

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AUSENCIA,
BAJO LA HIPÓTESIS DE INASISTENCIA
DEL IMPUTADO AL JUICIO ORAL.
UN ASUNTO DE OPORTUNIDAD*

THE PREVENTIVE PRISON IN ABSENCE,
UNDER THE HYPOTHESIS OF ABSENCE
OF THE IMPUTED TO THE ORAL
JUDGMENT. A BUSINESS OF OPPORTUNITY

*Fernando Sarriego Egnem***

RESUMEN: Este artículo busca dar a conocer al lector y proponer una vía de interpretación a un problema procesal, que, a pesar de su recurrencia en la práctica judicial, no ha encontrado un criterio definido, ni siquiera preponderante, en las huestes jurisprudenciales. Hablamos de la oportunidad para impetrar la solicitud de prisión preventiva bajo la particular causal de incomparecencia del acusado libre, y debidamente citado a la audiencia de juicio oral, celebrada ante un tribunal oral en lo penal.

PALABRAS CLAVES: Prisión preventiva - Citación - Juicio oral - Oportunidad - Imputado libre - Tribunal oral.

ABSTRACT: This article seeks to inform the reader and propose a way of interpretation to a procedural problem, which despite its recurrence in judicial practice, has not found a definitive criterion, not even preponderant, in the jurisprudential armies. We speak of the opportunity to impetrate the request of preventive detention under the particular cause of failure to appearance

* Este artículo forma parte integrante de otra investigación que el autor actualmente desarrolla.

** Profesor Derecho Procesal, Universidad del Desarrollo. Juez titular del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Master en Tutela de Derechos Fundamentales, Universidad de Jaen, España.

to the oral trial hearing, held before an Oral Criminal Court, of the duly summoned free defendant.

KEYWORDS: Preventive Detention - Citation - Oral Trial - Opportunity - Free Defendant - Oral Court.

INTRODUCCIÓN

Sabido es que el tránsito desde el sistema de enjuiciamiento criminal de corte inquisitivo al acusatorio adversarial, que inspira el actual modelo de justicia penal, generó no solo cambios estructurales en la organización y funcionamiento del esquema jurisdiccional, sino que, también, y con igual fuerza, la obligación de internalizar o asimilar nuevos lineamientos axiológicos y conceptuales en el ámbito procesal penal. Estas directrices emergentes descansan y se manifiestan tanto en la creación de instituciones (algunas de ellas desconocidas en la tradición jurídica chilena) como igualmente en la transformación ideológica y funcional de elementos subsistentes del vetusto *Código de Procedimiento Penal*, imprimiéndoles una orientación más acorde con el respeto a los derechos y garantías de todas las personas, propio de un estado democrático de derecho.

En ese contexto, el instituto de las medidas cautelares personales fue, sin duda, una de las materias mayormente expuestas a discusiones y modificaciones, cuestión que, para algunos era previsible de acaecer, por cuanto la temática de la coerción *intra proceso* siempre ha sido uno de los puntos álgidos en la arquitectura de todo procedimiento penal. En esa línea, especial importancia cobra el nuevo trato asignado a la prisión preventiva al amparo del *Código Procesal Penal* (en adelante *CPP*), toda vez que su nueva versión significó enterrar múltiples paradigmas medulares del inquisitivo¹. Así, por ejemplo, de la automaticidad en su aplicación, que era observable en el antiguo sistema, se da paso a una cautelar de *ultima ratio*, lo que traduce, como desde luego, limitaciones en su operatividad por poderosos contrapesos tales como la garantía general del proceso relativa a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, proporcionalidad y excepcionalidad. Esta modalidad significó aproximar el escenario cautelar más gravoso que puede sufrir una persona inculpada, conforme los estándares internacionales consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos.

¹ Para un mejor estudio y comprensión sobre el tema véase DUCE Y RIEGO (2007), p. 246 y ss.

A pesar de los primitivos esfuerzos por alinear el diseño de la prisión preventiva a la observancia de las garantías fundamentales mínimas de todo ser humano, las continuas modificaciones introducidas al *Código Procesal Penal* en esta materia, parecen traducir que la intención del legislador se direcciona en una suerte de regresión al pasado. Esto se explica por cuanto no solo se ha ampliado ostensiblemente el radio de procedencia de la prisión preventiva², sino que, también, en forma progresiva se ha visto socavada la posibilidad de ponderación judicial de los presupuestos que la tornan posible, llegando, incluso, a coartar uno de los brazos de la función jurisdiccional como es el poder hacer cumplir lo resuelto³.

Pues bien, es la atmósfera jurídica descrita precedentemente la que justifica y permite decantar el presente artículo, por cuanto se dará a conocer una situación conflictiva de habitual ocurrencia, a cuyo respecto no existe un criterio jurisprudencial afianzado, sino que, por el contrario, un escenario completamente disperso. Hablamos de la controversia suscitada en torno a la oportunidad procesal para decretar la prisión preventiva respecto del acusado que, válidamente citado (notificado), no comparece a la audiencia de juicio oral.

Para estos efectos, imperioso resulta traer a colación dos preceptos de suma trascendencia –insertos en el marco de la regulación que el *Código Procesal Penal* hace respecto de esta cautelar–, por cuanto es de su contenido que se origina el dilema interpretativo. Así se tiene, por una parte, el artículo 141 inciso cuarto parte final del citado estatuto, cuya literalidad demanda disponer la prisión preventiva en la misma audiencia de juicio oral a la que inasistió el imputado (hipótesis que validaría disponerla en ausencia de este). Por otra, está el artículo 142 inciso tercero del CPP, cuyo tenor imperativo condiciona la validez de la audiencia en que se discuta y adopte la prisión preventiva, a la presencia del imputado y su defensor.

Sobre el punto en análisis, este trabajo en caso alguno pretende ofrecer una mirada neutral del problema planteado. Por el contrario, se intentará

² Así, verbigracia, originalmente el artículo 140 del *Código Procesal Penal*, al referirse a la prisión preventiva como indispensable para el éxito de la investigación, no contemplaba la expresión ‘especialmente’ como lo hace en su actual redacción, factor que se debió a la modificación introducida por la Ley n.º 20074 y que buscaba, entre otros objetivos, dejar establecida la posibilidad de fundamentar la cautelar en otros presupuestos distintos a los allí contemplados.

³ Basta recordar que la Ley n.º 20253 modificó, entre otros, el artículo 149 del *Código Procesal Penal*, otorgando al fiscal la potestad de paralizar, vía apelación, el cumplimiento de una resolución judicial que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva de un sujeto imputado por determinados delitos, transformando, en este punto, al juez de garantía y sus pares de Tribunal Oral en Lo Penal en sujetos procesales secundarios.

dar vigor a aquella posición jurisprudencial que, a nuestro parecer, se ajusta en mayor medida a los axiomas y principios genuinos que inspiraron el cambio del enjuiciamiento criminal, esto es, a aquella línea interpretativa que se edifica a partir de la preeminencia al artículo 142 inciso tercero del *CPP*.

A su vez, se buscará demostrar que, más que un conflicto de normas procesales –susceptible de ser resuelto acudiendo a la aplicación de una presunta regla de especialidad– se propondrán argumentos dirigidos a constatar un evidente defecto de redacción del artículo 141 inciso cuarto, parte final del *CPP*. En efecto, quedará en evidencia que considerar el solo tenor literal del citado precepto –únicamente en lo que incumbe al momento procesal para hacer valer la causal– no encuentra apoyo en el ámbito normativo ni menos en instancias de principios informadores del proceso penal, por lo que al estarse en presencia de una mención vacía de contenido, se propone levantar la idea de estar en presencia de un claro error de redacción, variante que obligaría al interprete a indagar otra vía de solución, quedando pospuesto el razonamiento de primacía, por especialidad, de la citada disposición.

Insistiremos en que no se ha afianzado, sobre el punto, un determinado parecer en la estructura base ni superior de la jurisdicción penal, a lo que, además, se añade una escasa producción judicial en alzada, (motivada principalmente por la pasividad, o si se quiere, conformidad de los intervinientes respecto a lo que se resuelve en primera instancia), factores todos que transforman el tema en análisis en un asunto vigente, explorable y muy debatible.

No obstante, asumiendo la divergencia de criterios verificados en la materia, este opúsculo abogará por resaltar la vertiente que pregona la improcedencia de decretar la prisión preventiva en ausencia, esto es, en la misma audiencia de juicio oral a la que el imputado no compareció y, paralelamente a ello, justificar aquella corriente que reclama la presencia de este como presupuesto de validez para disponerla, situación que implicaría, en definitiva, pasar revista a la cautelar en la audiencia de control de su detención.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Lo primero que cabe preguntarse es, ¿por qué esta situación califica como problemática? Lo cierto es que podríamos hacernos cargo de la interrogante simplemente mencionando lo perjudicial que resulta, para la promoción y fomento de la igualdad ante la ley, la existencia de posiciones jurisprudenciales disímiles en un tópico tan sensible como la prisión preventiva. Sin embargo, el asunto es un tanto más complejo de canalizar y estructurar, por cuanto convergen en él múltiples factores, entrelazados unos con otros, los que, en

suma, sitúan al juzgador en la perentoria necesidad de realizar un agudo ejercicio de interpretación, para luego optar sobre la base de dos criterios, a saber: el literal o el sistemático, cada uno con un rumbo procesal diverso y apoyados en artículos matrices distintos.

En ese sentido, cabe expresar que la necesidad de acudir a la interpretación se justifica luego de confrontar los principales artículos en que se sostienen las dos corrientes jurisprudenciales vigentes sobre el tema. Por un lado, el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, que reza (a propósito de los casos de excepción a la improcedencia de la prisión preventiva)

“Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, *resolución que se dictará en la misma audiencia*, a petición del fiscal o del querellante”, (el destacado es nuestro).

A su turno, el artículo 142 inciso tercero del referido estatuto consigna que “La presencia del imputado y su defensor constituye un requisito de validez de la audiencia en que se resolviere la solicitud de prisión preventiva”. En el contexto de la transcripción de estos preceptos se observa de inmediato que el punto álgido de debate lo constituye la oportunidad para impetrar la solicitud de prisión preventiva fundado en la causal “inasistencia del imputado a la audiencia de juicio oral”. Así, para algunos el momento propicio para hacerlo sería la misma audiencia de juicio oral (en ausencia del imputado) aferrándose en la fuerza de su letra (postura a la que adscribe parte del Ministerio Público). Para otros, el instante procesal legítimo para discutir la cautelar sería la audiencia de control de detención del acusado incompareciente, toda vez que la segunda norma exige, sin excepciones, la presencia del imputado como presupuesto de validez para debatir y resolver sobre su prisión preventiva. Desde esa perspectiva, en la audiencia de juicio, al constatar la ausencia del imputado, el Tribunal Oral estaría impedido de abrir debate sobre la prisión preventiva, limitando su campo de competencia solo a la viabilidad de despachar orden de detención en contra del ausente. (posición sostenida recurrentemente por la defensa).

Un segundo rubro de complejidad se manifiesta en que, a diferencia de lo que sucede con el formato tradicional de la prisión preventiva, la situación que se analiza en este artículo, no requiere debatir ni demostrar los presupuestos de procedencia inherentes a la misma, esto es el *fumus boni iuris* y el *perriculum in mora*. Lo anterior, dado que la prisión preventiva se cimenta en una causal específica, consistente en la incomparecencia del imputado (legalmente notificado) a la audiencia de juicio oral, cuestión que, desde la perspectiva del caudal informativo necesario para dotarla de contenido, requiere de fuentes y elementos probatorios distintos a los tradicionalmente conocidos.

Por último, debemos reiterar la evidente desigualdad procesal que experimentan los justiciables a raíz de la disparidad de criterios sobre la materia, puesto que la suerte procesal de cada encartado (inserto dentro de la variable en estudio), dependerá en último término de la integración de turno, antecedente que pugna con las bases mínimas que informan tanto a la seguridad jurídica como la igualdad ante la ley.

En ese orden de ideas, para quienes sostenemos la improcedencia de la prisión preventiva decretada en ausencia, se constata claramente una situación procesal del todo discutible problemática que se abarca desde la colisión con los principios básicos que reglan el engranaje axiológico que distingue al *Código Procesal Penal*, pasando por afectaciones a derechos fundamentales del acusado y culmina con serios cuestionamientos en el ámbito de la certeza jurídica e igualdad ante la ley.

2. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Asentado lo anterior, corresponde a continuación especificar la mecánica procedimental que precede al problema, por cuanto una clara internalización de la misma, posibilitará arribar a una solución sistemática del nudo crítico. Es así como, una vez que el Tribunal Oral en lo Penal recibe el auto de apertura de juicio oral desde el Juzgado de Garantía, se da inicio a la tercera gran etapa del procedimiento ordinario, esto es, la etapa de juicio oral que culmina con la celebración de la respectiva audiencia de juicio oral. Asimismo, para que esta audiencia se verifique con apego a la ley, resulta perentorio el cumplimiento de ciertos trámites dirigidos a dotarla validez (dispuestos en el artículo 281 del *Código Procesal Penal*), entre ellos, citar al acusado, a lo menos, con siete días de anticipación al juicio mismo, bajo los apercibimientos establecidos en el artículo 33 y 141 inciso cuarto del citado estatuto legal. Cabe destacar que el artículo 33 prescribe (en lo pertinente):

“El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva”,

mientras que, como se sabe, el artículo 141 inciso final parte final, refiere:

“se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante”.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que la presencia del encartado en el juicio oral constituye un verdadero presupuesto habilitante

para su celebración, de modo que su no comparecencia impedirá el inicio del mismo⁴.

Asociado a lo que se viene diciendo, es dable advertir que los artículos reseñados solo son atingentes al imputado libre. En otras palabras, las disposiciones aludidas no aplican al imputado privado de libertad en un recinto carcelario⁵, por cuanto no dispone de poder de decisión respecto de su libertad de desplazamiento, a lo que se añade que, atendida su condición de preso, aparecen irrelevantes los efectos coercitivos de los apercibimientos transcritos *ut supra*. Bajo ese enfoque, los artículos 33 y 141 inciso cuarto, parte final del *CPP* sintonizan únicamente con el acusado libre, es decir, quien se encuentra en posición de determinar su desplazamiento sin mayores restricciones⁶. De ahí que guarda plena armonía con lo expuesto, el tenor del artículo 281 inciso final del *CPP*, en cuanto obliga al Tribunal Oral en lo Penal a citar al acusado libre bajo tales apercibimientos.

Asimismo, no está de más recordar que el artículo 38 del *Código de Procedimiento Civil* (al cual se remite expresamente el artículo 32 del *Código Procesal Penal*), prescribe: “las resoluciones judiciales solo producirán efecto en virtud de la notificación hecha con arreglo a la ley”. De esta forma, la resolución que cita al acusado a audiencia de juicio oral debe sujetarse a tales directrices para hacerle oponible los apremios indicados, ya que, en caso contrario, no prosperarán.

En ese orden de ideas, fusionando todos los elementos aportados con antelación, se logra establecer que el cuestionamiento jurídico objeto de este trabajo, involucra al inculpado en libertad, que ha sido legalmente notificado de su obligación de comparecer al juicio oral y que a pesar de ello no concurrió a la audiencia en comento, motivo por el que la Fiscalía demanda, en el mismo acto, su prisión preventiva (supuesto de ausencia).

Es necesario explicitar que, si bien algunos fiscales solo demandan la correspondiente orden de detención (frente a la inasistencia del acusado), otros no se conforman con esta cautelar, sino que agregan a su petición la llamada prisión preventiva anticipada (en ausencia), asilándose en el artícu-

⁴ No por nada el artículo 285 del *CPP* exige la presencia del imputado durante toda la audiencia de juicio oral.

⁵ No incorporamos el arresto domiciliario total, ya que, en último término, el acusado cuenta con un mayor margen de autonomía en su desplazamiento. Incluso más, se han verificado situaciones en que una vez impuesta la citada cautelar se autoriza expresamente al encausado para trasladarse al tribunal, por sus propios medios, el día de celebración del juicio oral.

⁶ Refuerza esta idea el propio artículo 33 del *CPP*, cuyo título se denomina “citaciones judicial”, nomenclatura que, según su objetivo, obedece a la categoría “notificación - citación” es decir, aquel llamamiento a un interviniente o a un tercero para que comparezca al tribunal bajo apercibimiento de incurrir en sanciones.

lo 141 inciso cuarto, parte final del *CPP*. Por su parte, en la vereda contraria, la Defensoría se opone constantemente a la imposición de la cautelar personal más gravosa que contempla el enjuiciamiento penal, argumentando que el artículo 142 inciso tercero del *CPP* exige la presencia del imputado y su defensor como requisito de validez de la audiencia en la que se discute la prisión preventiva, motivo por el que, al no constatarse los requisitos establecidos en la ley, resulta improcedente disponerla (sin hacer mayores cuestionamientos a despachar orden de detención al alero de lo prescrito en el artículo 127 inciso 4 del *CPP*). No por nada, uno de los mecanismos procesales de reprobación que habitualmente se intenta contra la resolución que dispone la prisión preventiva en ausencia (dentro del marginal porcentaje de impugnación existente), lo constituye la acción de amparo, la que se fundamenta precisamente en la privación a la libertad personal del amparado fuera de los casos y al margen de los requisitos previstos en la ley.

Pues bien, hecho el diagnóstico y detectado el problema, corresponde, a continuación, desarrollar brevemente la causal especial de prisión preventiva en juego, por cuanto de ella se extraerán elementos relevantes para justificar el enfoque de este ensayo, esto es, la improcedencia de la oportunidad procesal para impetrar la prisión preventiva descrita en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, por vía de validar la supremacía del artículo 142 inciso tercero del *CPP*.

3. ANÁLISIS DE LA CAUSAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 141 INCISO FINAL PARTE FINAL DEL *CPP*

Antes de entrar de lleno al tópico anunciado, es perentorio remarcar que este prospecto en caso alguno busca cuestionar la legitimidad de este supuesto especial de prisión preventiva. Muy por el contrario, sería absurdo negar su utilidad en aras de asegurar los fines del procedimiento, erigiéndose, en ciertos casos, como el único mecanismo eficaz para la consecución de los tales. En ese sentido, las objeciones que aquí se levantan, apuntan a la oportunidad procesal para discutir y resolver tal causal, postulando a la audiencia de control de detención (en desmedro de la fallida audiencia de juicio oral) como la instancia idónea para hacerlo, según se explicará en su momento.

Una vez hecha la aclaración, es dable expresar que el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, contempla, sin lugar a dudas, un motivo especial de procedencia de la prisión preventiva, esto es, la incomparecencia (injustificada) del acusado (válidamente notificado) a la audiencia de juicio oral. Es evidente que se trata de un tópico bastante peculiar cuyos fundamentos se muestran alejados de los requisitos tradicionales que gobiernan

la aplicación de la cautelar. Esto es así, dado que las nociones de “humo o apariencia de buen derecho” y el “peligro en la demora” (cuyas variantes son abordadas de forma minuciosa en el artículo 140 del *CPP*), simplemente no engarzan con el propósito previsto por el legislador al consignar la causal en revisión. En esta dirección, Julián López y María Inés Horvitz explican:

“resulta claro que la prisión preventiva decretada en estas circunstancias solo habilita para dictar la medida con el objeto de asegurar la comparecencia para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación. Esto significa que, en estos casos, sería absolutamente improcedente pretender incorporar criterios de peligrosidad como fundamento de la medida, y que ésta debe cesar, inmediatamente, tan pronto la actuación que requiere la presencia del imputado se haya ejecutado”⁷.

En sintonía con lo expresado, Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López, refieren que en los casos de excepción a la improcedencia de la prisión preventiva

“el elemento que posibilita la aplicación de esta medida no es ninguno de los elementos que positivamente consagra el legislador para decretar la prisión preventiva como medida cautelar, sino, un claro incumplimiento o amenaza de él por parte del imputado”⁸.

Pues bien, haciendo eco de lo indicado por los citados profesores, entendemos que para configurar esta causal, resulta intrascendente discurrir en supuestos como, el éxito de la investigación o el peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido, por la sencilla razón de que tales aspectos en caso alguno podrían coadyuvar a dilucidar su procedencia. Así, en lo que compete al éxito de la investigación, huelga señalar que este supone precisamente una en desarrollo, *ergo*, reluce su improcedencia a simple vista si se tiene en cuenta que el castigo –asociado a prisión preventiva– viene dado por la incomparecencia al juicio oral, es decir, una etapa procesal muy posterior al cierre de la investigación.

Por su parte, no se visualiza de qué forma la sociedad o el ofendido podrían ver comprometida su seguridad con la inasistencia del imputado a la audiencia de juicio oral, ya que debemos recordar que esta causal precisamente adquiere trascendencia respecto del encausado que ha estado vinculado al proceso en libertad. De esta forma, resultaría extraño representarse razonablemente que el encartado que permaneció en libertad y exhibió un normal comportamiento durante todo el proceso, súbitamente se constituya

⁷ HORVITZ Y LÓPEZ (2005), p. 399.

⁸ MATURANA Y MONTERO (2010), p. 543.

en un peligro para la sociedad o para el afectado por el mero hecho de inasistir a la audiencia de juicio oral.

En ese orden de ideas, el único elemento integrante de la necesidad de cautela que podría llegar asociarse al motivo regulado en el inciso cuarto parte final del artículo 141 del *CPP*, se asociaría en un hipotético peligro de fuga⁹. Esto, por cuanto la construcción del riesgo de fuga pone su acento indefectiblemente en la prospección, es decir, en la visión futura de posibles conductas que pueda llegar a desplegar el inculpado, cuestión que, por su propia naturaleza, lleva implícito el riesgo de caer en error.

Sin embargo, para que el ejercicio de prognosis sea jurídicamente aceptable –en la escena cautelar– y paralelamente mitigar el margen de equivocación, se requiere que el enunciado pretendido (fugarse, o nuevamente no comparecer al juicio oral) sea alimentado de bases informativas o, bien, probatorias meridianamente lógicas. En otras palabras, una correcta fundamentación de la prisión preventiva basada en la causal en análisis, se concretará en la medida que existan antecedentes razonables, susceptibles de levantar y sostener plausiblemente una inferencia o predicción, ya que, de no ser así, todo lo que pueda resolverse deviene en meras especulaciones arraigadas en el conocimiento privado del juzgador, aumentando exponencialmente el peligro de error.

En el sentido indicado, si bien el presupuesto de prisión preventiva que exige la norma es del todo concreto y preciso (no comparecer al juicio oral), en la práctica no está exento de complicaciones en su configuración, dado que, a las escasas fuentes susceptibles de nutrirla de contenido, se adiciona la baja calidad de la información aportada por aquellas. Es así como la práctica enseña que tanto el fiscal como la defensa (por lo general únicos intervinientes presentes en el frustrado intento de juicio oral), rara vez tienen noticia de la ausencia del enjuiciado, por lo que, difícilmente podrán

⁹ Sin embargo, a pesar de excepciones completamente atendibles, la dimensión de la expresión 'fuga' adquiere real impronta una vez condenado el imputado libre, toda vez que tal acto jurídico procesal será la primera señal potente de puesta en jaque a la presunción de inocencia. De esta forma, si bien la presunción debería permanecer intacta en sus efectos, a ojos del condenado libre, inevitablemente sufrió un golpe certero, susceptible de traerle aparejado potenciales consecuencias negativas *intra proceso*, factores todos que podrían seducirlo a sustraerse de los venideros actos del procedimiento. Pues bien, planteado el asunto desde esta mirada, la situación recientemente descrita no empalma adecuadamente con la hipótesis que se baraja en este artículo, por cuanto el incidente se genera con antelación a la audiencia de juicio oral, es decir, previo a la dictación de la sentencia, *ergo*, hablamos de un momento en el que la presunción de inocencia no se ha visto tambaleada bajo la percepción del acusado libre. De ahí que cobra sentido lo expresado por el profesor Jordi Ferrer (al hacerse cargo de la presunción de inocencia como regla de trato procesal), cuando al tocar el peligro de fuga enseña que el inocente viaja, no se fuga. (FERRER (2012), p. 10.).

argumentar razonable e informadamente respecto de una contingencia que les resulta sorpresiva e imprevista.

A raíz de lo anterior, de comprobarse que el caudal informativo disponible, no solo es escaso, sino que, también, deficitario en calidad, se diluye en intensidad el enunciado “peligro de reincidir en la misma conducta” como argumento predictivo basado en evidencia, quedando solo latente la alternativa de aplicar la prisión preventiva bajo un criterio especulativo, solución que pugna con varios principios informantes de la cautelar. Así, por vía ejemplar, si un imputado ha comparecido regularmente a las actuaciones judiciales, pero a pesar de ello, no concurrió a la audiencia de juicio oral y tanto fiscal como defensor desconocen los motivos de la inasistencia –siendo el único hecho constatable su incomparecencia– sería del todo impropio decretar la prisión preventiva en ese instante (hipótesis de ausencia), en atención a que, frente a la precaria o nula aportación de elementos informativos, el enunciado “volverá a incomparecer” no encuentra piso alguno, transformándose, en el hecho, en una mera conjetura. Otro tanto podría ocurrir respecto del acusado, que desde los inicios de la investigación ha contribuido de forma sustancial con ella para esclarecer los hechos y obtener un castigo justo y, por causas inexplicables, no asistió a la audiencia de juicio oral. En este último caso, valdría la pena preguntarse, ¿de qué forma podría justificarse el enunciado que sustenta la causal de prisión preventiva? La respuesta a la interrogante difícilmente encontrará asilo en una línea argumental lógica ni tampoco meridianamente comprobable –en atención a que no existen elementos de convicción mínimos para cimentar sus base– a consecuencia de lo cual solo podría extraerse el papel prevalente de la especulación en la construcción de la fundamentación de una hipotética prisión preventiva.

Es por tal motivo señalado que abogamos por otorgar al imputado (incompareciente), no solo la oportunidad de ser oído, sino que, también, de probar su excusa de forma previa a la adopción de la cautelar –presupuestos que solo podrán tener cabida en la audiencia de control de su detención– mejorando con ello el caudal informativo que debiese disponer el tribunal antes de pronunciarse sobre la adopción de la medida. Por lo demás, tal como acertadamente explica Jonatan Valenzuela Saldías (al reflexionar sobre la pertinencia e importancia de abrir paso a la actividad probatoria en sede cautelar), la exigencia de “un justo y racional procedimiento” abarca a todo momento procesal y no tan solo a la etapa eventual de un juicio oral, agregando, luego, que cualquier decisión judicial que se pretenda controlar racionalmente supone alguna clase de actividad probatoria¹⁰.

¹⁰ VALENZUELA (2017), pp. 74-75.

Es a consecuencia de todo lo expuesto *ut supra* que sostenemos estar en presencia de una causal de prisión preventiva especialísima, tanto en contenido, arquitectura, como en su acreditación, cuestión que se evidencia en la necesidad de contar con elementos o antecedentes diversos a los empleados habitualmente para ponderar su construcción, sobresaliendo, entre ellos, la versión del imputado como uno de los más importantes (si no el principal) para dirimir el asunto. Lo anterior, por cuanto la información que aquel introduzca y, eventualmente la prueba que pueda allegar, situará al tribunal, a todas luces, en una adecuada posición argumentativa para ponderar y resolver si la excusa ofrecida califica como justificada (o no), y así elevar razonablemente una hipótesis prospectiva –sustentada en la evidencia– en torno a un eventual cumplimiento del deber de comparecer o, en su defecto, de contumacia en abstraerse de los actos del procedimiento.

De igual modo, es necesario resaltar que, a pesar de lo peculiar que resulta ser el motivo de prisión preventiva contemplado en el inciso final del artículo 141 del *CPP*, ello no habilita al adjudicador para desentenderse de los principios que la informan y restringen en su aplicación, es decir, la proporcionalidad, necesidad, legalidad, excepcionalidad, fundamentación, etc., dado que los mismos constituyen verdaderos filtros de procedencia de la cautelar, obligando a ponderarlos cualquiera que sea la causal reclamada. Así, por ejemplo, Claus Roxin (al abordar la prisión preventiva), resalta el principio de constitucional de proporcionalidad dado que exige restringir la medida y sus límites a lo estrictamente necesario¹¹.

Como resultado de lo expuesto, concluimos que, si bien el estándar para disponer la prisión preventiva debe ser inferior en rigurosidad al de una sentencia condenatoria, ello no es óbice para obviar la aplicación de los principios citados, *máxime* si para la causal en análisis, varios de aquellos cobran real vigor con la presencia del acusado, con sus dichos y la eventual prueba de descargo que pudiese aportar.

4. POSTURA DE LA FISCALÍA FRENTE AL PROBLEMA

En honor a la verdad, lo primero que incumbe aclarar tiene relación con que la posición jurídica que se asigna, genéricamente, al Ministerio Público, en la práctica no obedece a un patrón uniforme de actuación de parte de este interviniente. Por el contrario, nos podemos aventurar a decir que no existe sobre el particular, directriz formal alguna a la que deban someterse irrestric-

¹¹ ROXIN (2000), p. 258.

tamente quienes representan, en juicio, los intereses de la Fiscalía, quedando netamente a discreción del fiscal de turno solicitar la prisión preventiva en ausencia. De allí que, incluso, se aprecia, en la práctica, criterios dispares entre fiscales al verse enfrentados a esa situación, instando algunos solo por despachar orden de detención en contra del ausente, mientras que otros, junto con la reseñada cautelar, demandan la llamada prisión preventiva anticipada¹².

Es más, no en pocas ocasiones el mismo fiscal que primigeniamente postuló únicamente la detención del imputado incompareciente al juicio oral, al verse enfrentado a una nueva ausencia, varía su posición, reclamando la prisión preventiva en la misma audiencia de juicio. Para estos efectos, la justificación que usualmente se explicita viene dada por la contumacia del imputado en sustraerse a los actos del proceso¹³.

Desde esa perspectiva, se observa una patente ambivalencia de posiciones al interior del órgano persecutor en torno a la procedencia de la prisión preventiva en ausencia (a diferencia de lo que ocurre en la trinchera jurídica opuesta, en que se advierte uniformidad al argumentar sobre su improcedencia). Esta situación, en caso alguno debiese ser soslayada en atención a la *pseudo* transversalidad que se genera respecto del postulado de la defensa, lo que rompe el esquema de equilibrio que sería esperable.

Por su parte, en cuanto a los fundamentos que descansan tras la petición de prisión preventiva “anticipada”, se ha esgrimido, principalmente, la especialidad del artículo 141 inciso cuarto parte final del CPP, la necesidad de asegurar la presencia del acusado en la audiencia de juicio oral y con ello cumplir los fines del procedimiento. También se ha apuntado a que no habría mayor lesión a las garantías fundamentales del imputado, toda vez que la provisionalidad de la prisión preventiva permitiría instar por su revisión una vez controlada su detención. Igualmente se ha invocado la preclusión

¹² A diferencia de lo que ocurre con la salvaguarda legal dispuesta a propósito de la hipótesis de improcedencia a la prisión preventiva descrita en la letra c) del artículo 141 del CPP, en parte alguna el inciso cuarto del mismo precepto emplea la voz ‘anticipada’. Más bien se trata de una medida cautelar impuesta en ausencia del imputado y que encuentra notorias diferencias con la prisión preventiva reglada en la letra c) del artículo 141. En efecto, este precepto discurre en la improcedencia de decretar la cautelar si su destinatario se encuentra cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad, mientras que la hipótesis consignada en el inciso cuarto del mismo artículo no requiere de tal presupuesto. Por otra parte, el supuesto de improcedencia que habilita la anticipación de la cautelar conlleva la celebración de una audiencia para debatir sobre la misma *en presencia del imputado*, cuestión que no ocurriría en la segunda hipótesis (en caso de ajustarse irrestrictamente al tenor literal de la norma).

¹³ Esta explicación no resulta satisfactoria a nuestro entender por cuanto la hipótesis prevista en el inciso cuarto, parte final del artículo 141 del Código Procesal Penal, no contempla la reiteración como factor que integrante de la causal.

como barrera para solicitar la cautelar en un momento posterior a la frustrada audiencia de juicio oral. Finalmente, se ha traído a la palestra criterios asociados a los costos humanos, económicos y logísticos que implica el reagendamiento de un nuevo juicio, en especial, el riesgo de no contar –en el futuro– con declaraciones tan relevantes como la de la víctima del delito.

5. CRÍTICAS A LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Una vez expresados los principales fundamentos sobre los que descansa la posición que avala la petición de prisión preventiva en ausencia, corresponde señalar algunos reparos u objeciones a la misma. Es así como frente al razonamiento reconducido a la necesidad de asegurar la presencia del imputado para cumplir con los fines del procedimiento, huelga decir que, si bien la misma aparece atendible *prima facie*, en realidad no asoma como un argumento aceptable para decretar la prisión preventiva en ausencia. En efecto, no se vislumbra de qué forma los fines descritos se verán entorpecidos si se despacha en contra del imputado incompareciente la correspondiente orden de detención al alero de lo dispuesto en el artículo 127 inciso cuarto del *Código Adjetivo* y, luego, asegurada su comparecencia, debatir (en la misma audiencia de control de la detención) la viabilidad de disponer su prisión preventiva, con el matiz que, en esta oportunidad, sí estará presente el imputado y, por lo mismo, no solo podrá dar explicaciones relativas a su inasistencia al juicio oral, sino que, además, se dará sentido a lo dispuesto en el artículo 33 del *CPP* (cuyo tenor pone el acento en la no comparecencia “injustificada”), así como también al mandato contenido en el ya revisado artículo 142 inciso tercero del *CPP*.

Sobre la base de lo que expuesto, los propósitos que orientan la argumentación de la Fiscalía, pueden verse satisfechos de seguirse el conducto procesal que sugiere este trabajo, razón por la que no es efectivo que exista un momento único para asegurar esos fines y menos que se logre a través de la prisión preventiva en ausencia.

A mayor abundamiento, la segunda posibilidad (debate de la prisión preventiva en audiencia de control de la detención) se erige como la alternativa más fiable, no solo para el respeto las garantías generales de procedimiento –como puede resultar el derecho del imputado a ser oído–, sino que, también, coadyuvará en dotar de mayor eficacia la labor jurisdiccional, minimizando, en consecuencia, las posibilidades de error en la toma de la decisión. Esto es así, en atención a la especialidad que reviste la causal descrita en el inciso cuarto del artículo 141 del *Código Procesal Penal*, desde que gira en torno a una situación puntual, reconducida a la inasistencia del imputado a la audiencia de juicio oral (con independencia del número y

gravedad de delitos por los que se le acusa y su participación en ellos)¹⁴, por lo que la información que pueda aportar el encausado (detenido) en la audiencia, debería ser tenida como el antecedente más trascendental para dirimir el conflicto.

En clara conexión con lo antes expresado, resulta necesario reiterar la baja incidencia de la información que pueda aportar tanto el fiscal como el defensor de turno, para los efectos de argumentar en torno a la causal en comento. Ello, toda vez que estos intervinientes difícilmente podrán hacer frente a un hecho del todo imprevisto y desconocido, como lo es, la incomparecencia del acusado¹⁵. En otras palabras, a diferencia de lo que acontece con los requisitos generales de la prisión preventiva, en los que la Fiscalía y Defensa desempeñan un papel protagónico en la aportación de información y pruebas, en el caso de la causal prevista en el artículo 141 inciso cuarto parte final, aparecen como actores de segundo orden.

En lo que incumbe a aquel argumento que descarta la vulneración de garantías fundamentales del imputado, bajo el amparo de la provisionalidad de la prisión preventiva en conexión con la posibilidad concreta de pedir su revisión en la audiencia de control de detención, es necesario señalar que, si bien desde la retórica no puede desconocerse que tal fundamento coadyuvaría a maquillar las consecuencias (negativas) de disponer la prisión preventiva en ausencia, lo cierto es que el discurso se diluye al aterrizarlo a la realidad. En efecto, a pesar de no disponer de datos oficiales sobre el punto, la experiencia profesional (judicial) de quien suscribe, en concordancia con la información recabada de parte de quienes actúan habitualmente en esa sede (jueces, fiscales, defensores) permiten aventurar –a título de diagnóstico– que en la gran mayoría de las audiencias de control de la detención (con prisión preventiva decretada en ausencia) no se verifica debate alguno relativo a la cautelar, sino que, automáticamente el acusado ingresa a cumplirla, sin siquiera ser oído respecto de los motivos que causaron la inasistencia a la audiencia de juicio oral¹⁶. El argumento que se suele usar se ventila

¹⁴ En ese contexto, la discusión respecto de la imposición de prisión preventiva tendría plena cabida tratándose de un sujeto acusado por amenazas o hurto, como por una acusación dirigida por un ilícito de robo con homicidio o secuestro calificado.

¹⁵ En la práctica, el tribunal otorga un receso prudencial a la espera del imputado, espacio en el que la defensa intenta comunicarse por teléfono –la mayoría de las veces infructuosamente– con aquel, sin encontrar respuesta tanto de la inasistencia como del paradero del acusado.

¹⁶ Son varias las causas que podrían explicar la ausencia de revisión de la prisión preventiva. A modo ejemplar, citaremos dos factores que, estimamos, representan un papel importante en esta situación. La primera, tiene relación con la excesiva conformidad que exhibe la defensa respecto de la primitiva resolución que dispuso la cautelar en ausencia, en circunstancias de que la misma, por esencia, produce efecto de cosa juzgada formal provisional, bastando que

para desestimar cualquier vulneración de garantías del imputado en esta hipótesis, se desvanece ostensiblemente al alero de lo que acaece en terreno, consolidándose el escenario de afectación de garantías y derechos procesales sustanciales del encausado.

De esta forma, para el evento de adherir a la postura jurídica que se detalla en este apartado, inevitablemente se arribará a la paradójica conclusión relativa a que la medida cautelar personal más gravosa y de *ultima ratio* que contempla nuestra legislación procesal (basada en principios cardinales como lo son el de necesidad y proporcionalidad) será decretada en un escenario caracterizado por la desinformación, factor que repercutirá irremediable y negativamente en dos dimensiones de suma importancia. Por una parte, incidirá en el deber general de fundamentación de las resoluciones judiciales (artículo 36 del *CPP*) y, en especial, de la prisión preventiva (artículo 143 del *CPP*), así como también influirá en el aumento de las posibilidades de incurrir en error judicial. En cuanto a la primera arista, será difícil para el tribunal desarrollar la argumentación de rechazo o, bien, sobre la configuración de la causal especial de prisión preventiva, bajo criterios de plausibilidad, si en la práctica no está nutrido de la mínima información para ponderar su necesidad. Cabe resaltar que el artículo 143 del *Código Procesal Penal*, exige que la resolución que dispone la cautelar se sustente en antecedentes calificados que la justifiquen, circunstancia que, atendida la especificidad de la causal regulada en el inciso final, parte final del artículo 141 del citado estatuto, transforma de forma inevitable la versión del encausado en un pilar fundamental a la hora de resolver la procedencia de la prisión preventiva, toda vez que configura el insumo preciso para decidir fundadamente. Incluso más, a la objeción descrita correspondería adicionar

se allegue un nuevo antecedente (a los considerados inicialmente) para renovar el debate y, eventualmente modificarla en la misma audiencia de control de detención. En ese contexto, que mejor antecedente que contar con la versión del imputado para ponderar si su incomparecencia al juicio oral emerge como una justificación atendible o inaceptable. No obstante, son excepcionales las ocasiones en que la defensa solicita en la misma audiencia de control de la detención, debatir respecto a la subsistencia de la prisión preventiva “anticipada”. Por otra parte, y como segundo aspecto a considerar, es dable decir que se aprecia una bajísima iniciativa oficiosa de parte de la judicatura –en la audiencia de control de la detención– en orden a generar una instancia para discutir sobre la mantención de la cautelar, circunstancia que, a nuestro juicio no se aviene a la lógica conceptual que caracteriza al sistema procesal penal chileno. En efecto, si bien el *CPP* está mayormente alineado con los principios dispositivo y de pasividad en la actuación de los tribunales de justicia, no es menos cierto que una clara excepción a la regla se aloja en toda la temática asociada a la cautela de garantías (asunto que precisamente encasilla en el punto expuesto), en cuya virtud el juez detenta amplias facultades oficiosas. De esta forma, bastaría solo con recordar lo que rezan los artículos 10 y 145 inciso primero del *CPP* para justificar la crítica.

que la resolución que dispone la prisión preventiva en ausencia, contiene una fuerte carga de culpabilidad hacia el acusado, en términos de concebir en este una deliberada intención de no comparecer a la audiencia de juicio (de lo contrario no se accedería a la cautelar)¹⁷. A pesar de que la presunción de inocencia debiese enterrar *in limine* tal interpretación –máxime si se trata de un encausado vinculado al proceso penal en libertad– lo cierto es que, de hacer lugar a la cautelar en ausencia, se estaría validando un juicio de desaprobación, con asignación de sanciones procesales. Este criterio estaría caracterizado por la desinformación y se sostendría básicamente en especular (no predecir) acerca de la intencionalidad del imputado en orden a abstraerse deliberadamente de los actos del procedimiento (específicamente audiencia de juicio oral). En ese contexto, creemos que esta fórmula erosiona, no solo el derecho de defensa (bajo su vertiente material), sino que, a la vez, uno los principios cardinales del debido proceso, recogido expresamente por el legislador en el artículo 5 del *Código Procesal Penal*, esto es, el principio de legalidad en materia de medidas privativas o restrictivas de libertad, cuyo inciso primero prescribe:

“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”.

No obstante lo anterior, y el claro tenor de la citada disposición, cada vez que se dispone la llamada “prisión preventiva anticipada” se constata un incumplimiento a la regla, desde que el legislador mandató, sin excepciones, que la presencia del imputado en la audiencia destinada a debatir sobre la prisión preventiva, constituía un requisito de validez de la misma. En estas condiciones, el dar aplicar exegéticamente a lo dispuesto en el artículo 141 inciso cuarto, parte final del *Código Procesal Penal*, implicaría transgredir el reseñado artículo 5, precepto que, dicho sea de paso, está ubicado geográficamente dentro del libro primero del reseñado texto legal, denominado “disposiciones generales” y con precisión en el título primero llamado “principios básicos”, razón por la cual su prevalencia y proyección en todo el desarrollo del proceso, aparece como un tópico indesmentible e incuestionable.

Por otra parte, en cuanto al argumento asociado a los costos (humanos, logísticos y económicos) que irroga el reagendamiento de un juicio oral, es necesario señalar que el mismo no resulta ser del todo plausible, por cuanto

¹⁷ Fórmula que no compartimos, toda vez que lo único posible de concluir en ese momento tiene relación con la inasistencia del imputado, mas no si esta se produjo por factores endógenos o exógenos, voluntarios o involuntarios, etcétera.

si el imputado no compareció a la audiencia de juicio oral, irremediablemente se fijará una nueva fecha para su celebración, de modo tal que la imposición de la prisión preventiva en ausencia, en nada contribuye a evitar la situación. Además, cabe añadir que el propósito previsto por la norma –tal como en el caso anterior– puede cumplirse de igual modo si se decreta la prisión preventiva en la audiencia de control de la detención (en presencia del acusado), razón por la que la fórmula inicialmente sugerida tampoco califica como la única o exclusiva para conseguir el objetivo propuesto.

Para finalizar, cabe referir que no compartimos aquella interpretación que fija a la fallida audiencia de juicio oral (por inasistencia del enjuiciado), como el momento preclusivo para que el Ministerio Público invoque esta causal de prisión preventiva y ello por cuanto una facultad procesal no puede extinguirse si el legitimado para ejercerla no dispone de una oportunidad válida para impetrarla. Bajo ese raciocinio, si considerásemos que la piedra angular en esta materia lo constituye el inciso tercero del artículo 142 del *CPP*, se debiera extraer que el verdadero instante preclusivo estaría dado por la audiencia de control de la detención del imputado, puesto que en ella se respetarán todas las exigencias legales de validez para discutir sobre su procedencia y, por ende, surgirá la primera oportunidad procesal efectiva para ejercer la facultad.

6. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Sin perjuicio de las observaciones ventiladas a la posición del persecutor, no puede desconocerse que ella ha sido recogida por un sector importante de la judicatura penal de base, a lo que se adiciona cierta recepción en el ámbito de tribunales superiores de justicia. Cabe reiterar que la intervención en alzada no ha sido de la envergadura esperable por cuanto, como se ha remarcado en este trabajo, se constata un gran nivel de pasividad en los intervinientes a la hora de impetrar mecanismos de impugnación frente a las resoluciones que se pronuncian sobre la temática.

A pesar de lo dicho, debe advertirse que la mayor parte de las resoluciones judiciales dictadas con motivo de apelaciones deducidas por la defensa, se limitan a confirmar la de primer grado (cuyos fundamentos redundan principalmente en dar primacía por especialidad al artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, en conexión con la verificación de los presupuestos de procedencia de la causal). En la órbita de la acción de amparo, sí es posible detectar sentencias dotadas de mayor desarrollo y que respaldan la procedencia de la prisión preventiva en ausencia, por lo que haremos mención de una de ellas, extractando lo pertinente para los fines explicitados.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de fecha 20 de Abril de 2016, causa Rol 101-2016 (acción de amparo rechazada), considerando cuarto. “Que, con el mérito del informe del juez de garantía, y teniendo en consideración lo dispuesto por los artículos 33 y 141 inciso final del Código Procesal Penal, que faculta al Tribunal para decretar la prisión preventiva anticipada en el caso que el imputado, válidamente notificado, no compareciere a una audiencia cualquiera o a la audiencia de juicio, según los casos, sin causa justificada para ello, es que, precisamente, no se vislumbra la ilegalidad o arbitrariedad de la actuación recurrida, en el entendido que la resolución en comentario ha sido dictada por autoridad competente en uso de sus facultades legales, y precedida, a mayor abundamiento, por debate entre las partes y la debida fundamentación. En este contexto, y encontrándose la resolución dictada por autoridad competente, en uso de sus facultades legales y adecuadamente fundamentada, es que el recurso en referencia no puede prosperar”.

7. PLANTEAMIENTO DE IMPROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AUSENCIA

Para abordar esta tendencia interpretativa, imperioso resulta destacar la importancia que corresponde atribuir al artículo 142 dentro del espíritu y esquema normativo del *Código Procesal Penal*. En efecto, la aludida disposición ejemplifica palmariamente la intención del legislador en orden a promover el respeto y protección de los derechos fundamentales de todos quienes intervienen en el proceso y, en el caso específico del imputado, en cuanto consagrar una oportunidad efectiva de ser oído y probar sus dichos, con anticipación a la resolución judicial. Por lo demás, la trascendencia del texto parece inobjetable precisamente por su ubicación geográfica, toda vez que se inserta en el seno de la cautelar personal más lesiva en materia de restricción de garantías procesales, esto es la prisión preventiva, lo que lo transforma en un verdadero principio informador de la misma. Por lo mismo, si la ley –conocedora del impacto aflictivo que genera esta medida en el imputado– decidió establecer minuciosamente y en términos absolutos, requisitos de procedencia de la misma, bajo sanción de invalidez, *sin consignar ningún tipo o clase de excepción*, es deber del juez sujetarse de forma estricta a su letra, verificando que se cumplan todas las condiciones exigidas en el artículo reseñado, por cuanto tal regulación se exhibe coherente, no solo con el contenido axiológico que distingue al código en referencia, sino que, también, armónica con un conjunto de preceptos legales insertos en él. Como contrapartida, si el intérprete decide apartarse de su texto, se incurrirá en un vicio que apunta derechamente a

la eficacia de la citada audiencia poniendo en riesgo tal actuación procesal. Esto es así, puesto que el legislador decidió elevar la presencia del encartado hacia una dimensión jurídica excepcional dentro el *Código Procesal Penal*, a saber, postularla como un requisito o presupuesto de validez de la audiencia en que se demande la prisión preventiva, de suerte que, la no sujeción a la forma, implicaría la generación de un vicio de nulidad. Sobre este punto, el distinguido profesor Giuseppe Chiovenda, enseña:

“las nulidades no son penas, sino tan solo la consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a la que la ley atribuye determinados efectos”¹⁸.

Cabe también destacar que el citado artículo lleva por título: “Tramitación de la solicitud de prisión preventiva”. De tal enunciado se extrae que en el texto se desarrollan cada uno de los pasos a seguir únicamente para el evento de pedirse la imposición de la cautelar. Debemos remarcar este último punto, ya que el precepto en análisis solo adquiere vigor en la medida que el objeto de la petición sea el de aplicar la prisión preventiva, no siendo extensible a aquellos eventos de substitución, modificación o cesación de la misma, ya que esos supuestos cuentan con regulación propia (artículos 144 y 145 del *CPP*). Sobre la base de lo anterior, parece lógico concluir que los únicos intervinientes legitimados activamente para impetrar la solicitud de prisión preventiva (en el marco del artículo 142 del *CPP*), sean el Ministerio Público y el querellante, si lo hubiere.

Ahora bien, corresponde advertir que la redacción del inciso primero del artículo 142 del *CPP* no es del todo feliz, principalmente en lo atingente a la esfera de atribuciones de resorte del Tribunal Oral en Lo Penal. En efecto, una lectura rápida y periférica de la norma podría conducirnos a estimar que existiría solo una oportunidad para impetrar la prisión preventiva, esto es, en la audiencia de juicio oral. De aceptarse esta fórmula, se seguiría que, por ejemplo, el imputado libre, puesto a disposición del referido tribunal (a la espera de celebrarse el juicio oral) quedaría beneficiado por una *pseudo* inmunidad cautelar, la que se explicaría lisa y llanamente por un vacío normativo. En efecto, como el Tribunal Oral solo tendría competencia para pronunciarse respecto de la prisión preventiva en la audiencia de juicio oral, tal circunstancia habilitaría al acusado para incumplir deliberadamente las medidas cautelares (de baja intensidad) que le fueran impuestas en sede de garantía, sin verse expuesto al peligro de sufrir una agravación en su situación procesal. Así, si el fiscal de la causa toma conocimiento que el encarta-

¹⁸ CHIOVENDA (2005), p. 94.

do no está dando cumplimiento a un arresto domiciliario total y aún resta bastante plazo para celebrar la audiencia de juicio oral, aquel se vería atado de manos para solicitar, ante el Tribunal Oral en Lo Penal la imposición de la prisión preventiva (al no estar en la hipótesis prevista en el inciso primero), frustrándose con ello los fines del procedimiento¹⁹. Pues bien, creemos que en caso alguno fue la intención del legislador generar esta laguna –la que a todas luces es muy controversial–, sino que, más bien, nos inclinamos a pensar que se está en presencia de una errada técnica de redacción, motivo por el que, en definitiva, tal precepto debiese ser interpretado en coherencia con la eficacia de los fines del procedimiento. De esta forma, si soslayamos el elemento gramatical y recurrimos al sistemático, concluiríamos que el Tribunal Oral tiene competencia para pronunciarse respecto de la prisión preventiva desde que el acusado sea puesto a su disposición, ampliando el escenario más allá de la audiencia de juicio oral.

Una vez resuelto lo anterior, cabe igualmente puntualizar que la referencia hecha por el legislador a la audiencia de juicio oral –como momento procesal propicio para impetrar la petición de prisión preventiva– en caso alguno debe restringirse a la variante que se critica en este opúsculo. Por el contrario, con ocasión de la celebración de tal audiencia, perfectamente pueden suscitarse otras conjeturas que habiliten el debate de la cautelar en presencia del imputado. Así, por ejemplo, con motivo de un veredicto condenatorio, previendo, el Ministerio Público un inminente cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, surgiendo un peligro de fuga del acusado libre, aquel se encontraría validado para solicitar la agravación o intensificación del régimen cautelar, lo que involucraría, hipotéticamente, elevar la solicitud de prisión preventiva.

En cuanto al inciso segundo del artículo 142 del *Código Procesal Penal*, a decir verdad, solo podemos rescatar aquella mención que obliga al juez de garantía a citar al acusado, entre otros intervinientes, a la audiencia para debatir lo concerniente a la imposición de la cautelar (factor que corrobora la relevancia de su presencia). Sin embargo, no puede desconocerse que la oportunidad procesal que regla este párrafo tiene relación con el desarrollo de la investigación, esto es, un marco contextual completamente ajeno al radio del Tribunal Oral.

Bajo ese escenario, aterrizamos de lleno en el inciso tercero de la norma en estudio, la que se erige como la piedra angular, o si se prefiere, un verdadero punto orientativo en materia de requisitos procesales mínimos

¹⁹ Debemos recordar que el artículo 139 inciso segundo del CPP, discurre en que “la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento...”.

para avalar la aplicación de la prisión preventiva. En otras palabras, estamos frente a una disposición diferente y única, por cuanto no existe otra –a lo largo de todo el tratamiento que el *Código Procesal Penal* hace respecto de la cautelar– que establezca presupuestos de validez para su discusión y eventual concesión, motivo por el que resulta forzoso instar por su supremacía a la hora de fijar el marco procesal estructural que legitime el debate a su respecto y ulterior aplicación. Asimismo, es necesario resaltar que el inciso en análisis no establece excepción alguna a su tenor, de lo que se infiere que se trata de una regla insustituible e insoslayable a la hora de discutir la procedencia de la prisión preventiva.

Por lo demás, a diferencia de la orfandad y desapego normativo que caracteriza a la oportunidad procesal prevista en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, el artículo 142 inciso tercero goza de un contundente respaldo, no solo en el ámbito de principios, sino que, además, en diversas normas del *Código Procesal Penal*. De este modo, es perfectamente posible levantar una secuencia lógica y armónica de disposiciones insertas en el estatuto procedimental y, con su mérito, justificar una interrelación entre el artículo 142 inciso tercero con los artículos 33 inciso tercero, 281, e hipótesis de prisión preventiva del 141 inciso cuarto parte final, todos del *CPP*, demostrando con ello que, más que textos dicotómicos, solo se verifica una errada técnica de redacción en un pasaje de la última disposición asociada a la oportunidad procesal para hacer valer la cautelar en análisis.

Desde la perspectiva propuesta, el esquema natural y coherente a seguir principia en la necesidad de citar (notificar) al imputado libre (puesto a disposición del Tribunal Oral en Lo Penal) a la audiencia de juicio oral, citación que debe materializarse en los términos y bajo los aperecebimientos indicados en los artículos 33 y 141 inciso cuarto del *CPP* (artículo 281 del *CPP*), esto es, que la incomparecencia “injustificada” del acusado a tal audiencia, constituirá motivo suficiente para disponer su detención o, incluso, su prisión preventiva. Resulta importante hacer notar que el artículo 281 del estatuto procedimental es la primera disposición del título III del libro segundo, denominado “Juicio oral”, transformándose, en consecuencia, en un precepto de suyo atingente para la temática abordada en este artículo. De esta forma, cuando el legislador obliga a citar (notificar) al imputado bajo la advertencia reglada en el artículo 33 del *CPP*, lo que desea transmitir se resume en consagrar un causal específica de prisión preventiva, condicionada en su procedencia a una limitación, a saber: calificar de “injustificada” la inasistencia del encartado. Pues bien, es aquí donde se visibiliza el componente crucial para desentrañar el problema, puesto que para superar tal barrera el legislador puso al juzgador en la perentoria obligación de nutrirse de información precisa y suficiente para estar en condiciones de resolver y aplicar la cautelar

(cuestión que, por lo demás, engarza perfectamente con el mandato especial de fundamentación plasmado en el artículo 143 del *CPP*). Este deber solo se satisfará en la medida que se suministre al juzgador un volumen informativo suficiente y preciso destinado a desentrañar la justificación o no de la incomparecencia, de suerte tal que, frente al incumplimiento de la obligación, el juez quedará en posición de elucubrar o realizar futurología. En ese contexto, resulta esclarecedora la explicación que ofrece el profesor Jordi Nieva Fenoll al señalar (a propósito del riesgo de fuga y su evaluación) que dicho riesgo

“no puede estar justificado, nuevamente, en una simple conjetura. El juez debe ser capaz de explicar en su resolución con qué medios podría eludir la acción de la justicia el preso, puesto que en caso de que no pueda explicarlo, tampoco podrá justificar la existencia del riesgo”,

agregando luego:

“el único parámetro algo más lúcido, en el sentido de que al menos puede relacionarse directamente con el riesgo, es el de la ‘inminencia de la celebración del juicio oral’, aunque valorar si ello es o no determinante en el riesgo vuelve a arrojar al juez más bien al papel de un adivino”²⁰.

Por lo tanto, bajo ese escenario y la necesidad de proveer el juzgador de elementos necesarios para resolver argumentada y razonablemente, surge la persona del acusado como un componente relevante para cumplir tal prescripción, ya que, como se ha dicho a lo largo de este trabajo, es el interviniente que cuenta –por lejos– con la mejor información para zanjar el asunto. De ahí que obviar su presencia al instante de debatir sobre esta causal, acrecienta el perjuicio procesal, dado que no solo se lesionará el derecho de ser oído del imputado, sino que, de paso, tal resolución judicial no cumplirá con la exigencia especial de fundamentación prevista en el citado artículo 143. En ese sentido, refuerza lo que se viene diciendo las palabras del célebre catedrático Perfecto Andrés Ibáñez, quien a propósito de la prueba y su motivación, enseña:

“a estas alturas nadie discutiría que el proceso de formación de la convicción judicial ha de estar presidido por la racionalidad y ajustarse estrictamente a lo que resulte del cuadro probatorio; y que la decisión en que aquélla se concrete ha de contar con justificación explícita y suficiente”²¹.

²⁰ NIEVA (2017), p. 286.

²¹ TARUFFO, IBÁÑEZ y CANDAU (2009), p. 89.

Ahora bien, a nuestro entender la mención que el artículo 281 del *CPP* hace respecto del inciso cuarto del artículo 141 del *CPP*, debe circunscribirse solo al contenido del apercibimiento que contempla (tal como literalmente lo expresa la norma), impidiendo extenderla a otros tópicos tales como la oportunidad para hacerlo efectivo. Si es así, debiese concluirse que los artículos 33 inciso tercero, 281 inciso final y 142 incisos tercero y cuarto, todos del *CPP*, se exhiben y conjugan de forma armónica y congruente, validando con ello una interpretación sistemática, acorde no solo con el instituto de la prisión preventiva, sino que con los principios básicos que informan el sistema de enjuiciamiento criminal, tales como la legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad (artículo 5 del *CPP*) o, bien, el ámbito de la defensa, bajo una perspectiva funcional al derecho de defensa material, expresado para estos efectos en el derecho a ser oído (artículo 8 inciso segundo del *CPP*) y por qué no decirlo, de un derecho a la prueba en sede cautelar.

Como contraste, se tiene que el momento procesal para invocar la prisión preventiva plasmado en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, se visualiza completamente aislado del marco regulatorio, de suerte tal que solo subiste por razón de su propia letra. Es más, revisada la historia de la ley, nunca emergió una voz que pusiera el énfasis en la necesidad de consagrar esta presunta regla especial de oportunidad, demostrando con ello que simplemente pasó inadvertida.

En esa dirección, si discurrimos en abstracto que una disposición especial debería cumplir una finalidad rupturista del marco legal general establecido, el piso mínimo para validar tal quiebre trasuntaría en exigir que la norma particular esté dotada de contenido, ya que en caso contrario no encontraría respuesta razonable su inserción. Sin embargo, tal variante no ocurre en la especie, lo que hace suponer con fuerza y por vía de descarte, que la inserción del párrafo cuestionado, obedecería lisa y llanamente a un error de redacción por inclusión. Demás está decir que, si bien, en líneas generales, el *Código Procesal Penal* mantiene una notoria coherencia jurídica, por excepción se constata –bajo su arquitectura– un número marginal de disposiciones dicotómicas, atribuibles a una impropia técnica legislativa²².

²² Así, a vía ejemplar podría confrontarse lo dispuesto en los artículos 153 inciso primero y 347, con el inciso segundo del primero de los sindicatos, o bien si se prefiere el artículo 265 con el inciso primero del artículo 74, o tal vez el artículo 290 con el 363, todos *CPP*. Es más, el artículo 332 *CPP* desnuda un sensible error de planteamiento en su redacción, al dejar fuera del ámbito de la confrontación declaraciones previas prestadas ante un Tribunal Oral en Lo Penal en el contexto de un juicio oral anulado. En este último aspecto, véase DUCÉ (2014).

Como corolario de lo anterior, si la mera letra de la disposición se erige como el único elemento que posibilita explicar la cuestionada oportunidad procesal descrita en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, cobraría pleno sentido la visión de Agustín Squella Narducci en cuanto a lo que demanda la sociedad de un juez al dictar una resolución judicial. Así, el citado profesor refiere que lo esperable de los jueces no es únicamente que *expliquen* sus decisiones, sino que las *justifiquen*, esto es, que den razones de sus fallos, mostrando la aceptabilidad de lo resuelto. Añade el autor que, por el contrario, el juez solo se limita a explicar una decisión, cuando señala el motivo formal que lo condujo a ella en términos similares a los siguientes “decidí de ésta u otra forma, porque la ley lo dice” o “porque es lo que el tribunal superior confirmará en caso de recurso”²³. Pues bien, a nuestro juicio, esta explicación enlaza plenamente con la discusión que se plantea en este trabajo, ya que la oportunidad procesal prevista en el artículo 141 inciso cuarto, parte final del *CPP*, en el escenario más auspicioso podrá satisfacer un estándar semejante al de una explicación, factor que resulta insatisfactorio si se tiene presente la dimensión legal requerida, esto es la justificación sobre la base de una adecuada fundamentación (artículo 143 del *CPP*).

Así las cosas, frente al cúmulo de críticas que pueden levantarse en relación con el momento procesal plasmado en el citado inciso cuarto del artículo 141 del *CPP*, el enunciado de estar frente a una mención mal introducida, propio de un error de redacción por inclusión, no solo se robustece, sino que paralelamente obligaría al intérprete a escudriñar otra vía de solución al asunto de forma coherente con el engranaje epistémico del *Código Procesal Penal*. En términos empleados por el profesor Eduardo Couture “cuando la letra desfallece, cuando su texto es notoriamente erróneo, cuando coliden un texto con otro texto, o cuando se nos presenta un texto en pugna con un principio, o un principio con otro principio, o cuando el silencio sume al lector en perplejidad, la tarea interpretativa adquiere su jerarquía propia”²⁴. Pues bien, ante el peso de esta situación en consonancia a la necesidad de buscar una adecuada interpretación al problema, emerge con claridad, el inciso tercero del artículo 142 del *CPP* y la audiencia de control de detención, como el conducto normativo-procesal idóneo para debatir lo relativo a la causal especial de prisión preventiva y dirimir su imposición.

Finalmente, a pesar de todo lo manifestado *ut supra*, si llegásemos a concebir que existe colisión entre el artículo 141 inciso cuarto parte final y el principio rector establecido en el artículo 142 inciso tercero del *CPP*, igualmente ella debería ceder en beneficio de la última disposición. Lo anterior,

²³ SQUELLA (2003), p. 477.

²⁴ COUTURE (2010), p. 34.

en atención a que, como dijimos anteriormente, el artículo 142 inciso tercero del *CPP* conecta perfectamente con los principios, reglas y diseño normativo del citado *Código*, a diferencia de lo que acontece con la norma con la que se le confronta, circunstancia que haría prevalecer, en definitiva, al texto que consagra la presencia del imputado y su defensor como un requisito de validez de la audiencia en que se ventile la prisión preventiva. Sobre el particular, el destacado profesor Eduardo Couture otorga una clara orientación a seguir en caso de interferencia de textos y principios, explicando que

“hablar de colisión de texto contra principio parecería una antinomia, porque no puede haber más principio que el que surge de los textos. Sin embargo, si llegáramos a la conclusión de que los principios se extraen de una armonización sistemática de todos los textos, tomando en consideración sus repeticiones sucesivas, sus obstinadas y constantes reapariciones, la tarea interpretativa en este caso debe resolverse por el predominio del principio ya que él es la revelación de una posición de carácter general tomada a lo largo del conjunto constante de soluciones particulares”²⁵.

8. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE ESTA TESIS

Dando por reproducida la salvedad asociada al escaso aporte jurisprudencial en alza, igualmente fue posible detectar pronunciamientos, en el ámbito de Corte de Apelaciones, en lo que se destaca la prevalencia del artículo 142 del *Código Procesal Penal*, en desmedro de lo dispuesto en el inciso final parte final del artículo 141 del estatuto jurídico reseñado.

a. Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de fecha 15 de Junio de 2016, causa Rol 169-2016 (acción de amparo acogido), considerando Segundo: “Que del mérito de los antecedentes, y teniendo especialmente en consideración lo dispuesto en el artículo 142 inciso tercero del *Código Procesal Penal*, aparece que la presencia de la imputada y su defensora, constituye un requisito de validez de la audiencia en que se resuelve la solicitud de prisión preventiva, y no encontrándose controvertido que la amparada no estuvo presente en dicha audiencia, se advierte que la resolución no se ajustó a derecho”.

b.- Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de fecha 15 de Junio de 2016, causa Rol 179-2016 (acción de amparo acogido), considerando Segundo “Que en cuanto a la arbitrariedad que

²⁵ COUTURE (2010), p. 36.

se reclama, surge de los antecedentes que el imputado, si bien fue citado a la audiencia de juicio, lo fue con cuatro meses de anticipación a la fecha en que ella se realizó y a la cual no compareció, de lo cual resulta posible concluir que pudiera existir algún motivo para la ausencia, sin que haya sido escuchado sobre el punto, disponiéndose sin más la medida más gravosa para asegurar su comparecencia, en circunstancias que ha existido otra de menor entidad y que puede cumplir el mismo efecto. De lo dicho resulta, por lo tanto, que la medida resulta desproporcionada y por ello, deviene en arbitraria, lo que autoriza la sustitución y, por ende, que sea acogido el recurso”.

Merece un breve comentario este último fallo, toda vez que introduce un elemento bastante interesante para el análisis en tanto discurre –a nuestro entender acertadamente– sobre la pertinencia de tener en vista el principio de proporcionalidad al momento de decretar la prisión preventiva por la causal prevista en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*. En efecto, una primera aproximación a la norma aludida conduce a pensar que su configuración resulta ser bastante sencilla, demandando solo la incomparecencia del imputado (válidamente notificado) a la audiencia de juicio oral. Sin embargo, no debe perderse de vista que el instituto en juego es precisamente la prisión preventiva, medida que, a pesar de variar en cuanto a su causal de procedencia, mantiene indemnes todos los principios que la reglan y limitan, entre ellos, el de proporcionalidad. Sobre la base de ello, una adecuada aplicación del principio en estudio, involucraría, cuando menos, sopesar ciertos antecedentes mínimos para los efectos de determinar si la cautelar se aviene a la situación acaecida en el caso concreto. Es más, la propia sentencia destacada, ofrece ciertos elementos que siempre deberían ser considerados por el tribunal al ponderar la proporcionalidad de la prisión preventiva solicitada, entre ellos, la necesidad de oír previamente al imputado.

No está demás insistir en la idea relativa a que el estándar requerido por el legislador para acceder a la prisión preventiva viene dado por un adecuado nivel de fundamentación de la resolución judicial, bajo la concurrencia de antecedentes calificados que la justifiquen (art. 143 del *CPP*), lo que se conseguiría –al alero de la causal específica en estudio– no solo oyendo al imputado, sino que además permitiéndole refrendar sus dichos y generando, si es posible, una instancia de prueba. Sobre este punto, Jonatan Valenzuela Saldías postula

“ser más o menos evidente que al estar frente a una decisión racional, de relevancia en el contexto del procedimiento, se puede sostener la sujeción a algún grado, aunque sea mínimo, de corroboración”²⁶.

²⁶ VALENZUELA (2017), p. 75.

9. SOLUCIONES ATENUADAS

A pesar de estar en desacuerdo con la postura que pregona la validez de decretar la prisión preventiva en ausencia, no podemos desentendernos del respaldo que ostenta en el ámbito jurisprudencial. Por lo mismo, asumiendo esa realidad, estimamos que las objeciones jurídicas levantadas pueden verse mitigadas en intensidad, en el evento de acogerse alguna de las salidas intermedias que se barajan y que detallan a continuación.

La primera, discurre en asignar al tribunal un papel protagónico en la audiencia de control de la detención del imputado (cuya orden fue despachada al alero de lo previsto en el artículo 127 inciso cuarto del *Código Procesal Penal*). En efecto, a pesar de que la cautelar de prisión preventiva fuese resuelta (en ausencia) en la primigenia audiencia de juicio oral, lo cierto es que su cumplimiento recién viene a materializarse una vez culminado el control de la detención. Sobre el particular, debe recordarse que, hasta ese momento, la privación de libertad encuentra su fundamento en la detención, por lo que, a pesar de haber sido decretada la prisión preventiva, esta aún no ha principiado a cumplirse materialmente. Así las cosas, a juicio de quien suscribe, cobraría suma importancia instar por reexaminarla, esta vez escuchando al encausado de acuerdo con los lineamientos trazados en el inciso segundo del artículo 8 del *CPP*.

Sin embargo, la práctica enseña que, una vez aprehendido el imputado incompareciente, conducido a la justicia y controlada su detención, rara vez la defensa solicita revisión de la prisión preventiva adoptada en ausencia, generando la impresión de vernos enfrentado a una resolución con autoridad de cosa juzgada en los términos explicados por el profesor Enrico Tullio Liebman²⁷, por lo que, salvo particulares excepciones, se produce un fenómeno automático y pacífico de sujeción a la cautelar, sin siquiera imponerse el tribunal de él o los motivos que tuvo el acusado para no asistir a la audiencia de juicio oral. No está demás recordar que la resolución que dispone cualquier cautelar (con mayor razón tratándose de la más lesiva) en caso alguno esa decisión produce cosa juzgada formal propiamente tal, ni menos su variante substancial, sino que, por el contrario, hablamos de una decisión cuyos efectos son esencialmente provisionales, lo que se traduce en

²⁷ En efecto, el destacado profesor define la autoridad de la cosa juzgada como la “inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia”, agregando: “la misma no se identifica simplemente con la definitividad e intangibilidad del acto que pronuncia el mandato; es, por el contrario, una cualidad especial, más intensa y más profunda, que inviste el acto también en su contenido y hace así inmutables, además del acto en su existencia formal, los efectos cualesquiera que sean del acto mismo”. LIEBMAN (1946), p. 71.

que subsistirá la prisión preventiva solo en la medida que no se hagan valer nuevos antecedentes que la desvirtúen.

Bajo ese diagnóstico, el remedio procesal que se sugiere viene dado por dotar al juzgador de facultades oficiosas para abrir debate en lo relativo a la mantención o modificación de la cautelar, inmediatamente después de controlada la detención. Es dable puntualizar que esta opción encuentra soporte en la órbita de la cautela de garantías (artículo 10 del *CPP*), precepto que abre la puerta a la oficialidad en aquella hipótesis en que el imputado no se encuentre 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.

La segunda salida que se postula en este ensayo, consiste en internalizar que la prisión preventiva, dispuesta en ausencia, lesiona flagrantemente el inciso tercero del artículo 142 del *Código Procesal Penal*, precepto que, como se dijo, es el único que fija presupuestos de validez para discutir y eventualmente, imponer la cautelar. Bajo esa perspectiva, de aplicarse exegéticamente la oportunidad procesal fijada el inciso cuarto parte final del artículo 141 del *CPP* y, como corolario de ello, de disponerse la prisión preventiva en ausencia del imputado, se originaría un vicio de invalidez que habilitaría la declaración de nulidad procesal. En efecto, el artículo 159 del *CPP*, titulado “procedencia de las nulidades procesales”, prescribe:

“sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”.

A mayor abundamiento, en el caso en examen, la infracción se manifiesta en impedir que el acusado ejercite las garantías y derechos que le reconoce la Constitución y las leyes, en particular el derecho de ser oído previamente, razón por la que se configura la presunción de derecho del perjuicio, en los términos indicados en el artículo 160 del *CPP*. Esta circunstancia cobra suma trascendencia para los fines abordados en este artículo, toda vez que es la ley la que califica de antemano y sin posibilidad de objeción, el perjuicio experimentado, posibilitando la actuación oficiosa del tribunal (parte final del art. 163 del *CPP*) para remediar el defecto. En ese contexto, si el propio legislador –en el artículo 142 inciso tercero del *CPP*– quiso elevar la presencia del imputado a la categoría de requisito de validez de la audiencia en que se discuta la prisión preventiva, una vez constatada la consumación del vicio de invalidez (ausencia del imputado), de cuyo resultado, además, se presume de derecho el perjuicio para este, bastaría que el tribunal llamado a controlar su

detención, actuase en conformidad con el artículo 163 del *CPP*, declarando oficiosamente la nulidad de todo lo obrado en aquella audiencia en que se decretó la prisión preventiva en ausencia y, acto seguido, abrir debate de la misma, pero en esta oportunidad, con la presencia del encartado.

10. CONCLUSIONES

La prisión preventiva constituye la medida cautelar personal más lesiva que contempla nuestro ordenamiento procesal penal. Por lo mismo, si el constituyente validó, por vía excepcional, restringir la libertad personal de cualquier sujeto –supeditado a la observancia de los requisitos o formas mínimas legales– es deber del juzgador verificar que dichas cortapisas sean respetadas para los efectos de otorgar legitimidad a la privación de libertad.

Es en el contexto recién señalado que surge el artículo 142 inciso tercero del *Código Procesal Penal*, disposición que no solo armoniza con el espíritu que imprime el citado estatuto jurídico en cuanto a resguardar las garantías fundamentales de todos quienes intervienen en el proceso, sino que, además, reguló los presupuestos de validez para discutir y eventualmente, imponer la prisión preventiva. Es así como el aludido inciso exige, como requisito de validez, la presencia del imputado en la audiencia en que se solicite la aplicación de la citada cautelar, de suerte tal que su inobservancia –como ocurre con la prisión preventiva dispuesta en ausencia– no solo constituye una fórmula desapegada a los principios básicos que inspiran el *Código Procesal Penal*, sino que, también, emerge como un vicio procesal susceptible de ser reparado –oficiosamente– vía nulidad.

Sostenemos que en lo relativo el momento procesal –para impetrar la cautelar– de acuerdo con la regulación contenida en el inciso cuarto parte final del artículo 141 del *CPP*, no debe determinarse sobre la base de una interpretación meramente literal del texto, ni menos concebirlo como una manifestación de especialidad. Por el contrario, se trata de una norma desprovista de contenido, además de estar aislada normativa y axiológicamente del *Código Procesal Penal*, factores todos que llevan a inferir que la referencia obedece a un error de redacción provocado por la inclusión de una desafortunada mención.

En paralelo, destacamos la importancia del inciso tercero del artículo 142 del *CPP*, por tratarse de una regulación general carente de excepciones, a lo que debe agregarse su estampa de regla procesal de legitimidad, insoslayable al instante de debatir y resolver sobre la imposición de la prisión preventiva del encausado.

En ese escenario, no cabe duda que la relevancia del artículo 142 inciso tercero del *CPP*, hace prevalecer ese texto por sobre cualquier otra

disposición que incida en la prisión preventiva. Por tal razón, postulamos la presencia del imputado y su defensor como requisito *sine qua non* para cualquier hipótesis en que se requiera la imposición de la cautelar, desestimando la posibilidad de decretarla en ausencia.

Como colofón a lo razonado, pregonamos –como fórmula procesal idónea a aplicar frente a la incomparecencia del acusado a la audiencia de juicio oral–, que se despache de la correspondiente orden de detención y luego, en la audiencia de control de la aprehensión, abrir debate respecto a la causal especial de prisión preventiva consignada en el artículo 141 inciso cuarto, parte final del *Código Procedimental*.

Con todo, admitiendo que la jurisprudencia nacional se ha mostrado dividida en cuanto a dar primacía al artículo 142, por sobre el 141 inciso cuarto parte final, se proponen como soluciones atenuadas o eclécticas (dirigidas a mitigar los efectos perniciosos de la prisión preventiva dispuesta en ausencia), la revisión oficiosa de la cautelar, en la audiencia de control de detención del acusado, justificando la intervención en la cautela de garantías (art. 10 del CPP) o, bien, intentar una salida más audaz, cimentada en la declaración oficiosa de nulidad de la prisión preventiva en ausencia (en la audiencia de control de detención), al alero de lo consignado en los artículos 160 y 163 del *Código Procedimental*, para luego, inmediatamente, abrir debate sobre su procedencia, esta vez con la asistencia del imputado, con lo que se cumple a cabalidad el mandato previsto en el inciso tercero del *Código Procesal Penal*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CHIOVENDA, Giuseppe (2005): *Instituciones de derecho procesal civil* (Buenos Aires, Valletta Ediciones).
- COUTURE, Eduardo (2010): *Estudios de derecho procesal civil. Vol. III. El juez, las partes y el proceso* (Buenos Aires, Editorial Thomson Reuters,).
- DUCE JULIO, Mauricio y Cristián RIEGO RAMÍREZ (2007): *Proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERRER, Jordi (2012): “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en José Juan Moreso, y José Luis Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010* (Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales).
- HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE (2005): *Derecho procesal penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LIEBMAN, Enrico Tullio (1946): *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada* (Buenos Aires, Ediar. S.A. Editores,).

- MATURANA MIQUEL, Cristián y Raúl MONTERO LÓPEZ (2010): *Derecho procesal penal* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing), tomo I.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2017): *Derecho procesal III. Proceso penal* (España, Ediciones Marcial Pons).
- ROXIN, Claus (2000): *Derecho procesal penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2003): *Filosofía del derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TARUFFO, Michele, IBAÑEZ, Perfecto y Alfonso CANDAU PÉREZ (2009): “Motivar qué, cómo y para qué”, en *Consideraciones sobre la prueba judicial* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).
- VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan (2017): *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno* (Santiago, Rubicón Editores).