

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA¹.

Humberto Nogueira Alcalá ²

RESUMEN

El artículo aborda el alcance de la presunción de inocencia en el ordenamiento jurídico nacional, teniendo en consideración el derecho convencional internacional de los derechos humanos, el código procesal constitucional y la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales superiores como de la Corte interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVES

Derecho constitucional; Derechos humanos; derecho procesal penal; debido proceso; presunción de inocencia.

ABSTRACT

The present article analyzes the scope of the presumption of innocence in Chilean law, considering the law of the international treaties on human rights, the constitutional procedural code, and the case material from both Chilean higher courts and the Inter-American Human Rights Court.

¹ Trabajo presentado en el Seminario del Ministerio Público y Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Diciembre de 2004.

² El autor es Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica; Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca (www.cecuch.cl). Director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. nogueira@utalca.cl. Recibido 11 de abril de 2005, aceptado 3 de mayo de 2005.

KEYWORDS

Constitutional law, human rights, penal procedural law, due process of law, presumption of innocence.

1. Introducción.

El derecho a la *presunción de inocencia* forma parte del bloque constitucional de derechos, porque está asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tales derechos, de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, constituyen *límites a la soberanía*, debiendo ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado.

Asimismo, el Código Procesal Penal, en su artículo 10, inciso 1°, dispone 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”.

Los derechos fundamentales adquieren una dimensión procedimental, en la medida que todos ellos deben ser respetados en el proceso judicial, siendo éste ilegítimo e inconstitucional si no los respeta en su desarrollo o los vulnera en sus conclusiones, lo que debe afirmarse de modo especial en el procedimiento penal, ya que en él actúa el poder del Estado en la forma mas extrema en la defensa social frente al crimen, a través de la pena, produciendo una profunda ingerencia en uno de los derechos mas preciados de la persona, su libertad personal.

Por ello, en este procedimiento penal la persona se encuentra protegida por el derecho a la presunción de inocencia y las demás derechos y garantías del imputado en las diversas etapas del procedimiento (investigación, imputación, medidas cautelares, juicio oral, sentencia condenatoria, derecho al recurso).

La lucha contra el crimen y la delincuencia manifiesta su superioridad ética en el Estado Constitucional democrático respecto de otros tipos de Estado por el respeto y garantía efectivo de los derechos fundamentales de todas las personas, entre ellas, de los imputados.

El conjunto de derechos fundamentales están protegidos por el sistema de garantías constitucionales y el sistema de protección internacional de los derechos humanos, tanto el derivado del sistema interamericano (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos) como el sistema de protección internacional de Naciones Unidas.

Dentro de las *garantías generales* de los derechos se encuentra la vigencia del Estado republicano democrático (artículo 4° de la Constitución) y del Estado de Derecho (artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución).

Dentro de las *garantías normativas* se encuentra el *principio de reserva de ley* para la regulación de los derechos fundamentales y la prohibición de que el legislador afecte *el contenido esencial de los derechos fundamentales*, lo que incluye la aplicación del principio de proporcionalidad.

Asimismo, en el ámbito de los derechos existe una *garantía interpretativa* que determina que *la limitación del ejercicio de los derechos debe siempre ser interpretada restrictivamente y sin poder aplicarse por analogía*, lo que es asumido por el Código Procesal Penal expresamente en su artículo 5° inciso 2°.

Dentro de las *garantías jurisdiccionales* se encuentran el *recurso de amparo y de protección*, la indemnización por error judicial, además de *los controles de constitucionalidad* preventivo y represivo ante la jurisdicción constitucional.

En el ámbito interamericano, una vez agotada la jurisdicción interna, se abre la vía de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la eventual intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional vinculante, cuyas sentencias deben ser implementadas por el Estado Parte, determinando éste último el procedimiento que asegure la obligación de resultado pertinente.

2. La presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.

El *derecho a la presunción de inocencia* constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido por ley, mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, sobre la

participación culpable del imputado o acusado en los hechos constitutivos de delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor, condenándolo por ello a través de una sentencia firme fundada, congruente y ajustada a las fuentes del derecho vigentes.

Como señala Ferrajoli, “el principio de jurisdiccionalidad – al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación --- postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena”³.

Luigi Lucchini señalará que la presunción de inocencia es un “*colorario lógico del fin racional asignado al proceso*” y la “*primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario*”⁴.

Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “*la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal*” y “*la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda*”⁵.

Esta es la tradición humanista que ya encontramos en Ulpiano en su *Corpus Juris Civiles*, en el cual precisa que “*nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente*”⁶, lo que será arrasado por las prácticas inquisitivas de la baja Edad Media que se proyectaron hasta los tiempos modernos, donde el imputado era considerado culpable, mientras no desvirtuara las conjeturas de culpabilidad demostrando su inocencia⁷.

En el pensamiento del siglo XVII, Voltaire será quién mas claramente rechazará la práctica de las ordenes de castigar sin oír al inculpado y sin prueba, planteo el juicio oral y público, la asistencia judicial por abogado y el sistema de íntima convicción del juez en la valoración de la prueba⁸.

³ Ferrajoli, Luigi. 2001, *Derecho y razón*, quinta edición, Madrid, Ed. Trotta página 549.

⁴ Lucchini, Luigi. 1995. *Elemento di procedura penale*, Florencia, Ed. Barbera, página 15.

⁵ Ferrajoli, Luigi, 2001. *Ibid*, página 551.

⁶ Montañés Pardo, Miguel Ángel. 1999. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona, Ed. Aranzadi, página 29.

⁷ Tomás y Valiente, F. “*In dubio pro reo*”, *libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*. En Revista Española de Derecho Constitucional N° 20, año 1987, páginas 9-34.

⁸ Maier, Julio. 1996. *Derecho Procesal Argentino*. Tomo I, Fundamentos, Segunda edición, Buenos Aires, Editorial del Puerto S.R.L. página 338.

Sin embargo será Francesco Carrara, como señala Ferrajoli, el que elevó el principio de inocencia a postulado esencial de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso⁹. Carrara sostendrá que la metafísica del derecho penal propiamente dicho está destinada a proteger a los culpables contra los excesos de la autoridad pública; la metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a los ciudadanos inocentes u honrados contra los abusos y los errores de la autoridad. De la presunción de inocencia Carrara hace derivar la carga acusatoria de la prueba, la oportuna intimación de los cargos, la moderación en la custodia preventiva, la crítica imparcial en la apreciación de los indicios.

En términos similares el Marqués de Beccaria, quién tuvo una gran influencia en el medio europeo a través de su texto “*Dei Delitti e delle pene*”, en el cual criticaba la falta de garantías del proceso inquisitivo en que el acusado era tratado como culpable desde el primer momento, debiendo el imputado probar su inocencia.

Es en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 9, que se positiva la presunción de inocencia “*Tout homme étant innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable*” (A todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable).

Será al término de la Segunda Guerra Mundial que la presunción de inocencia adquirirá estatus de derecho humano en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el cual dispone “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”, norma que será incorporada a l Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Convención Americana de derechos Humanos o pacto de san José de Costa Rica, en su artículo 8, párrafo I, determina:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad”.

A su vez, el Código Penal tipo para América Latina, en si número XI establece:

“La persona sometida a proceso penal se presume inocente en cuanto no sea condenada”.

⁹ Ferrajoli, Luigi. 2001. *Derecho y razón*, quinta edición, Madrid, Editorial Trotta, página 550.

2.1. Fuentes formales del derecho a la presunción de inocencia.

El principio de presunción de inocencia no se encuentra expresamente contenido en el texto de nuestra Carta Fundamental, en el artículo 19 N°3, donde sólo se establece en su inciso sexto: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Este principio forma parte del *derecho al debido proceso*, tal como lo establece el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, determinando que una persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, derecho que forma parte del bloque constitucional de derechos en virtud del mandato del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, derecho que se incluyó en el artículo 4° del Código Procesal Penal, el cual dispone “*Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme*”.

Por *bloque constitucional de derechos fundamentales* entendemos el conjunto de *derechos de la persona* asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario), como asimismo los derechos implícitos, expresamente incorporados por vía del artículo 29 literal c) de la CADH¹⁰, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Chilena vigente¹¹ y lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. Sentido y alcance de la presunción de inocencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a “la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías” que no perturba la persecución penal, pero sí la racionaliza y encausa. Así la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezcan la carga al imputado de probar su inocencia.

¹⁰ Dicha disposición establece lo siguiente: “Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: C) Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”

¹¹ Sobre esta materia consultar Nogueira Alcalá, Humberto. 2003. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, páginas 403 – 466.

La consideración de la presunción de inocencia como un derecho fundamental, implica que sólo puede ser regulado por la potestad legislativa, la que tiene como límite la no afectación de su contenido esencial; como derecho es de aplicación directa e inmediata y obliga a todos los órganos y agentes del Estado. Este derecho se encuentra relacionado con el principio *in dubio pro reo* como criterio auxiliar; constituye además un criterio básico que condiciona la interpretación de las normas jurídicas en cuanto ellas deben interpretarse conforme a la Constitución y los derechos fundamentales en una interpretación finalista y sistemática.

La presunción de inocencia obliga al tribunal a tenerlo presente al resolver el caso como regla de juicio. Ella constituye una referencia central en la información del desarrollo del proceso, permitiendo resolver las dudas que se presentan en su curso y reducir las inferencias desproporcionadas. En efecto, los actos procesales y el proceso en su conjunto adquiere un cariz diferente dependiendo si el inculcado se trata como si fuera inocente como ocurre en el sistema acusatorio o si se le trata como si fuere culpable como ocurría en el sistema inquisitivo.

El principio de inocencia busca evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculcado, sin una consideración detenida en *la prueba de los hechos y la carga de la prueba*, como asimismo obliga a *determinar la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde a las fuentes del derecho vigentes*.

2.2.1. La primera dimensión y efecto del principio de inocencia es que el imputado o acusado no debe probar su inocencia, sino que quién acusa debe probar su culpabilidad por los medios de prueba que contempla el ordenamiento jurídico.

El principio de presunción de inocencia como parte integrante del derecho a una investigación y procedimiento justo y racional o un debido proceso establece la obligación de *conformar el sistema jurídico en el sentido de que es el órgano acusador el que debe acreditar los cargos, impidiendo la inversión de la carga de la prueba o estableciendo la prueba de hechos negativo; en otras palabras, no existe nunca como carga del imputado probar su inocencia o la ausencia de participación en los hechos*, conducta que dependerá siempre de la libre decisión que adopte su defensa, derecho que debe ser siempre preservado o restablecido en su caso.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido *“que el Ministerio Público es el titular exclusivo de la investigación y es quién sustenta y ejerce la acción penal pública, según lo establece el artículo 77 del Código Procesal Penal. Estamos por tanto, frente a un co-detentor de la potestad punitiva del Estado, lo cual amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento*

*equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa”*¹².

La misma sentencia señala que el debido proceso que asegura la Carta Fundamental, debe “asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva del Estado” y realizar la investigación tanto de los hechos que puedan inculpar como “la debida investigación de los hechos destinados a acreditar la inocencia del inculpado”¹³.

Así en el ámbito procesal, *el derecho a la presunción de inocencia significa una presunción iuris tantum, la que exige ser desvirtuada ante los órganos jurisdiccionales a través de la actividad probatoria*. Así toda condena debe ir precedida de la actividad probatoria que regula el ordenamiento jurídico, impidiendo siempre la existencia de una condena sin pruebas, aplicándose auxiliariamente el principio *in dubio pro reo* como criterio auxiliar que impone al tribunal la obligación de la absolución, si no obtiene el convencimiento mas allá de toda duda razonable.

En este sentido, se ha estructurado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha determinado que “*el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quién acusa*”¹⁴.

El derecho a la presunción de inocencia implica que las pruebas que pueden tenerse en cuenta para fundar la decisión de condena son las que el ordenamiento jurídico contempla, practicadas bajo la intermediación del órgano jurisdiccional determinado legalmente, con observancia de los principios de contradicción y publicidad, siendo constitucionalmente legítimas.

Pueden considerarse como excepciones a la regla antes señalada los supuestos de prueba preconstituída y anticipada, las que sólo alcanzan a aquellos actos imposibles o de muy difícil reproducción en el juicio oral, siempre que se garantice el derecho de defensa y contradicción. La prueba anticipada puede estar dada por diligencia relativa a declaraciones de testigos, cuando existen motivos racionales para temer por su muerte o por su incapacidad física o

¹² Sentencia de Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de agosto de 2004, Rol N°2.600-04, considerando 5°. *La Semana Jurídica* N° 205, página 7.

¹³ Ibid, considerando 5.

¹⁴ CIDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N°107, párrafo 154.

psíquica, como asimismo, los informes periciales cuando estos no pueden ser reproducidos en el juicio oral. Asimismo, la prueba preconstituida constituyen las pericias practicadas en la fase de investigación que por su propia naturaleza no pueden practicarse en el juicio oral como son por ejemplo las alcoholemias o aquellas practicadas con anterioridad al inicio del proceso.

Asimismo, constituye una excepción a la actividad pasiva del imputado en materia probatoria, las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad, las cuales deben ser probadas por el acusado no proyectándose la presunción de inocencia sobre ellas.

Obviamente, la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, vulnera el derecho a una investigación y a un procedimiento racional y justo con todas sus garantías y el derecho de igualdad de las partes en el proceso.

Esta perspectiva integra, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“el estándar del sistema interamericano de derechos humanos”, el cual establece “la exclusión de cualquier valor probatorio a pruebas obtenidas en violación a derechos humanos”*¹⁵. Agregando: *“Así como no puede condenarse a una persona si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, con mas razón no se puede condenar si obra contra ella prueba ilegítima, por haberse obtenido en violación a sus derechos humanos”*¹⁶

A su vez, la prueba reunida va confirmando o desvirtuando el estado de inocencia del cual parte el imputado, lo que posibilita adoptar medidas cautelares.

2.2.1.1. Presunción de inocencia y medidas cautelares.

La presunción de inocencia es también una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, que obliga a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas del imputado en el proceso¹⁷.

La presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en derecho, basadas en *un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes*, como asimismo aplicando los principios la *adecuación y proporcionalidad de ellas*.

¹⁵ CIDH, *Caso Lori Berenson vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C N°119, párrafo 129.2 b

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lori Berenson vs. Perú*, párrafo 129.2 b).

¹⁷ Montañés Pardo, Miguel Ángel. 1999, *Ibid*, página 41.

El tribunal que es, en esta etapa el juez de garantía, durante el desarrollo del procedimiento, teniendo en consideración los principios antes señalados, *podrá irse formando un juicio* sobre la participación que ha cabido en los hechos al imputado, posibilitando la aplicación de medidas cautelares.

Las *medidas cautelares personales* constituyen medidas restrictivas o privativas de libertad personal adoptadas por el tribunal competente en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto o finalidad de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. Como señala el **artículo 122 del CPP**, *“las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsiste la necesidad de su aplicación.*

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

De esta norma se deriva la *obligación estatal de no restringir la libertad del imputado o del acusado* (personas que de acuerdo a antecedentes disponibles se presume con participación en el hecho punible), *mas allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo adecuado de la investigación criminal y que no eludirá la acción de la justicia*, debiendo constituir siempre la *prisión preventiva una medida cautelar y no una medida de carácter punitivo*¹⁸.

2.2.1.1.1. Prisión preventiva, libertad provisional y presunción de inocencia.

En tal sentido, debe tenerse presente el artículo 19 N°7, literal e) de la Constitución que determina: *“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 intencionalidad del texto constitucional es que *el beneficio sea la regla general*, salvo los casos excepcionales que especifica, que de acuerdo a elementales principios de interpretación constitucional, son restricciones o limitaciones de derechos que deben entenderse y aplicarse en forma restrictiva.

De aquí se desprende que la prisión preventiva no debe constituir la regla general como expresamente lo determina el artículo 19 N°3 del P.I.D.C.y P., ya que se cometería un acto

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero*, sentencia 12 de noviembre de 1997, Serie C N°35, párrafo 77; *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114, párrafo 180.

arbitrario e injusto al privar de libertad, en forma desproporcionado respecto de la pena que correspondiera al delito imputado, respecto de aquellas personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, lo que podría constituir una anticipación de la pena, lo que es contrario a los principios elementales del Estado constitucional y de los derechos humanos.

En tal sentido, el Código Procesal Penal, en su artículo 139, inciso 2° precisa que “*La prisión preventiva solo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento*”.

La prisión preventiva constituye una medida cautelar que tiene las siguientes características:

- a) Instrumentalidad, ya que es un medio para asegurar la presencia del acusado en el proceso y la ejecución de la sentencia.
- b) Provisionalidad se pone fin a ella si hay sentencia, sobreseimiento temporal o definitivo.
- c) Obedece a la regla *rebus sic stantibus*, pudiendo variar su subsistencia del cambio de situaciones en base a las cuales la prisión preventiva fue adoptada.
- d) Excepcionalidad, en la medida que sólo puede decretarse cuando resulte indispensable y cuando las demás medidas cautelares personales sean insuficientes.
- e) Jurisdiccionalidad, ya que ella puede únicamente ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente.

El artículo 140 del CPP, establece los requisitos que deben concurrir para estimar procedente la prisión preventiva. En dicho enunciado normativo se consideran como *condición previa* la formalización de la investigación y siempre que el solicitante (ministerio público o querellante) acredite que se cumplen los requisitos el “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*”.

El *fumus boni iuris* o *aparición de buen derecho* está constituido por el juicio de probabilidad sobre la posible responsabilidad penal de la persona contra la cual se acuerde la medida de prisión preventiva, constituyendo elementos que sirvan de base a un razonamiento en virtud del cual el acusado se le puede considerar eventualmente responsable de un delito.

En tal sentido, debe acreditarse la existencia de antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga, como asimismo, que existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, como dispone el artículo 140, literales a y b.

El “*periculum in mora*” o *peligro de retardo* está conformado por la existencia de un *peligro de daño jurídico por la eventual sustracción del acusado al procedimiento y la ejecución de la sentencia*.

Así, deben existir antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación.

El inciso segundo del artículo 140 precisa adecuadamente 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 investigación, mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”*. Esta enumeración de criterios es solo enunciativa y no taxativa, ya que ella podría ser adoptada en virtud de que el imputado se sustraiga del proceso mediante su posibilidad de huir al extranjero, por ejemplo.

La Constitución en el artículo 19 N°7 excede a través de la prisión preventiva que autoriza el ámbito estrictamente cautelar de dicha medida, para actuar como una medida de prevención o defensa social que coinciden con las características propias de las medidas de seguridad, lo que la hace discutible a la luz de los Pactos de Derechos Humanos, como es la causal de peligro para la seguridad del ofendido o para la seguridad de la sociedad.

Para determinar la existencia de peligro para la seguridad de la sociedad, el artículo 140 inciso 3° del CPP, establece determinadas circunstancias de hecho, como elementos orientadores para la decisión del tribunal, como son la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos imputados y el carácter de los mismos, la existencia de procedimientos pendientes, el encontrarse sujeto a medidas cautelares personales, en libertad condicional o gozando de algún beneficio alternativo a la ejecución de las penas contempladas en la ley, la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrara pendiente y el hecho de actuar en grupo o pandilla.

Tales criterios deben ser utilizados atendiendo al criterio de proporcionalidad inherente al Estado de Derecho, como asimismo, de una interpretación conforme a la Constitución, considerado en clave de *periculum in mora*, considerando la garantía normativa constitucional contenida en el artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental que asegura que los enunciados legales no pueden afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Por tanto, la prisión preventiva no puede ser utilizada como medida coercitiva, de seguridad o cumplimiento anticipado de la pena, prisión sanción, ya que ello vulnera el derecho a la presunción de inocencia.

Asimismo, se entiende que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existan antecedentes calificados que permitan presumir que éste realizara

atentados graves contra aquel o en contra de su familia o de sus bienes, lo que genera los mismos reparos que la hipótesis anterior a la luz de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

En todo caso, en este ámbito existe la posibilidad de aplicar medidas cautelares personales menos intensas como el de prohibir al imputado acercarse a la víctima y a su domicilio.

En materia de prisión preventiva debe armonizarse en la mejor forma posible con las disposiciones del derecho convencional internacional, buscando respetar los enunciados normativos y su objeto y fin, con el objeto de evitar incurrir en responsabilidad internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que “se incurriría en una violación de la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”¹⁹.

En el mismo sentido, se había pronunciado ya la Corte Europea de Derechos Humanos a través de una jurisprudencia sostenida en el sentido que la prisión cautelar nunca puede entenderse como un anticipo de pena²⁰.

En tal sentido, es necesario no afectar el contenido esencial del derecho en análisis y aplicar rigurosamente el *principio de proporcionalidad* expresamente contenido en el artículo 141 Código Procesal Penal, disposición que en aplicación de dicho principio establece diversas hipótesis normativas en que es improcedente la prisión preventiva.

Luego, el artículo 143 especifica con claridad que, *en los casos limitados en que se permite la prisión preventiva*, el tribunal debe dictar una resolución fundada, explicitando clara y razonada los antecedentes que la justifiquen.

A su vez, el artículo 145, siguiendo la moderna tendencia de la legislación procesal penal que establece límites objetivos a la prisión preventiva, dispone que, *transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado dicha prisión, el tribunal, de oficio, debe determinar su término o su prolongación, en cuyo caso deberá determinar las razones que la justifican*.

La tendencia es a fijar límites objetivos para encuadrar los plazos razonables de prisión

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia *caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párrafo 180; *Caso Suárez Rosero*, párrafo 77.

²⁰ Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de junio de 1991 (asunto Letelier); sentencia de 27 de agosto de 1992 (asunto Tomasi), entre otras.

preventiva, estableciéndose criterios generales mas allá de los cuales la detención o la prisión preventiva podría considerarse ilegítima prima facie, independientemente del delito que se impute o de la complejidad del caso, sin perjuicio de evaluar la situación del caso particular.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “el hecho de que un individuo sea posteriormente condenado o excarcelado no excluye la posible trasgresión del *plazo razonable* en prisión preventiva conforme a la normativa de la Convención”.

La Corte Interamericana ha determinado que “*La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana en el sentido de que no puede durar mas allá de un plazo razonable, ni mas allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios de derecho universalmente reconocidos*”²¹.

La prolongación de la prisión preventiva, con su carga natural de sospecha indefinida y continua sobre una persona, constituye una vulneración de la presunción de inocencia. En esta perspectiva, la prisión preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin, vulnerando el artículo 8.2 de la CADH.

El artículo 146, siguiendo el mismo espíritu, precisa que el tribunal puede autorizar la sustitución de la prisión por una caución suficiente, de naturaleza económica, cuya única finalidad es garantizar la comparecencia del imputado.

Asimismo, siguiendo el espíritu y finalidad de medida cautelar y no de pena, el legislador determinó en el artículo 150 que la prisión preventiva se ejecute en establecimientos especiales, diferentes de los utilizados para la prisión de los condenados.

Existe una obligación de los operadores jurídicos de abstenerse de interpretaciones o de exégesis que vulneren el principio o las reglas de derecho, apartándose de su objeto y fin, como asimismo el de una interpretación conforme a la Constitución.

2.2.1.1.2. Otras consideraciones sobre libertad provisional y su incoherencia entre la Constitución y el Código Procesal Penal.

Cabe explicitar la incoherencia entre el reciente Código Procesal Penal con algunas

²¹ CIDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C N°112, párrafo 229. *Caso Suárez Rosero*, párrafo 77.

disposiciones constitucionales, como la del artículo 19 literal e, incorporado por Ley 19.055 publicada en el Diario Oficial el 1° de abril de 1991, que establece las normas especiales sobre consulta del otorgamiento de libertad provisional en procesados por delito terrorista y las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple. El Código Procesal Penal no regula el enunciado constitucional aludido, sometiendo a las reglas generales a los imputados por conductas terroristas, teniendo presente el artículo 111 de dicho Código.

En esta materia como en otras de la misma disposición constitucional y de otras normas de la Carta Fundamental es imprescindible armonizar el lenguaje y los conceptos superados por el Código Procesal Penal que se mantienen en la Carta Fundamental, entre ellas el concepto de *procesado que tiene* repercusiones en materia de suspensión de derechos políticos, en materia de indemnización por error judicial, entre otros aspectos.

2.2.2. *La segunda dimensión y efecto de la presunción de inocencia es que el juez sólo puede determinar la responsabilidad del acusado a través de la sentencia, la que podrá ser condenatoria solamente si el tribunal adquiere a través de la prueba la convicción de que el acusado es responsable del delito.*

La Corte Interamericana afirma que el derecho a la presunción de inocencia “subyace al propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada” ²².

La valoración del conjunto de la prueba corresponde exclusivamente al tribunal competente, que este ejerce con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

El principio de inocencia es de “iuris tantum”, se debilita y destruye con la actividad probatoria verificada ante el tribunal pertinente que sea suficiente para desvirtuar tal presunción y que puede llevar a la condena del o de los imputados.

El artículo 340 del Código Procesal Penal determina que:

“Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, mas allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido un hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley .

²² CIDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 153. *Caso Suárez Rosero*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C N°35, párrafo 77.

El Tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración”.

En tal sentido, un Tribunal, atendida la presunción de inocencia que beneficia a los acusados, no puede condenar en base a sospechas, simples conjeturas o circunstancias que no permitan dar por acreditada la existencia del ilícito materia de la acusación y la participación culpable que se le atribuye al acusado²³.

Como señala Tomás y Valiente, “la consagración de la *presunción de inocencia como derecho fundamental proscribire la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente*. La interdicción de la condena dubitativa (esto es, de la formulada por el Juez que no tenga certeza de la culpabilidad del acusado) forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del que constituye el núcleo”²⁴.

La Corte Interamericana, de acuerdo con el artículo 8.2 de la Convención, ha determinado la exigibilidad de que “una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”²⁵.

La presunción de inocencia exige que la condena se funde en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales, que contengan suficientes elementos inculpatorios respecto a la participación del imputado en los hechos delictivos sometidos a la resolución del tribunal, que formen convicción en éste último sobre la responsabilidad del acusado en el delito, posibilitando su condena. Ello obliga al órgano jurisdiccional a no recibir las pruebas de carácter antijurídico y en violación de derechos fundamentales por la posición preferente que ellos ocupan en el orden constitucional y su condición de derechos inviolables, lo que genera la nulidad de todo acto violatorio de tales derechos. Ello constituye una garantía objetiva del orden constitucional²⁶.

²³ Sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Segunda Sala, de 28 de junio de 2002. Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público N°12, septiembre de 2002, página 90-92.

²⁴ Tomás y Valiente, Francisco. Ibid, página 25.

²⁵ CIDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 153. *Caso Cantoral Benavides*, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C N°69, párrafo 120.

²⁶ Esto da nacimiento en 1920 a la doctrina del fruto del árbol emponzoñado o envenenado en el caso *Silverthorne Lumbre Co. Vs United States*, la que extiende la prohibición de valoración también a todas las pruebas que se deriven de la prueba ilícitamente obtenida.

Sobre la materia, Asencio Mellado, José María. 1989. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, Ed. Trivium. Urbano Castrillo, E. y Torres Morato, M.A. 1997. *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, Pamplona, Ed. Aranzadi.

Es necesario explicitar, además, que la presunción de inocencia exige una actividad probatoria que para deducir la culpabilidad de la persona, ha de serlo en relación con el delito imputado y no a otro, aunque se refiera al mismo bien jurídico y determine como punibles conductas en parte coincidentes.

Así, *se vulnera la presunción de inocencia* cuando se condena a una persona con meras sospechas, sin pruebas o prescindiendo de ellas; cuando se presume la culpabilidad del imputado, imponiéndole la carga del *onus probandi* de su inocencia; cuando se condena sin haber recibido las pruebas de descargo o admitido la contradicción de las pruebas de cargo; como también cuando se condena en virtud de pruebas irregularmente obtenidas o hechas valer, violando derechos fundamentales o sin las garantías constitucional y legalmente debidas, o cuando de hechos no probados se extraigan consecuencias jurídicas sancionatorias que afecten los derechos fundamentales, entre otras situaciones posibles.

Los tribunales han determinado que la prueba referencial e indirecta producida no es suficiente para destruir la presunción de inocencia, entre otros fallos, puede citarse el siguiente: *“atendido su carácter referencial e indirecta, es insuficiente para destruir la presunción de inocencia que beneficia al acusado, en consecuencia, para dar por acreditada la existencia de la figura penal materia de la acusación y la participación culpable que a aquel se le atribuyó”* ²⁷.

En este sentido, la presunción de inocencia se vincula armónicamente con el principio “in dubio pro reo”, ya que la prueba insuficiente lleva a una sentencia absolutoria del imputado.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado la prueba indiciaria en el proceso penal, siempre y cuando se cumplan los requisitos de que exista una pluralidad de indicios; que estén plenamente acreditados; que exista un enlace entre indicios y hechos de carácter directo, coherente, lógico y racional; y que en la sentencia se explicité el razonamiento a partir de los indicios probados que permite llegar a la conclusión de considerar acreditada la culpabilidad del acusado y destruida la presunción de inocencia²⁸.

El Código Procesal Penal regula la valoración de la prueba en el artículo 297, la formación de convicción del tribunal para condenar en el artículo 340 y el contenido de la sentencia definitiva en el artículo 342.

²⁷ Tribunal del Juicio Oral de Temuco, sentencia de 18 de junio de 2004, RIT N° 044-2004.

²⁸ Pastor, Francisco. 1995. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*. Madrid, Editorial Civitas. Martínez, Andrés. 1993. La Prueba Indiciaria, en AA. VV. *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales. Montañés, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia*, Pamplona, Ed. Aranzadi.

Una sentencia penal debe contener los elementos de prueba que conducen a las respectivas conclusiones obtenidas y el razonamiento que ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito y la participación culpable del imputado, todo ello con estricto apego a la materia controvertida y la prueba producida durante el juicio oral, lo que permite enjuiciar su racionalidad y coherencia, como asimismo las eventuales violaciones al debido proceso.

La sentencia debe ser fundada como determina el artículo 342 del Código procesal penal, pero además debe ser congruente y debe fundarse en las fuentes del derecho vigentes.

La obligación de fundar o motivar la sentencia constituye una derivación de la presunción de inocencia en la medida que el tribunal debe exteriorizar en forma razonada y lógica los motivos que fundamentaron la convicción de culpabilidad del acusado, superando toda duda razonable. La motivación de la sentencia no puede reducirse sólo a los fundamentos jurídicos, ya que deben explicitarse también las razones que permitieron al tribunal formarse la convicción sobre la base de la prueba practicada en el juicio oral y exponer el método seguido para dar por probados los hechos y la responsabilidad del acusado, lo que evita la arbitrariedad judicial y posibilita a la parte afectada hacer uso de los recursos que determina el ordenamiento jurídico.

Asimismo la sentencia debe poder ser *revisada integralmente* por otro tribunal superior, tanto en sus aspectos de hecho como de derecho, como lo ha determinado el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹.

2.3. La presunción de inocencia se aplica a toda resolución jurisdiccional o administrativa.

El derecho a la presunción de inocencia debe aplicarse no solo al ámbito de las conductas eventualmente delictivas, sino también a la adopción de cualquier resolución administrativa o jurisdiccional, que se base en conducta de las personas y de cuya apreciación derive para ellas una afectación de sus derechos u una sanción ya que ellos son manifestación del ámbito punitivo estatal.

2.4. Principio de inocencia y situaciones extra procesales.

El principio de presunción de inocencia opera también en las situaciones extra procesales, constituyendo el derecho de las personas *a recibir el trato de no participe en hechos delictivos*

²⁹ CIDH, *caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*, párrafos 166 - 167 y parte resolutive de la sentencia, puntos 4 y 5. Comité de Derechos Humanos de la ONU, Dictamen de 20 de julio de 2000, caso *Cesario Gómez Vásquez*. Página Justicia Constitucional en Iberoamérica. Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos Tercero, España. <http://w.w.w.uc3m/inst/MGP/JCI/04-no-es-casación.htm>

y que no se le puedan aplicar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes a hechos de tal naturaleza, mientras ajuste su conducta al ordenamiento jurídico, todo ello de acuerdo al derecho a la libertad personal y seguridad individual, asegurado por el artículo 19 N°7 de la Constitución

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la presunción de inocencia puede ser violada no sólo por el juez o una Corte, sino también por otra autoridad pública”³⁰. El derecho a la presunción de inocencia “exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”³¹

BIBLIOGRAFÍA

Asencio Mellado, José María. 1989. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Ed Trivium.

Colombo, Juan. 2004. Desafíos en la aplicación del principio de inocencia en el Nuevo Proceso Penal: ¿Colisión de derechos del inculcado y de la víctima?. Inédito.

Carocca Pérez, Alex. 1998. *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Madrid – Santiago, Ediciones jurídicas Olejnik y J.M.Bosch editor.

Fernández, Miguel Ángel. 2004. *Informe en derecho: Reserva de identidad de imputados y prohibición de informar*. Boletín del Ministerio Público, Santiago, Marzo 2004, páginas 161 – 188.

Ferrajoli, Luigi. 2001. *Derecho y razón*, quinta edición, Madrid, Editorial Trotta.

Fonseca, Adriano Almeida. O princípio da presuncao de inocencia e sua repercussao infraconstitucional. Jus navegandi, Tresenina, a.4, N° 36, noviembre de 1999. Disponible en <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>

Gomes Filho, Antonio Magalhaes. O principio da Presuncao de inocencia na Constituicao de 1988 e na Convencao Americana sobre Directos Humanos. Revista Do Advogado. AASP N°42, abril de 1994

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lori Berenson vs. Perú*. Serie C N° 119. Sentencia de 24 de noviembre de 2004, párrafo 159.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lori Berenson vs. Perú*, párrafo 160.

Horvitz, María Inés y López, Julián. 2003. *Derecho Procesal Penal chileno*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

Jara, Juan Javier. 1999. “Principio de inocencia. El Estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”. *Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Austral*, Valdivia. Número Especial Reforma Procesal Penal, Agosto 1999, páginas 41- 58.

Lucchini, Luigi. 1995. *Elemento di procedura penale*, Florencia, Ed. Barbera.

Maier, Julio. 1996. *Derecho Procesal Argentino*. Tomo I, Fundamentos, Segunda edición, Buenos Aires, Editorial del Puerto S.R.L.

Martínez Arrieta, Andrés. 1993. “La Prueba Indiciaria”, en AA. VV. *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales.

Montañés Pardo, Miguel Ángel. 1999. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona, Ed. Aranzadi.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2003. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N°1, páginas 403 – 466.

Pastor Alcoy, Francisco. 1995. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*. Madrid, Editorial Civitas.

Pfeffer, Emilio. 2001. *Código Procesal Penal, anotado y concordado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

Urbano Castrillo, E y Torres Morato, M.A. 1997. *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, Pamplona, Ed. Aranzadi.

Tomás y Valiente, F. 1987. “*In dubio pro reo*”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia. En *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 20, año 1987, páginas 9-34.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso Suárez Rosero, sentencia 12 de noviembre de 1997, serie C N° 35.

Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107.

Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114.

Caso Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112.

Caso Lori Berenson vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Caso Letelier, sentencia de 26 de junio de 1991.

Caso Tomasi, sentencia de 27 de agosto de 1992.

Caso Barbera, Messegú y Jabardo, sentencia de 6 de diciembre de 1988.

Caso John Murria, sentencia de 8 de febrero de 1996.

Comité de Derechos Humanos de la ONU:

Cesario Gómez Vásquez. Dictamen de 20 de julio de 2000.

