inciso hoy exime al funcionario de dar cumplimiento a lo establecido en el inciso anterior”.

No debe olvidarse en esta materia, en las regiones que rige el nuevo Código Procesal Penal, artículo 10, que “en cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”.

A su vez, el inciso 2° del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal precisa:

“El detenido o preso, aunque se encuentre incomunicado, tiene derecho a que, en su presencia, a la mayor brevedad y por los medios más expeditos posibles se informe a su familia, a su abogado o a la persona que indique, del hecho y la causa de su detención o prisión. El aviso deberá darlo el encargado de la guardia del recinto policial al cual fue conducido, o el secretario del tribunal ante el cual fue puesto a disposición, si no se hubiere dado con anterioridad. Los funcionarios señalados dejarán constancia de haber dado el aviso”.

Por último, la “negativa o retardo injustificado en el cumplimiento de lo establecido en los dos incisos precedentes serán sancionados disciplinariamente con la suspensión del cargo, en cualquiera de sus grados, por la respectiva superioridad de la institución a la cual pertenezca el funcionario infractor o por la autoridad judicial que corresponde”.

En esta materia debe tenerse presente también el artículo 7° numeral 5° de la CADH, el que determina que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio que continúe el proceso”.

Plazos para la detención preventiva y la detención judicial o imputativa

*La detención judicial o imputativa* no puede exceder de cuarenta y ocho horas, debiendo dentro de dicho lapso ponerse al detenido a disposición del tribunal competente, como establece taxativamente el inciso 2° del artículo 19 N° 7, literal c), de la Constitución: “Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado”.

La Constitución autoriza un plazo extraordinario de detención, al agregar, en el mismo del artículo 19 N° 7°, literal c) inciso 2°, en comentario que “El juez podrá, por reso-

lución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso de que se investiguen hechos calificados por la ley como conducta terrorista”.

El artículo 131 del nuevo Código Procesal Penal reduce el plazo de detención judicial o imputativa como regla general precisando que los agentes policiales que la hubieren realizado conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá de veinticuatro horas.

Si la detención fuere una detención preventiva policial, el artículo 131 del Código Procesal Penal en su artículo 131, inciso 2°, determina que “el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención debe informar de ella al ministerio público dentro del plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contados desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado”.

Si la detención se ha desarrollado de acuerdo con la normativa legal, debe al final de ella el juez decidir la libertad incondicional o el sometimiento a proceso del imputado.

### 3.1.2.3. La detención de extranjeros para su expulsión del país

*El internamiento de extranjeros de carácter preventivo*, previo a su expulsión, tiene diferencias fundamentales con las detenciones preventivas de carácter penal, tanto por las condiciones físicas de su ejecución como en función del papel que cumple la administración en uno u otro caso. En el caso del extranjero en proceso de expulsión, la decisión final corresponde a la administración y no al juez como en la detención penal, el órgano

administrativo ya no opera como mero auxiliar de la justicia sino que tiene un interés directo como policía de extranjeros.

La detención de un extranjero para determinar su posible expulsión del territorio nacional no puede sustraerse al plazo máximo de detención preventiva de 48 horas, sin ser puesto a disposición judicial, aunque no es una detención preventiva de carácter penal o criminal, ya que en el caso penal la decisión sobre la suerte del detenido la determina el juez, mientras la expulsión, posterior a la detención, es de resorte de la autoridad gubernativa, actuando en un interés específico estatal y no como mero auxiliar de la justicia. Ahora, como la detención constituye una privación de libertad, la decisión de su legalidad o arbitrariedad tiene un carácter jurisdiccional, incluyendo el derecho a la acción de habeas corpus.

La disponibilidad sobre la pérdida de libertad tiene un carácter judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de ejecución de la misma. Así el régimen de internamiento preventivo de extranjeros debe asimilarse a la prisión preventiva, por lo cual tiene un carácter cautelar excepcional, debiendo ser motivada y racional.

#### 3.1.2.4. Normas aplicables a todo tipo de detención

Los agentes de policía deben identificarse debidamente como tales al momento de la detención de las personas afectadas, deben velar por la vida e integridad física y psíquica de los detenidos como su honor y dignidad, dando lugar con la debida diligencia a los trámites, plazos y requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Practicada la detención policial y comunicados al detenido sus derechos, debe identificarse adecuadamente al detenido y tomarle la primera declaración, centrándose en la averiguación de los hechos delictivos y en la participación en ellos del inculpaado y las demás personas que hubieren ayudado a ejecutarlo o encubrirlo, utilizando preguntas adecuadas y evitando todo tipo de coacción o apremio ilegítimos, trato cruel o degradante.

El detenido tiene derecho a negarse a declarar, puede hacer declaraciones sobre algunos aspectos consultados solamente y tiene derecho a la presencia de su abogado en las declaraciones indagatorias practicadas ante la policía. Ello se deduce del derecho de defensa que asiste al inculpaado, como el derecho a la igualdad de armas que debe tener la defensa frente a la acusación en el proceso, lo que consagra el nuevo Código Procesal Penal.

A su vez, el artículo 8° del Código Procesal Penal determina que “*el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra*”. A su vez, el artículo 7° inciso 2° precisa que “*se entenderá como primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible*”.

De acuerdo con los criterios generales que se deducen de los Pactos Internacionales en materia de derecho a la defensa y asesoría de un abogado, parece necesario precisar legalmente que el letrado tiene derecho a solicitar que se informe al detenido sus derechos cuando ello no se haya efectuado oportunamente, como asimismo que se practique a su defendido el reconocimiento médico que sea necesario o adecuado; puede solicitar que se aclaren o amplíen los términos de la declaración en aquellos aspectos que considere conveniente y se consigne en el acta de la declaración toda incidencia desarrollada durante su práctica, como, finalmente, el derecho de entrevistarse con el detenido al término de la diligencia en que hubiere intervenido.

La CADH, artículo 7°, N° 7, prescribe que “*Nadie puede ser detenido por deudas*”, agregando un límite a dicho principio, tal límite es que la norma no afecta “*los mandatos de autoridad judicial competentes dictados por incumplimiento de deberes alimenticios*”. Disposiciones similares establece el P.I.D.C. P. en su artículo 9° N° 3.

El amparo del derecho a la libertad personal por parte del juez de garantía o del tribunal competente respecto de la persona privada de ella en el procedimiento penal.

La CADH, artículo 7°, N° 6, precisa que *“toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales”*.

El artículo 95 del nuevo Código Procesal Penal establece un amparo especial ante el juez de garantías; en efecto, el inciso 1° de dicho precepto legal precisa que: *“toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de la privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado y adoptar las medidas que fueren procedentes”*.

El mismo derecho asiste, según el inciso 2° de la disposición en comento, al abogado de la persona privada de libertad, a sus parientes o a cualquier persona en su nombre, todos los que pueden ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, con el objeto de solicitar que ordene que sea conducida a su presencia la persona afectada en su libertad personal y se ejerzan las facultades antes señaladas en el inciso 1° del artículo 95 del Código Procesal Penal

El nuevo artículo 95, inciso 3°, del Código Procesal Penal señala que si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo puede impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución, vale decir, sin perjuicio de la acción de hábeas corpus o amparo.

Si no rigiere aún el nuevo Código Procesal Penal en la respectiva región, puede utilizarse directamente la acción de Habeas Corpus o Amparo, procedente, entre otras

situaciones, en el caso de que la detención se haya efectuado con infracción material o formal de las disposiciones legales, teniendo como finalidad básica hacer cesar de inmediato cualquier privación de libertad ilícita que se haya podido producir o el subsanamiento de las irregularidades cometidas, todo ello de acuerdo con el artículo 21 de la Constitución.

La detención ilegal genera, a su vez, un conjunto de responsabilidades, que van desde las pecuniarias que establece el artículo 9.5. del P.I.D.C.P: *“toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”*, hasta las responsabilidades disciplinarias señaladas en el Código de Procedimiento Penal, artículos 214 y 293, entre otros.

#### 3.1.2.5. Reglas excepcionales en materia de detención de personas

*Hay personas que no pueden ser detenidas nunca.* Ello se debe a que el Estado de Chile ha renunciado al ejercicio del ius puniendi respecto de ellas por razones de interés nacional o de relaciones internacionales. Tales son las personas protegidas por el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961; los Jefes de Estado extranjeros (artículo 29), los embajadores y diplomáticos acreditados en Chile (artículos 31 y 32) y, en general, los representantes y miembros de las misiones diplomáticas acreditadas de los organismos internacionales.

A su vez, existen *personas que sólo pueden ser detenidas en determinadas circunstancias y cumpliendo ciertos requisitos*, en virtud de las funciones y la garantía de ellas. Así, los funcionarios consulares extranjeros no pueden ser detenidos en ningún caso por hechos realizados en el ejercicio de sus funciones consulares (Convención de Viena sobre Relaciones, Privilegios e Inmunidades Consulares del 24 de abril de 1963, artículo 41), fuera de ellas, sólo pueden ser detenidas por delito grave y por decisión de autoridad judicial.

A su vez, los parlamentarios pueden únicamente ser detenidos por delito flagrante en

virtud de su inmunidad parlamentaria, la cual en cuanto privilegio parlamentario debe ser interpretado restrictivamente.

Normas especiales regulan también la detención de jueces y magistrados de los tribunales de justicia, Tribunal Constitucional y Tribunal Calificador de Elecciones.

### 3.1.2.6. Los lugares de detención y prisión de las personas

El *literal d) del artículo 19 N° 7°* precisa que *nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o lugares públicos destinados a este objeto.*

A su vez, en tales casos deben respetarse las normas del *artículo 10 del P.I.D.C.P.* éste precisa:

- “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
- 2.a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.
- b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”.

Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar el mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito. Así lo establece el inciso 2° del artículo 19 N° 7°, literal d), de la Constitución.

Los lugares destinados a mantener a las personas arrestadas, detenidas, procesadas o

presas son aquellos establecimientos de rehabilitación y tratamiento penitenciario que se encuentran a cargo de Gendarmería de Chile, dependiente del Ministerio de Justicia. Estos lugares son: Cárceles, Presidios, Penitenciarías o Colonias Penales.

El precepto constitucional en estudio, junto con usar las expresiones de arrestado y detenido, también utiliza las de sujeto a prisión preventiva y preso. La persona se encuentra en prisión preventiva cuando después de haber sido sometida a proceso se le priva de su libertad por un tiempo indeterminado como medida cautelar destinada a asegurar el éxito del proceso.

Por consiguiente, el individuo que está en esta situación procesal no está condenado, desde el momento que no existe todavía sentencia que lo declare definitivamente culpable y determine una de las penas establecidas en el Código Penal.

El preso se encuentra ya en situación de condena cuando existe una sentencia ejecutoriada no susceptible de ser recurrida (cosa juzgada).

En el caso del inciso 1° del literal d), se supone que ya se ha impuesto una pena privativa de libertad, ya sea presidio o reclusión.

### 3.1.3. La prisión preventiva y la libertad provisional.

El *literal e) del artículo 19 N° 7°* señala que *la libertad provisional procederá a menos que la detención o “la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”.*

La libertad personal en cuanto autoterminación del movimiento de la persona orientando su accionar, en los casos del proceso penal, puede verse limitada por la prisión preventiva o provisional.

*La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional, en cuanto constituye una afectación del derecho a la presunción de inocencia y priva de libertad al procesado antes que se determine su culpabilidad en la sentencia condenatoria.*

La prisión preventiva o provisional se justifica en la necesidad de dotar de eficacia el resultado del proceso y asegurar la presencia de personas inculpadas en el juicio<sup>6</sup>.

La *prisión preventiva* o provisional busca evitar la fuga o sustracción del inculpado o procesado, asegurando su presencia en el juicio y el cumplimiento de la eventual pena, como asimismo asegurar el éxito de la investigación o instrucción criminal, evitando la eliminación, ocultación o desvirtuación de medios de prueba. También se utiliza como un medio para resguardar la seguridad del ofendido por el delito o la seguridad de la sociedad, cuando el inculpado es un peligro para ella.

Sin embargo, muchas veces la prisión preventiva o provisional se utiliza como medio para impedir la reiteración delictiva, basada en la habitualidad delictiva que muestran los antecedentes y la peligrosidad del imputado, como también para satisfacer necesidades de seguridad en los casos que el delito haya causado alarma social, producto de la demora del proceso y la dictación de la sentencia. En tal caso no opera como medida cautelar excepcional al servicio del proceso sino como medida de seguridad.

Además la prisión preventiva puede operar como una sanción anticipada a la condena más propia de la pena que de una medida cautelar.

Esta perspectiva constituye una infracción a la presunción de inocencia, ya que “la idea de prevención, de evitación de la comisión de ulteriores delitos, basada en la supuesta peligrosidad extraída de anteriores ilícitos penales, parte de una presunción de culpabilidad, siendo que la prisión provisional se adopta en un momento procesal anterior a la sentencia, única resolución capaz de destruir, con las debidas garantías, el mencionado derecho constitucional”<sup>7</sup>; además, ello vulnera

las disposiciones de las convenciones internacionales que prohíben decretar la prisión preventiva con fines de acción preventiva, como sanción anticipada o prepena.

El artículo 139 del nuevo *Código Procesal Penal* precisa que las personas tienen derecho a la libertad personal y que la “prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”.

El mismo Código, en su artículo 140, establece los requisitos previos necesarios para poder ordenar una prisión preventiva por parte del tribunal; ellos son los siguientes:

- “a) Que existan antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existan antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de las diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido”.

El artículo en análisis determina que “se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba, o cuando pudiere inducir a computados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

La misma disposición señala que para “estimar si la libertad del imputado resulta o un peligro para la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente algunas de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos, la existencia de procesos pendientes, el

<sup>6</sup> Ver Barbero Santos, Marino. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Ed. Universidad de Castilla - La Mancha, España, 1997.

Magalães Gomes (Filho), Antonio. Ed. Conosur, Santiago, Chile, 1995.

<sup>7</sup> Ascencio Mellado, José María. Ed. Civitas, Madrid, España 1987, pág. 98.

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

Finalmente, el mismo artículo 140, inciso final, determina que *"se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado* cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes".

Los *elementos que determinan la prisión preventiva* como medida cautelar son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

El *periculum in mora* consiste en la existencia de un peligro de evasión del imputado, lo cual debe considerar los antecedentes (aspecto subjetivo) y la gravedad del delito (aspecto objetivo).

El *fumus boni iuris* viene dado por el juicio de probabilidad sobre la posible responsabilidad penal del inculcado, requiriéndose la existencia del cuerpo del delito y la presunción fundada de que el inculcado es responsable del delito como autor, cómplice o encubridor, requisitos indispensables para determinar su calidad de procesado.

La *gravedad de la pena* no es suficiente por sí misma para determinar el peligro de fuga, dicho antecedente debe conjugarse con otros, para extraer de allí criterios adicionales; ellos pueden obtenerse de una jurisprudencia asentada en la materia de los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales son: *el arraigo de la persona en el lugar* o ciudad; *la posibilidad de huir al extranjero*; *el carácter y la moralidad del imputado*.

El *arraigo o establecimiento de una persona* se mide por la existencia de un domicilio, de lazos familiares y de actividad laboral o profesional.

La *posibilidad de huir al extranjero* depende de la situación económica de la perso-

na, de la posesión de recursos financieros importantes, de la posesión por parte del inculcado de relaciones y bienes en el extranjero, todo ello cuando el delito es grave.

El *carácter y moralidad del imputado* está determinado por la habitualidad o no de actividad delictiva, lo que ya implica una evaluación subjetiva relacionada con el comportamiento futuro y eventual del inculcado.

Así la prisión preventiva constituye una medida cautelar destinada a asegurar el éxito del proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, la que debe concretarse cuando el tribunal lo considere estrictamente necesario para las investigaciones del sumario, para la seguridad del ofendido o de la sociedad, en resolución motivada.

La adopción de la prisión preventiva fuera de los casos en que la habitualidad del inculcado denote peligrosidad de evasión al proceso, es contraria a la naturaleza cautelar de la resolución, a los enunciados constitucionales y al derecho internacional de los derechos humanos, vinculante y obligatorio para el Estado y todos sus órganos y organismos.

Por otra parte, ello constituiría una infracción a la presunción de inocencia, ya que la perspectiva de prevención de la comisión de ulteriores delitos, basada en la peligrosidad extraída de anteriores ilícitos penales, parte de la presunción de culpabilidad, ya que la prisión provisional se decide en un momento anterior a la sentencia.

En el derecho comparado puede constatarse una tendencia a establecer legalmente plazos máximos para la prisión preventiva o provisional, evitando transformarla en una pena anticipada, lo que constituye la tendencia correcta. A modo de ejemplo, pueden citarse los casos de España, el plazo normal es de seis meses, pudiendo extenderse por el tribunal extraordinariamente hasta 30 meses, como lo determina el artículo 504 del Código de enjuiciamiento criminal. El artículo 437 del Código Penal argentino, modificado por ley 11.624, estableció que la prisión preventiva no puede exceder de dos años, el que puede prorrogarse por un año más por resolución fundada. El Código Procesal alemán considera un plazo de seis meses para la prisión preventiva.

La excepcionalidad de la prisión preventiva está expresamente consagrada en el artículo 9 N° 3 del P.I.D.C.P., el cual determina: “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 aseguran la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

De la misma forma, la C.A.D.H., artículo 8° numeral 2°, precisa: “2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de supervigilar el respeto de los Estados Partes de los derechos contenidos en la C.A.D.H., ha señalado que la prolongación del proceso por más de tres años y medio, sin sentencia, constituye una violación a las garantías establecidas en los artículos 7 N° 5 y 8 N° 1 de la C.A.D.H. La Comisión Interamericana, antes señalada, ha dispuesto que “... si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que exista en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva”, agregando, “de este modo, la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de la buena administración de justicia y de medio se transforma en fin”.

La Comisión Interamericana consideró tal perspectiva en su informe N° 11.245 de 1996, recomendando a un Estado parte tener en cuenta en todos los casos de detención o prisión preventiva prolongada de respetar los requisitos establecidos por la Convención, y en caso contrario tomar las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad. Dicha posición ha sido reiterada en 1997 por informe de dicha Comisión de 11 de marzo de 1997.

Por último, cabe señalar que el principio “favor libertatis” o “pro cives” debe aplicarse rigurosamente como regla de hermenéu-

tica constitucional, lo que significa en la materia aplicar en forma restrictiva la prisión preventiva como excepción, como asimismo la libertad provisional como regla.

En el caso de detención o procesamiento de menores, debe tenerse presente la Convención sobre Derechos del Niño, la cual exige que la prisión preventiva o provisional guarde la necesaria proporcionalidad con las circunstancias personales del menor y con la infracción que se le imputa, sin olvidar las necesidades de la sociedad o interés general.

Nuestros recintos carcelarios por regla general son recintos donde se hace escuela de delincuencia, y muy pocas veces, recintos que sirven para regenerar y rehabilitar incorporando a la sociedad a las personas que han delinquido, aun cuando dicha situación tiende a mejorar gradual y paulatinamente.

La introducción del nuevo proceso penal oral, contradictorio y público permitirá reducir las prolongadas y anormales prisiones preventivas producto de la actual dilación de los procesos penales, con la grave afectación de los derechos esenciales de la persona, especialmente cuando ella resulta absuelta de toda responsabilidad penal por un sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria.

La libertad provisional constituye un derecho, teniendo en consideración el bloque de constitucionalidad en la materia conformado por la disposición constitucional del art. 19 N° 3° en armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, en una interpretación sistemática y finalista, lo que se reafirma a través de la ley 19.047 de 14 de febrero de 1991, que modifica los artículos 356, 363 y 364 del CPP, determinando que el derecho a la libertad provisional se puede ejercer siempre, pudiendo el legislador sólo regular la forma y condiciones de ella.

La reforma constitucional, por ley N° 19.055 de 1 de abril de 1991, suprimió la inexcusabilidad para los delitos terroristas, tomando algunas medidas de resguardo en el artículo 19 N° 7° literal c), inciso 2°, el que señala: “La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los

*delitos a que se refiere el artículo 9° (delitos terroristas), deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncia sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponde integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo procesado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple”.*

Al ser la libertad provisional consecuencia de la desaparición de la prisión preventiva, sólo pueden imponerse aquellas garantías que se aplican a los casos de imputados que son sometidos a proceso sin prisión preventiva.

Por otra parte, la carencia de bienes no puede erigirse en una traba para el ejercicio de la libertad, ya que ello podría vulnerar el artículo 1.1. de la C.A.D.H. ya que la “posición económica” constituiría un motivo de discriminación, como resolvió la Corte Argentina de Mar del Plata, en el caso *Fasciuto*, sentencia del 18 de septiembre de 1997.

#### 3.1.4. Las garantías respecto de la declaración de los inculcados y de su familia

El artículo 19, numeral 7°, literal f), precisa que:

*“En las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”.*

La disposición constitucional transcrita dispone que el inculcado no podrá ser obligado a declarar en su propia contra y tampoco estarán obligados a declarar en contra del inculcado sus ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que, según los casos, señale la ley.

Se puede señalar que en el proceso de elaboración de la Constitución esta materia

originó largos debates en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en cuya sesión 110 del 1 de abril de 1975, el voto particular de don Gustavo Lorca rompió con el empate de quienes eran partidarios de la prohibición de obligar al inculcado a declarar bajo juramento y de quienes eran partidarios de que se le obligara a autoinculparse del hecho ocurrido.

Complementando la norma constitucional, el Art. 201 del *Código de Procedimiento Penal* señala que no están obligados a declarar:

- 1° El cónyuge del procesado, sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos reconocidos, sus parientes colaterales legítimos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sus hermanos naturales, su pupilo o su guardador; y
- 2° Aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como abogado, médico o confesor, tienen el deber de guardar el secreto que se les haya confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto.

Prohibir la obligación de prestar juramento a los presuntos culpables obedece a un principio admitido hoy en todas las legislaciones y por la mayoría de los tratadistas, según los cuales no se puede exigir al inculcado en que colabore en su perjuicio o que preste auxilio para que se le persiga en su delito.

Dentro del ámbito moral, exigir juramento de decir verdad a quien se supone culpable de un crimen, implicaría la propia condena o el perjurio.

El Código de Procedimiento Criminal italiano prohíbe requerir juramento al imputado, no sólo en cuanto a los hechos propios del mismo o que puedan implicar alguna responsabilidad para él, sino hasta en que él pueda afectar a otro (Art. 282).

Por otra parte, la Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos señala: “No se le podrá obligar (a ninguna persona) en un caso criminal a que testifique en contra de sí misma”.

Esta materia se encuentra regulada también en Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina en su artículo 14 N° 3, letra g): *el derecho "a no ser obligada a declarar contra de sí misma ni a confesarse culpable"*

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", en su artículo 8° N° 2° sobre Garantías Judiciales determina:

"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad: g) "El derecho a no ser obligado a declarar contra de sí mismo ni a declararse culpable".

Las garantías mínimas entregadas por la disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos nos señalan el derecho de toda persona inculpada de no declarar si con ello se incrimina. Si revisamos nuestro ordenamiento jurídico nos daremos cuenta que la protección de esta disposición se ve mejor guardada en la Constitución dado que no sólo el afectado está libre de autoinculparse, sino que también sus parientes más cercanos.

### 3.1.5. La reserva de ley para establecimiento de penas de comiso y limitación de la pena de confiscación de bienes

El numeral 7° letra g) del artículo 19 de la Constitución establece lo siguiente:

"g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas.

En este ámbito es importante precisar el tratamiento que se le da al vocablo "bienes", el sentido que aquí se le otorga es genérico y está referido a todo derecho adquirido patri-

monialmente, tanto bienes corporales como incorporales.

El artículo 292 *del Código Penal* precisa que las asociaciones ilícitas son aquellas formadas con el objeto de atentar contra las personas, la propiedad y las buenas costumbres.

Respecto del comiso, el *Código Penal* establece que está referido a los medios materiales de que se han valido los autores para perpetrar el delito, como asimismo de los objetos materiales sobre los cuales ha recaído o han sido producto de la acción delictiva.

### 3.1.6. La prohibición de aplicar como pena la pérdida de derechos previsionales

El literal h) del artículo 19 N° 7° determina que *"No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales"*.

En cuanto a la eliminación de nuestro ordenamiento jurídico de la sanción de pérdida de derechos previsionales, ella forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde la vigencia de la Ley N° 17.902 del 15 de febrero de 1973, ley que derogó el N° 4 del artículo 38 del Código Penal y la disposición pertinente del Estatuto Administrativo. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución estudió la materia y estimó que debía ser garantizada constitucionalmente la no afectación de los derechos previsionales, ya que ello trascendía a la persona que se sancionaba involucrando a su familia.

Tal perspectiva se garantiza también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", Art. 5. Derecho a la Integridad Personal. N° 3: "La pena no puede trascender de la persona del delincuente".

La pena es personal, no se aplica a todo el grupo familiar del delincuente.

En efecto, la prohibición de la pérdida de los derechos previsionales que contempla nuestro derecho protege al elemento natural y fundamental de la sociedad que es la familia, al evitar un daño y quebrantamiento familiar, con el objeto de no hacer más pesada aún la carga de la familia del procesado o condenado.

#### 4. LA INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL

##### 4.1. *Antecedentes*

El literal i), del artículo 19 N° 7°, contempla la indemnización por error judicial, norma que tiene como precedente el artículo 20 de la Constitución de 1925; este último texto estableció que todo individuo absuelto o sobreseído definitivamente tendrá derecho a una indemnización en la forma que determine la ley por los perjuicios efectivos o morales que hubiere sufrido injustamente.

Esta disposición de nuestra anterior Constitución quedó como una norma programática sin ejecución práctica, ya que el legislador desde 1925 hasta 1973 nunca aprobó la ley que precisaba la forma de hacer efectiva la indemnización de los perjuicios sufridos injustamente.

Dicha experiencia llevó a que la nueva norma de la Constitución actual sea de ejecución directa sin necesidad de intervención legislativa para efectivizar el derecho asegurado constitucionalmente.

##### 4.2. *El bloque constitucional de la indemnización por error judicial*

De esta manera, el texto constitucional que asegura la indemnización por error judicial quedó redactado de la siguiente forma:

“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados y vigentes en Chile también establecen algunas normas sobre la materia.

*El P.I.D.C.P.*, en su artículo 9 N° 5 determina que “toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. A su vez, el artículo 14 N° 6 del mismo Pacto señala:

“Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya recibido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

A su vez, la *C.A.D.H.*, en su artículo 10 determina: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

De los elementos considerados es posible sostener que los Pactos Internacionales consideran la indemnización por error judicial cuando ha existido una sentencia condenatoria, a excepción del P.I.D.C.P. que considera que procede la indemnización en caso de detención o prisión arbitraria. Nuestra Constitución establece causales más amplias, ya que considera susceptible de indemnización por error judicial no sólo a quienes han sido condenados por sentencia definitiva, sino también a quienes han sido procesados en forma injustificadamente errónea o arbitraria.

##### 4.3. *La interpretación constitucional y jurisprudencial de la institución*

La indemnización por error judicial procede, de acuerdo a la interpretación restrictiva y jurisprudencial de la Excma. Corte Suprema, cuando la resolución judicial en forma ilógica o absurda no se ajusta a la verdad de los hechos, cuando hay dolo, culpa o negligencia inexcusable del juez en el examen de la materia o proceso que es objeto de la resolución judicial, ya sea en cuanto a la fijación de

los hechos o en su calificación jurídica, cuando el error es patente e indudable, encontrándose fuera de las decisiones susceptibles de ser asumidas racionalmente. De acuerdo a este enfoque el error judicial se centra en la conducta del tribunal o magistrado concernido.

Desde una interpretación constitucional sistemática, armónica y finalista, la responsabilidad del Estado que es el fundamento de la indemnización del daño causado por sus distintos agentes está prevista en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución en materia de responsabilidad administrativa y en materia de error judicial en la disposición en análisis, ambas deben ser interpretadas y entendidas con el objeto de reparar el daño causado a la dignidad y derechos fundamentales de la persona humana, que es el sujeto y fin al que el Estado debe servir en una perspectiva de bien común, todo ello armonizado con los incisos finales de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental.

En esta interpretación, el Estado es responsable de sus actuaciones u omisiones objetivamente antijurídicas, la que existe cuando un administrado o justiciable sufre un perjuicio que no está obligado a soportar, sin que exista una causal que excluya o extinga la responsabilidad del agente estatal, sea este administrador o juez. En este enfoque el centro de atención es la situación de la persona afectada por la actividad administrativa o jurisdiccional, con prescindencia de la conducta culpable o dolosa del agente estatal<sup>8</sup>. Así ha sido interpretado también por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos cuando ha debido actuar, cuando se han planteado demandas por particulares después de agotar los recursos jurisdiccionales en Chile, como ha ocurrido con el caso de "La Calchona".

La indemnización por error judicial debe abarcar los errores en el procedimiento ("in procedendo" o de forma) y en la decisión ("in indicando" o de fondo).

---

<sup>8</sup> Ver Hernández Emparanza, Domingo. "Error judicial: ensayo de interpretación constitucional". *Revista Ius et Praxis*, Año 5, N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, página 471.

#### 4.4. *El procedimiento de la indemnización por error judicial*

*El titular de la acción indemnizatoria* es toda persona que haya sido sometida a proceso conforme a los artículos 274 y siguientes del CPP o que haya sido condenada por sentencia definitiva de primera o segunda instancia de acuerdo con los artículos 500 y siguientes del CPP, como autor, cómplice o encubridor de un delito, o cuasidelito, o como autor o cómplice de faltas, o de otras infracciones por leyes especiales.

Dicha persona después de haber sido sometida a proceso o condenada por sentencia definitiva, debe haber sido sobreseñada conforme a los artículos 40 y siguientes del CPP, o haber definitivamente obtenido una sentencia de absolución. Ambos elementos son copulativos para poder solicitar la determinación del error judicial.

*El sujeto pasivo de la acción indemnizatoria es el Estado*, el cual asume así una responsabilidad extracontractual por la actividad de sus órganos y agentes jurisdiccionales en materia penal. El Estado es representado por el Consejo de Defensa del Estado y por los abogados procuradores fiscales en las capitales de provincia que sean asiento de cortes de apelaciones para todo el territorio jurisdiccional respectivo.

*El procedimiento se divide en dos partes*. La primera parte del procedimiento se concreta ante la Corte Suprema de Justicia para que esta declare injustificadamente errónea o arbitraria la resolución que sometió a proceso o condenó por sentencia definitiva a la persona afectada; la segunda parte consiste en que una vez obtenida la resolución positiva para los intereses del sujeto titular de la acción, este debe accionar ante el tribunal civil competente para que determine el monto de la indemnización por el error judicial que se hubiere cometido.

En la primera parte, vale decir, en el procedimiento ante la Corte Suprema, el titular de la acción debe presentar la solicitud o demanda para que esta determine la existencia del error judicial, para lo cual el demandante debe acompañar las resoluciones judiciales

respectivas y sus certificaciones, donde conste el procesamiento o sentencia condenatoria definitiva y, luego, el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria posterior, además de cualquier otro instrumento público que se desee acompañar.

*El plazo para accionar* que tiene el titular de la acción es de los seis meses siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriado el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria. Dicho plazo no se interrumpe ni se suspende.

*La petición que formula el titular de la acción a la Corte Suprema* es que declare injustificadamente errónea o arbitraria el auto de procesamiento o la sentencia condenatoria que lo afectó durante el proceso criminal. La Corte confiere traslado al fisco por el término de 15 días, transcurrido dicho plazo, con respuesta o sin ella, los antecedentes se envían al Fiscal de la Corte para su dictamen, evacuado este, la causa se pone en tabla, para el conocimiento por el Tribunal en pleno.

En la segunda parte, una vez obtenida la declaración de injustificadamente errónea o arbitraria del auto de procesamiento o sentencia que afectó al demandante, este debe establecer con tales antecedentes una demanda de indemnización ante el tribunal civil competente, la cual se tramitará en forma breve y sumaria, de acuerdo con las normas del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, apreciándose la prueba en conciencia.

En la sesión N° 119 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, de fecha 8 de mayo de 1975, se debatió acerca del sentido y alcance de la expresión "*injustificadamente errónea o arbitraria*", dejándose constancia que estas expresiones significan "aquello en que no hay elementos que intelectualmente pudiera llevar a una mente normal a la conclusión a la que llegó el juez", o algo gravemente erróneo o indiscutiblemente

erróneo, una resolución dictada sin motivo plausible, la existencia de un error craso, una resolución que no tenga fundamento racional.

Así *la indemnización por error judicial recae solamente cuando los vicios se desarrollan en un proceso criminal*, quedando excluidos los juicios civiles, laborales, de menores, etc., lo que se explica porque la seguridad jurídica resulta más afectada por el castigo a un inocente que por la absolución de cien culpables, ya que allí es donde está en juego más dramáticamente la dignidad y la honra de la persona o la humillación que puede afectarla.

Dicha indemnización procede aun cuando el afectado no haya sufrido privación de libertad, ya que el objeto es indemnizar el daño de haber sido sometido arbitrariamente a un proceso criminal, sin fundamento racional para ello. La indemnización cubre los perjuicios morales y patrimoniales que el afectado haya sufrido como consecuencia de la resolución judicial errónea.

El error judicial constituye así una equivocación sin fundamento, racional, crasa o palmaria, ilógica o absurda, cometida por un juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, que no se deba a culpa o dolo del perjudicado y haya causado daños morales o patrimoniales individualizados en la persona afectada.

La indemnización por error judicial no puede basarse en diferencias de criterios de interpretación de normas del ordenamiento jurídico, si el tribunal aplicó con criterio lógico y racional las normas de hermenéutica e interpretación jurídica, aun cuando esta última sea minoritaria en la doctrina o jurisprudencia.

El derecho a indemnización por error judicial fue objeto de reglamentación por Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia de 11 de agosto de 1983.