

El rol del juez de garantía en el debate de medidas cautelares personales. Revisión normativa de los sistemas procesales penales de Chile, Uruguay y Argentina federal

The role of the Guarantee Judge in Personal Precautionary Measures Hearings: A Normative Review of the Criminal Procedural Systems in Chile, Uruguay, and Federal Argentina

O papel do juiz de garantias no debate de medidas cautelares pessoais. Revisão normativa dos sistemas processuais penais do Chile, Uruguai e Argentina federal

Rafael Blanco Suarez

ORCID: 0009-0000-6008-7724

Universidad Alberto Hurtado de Chile

Correo: rafablanca68@gmail.com

Recibido: 19/03/2024

Aceptado: 13/06/2024

Resumen: Las funciones que los tribunales de garantía o de control deben cumplir en los modelos acusatorios de corte adversarial son fundamentales para la debida protección de los derechos y las garantías de todos los intervinientes, en especial del imputado y el acusado. Estas funciones resultan críticas para los debates en torno a la procedencia de las medidas cautelares personales y suponen por parte del juez la estricta observancia de los principios que regulan tales medidas y la fundamentación acerca del modo en que estos principios son aplicados en cada caso. Los tribunales de garantía deben definir y explicitar los estándares exigibles para cada tipo de medida cautelar personal solicitada por los litigantes, y reproducir en sus resoluciones los criterios empleados y los fundamentos utilizados para dar por acreditados o desestimados los requisitos de las medidas cautelares personales, como son los presupuestos materiales de estas y la necesidad de cautela.

Palabras clave: proceso penal; juez de garantía; medidas cautelares personales; prisión preventiva.

Abstract: The functions that guarantee or control courts must fulfill in adversarial accusatory models are crucial for the proper protection of the rights and guarantees of all participants, especially the defendant and the accused. These functions are critical to the debates regarding the appropriateness of personal precautionary measures and require the judge to strictly observe the principles governing such measures and to justify how these principles are applied in each case. Supervisory courts must define and clearly state the standards required for each type of personal precautionary measure requested by the litigants and must reproduce in their rulings the criteria employed and the reasoning used to either confirm or dismiss the requirements of the personal precautionary measures, such as their material prerequisites and the necessity for caution.

Keywords: criminal procedure; guarantee judge; personal precautionary measures; pre-trial detention.

Resumo: As funções que os tribunais de garantias ou de controle devem cumprir nos modelos acusatórios de corte adversarial são fundamentais para a devida proteção dos direitos e garantias dos intervenientes, especialmente do imputado e do acusado. Essas funções são críticas para os debates sobre a procedência das medidas cautelares pessoais e implicam, por parte do juiz, a estrita observância dos princípios que regulam tais medidas e a fundamentação sobre a maneira como esses princípios são aplicados em cada caso. Os tribunais de garantia devem definir e explicitar os padrões exigíveis para cada tipo de medida cautelar pessoal solicitada pelos litigantes, e reproduzir em suas resoluções os critérios empregados e os fundamentos utilizados para considerar comprovados ou rejeitados os requisitos das medidas cautelares pessoais, como são os pressupostos materiais dessas medidas e a necessidade de cautela.

Palavras-chave: processo penal; juiz das garantias; medidas cautelares; prisão preventiva.

Introducción

Los procesos penales acusatorios adversariales han entregado a los jueces de garantía o de control roles centrales y críticos en las primeras dos fases del proceso penal: la fase de investigación y la fase intermedia. En ambas fases el cometido más relevante de los jueces es el de velar por la debida protección de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal y muy especialmente de quien aparece como imputado o acusado del hecho investigado (Larrieu, 2017, p. 280). Esta función crítica aparece de manifiesto en los debates acerca del control de legalidad de las actuaciones policiales autónomas, de la procedencia de medidas cautelares personales, de la procedencia de medidas intrusivas, de los controles de plazos máximos de investigación, de la reapertura de investigaciones por afectación de garantías de algún interviniente, o de los debates de admisibilidad y exclusión de pruebas. A lo anterior deben agregarse aún las funciones de control de los jueces en relación con la procedencia de salidas alternativas al proceso, o los pronunciamientos sobre otros dispositivos de término anticipado de causas.

Sin perjuicio de este conjunto de responsabilidades cautelares a que se llaman los jueces de control o garantía, sin duda el debate sobre las medidas cautelares personales en la fase de investigación concentra una de las mayores responsabilidades de la función jurisdiccional. Ello se explica, entre otras cosas, por el grado de afectación que algunas de las medidas cautelares pueden importar respecto del imputado, su estricto grado de provisionalidad y el menor grado de solidez de los antecedentes que se tienen a la vista

para tomar una decisión de este tipo por parte de la judicatura. Ello se ve especialmente agravado en los casos de prisión preventiva, que encierra el riesgo de adelantar subrepticamente una sanción penal por los hechos investigados, que las fases posteriores pueden demostrar como excesiva, injustificada o desproporcionada.

Esto genera la necesidad de establecer criterios orientadores claros para el desarrollo de la función jurisdiccional en relación con el debate y la procedencia de las medidas cautelares personales en las fases previas al juicio, los estándares exigidos para la procedencia de los distintos tipos de medidas cautelares personales que los códigos establecen, la duración de tales medidas, los antecedentes necesarios para sostener la pretensión de una medida cautelar por parte de la fiscalía, y los roles exigibles a los jueces en la conducción de los debates que tienen lugar en audiencia cuando se debate una medida cautelar personal y el modo en que los principios reguladores de las medidas cautelares juegan un rol de contención y modelación del debate.

Rol del juez de garantía en relación con el debate de medidas cautelares personales

Habilitación judicial previa para afectar derechos y garantías en el proceso penal. Aproximaciones iniciales

La función jurisdiccional en los sistemas procesales penales acusatorios adversariales, donde existe separación radical entre los roles, responsabilidades y tareas asignados a los actores y entre los de fiscales y jueces, permite una asignación de responsabilidades diferenciadas con ventajas frente a jueces imparciales subjetiva y objetivamente. En efecto, los fiscales son en este sistema los llamados a dirigir las investigaciones de los delitos, entregar instrucciones a las policías, acusar y sostener la pretensión penal en el juicio. En el caso de los jueces, las tareas centrales y críticas están vinculadas con la protección de los derechos y las garantías de los intervinientes en la fase de investigación y fase intermedia y en eventuales procesos de adjudicación en fase de juicio.¹

¹ La función jurisdiccional en el proceso penal posee funciones y responsabilidades diferentes que pueden ser identificadas fundamentalmente en cuatro: función de cautela de garantías en la fase de investigación, función de control de admisibilidad en la fase intermedia, eventual función de adjudicación en la fase de juicio y función de control en la fase de ejecución penal. Estos roles diferenciados debieran ir acompañados de modelos de separación de funciones que impidan que el juez de la fase de admisibilidad sea a su vez el juez encargado de juzgar en el mismo caso. En algunas legislaciones se contemplan a colegios judiciales diferenciados entre garantía y juicio, como ocurre en el caso de Chile.

Durante la investigación del proceso penal se producen debates, peticiones de la fiscalía o actuaciones de la policía que afectan derechos y garantías del imputado y por ende, la necesidad de verificar que tales afectaciones sean fundadas y procedentes.

Entre las actividades que afectan las garantías están las de la Policía, como detenciones en casos de flagrancia, registros en detenciones o controles de identidad en las legislaciones que lo permiten, uso de la fuerza en esas actividades o las peticiones de la fiscalía referidas a medidas cautelares personales, intrusivas, diligencias de investigación sobre derechos del imputado, entre otras. Este tipo de actividades de investigación o prerrogativas procesales de la fiscalía y la policía requieren por regla general de habilitaciones o autorizaciones previas por parte del juez de garantías, cuando tales actividades suponen la afectación de los derechos y las garantías del imputado o del acusado.

En algunas legislaciones, de modo excepcional, se encuentran atribuciones de los órganos de persecución criminal que, afectando garantías del imputado, pueden desarrollarse sin la autorización previa del juez de garantías, estos son:

a) La detención en caso urgente en el proceso penal de México,² que permite a un fiscal ordenar la detención de un imputado cuando existe el riesgo de extravío de material probatorio o fuga del imputado, y existe una razonable probabilidad de que al ilícito por el cual se ordena la detención sea posible asociar una prisión preventiva.

b) Un segundo caso está relacionado con el Código Procesal Penal de Panamá, cuyo artículo 235 reconoce al fiscal el poder de dictar órdenes de detención a la policía en casos excepcionales y graves, y con posterior control por parte del juez de garantías.³

c) Detenciones urgentes que pueden ordenar los fiscales que están contempladas en algunos códigos procesales penales provinciales de Argentina.⁴

Más allá de estos casos excepcionales, en la mayor parte de las legislaciones procesales penales de América Latina los fiscales requieren de autorización judicial previa para afectar los derechos y las garantías del imputado en la fase de investigación. Estos son los casos de Chile, Uruguay y Argentina federal.

En el Código Procesal Penal Federal de Argentina se consagra en el artículo 9 el principio de interdicción de funciones jurisdiccionales que está vedado al fiscal ejercer actividad jurisdiccional. Es coherente con las lógicas de un sistema acusatorio adversarial.

² Ver artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México.

³ Ver artículo 235 del Código Procesal Penal de Panamá.

⁴ Este es el caso del Código Procesal Penal de Tucumán, en su artículo 233, numeral 2.

El artículo 209 establece como principio general de las medidas de coerción que el juez no puede imponerlas de oficio y enfatiza el estricto rol de imparcialidad objetiva que se espera de los jueces.

El Código Procesal Penal de Chile en el artículo 9 en sus incisos primero y segundo establece lo siguiente:

Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Como puede observarse, la regla transcrita resalta un estricto rol de protección de los derechos por parte del juez de garantías en toda la fase de investigación, regla procesal que encuentra un sostén constitucional expreso en el artículo 83 inciso tercero de la Carta Fundamental.

En Uruguay, el papel de los jueces en protección de garantías ya se expresa en los artículos 11, 12 y 15 de la Constitución. En materia de medidas cautelares, los artículos 9, 216, 221.1, 221.2, 222 y 223 muestran que la solicitud de estas procede a petición del Ministerio Público y deben ser conocidas y resueltas por el Tribunal. Por cierto, y dado el contenido del artículo 14 del Código del Proceso Penal en relación con la interpretación de las normas de este y la disposición del artículo 221.1 que solo menciona al fiscal como actor que puede solicitar medidas de coerción, unido al contenido del artículo 81.2 sobre prerrogativas de la víctima, queda claro que esta última no está habilitada para solicitar medidas cautelares personales al juez de garantías.⁵

⁵ En el caso del Código Procesal Penal de Chile existe la figura del querellante, al que le está reconocida la prerrogativa procesal de solicitar medidas cautelares personales, como la prisión preventiva o medidas cautelares personales alternativas de menor lesividad. En el caso de la víctima, solo se le reconoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares personales alternativas distintas a la prisión preventiva.

Rol específico del Juez de Garantías y proscripción de impulso de la persecución criminal en relación con la solicitud de Medidas Cautelares

Estas definiciones adoptadas por los códigos procesales penales mencionados suponen efectos muy precisos en relación con el debate de medidas cautelares que tienen lugar en Chile, Uruguay y Argentina federal, y el rol asignado a los tribunales, pues las reglas transcritas y las normas que regulan la función jurisdiccional en la Constitución y los tratados internacionales impiden de forma directa o indirecta al tribunal decidir de oficio, sin que medie petición de parte, la procedencia de una medida cautelar personal, como la prisión preventiva, o una medida cautelar alternativa y menos lesiva. En ambos casos, la función jurisdiccional se expresa como un mecanismo de control del *ius puniendi* estatal y de las solicitudes de persecución criminal sobre medidas cautelares como dispositivos de afectación de derechos del imputado.

Esta lógica aplica no únicamente a los debates de medidas cautelares personales como la prisión preventiva, sino también al debate de medidas cautelares personales alternativas. En efecto, la procedencia y requisitos de ambos tipos de medida exigen que exista una petición expresa del Ministerio Público,⁶ no pudiendo los tribunales imponer en subsidio alguna medida cautelar personal no solicitada por el Ministerio Público cuando se niega una petición principal.⁷ Para precisar esto, nos referimos a que la negativa a otorgar una prisión preventiva solicitada por el fiscal del Ministerio Público no da garantías al tribunal de decisión de procedencia para el caso de cautelar de lesividad o entidad. Ello sería contradictorio e improcedente conforme a las lógicas de separación de funciones en un sistema acusatorio adversarial de las exigencias de imparcialidad objetiva que se ciernen sobre el tribunal de garantías y de la función de control jurisdiccional que

⁶ O bien puede tratarse de una petición del querellante o incluso de la víctima, según la legislación procesal penal de que se trata. En efecto, de conformidad con la legislación procesal penal de Chile, la parte querellante puede solicitar las medidas cautelares personales de prisión preventiva (art 140 del CPP) o las alternativas (art 155 del CPP). La víctima, si bien no puede solicitar la prisión preventiva, sí puede solicitar medidas cautelares personales alternativas. En el caso del CPP de Uruguay, el único interviniente que puede solicitar la prisión preventiva es el Ministerio Público (art 221.1 del CPP), sin perjuicio de las atribuciones que se le conceden a la víctima en el artículo 81.2 letra d).

⁷ Un aspecto complementario refiere a la necesidad de que la intensidad de la medida cautelar personal solicitada por la fiscalía o la parte querellante, o la víctima, no sea incrementada por el tribunal. En efecto, parte de la exigencia de imparcialidad y rol cautelar supone que el tribunal de control o garantías no puede imponer una medida cautelar no solicitada, pero además no puede incrementar la intensidad de tal medida. Ello puede ser advertido, a modo de ejemplo, en el caso de que la fiscalía solicita el control cotidiano vía firma del imputado, y el tribunal, sin mediar petición de parte, lo incrementa y aumenta imponiendo un arresto domiciliario.

deben desarrollar los jueces en relación con la actividad de persecución criminal del Ministerio Público.⁸

Audiencia y control de garantías del juez en relación con el debate de las medidas cautelares personales en la fase de investigación

Sin perjuicio de la proscripción del impulso de la persecución criminal por parte del Juez de Garantías o de Control, de las exigencias de imparcialidad objetiva, y de su rol central y crítico como cautelador de derechos y garantías del imputado en la fase de investigación, la decisión del tribunal en relación con las medidas cautelares personales solicitadas por la fiscalía, o el querellante, exigen un debate de carácter oral y argumentado que facilite el ejercicio de una lógica contradictoria (Souto & Islas, 2020, p. 423), exija a las partes los fundamentos para amparar sus peticiones, e identifique los antecedentes de respaldo. Todo ello con el objeto de proporcionar al tribunal los datos que se requieren para fundar las resoluciones del tribunal, y que, en su caso, justifiquen debidamente la procedencia de una medida cautelar personal en contra del imputado o acusado.

Desde este punto de vista, resulta exigible al juez de garantías un alto nivel de proactividad (González, 2021, p. 146) para conducir, guiar, ordenar, resolver incidentes, exigir información de calidad y fundamentos en las argumentaciones de las partes para poder resolver adecuadamente la solicitud de medidas cautelares personales. Los debates de las partes en torno a la procedencia o improcedencia de medidas cautelares suponen por parte del juez las siguientes pautas y exigencias de rol:

- El tribunal debe verificar en primer lugar que las partes, y en particular la defensa, han podido acceder a los registros de la investigación para estar en condiciones de impugnar la fuente de las informaciones que el fiscal usará en la audiencia.⁹
- En caso de que la fiscalía haya decretado reserva sobre ciertos registros, el tribunal podrá pronunciarse, aún de oficio, sobre la pertinencia y justificación de tal reserva, pudiendo confirmarla o desestimarla en su totalidad o parcialmente. En caso de

⁸ Este punto debe entenderse sin perjuicio de las atribuciones de las partes de solicitar medidas cautelares personales alternativas en los casos donde el tribunal rechaza la petición principal de prisión preventiva.

⁹ Esta audiencia puede ser la audiencia de formalización de la investigación, una audiencia especial de debate de medidas cautelares personales, la audiencia de control de acusación o preparación de juicio, entre otras.

desestimarla deberá proporcionar a la defensa un tiempo oportuno para revisar los registros que desconocía sin suspender la audiencia.

- El juez de garantías puede dirigir preguntas a las partes¹⁰ para comprender mejor la información proporcionada por estas, exigiendo precisión en los datos o antecedentes de respaldo usados para justificar o desacreditar la procedencia de la medida cautelar en debate.
- El juez podrá exigir a las partes la fundamentación de cada una de sus peticiones o solicitudes, y la indicación precisa de los hechos invocados, los antecedentes que respaldan las afirmaciones fácticas y el modo en que los hechos satisfacen las exigencias normativas.
- El tribunal podrá solicitar a las partes que expliquen el modo en que los hechos invocados logran satisfacer los principios procesales que rigen el debate y procedencia de las medidas cautelares personales.
- El juez deberá pronunciarse acerca del modo en que los hechos señalados por las partes, los antecedentes de respaldo y las argumentaciones jurídicas logran o no satisfacer las exigencias para decretar o negar la medida cautelar personal debatida y, en particular, para satisfacer los presupuestos materiales y la necesidad de cautela exigida.
- El juez deberá fundar su decisión, explicando las razones tenidas en consideración, de modo de proscribir una aproximación arbitraria, añadiendo el modo en que los fundamentos utilizados en el razonamiento judicial son capaces de explicar cómo los hechos invocados por las partes se dieron por acreditados o desacreditados y el modo en que los antecedentes de respaldo sirven para la acreditación de los hechos.

A lo anterior debe sumarse la exigencia de explicar y fundamentar el modo en que los hechos logran satisfacer las exigencias normativas específicas. Como ejemplo y tratándose de la necesidad de cautela, el tribunal debe explicar por qué determina que existe riesgo de fuga por parte del imputado y cómo los hechos invocados por la fiscalía permiten acreditar tal riesgo. Las meras invocaciones genéricas, retóricas o

¹⁰ Estas preguntas están orientadas a exigir precisiones, aclaraciones o la información precisa de respaldo de los argumentos presentados por las partes.

abstractas no son fundamento suficiente, lo cual ocurriría si el tribunal dijese que existe riesgo de fuga por los antecedentes penales pretéritos del imputado o por la pena asignada al delito. En estos dos ejemplos se exige que el tribunal individualice las conductas pretéritas o la pena posible que se espera resulte aplicable añadiendo las razones de tal razonamiento. De este modo sería aceptable que el tribunal indique que el imputado se ha fugado estando detenido en un caso específico previo que invoca la fiscalía, o que ha quebrantado una condena previa o ha intentado tomar un avión para salir de territorio nacional a sabiendas de su citación judicial en el proceso penal. En el caso de la pena como fundamento de la fuga, debiera el tribunal explicitar, a partir de los antecedentes entregados por las partes, que el riesgo de fuga se conforma por la entidad de la pena específica en abstracto, añadidas las justificaciones de pena en concreto por la existencia de agravantes o calificantes invocadas por las partes, antecedentes pretéritos del imputado y aceptadas por el tribunal con los debidos fundamentos.

- El rol de justificación de los antecedentes invocados y su entidad y suficiencia para producir una determinada resolución judicial son responsabilidad de las partes¹¹ y no del tribunal (Ledesma, 2000, pp. 63-64). En efecto, al tribunal, más allá de su rol proactivo para requerir justificaciones, fundamentos y buenas argumentaciones, e incluso hacer preguntas precisas a las partes para aclarar sus líneas argumentativas o explicaciones normativas o de teoría jurídica, no le está permitido reemplazar el rol de las partes y buscar información adicional a la planteada por los litigantes en audiencia. Ello implicaría una superposición de roles que tiene dos efectos negativos muy concretos:
 - Generaría un subsidio jurisdiccional a la labor de persecución criminal o de defensa que trastoca la lógica trifásica del acusatorio adversarial, que desdibuja los requerimientos de imparcialidad objetiva del tribunal.
 - Genera incentivos para que los litigantes descansen en el rol del tribunal a la hora de generar información para la propia toma de decisiones del órgano jurisdiccional. Ello posee efectos negativos en materia de delimitación de

¹¹ En este punto es útil aclarar que, en el caso de la defensa, las alegaciones o antecedentes invocados pueden tener como respaldo no sólo la carpeta de la fiscalía sino asimismo antecedentes autónomos producidos por la propia defensa, los que en todo caso deben estar disponibles para su verificabilidad en la misma audiencia donde aparecen señalados y argumentados

funciones y responsabilidades, que eclipsa el foco de tareas asignadas a la fiscalía y la defensa en materia de peticiones en el debate cautelar. En otras palabras, las virtudes del modelo adversarial descansan en la suposición de que cada parte debe realizar el máximo esfuerzo para justificar sus peticiones y reunir la mejor información disponible para respaldar sus peticiones ante el tribunal.¹²

Un comentario especial merece el contenido del artículo 264 inciso cuarto del Código del Proceso Penal de Uruguay, que establece que la regla general de debate en audiencia supone que el tribunal debe resolver los planteamientos de las partes a partir de las argumentaciones que estas hagan de la información recolectada y la confrontación y contradicción que la parte contraria genera, por ende, los registros de la fiscalía no pueden ser consultados por el tribunal. Esta parte del artículo es consistente con la naturaleza y características propias de un modelo acusatorio adversarial. Sin embargo, la misma norma agrega que, tratándose de los debates de procedimientos abreviados, simplificados y el debate sobre medidas cautelares personales de prisión preventiva, el tribunal podrá consultar los registros de la fiscalía. Esto representa un retroceso en materia de debate oral, contradictorio y genuinamente adversarial, lo que puede ser limitado en la medida en que se identifiquen y establezcan criterios que limiten esta atribución jurisdiccional a los siguientes casos:

- Casos donde las partes discutan sobre la existencia o inexistencia de un antecedente que debiera estar contenido en los registros y para verificar por el tribunal la materialidad de la información en disputa.
- Casos donde se disputa el alcance preciso de una determinada información que está contenida en los registros de la fiscalía que puede ser dilucidada por el tribunal consultando el registro en la parte pertinente.

¹² Hugo Omar Seleme recuerda los énfasis realizados por Lon L. Fuller y John D. Randall al presentar el dictamen del comité conjunto de la ABA y la Association of American Law Schools en 1958 sobre reglas éticas de los litigantes, quienes señalan lo siguiente: “la circunstancia de que cada abogado sólo deba preocuparse por defender los intereses de su cliente, en lugar de preocuparse por si estos se condicen con lo que prescribe el derecho para los hechos que en verdad se dieron en el asunto llevado a juicio, tiene un efecto benéfico en términos de verdad. Como cada abogado está sesgado a favor de una de las partes contrapuestas en el proceso judicial, los sesgos opuestos se compensan recíprocamente, dando lugar a que aparezca la verdad objetiva e imparcial” (Seleme, 2021, p. 275).

- Incluso en los dos casos precedentes, bien podría imponerse como protocolo y práctica que el tribunal antes de tener acceso material a la carpeta de investigación ordene la lectura de la parte respectiva que puede resolver el tema en disputa.
- Casos donde se disputa la autoría de un determinado documento y consta en los legajos la firma de quien lo suscribe.

En todos los casos precedentes, el acceso a la parte específica del legajo por parte del tribunal puede contribuir al esclarecimiento de un punto en debate. Sin embargo, lo que importa es establecer que no corresponde ni en estas hipótesis, ni en otras, que el tribunal adopte alguna de las siguientes acciones:

- Requerir los legajos o registros de la fiscalía sin la existencia de una justificación pertinente, posible de vincular a las hipótesis precedentes u otras análogas.
- Requerir el acceso a los legajos o registros al inicio de la audiencia y previo al debate de las partes.
- Requerir el acceso a los registros de la fiscalía al finalizar la audiencia sin que ello esté vinculado a un registro o parte específica de un registro pertinente que ha sido objeto de debate y requiera una aclaración que las partes no han proporcionado.

En síntesis, debe enfatizarse que los primeros llamados a aclarar aspectos de los registros o antecedentes de la fiscalía son las propias partes, a través de argumentaciones y contraargumentaciones, o bien a través de preguntas concretas y específicas que el propio tribunal puede dirigir a cualquiera de ellas.

- Existen ámbitos de mayor proactividad o incluso labor oficiosa del tribunal a la hora de debatir medidas cautelares personales, donde la responsabilidad jurisdiccional se relaciona con la protección de derechos y garantías de los intervinientes y en especial del imputado o acusado en la causa. Las hipótesis donde se justicia una actividad proactiva u oficiosa por parte del tribunal son las siguientes:
 - Casos donde el tribunal advierte, del debate y aún sin requerimientos de la defensa, la existencia de hipótesis de vulneración de derechos del imputado que pudieran importar antecedentes nulos o inutilizables por actuaciones ilícitas de la policía o de la fiscalía. En efecto, este es un punto relevante que ha suscitado controversia en relación con el uso que puede darse en un

debate de medidas cautelares personales a los antecedentes obtenidos por la fiscalía y que provienen de actuaciones vulneradoras de derechos o garantías del imputado. Desde luego estos antecedentes o datos de prueba no pueden ser excluidos del proceso, o de este debate en particular, pues la exclusión de pruebas es un tema propio de la audiencia de preparación de juicio o de control de acusación. Sin embargo, no resulta aceptable emplear un antecedente obtenido con vulneración de garantías como base de una decisión judicial, por lo que, siguiendo la lógica del código procesal penal italiano, corresponde inutilizar¹³ tales antecedentes, lo que no obsta a definir la eventual exclusión o admisión de este en el debate que tendrá lugar en sede de admisibilidad (Gallardo, 2007). La fuente de la ilicitud invocada en un debate de medidas cautelares personales suele producirse con ocasión del control de las actuaciones autónomas de la policía en la audiencia de control de detención, sin perjuicio de otros casos en los que la ilicitud puede provenir del diligenciamiento de instrucciones de la fiscalía o incluso del tribunal.

- Casos donde el tribunal advierte que el imputado está en situación de indefensión material no imputable, producto de la cual no puede ejercer adecuadamente su derecho a una defensa. Estos casos pueden corresponder a hipótesis donde la defensa no está en condiciones de controvertir los antecedentes invocados por desconocer la existencia de estos. En estas situaciones, el tribunal podrá abrir debate sobre el acceso efectivo a la información de cargo de la defensa para resolver esta situación y solicitar el acceso a dichos legajos o registros de la defensa.
- Casos donde la inacción, inexplicable de la defensa en la audiencia puede estar asociada a una hipótesis de indefensión material compatible con la necesidad de suspender la audiencia y eventualmente declarar abandonada la defensa técnica proporcionada al imputado.
- Casos donde el tribunal advierte que existen indicios o elementos en la propia audiencia que suponen vulneraciones potenciales de los derechos del

¹³ La inutilizabilidad es un juicio de carácter judicial, esencialmente transitorio, que no genera efectos de cosa juzgada o preclusivos, y que permite reabrir el debate sobre la licitud indicada con ocasión de la posible admisibilidad de la prueba que se debate en fase de control de acusación.

imputado, como lesiones visibles y manifiestas en el cuerpo del imputado. Estas hipótesis pueden relacionarse con situaciones carcelarias o lesiones provenientes de actividades de detención flagrante del imputado que pueden requerir explicación previa al debate cautelar, ya sea para establecer responsabilidades de la policía o la fiscalía, o para determinar la licitud de determinados antecedentes que pueden invocar las partes en el debate de medidas cautelares.

Requisitos legales de procedencia de las medidas cautelares personales

Requisitos legales de las medidas cautelares personales

El debate de medidas cautelares personales en los sistemas procesales personales de Chile, Uruguay y Argentina federal requiere satisfacer los siguientes requisitos comunes o condiciones:

- Por una parte, se requiere, por regla general y con algunas diferencias entre las distintas legislaciones, que la causa se encuentre previamente formalizada por parte del fiscal del Ministerio Público.¹⁴ En el caso de Uruguay es posible solicitar determinadas medidas de coerción muy específicas antes de la formalización, tales como el deber de fijar domicilio, prohibición de salir de un determinado ámbito territorial, retención de documentos de viaje, o prohibición de visitar determinados sitios o personas.¹⁵ En el resto de los casos se requiere que la investigación se encuentre formalizada. En el caso del Código Procesal Penal de Argentina federal, la formalización de la investigación es condición necesaria para solicitar la medida cautelar personal de prisión preventiva de conformidad a lo señalado en el artículo 255 del Código Procesal Penal federal, mientras que las demás medidas de coerción indicadas en el artículo 210 del Código pueden proceder en cualquier estado del proceso.
- En segundo lugar, se requiere, que se solicite la medida cautelar por la parte respectiva, y se acredite, por parte del Ministerio Público o del querellante,¹⁶ que

¹⁴ En el caso del Código Procesal Penal de Chile, ver artículo 140 inciso primero en relación con el artículo 155 inciso final.

¹⁵ Ver artículo 222 en relación con el artículo 221.1.

¹⁶ La legislación procesal penal de Chile permite que el querellante solicite medidas cautelares personales, incluida la prisión preventiva. La misma regulación se encuentra en el caso de la legislación procesal penal

existan antecedentes que justifican la existencia del delito,¹⁷ tal como lo señala el artículo 140 letra a) del CPP de Chile. En el caso del CPP de Argentina federal, se requiere “que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho”.¹⁸ En el caso del CPP de Uruguay se requiere acreditar la semiplena prueba de la existencia del hecho.¹⁹

- En tercer lugar, se requiere acreditar, de acuerdo al CPP de Chile, por parte del Ministerio Público o del querellante, que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente la participación del imputado en calidad de autor, cómplice o encubridor. En el caso de Argentina federal, se requiere acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia de la participación del imputado en el ilícito. En el caso del CPP de Uruguay, se requiere semiplena prueba de la participación del imputado en el ilícito.

Estos últimos dos requisitos constituyen el denominado presupuesto material de la medida cautelar personal y exigen para su acreditación que la fiscalía, la parte querellante o la víctima, cuando el sistema procesal les entregan tal prerrogativa, invoque antecedentes específicos y concretos acompañados de la argumentación que permite explicar y fundamentar el contenido y relevancia de tales antecedentes para fundar y satisfacer la exigencia acreditativa de los presupuestos materiales. La mera invocación formal de antecedentes o una enumeración de estos no resulta suficiente para la acreditación (Souto & Islas, 2020, p. 424).

- En cuarto lugar, se requiere acreditar la existencia de una necesidad de cautela específica, tal como lo requiere el artículo 140 letra c) del CPP de Chile, que exige:
 - c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del

federal de Argentina. En el caso de Chile, la víctima puede solicitar medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva. En el caso del Código del Proceso Penal de Uruguay no se contempla la figura del querellante, y la víctima no se encuentra habilitada para solicitar la medida de prisión preventiva, sino únicamente medidas asegurativas sobre los bienes del encausado o relacionados con el delito de conformidad a lo señalado en el artículo 81.2 letra e) del CPP. También puede solicitar a la fiscalía medidas de protección frente a hostigamientos, amenazas o agresiones contra ella, sus familiares o sus allegados según lo establece el artículo 81.2 letra d).

¹⁷ Ver artículo 140 letra a) del CPP de Chile.

¹⁸ Ver artículo 220 letra a).

¹⁹ Ver artículo 224.1.

imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga.

En el caso del CPP de Argentina federal se requiere, según el artículo 220 letra b, “justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a las personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación o la realización de un acto concreto del proceso”. En el caso del CPP de Uruguay se requieren, de conformidad al artículo 224.1, “elementos de convicción suficientes para presumir que el imputado intentará fugarse, ocultarse o entorpecer de cualquier manera la investigación, o que la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad”.

- Para la prisión preventiva, se requiere adicionalmente la inexistencia de una hipótesis que impida la aplicación de la prisión preventiva, tal como lo establece el artículo 141 del CPP de Chile, el artículo 218 del CPP de Argentina federal, o el artículo 229 del CPP de Uruguay. En todas estas hipótesis, la prisión preventiva es improcedente, por regla general, por faltas, delitos sancionados solo con penas pecuniarias, o delitos de acción penal privada. Estos casos son una manifestación del principio de proporcionalidad legal, o representan la explicitación de lógicas ancladas en el principio de proporcionalidad, y que representa un complemento a las atribuciones que el tribunal posee en materia de aplicación del principio de proporcionalidad como principio constitucional universal (Klatt & Meister, 2020).

Como puede observarse, los requisitos en los distintos procesos penales en estudio resultan similares, aunque con algunas diferencias:

- No todas las legislaciones exigen formalización o imputación previa para solicitar medidas cautelares personales. En efecto, el CPP de Chile exige la imputación como condición previa independiente de la cautelar solicitada. El CPP de Argentina solo lo solicita tratándose de la prisión preventiva. En el caso de Uruguay existen un conjunto acotado de cautelares alternativas que pueden ser solicitadas sin que se formalice previamente la investigación.²⁰
- Una segunda cuestión que regula las medidas cautelares personales en las distintas legislaciones se relaciona con la existencia de reglas que establecen una presunción

²⁰ Ver a este respecto el artículo 222 del Código del Proceso Penal de Uruguay.

legal de procedencia de la necesidad de cautela en delitos graves, como ocurre en Uruguay, y a diferencia de lo establecido en los CPP de Chile y Argentina federal.

- Una tercera diferencia atañe las reglas de duración o plazo máximo de las medidas cautelares personales decretadas y en especial en el caso de la prisión preventiva. Algunas legislaciones, como la de Uruguay, establecen criterios más claros y estrictos para el control de duración de la prisión preventiva:²¹ a diferencia de Chile, que regula criterios de control más laxos e imprecisos.²²
- Una última diferencia se relaciona con los riesgos procesales que permiten fundar la necesidad de la medida cautelar personal. En este punto los códigos procesales penales de Chile y Uruguay contemplan riesgos procesales que van desde hipótesis de fuga y riesgo para el éxito de la investigación hasta necesidades de cautela que pasan por la seguridad de la víctima y la sociedad.

Este es un punto de enorme controversia, pues las reglas, estándares y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido como hipótesis de necesidad de cautela, únicamente al riesgo de fuga y el riesgo para el éxito de la investigación, no contemplando las otras hipótesis de riesgos procesales que reconocen algunas legislaciones latinoamericanas, como las de Chile y Uruguay.

En efecto, el artículo 7 numeral 5 de la Convención establece que la libertad de una persona podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Este aspecto ha sido reforzado por el informe 35/ 07 de la Comisión Interamericana.

A su turno, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9 numeral 3, establece que la prisión preventiva puede estar fundada en la necesidad de asegurar la comparecencia del acusado al juicio o a una determinada diligencia procesal y a la ejecución del fallo.

Si bien el énfasis sobre el riesgo procesal se focaliza en estos artículos en la hipótesis de fuga, no es menos cierto que la efectiva realización del juicio depende también de que el Estado cuente con las evidencias que puedan fundar su pretensión, razón por la cual, debe entenderse que junto con el riesgo de fuga resulta convencional la hipótesis de necesidad para el éxito de diligencias precisas y fundadas de investigación que persiguen evitar que el imputado pueda frustrar diligencias de investigación o bien intimidar testigos

²¹ Ver en este sentido el artículo 235 del CPP de Uruguay.

²² Ver en este sentido el artículo 152 del CPP de Chile.

o destruir material probatorio (Camaño, 2017, p. 136). Al menos puede señalarse que este riesgo cautelar cumple efectivamente una función genuinamente cautelar y no preventiva (Hadwa, 2020, p. 66).

El punto precedente no es menor, pues siendo la víctima una fuente relevante de información, la necesidad de protegerla y resguardarla de atentados que puedan provenir del acusado es compatible con el riesgo procesal de éxito de la investigación. Por lo que la invocación de atentados contra la víctima resulta consistente con la posibilidad de realización del juicio y de ejecución material del juicio.

Un aspecto que merece un comentario especial se relaciona con la necesidad de que, independiente del riesgo procesal de la fiscalía, la parte querellante o la víctima, el tribunal debe exigir la acreditación efectiva y material de la causal invocada, desestimando invocaciones genéricas, imprecisas o especulativas. Todo ello supone la existencia de antecedentes igualmente concretos que permitan avalar las argumentaciones de quien solicita la medida e intenta justificar la necesidad de cautela (Blanco et al., 2024).

Más complejo es el análisis de los riesgos procesales diversos, lo que ha generado en la práctica distintas escuelas, interpretaciones y jurisprudencia al respecto (Souto & Islas, 2020). Sobre este punto, cabe mencionar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que una necesidad cautelar legítima de considerar es el peligro de reiteración de la conducta del acusado, cuestión que consideró expresamente en el caso Matznetter (Bernardini, 2010).

Por último, en el caso del riesgo cautelar asociado al peligro para la seguridad de la sociedad, que aparece en buena parte de las legislaciones procesales penales de la región, parece plausible rescatar, de entre las hipótesis que las distintas legislaciones contemplan, aquellas que se relacionan con la gravedad de la pena a imponer, pues tales casos permiten una natural vinculación con el riesgo de fuga del imputado o acusado como causal de procedencia.

En estos casos es fundamental que la pena invocada por la fiscalía no sea una aproximación abstracta, sino que se efectúe una determinación concreta de la pena que resultaría en un eventual caso de condena, considerando las circunstancias atenuantes y agravantes existentes. Lo anterior debiera aún vincularse con el comportamiento del imputado en forma previa a los hechos o en forma coetánea o posterior a estos,²³ para

²³ Importa en estos casos determinar la actitud del imputado frente a la detención, y los intentos de fuga o de destrucción de material probatorio. En este sentido son tenidos en cuenta los antecedentes del imputado y los datos de eventual quebrantamientos de condena, o incumplimiento de cautelares de menor intensidad.

argumentar de modo concreto, preciso y fundado acerca del verdadero riesgo de fuga que existe en el caso. Aún debiera considerarse en estos casos, el modo en que la eventual pena podría cumplirse de ser condenada la persona en fase de juicio, pues por obvias razones de proporcionalidad no se justificaría una medida cautelar personal de privación de libertad si, considerando los elementos concretos del caso y el modo de cumplimiento de la pena, no fuese esperable una sanción de encierro efectivo. Es decir, el tribunal debe considerar en estos casos la procedencia de sistemas alternativos de cumplimiento de pena que pudieran proceder en el caso concreto.

Principios reguladores de las medidas cautelares personales como límites a su procedencia

El conjunto de requisitos legales que los códigos procesales penales establecen para la procedencia de las medidas cautelares personales deben ser analizados a la luz de los principios constitucionales y legales que regulan las medidas cautelares personales y el modo específico en los que tales principios operan como exigencias, controles y límites a la motivación que se exige de las resoluciones judiciales en el proceso penal. De este modo, es tarea del tribunal explicitar y fundar la procedencia o improcedencia de una medida cautelar personal con relación a los principios específicos que regulan su aplicación. Estos principios centrales se constituyen en requisitos de procedencia de las medidas y al mismo tiempo en baremos acerca de la racionalidad de la medida que se debate y decreta por el tribunal.

Los principales lineamientos que gobiernan, limitan y motivan el debate de medidas cautelares personales son los siguientes:

Principio de jurisdiccionalidad

El principio de jurisdiccionalidad, conforme al cual la procedencia de una medida cautelar personal exige el conocimiento, resolución y motivación de un órgano jurisdiccional.²⁴ Ello es consistente con las lógicas inherentes al sistema acusatorio formal de corte adversarial que gobiernan buena parte de los procesos penales en América Latina y que establece una separación radical entre las funciones de persecución criminal y las funciones de protección de derechos y adjudicación. Sin perjuicio de esta constatación, los códigos procesales penales entregan a los órganos de persecución penal algunas

²⁴ Ver el artículo 9 del Código del Proceso Penal de Uruguay, el artículo 9 del Código Procesal Penal de Chile y los artículos 9 y 14 del Código Procesal Penal de Argentina federal.

atribuciones excepcionales conforme a las cuales los fiscales de los ministerios públicos en los casos de México, Panamá y algunos códigos provinciales de Argentina pueden decretar medidas cautelares personales, como la detención en casos urgentes, seguidos de controles judiciales posteriores.²⁵ En otros países, como Chile y Uruguay, tales funciones no resultan posibles, estableciendo un principio de jurisdiccionalidad pleno y estricto.

En base a estas constataciones legales podemos decir que las legislaciones pueden distinguirse en relación con este principio en procesos penales de jurisdiccionalidad estricta o de semi jurisdiccionalidad basados en las competencias de que están dotados en materia cautelar los órganos de persecución criminal. En los primeros, los ministerios públicos carecen de atribuciones autónomas para afectar derechos y garantías, por lo que deben solicitar autorización judicial para decretar una medida cautelar personal, real o una medida intrusiva. En los segundos, los ministerios públicos poseen atribuciones para decretar en determinados supuestos limitados medidas cautelares personales como la detención.

El principio de jurisdiccionalidad solo puede operar como un límite en el debate y procedencia de las medidas cautelares personales en tanto se una lógicamente a las exigencias de motivación de la resolución judicial. En otras palabras, la existencia de un principio de jurisdiccionalidad estricto, e incluso en los sistemas con un principio de jurisdiccionalidad relativizado, con la función de control judicial conlleva necesariamente el deber del tribunal de explicar, fundar y motivar la resolución en conformidad a la cual niega o bien accede a la imposición de una medida cautelar. Este deber de motivación forma parte inherente del debido proceso pues se vincula con el derecho a la presunción de inocencia en su regla de trato y por la proscripción de la arbitrariedad en las determinaciones judiciales.²⁶ En la Convención Americana de Derechos Humanos esta garantía está fuertemente explicitada no solo en la proscripción de la arbitrariedad en la detención o encarcelamiento, tal como ocurre en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino especialmente con relación al derecho que toda persona privada

²⁵ No parece razonable entregar a una de las partes que poseen intereses muy concretos en materia de persecución criminal atribuciones en materia de procedencia de medidas cautelares personales.

²⁶ El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. La misma regla se encuentra contenida en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

de libertad tiene a recurrir ante un tribunal para que el mismo decida sobre la legalidad de tal medida.²⁷

En este debate aparece con fuerza la necesidad de que la motivación de la resolución judicial no previene que la medida cautelar personal se imponga como sanción anticipada, lo que resulta contrario al principio de inocencia en su regla de trato.

Un último aspecto que aplica a la consideración de este principio, y a cualquiera de los principios que regulan la procedencia de medidas cautelares personales, es el de la argumentación de las partes, sobre todo la motivación judicial al imponer una medida cautelar personal exige explicar el modo concreto y específico a través del cual arriba a su convicción, debiendo explicitar no únicamente razones generales o abstractas sino los argumentos precisos y sus fundamentos para alcanzar a una determinada decisión cautelar. En otras palabras, la sola proscripción de la arbitrariedad —entendida como ausencia de motivo— constituye el piso sobre el cual se construye la decisión judicial, esta debe abarcar sus fundamentos y explicitar el modo en que los antecedentes aportados por las partes permiten satisfacer cada uno de los requisitos exigidos por el legislador y el modo en que estos justifican su concordancia con la presunción de inocencia (Blanco et al., 2024; Duce, 2016). En este punto el artículo 20 del CPP de Argentina federal resulta espacialmente claro y consistente al establecer lo siguiente:

ARTÍCULO 20.- Motivación. Las decisiones judiciales deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen. La fundamentación no se puede reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales. Si se trata de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales, cada uno de sus miembros debe fundar individualmente su voto, salvo que adhiera a los motivos expuestos por otro miembro. La adhesión a los fundamentos de otro no permite omitir la deliberación.

²⁷ “6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados parte cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

Principio de legalidad

El principio de legalidad es otro límite formal que cumple una función legitimante de las medidas cautelares personales (Blanco et al., 2024), conforme al cual estas medidas requieren una habilitación constitucional y legal para poder ser consideradas como dispositivos de afectación de derechos fundamentales;²⁸ a lo que se agrega la exigencia de interpretación restrictiva de las normas que las habilitan y contemplan.

Principio de excepcionalidad

Este principio establece que las medidas cautelares personales no pueden considerarse como regla general en el procedimiento, pues están asociadas a la afectación de derechos fundamentales sin que exista hasta ese momento una sentencia definitiva y firme en relación con la culpabilidad o inocencia del acusado. Esta constatación es la que dota de excepcionalidad al uso de tales medidas, por lo que debe justificarse la estricta necesidad de estas unidas a un motivo que sea debidamente justificado (Duce, 2016).

Algunos autores ligan este principio con el de instrumentalidad,²⁹ pues refuerza la idea de que las medidas cautelares no representan un fin en sí mismo, sino un medio para poder resguardar los fines a los que están asociados legal y constitucionalmente las medidas cautelares, lo que exige naturalmente explicar en la resolución judicial el modo en que la medida puede asociarse al fin procesal y el modo en que dicha medida cautelar es el único medio idóneo para resguardar el propósito procesal invocado.

Principio de provisionalidad

Este principio se vincula con la idea de que las medidas cautelares personales están supeditadas o se justifican cuando la finalidad a la que se asocia se mantiene en el tiempo. Dado que la medida cautelar personal no es un fin en sí mismo, sino que sirve a la consecución de fines procesales muy precisos, en tanto que tales fines legítimos y legales

²⁸ Esto aparece recogido en el artículo 5 del CPP de Chile. En la misma dirección se inscribe el artículo 218 del CPP de Uruguay y los artículos 16 y 17 del CPP de Argentina federal.

²⁹ De esta forma, Blanco et al. (2024, pp. 147-148) establecen que “La instrumentalidad, por su parte, es una consecuencia directa de lo que se dice, en el sentido de que las medidas cautelares no son un fin en sí mismo, sino un medio, un instrumento o herramienta orientada a la consecución de un objetivo que está previamente señalado en la Constitución o la ley. En tal sentido, lo relevante a efectos del control de la decisión judicial es poder estar en condiciones de sostener una relación funcional de medio a fin entre la medida cautelar de que se trata y el objetivo que se pretende lograr con ella. Además, tal como se indicó, una resolución judicial debidamente motivada en esta materia también debe explicar o justificar en qué medida la cautelar decretada es la menos lesiva para los derechos fundamentales en función de la consecución del fin procesal que se pretende satisfacer, fundamentando de paso la insuficiencia de otras medidas de menor intensidad”.

desaparecen, las cautelares personales deben igualmente cesar. La razón fundamental justifica, entre otras razones, la revisión permanente de las cautelares por parte de los tribunales para verificar que las razones que justificaron su procedencia se mantienen en el tiempo. Esta razón para establecer mecanismos de control se vincula asimismo con límites formales absolutos que algunas legislaciones establecen y que están vinculadas con plazos máximos de duración de las medidas cautelares personales. Si bien la duración máxima de la medida cautelar personal y en especial la prisión preventiva puede asociarse con la garantía del juzgamiento oportuno, no es menos cierto que la provisionalidad reconoce como límite otro principio rector como lo es el de proporcionalidad, conforme al cual no parece justificable que la medida cautelar como medio, alcance un tiempo que exceda en lógicas de proporcionalidad estricta los tiempos de duración de la pena que, solicitada por el fiscal, pudiere imponerse en definitiva, o bien haya alcanzado un tiempo que excede el que el imputado debiese haber cumplido privado de libertad antes de reunir los requisitos para optar a una libertad anticipada.³⁰

Principio de proporcionalidad

Este principio aplicado a las medidas cautelares personales se relaciona al menos con dos aspectos relevantes. Por una parte, se vincula con los fines que se enfrentan en el escenario de imposición de una medida cautelar personal y que supone por parte del tribunal de control o garantías la realización de un juicio de ponderación entre los fines que quedan o resultan enfrentados en estos casos. De esta forma, se identificará la eficiencia y eficacia de la investigación criminal asociada de modo particular a la consecución de los fines del proceso y más específicamente a evitar la fuga del imputado o la preservación de los medios probatorios o la debida protección de la víctima por una parte y, por la otra, se identificará un derecho fundamental, como lo es la libertad ambulatoria del imputado o su derecho a ser presumido inocente y por ende a no ser sujeto pasivo de actos de molestia, que puedan restringir su libertad ambulatoria de cualquier modo.

³⁰ La legislación procesal penal de Chile no establece límites temporales absolutos, aunque sí mecanismos de revisión de las medidas cautelares personales. En el caso de Uruguay, la medida cautelar personal de prisión preventiva está sometida a plazos temporales ligados a la duración de la pena que solicita el fiscal o al cumplimiento de requisitos para obtener la libertad anticipada, o a la inexistencia de acusación cuando han transcurrido más de dos años desde el momento efectivo de la privación de libertad, entre otros límites, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235 del Código del Proceso Penal. En el caso del CPP de Argentina federal, se establecen límites máximos de la medida cautelar de prisión preventiva asociados a causales equivalentes a las del CPP de Uruguay, según lo regula el artículo 224 del CPP.

En este primer paso o análisis aparece el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2020). De este modo el tribunal, al examinar la procedencia de una medida cautelar personal, debe verificar en primer lugar que la medida solicitada sea idónea para la consecución del fin legítimo invocado por la fiscalía³¹ y, por ende, resulte adecuada para obtener el resultado esperado con la imposición de la medida solicitada. Asimismo, se requiere que el fiscal acredite que la medida cautelar es necesaria para alcanzar el fin, descartando otras medidas que pudieran alcanzar el fin esgrimido y perseguido por el fiscal.

El tercer aspecto del principio que debe ser servido se relaciona con la ponderación que el tribunal debe realizar entre principios que se contraponen en la procedencia o no de la medida cautelar en debate. En este sentido, mientras más grave o afectadora de derechos fundamentales es la cautelar solicitada, mayor debe ser la importancia del principio opuesto invocado por la fiscalía. En este punto, siguiendo a Alexy, el tribunal debe en primer lugar analizar los grados de afectación del derecho o garantía que se verá amagado con la imposición de una cautelar³² para luego verificar la relevancia epistémica del principio que el fiscal intenta resguardar con la medida cautelar solicitada. Por último, aparece la necesidad de resolver si la importancia del principio invocado por el fiscal posee la entidad suficiente para afectar la garantía opuesta.

Este último punto se relaciona en particular con un aspecto especialmente problemático en las cautelares más intensas con el vínculo entre pena probable y entidad de la medida cautelar personal a imponer. En efecto, debe existir una relación lógica de proporcionalidad entre la entidad de la pena asociada al ilícito investigado y la magnitud o entidad de la medida cautelar personal solicitada en el mismo procedimiento. En otras palabras, la medida cautelar personal debe guardar una relación de proporcionalidad entre pena probable a imponer y magnitud o gravedad de la medida cautelar personal impuesta.³³ Algunas manifestaciones concretas de este principio se pueden encontrar en las siguientes reglas:

³¹ El fin legítimo invocado por la fiscalía debe además ser un fin que la Constitución protege (Klatt & Meister, 2020).

³² En este punto es posible distinguir amplias diferencias en los grados de afectación según se trate de una prisión preventiva o de otra cautelar, como la de usar dispositivos electrónicos de control.

³³ No debe olvidarse que el examen de proporcionalidad supone tres etapas sucesivas, que comprenden la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2008).

- Las medidas cautelar personales más gravosas están prohibidas en los casos de ilícitos que no están sancionados con penas privativas de la libertad.
- La prisión preventiva no aplica en los delitos investigados que están sancionados únicamente con penas pecuniarias.
- La prisión preventiva no debiera aplicarse en aquellos casos donde es posible prever por parte del tribunal que la posible sanción a imponer en el evento de condena supondría la procedencia de sanciones alternativas a la privación de libertad. Ello es un ejercicio que cada tribunal puede efectuar a partir de los antecedentes y argumentaciones que realizan las partes en las alegaciones correspondientes y que se vinculan con la pena que el ilícito tiene en abstracto y las circunstancias atenuantes y agravantes que procederían y que permiten establecer una pena en concreto y la posibilidad de que procedan mecanismos alternativos de cumplimiento de la pena en situación de encierro carcelario (Blanco et al., 2024).

Estándares de procedencia de las medidas cautelares personales

Un aspecto central en materia de procedencia de medidas cautelares personales refiere al estándar conforme al cual los tribunales pueden dar por acreditado los requisitos legales de tales medidas.

Este es un tema de enorme complejidad que obliga a aproximarse a los requisitos exigidos por la ley por separado para vincular los estándares exigidos según la medida cautelar personal de que se trate.

Antes de entrar al debate de los estándares específicos que debieran considerarse procedentes para los distintos requisitos y tipos de medidas cautelares personales, es necesario reconocer que los sistemas procesales penales exigen de los jueces resoluciones judiciales con distintos niveles de exigencia o justificación en cuanto a los estándares de convicción que los jueces deben adquirir para decidir un caso o asunto específico.

Según el profesor Julio Maier, la convicción de un magistrado posee exigencias distintas en relación con la aproximación a la verdad del asunto que conoce según el estadio procesal en el que se encuentra. De este modo se exigirá un grado de certeza en los casos en que el tribunal esté frente a la decisión de absolución o condena, pero se exigirá un grado menor de convicción frente a casos de procedencia de medidas cautelares

personales. En estos últimos el estándar de convicción será el de gran probabilidad, pero no de certeza. Tal como lo señala Maier:

Quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar posiciones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en menor grado al anterior, pues los elementos que afirman esta conclusión superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma sólo la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la duda es absoluta (1999, p. 146).

En el mismo sentido, Calamandrei sostiene que la exigencia para la decisión en torno al debate de medidas cautelares exige de parte del tribunal un juicio de probabilidad y verosimilitud (Calamandrei, 2019, p. 201), mas no de certeza.

De acuerdo a la terminología usada en el CPP de Chile, para decidir en torno a la procedencia de una medida cautelar personal no se requiere por parte del tribunal que adquiera una convicción “más allá de toda duda razonable”, sino que adquiera una convicción asociable a una probabilidad alta de que los presupuestos de la medida se pueden dar por acreditados con los antecedentes disponibles y presentados y argumentados por la fiscalía. Otra forma de expresarlo es que los antecedentes revistan una seriedad y suficiencia que tornen verosímil el que el imputado formalizado ha participado en la comisión de un hecho ilícito en calidad de autor, cómplice o encubridor (Duce & Riego, 2007). A su turno puede añadirse que existen otras resoluciones judiciales en las que el grado de convicción que se requiere por parte del tribunal para aceptar la propuesta de la fiscalía es aún de menor entidad, tal como ocurre en el análisis y la resolución a la que debe arribar un tribunal cuando conoce en audiencia el debate en torno a la existencia de indicios que permiten a un policía detener a una persona por flagrancia, o bien justificar un control de identidad. En estos casos el juicio de probabilidad al que debe arribar el tribunal se vincula con indicios que no pueden estar asociados a una alta probabilidad, sino simplemente a una probabilidad razonable, según los antecedentes o contexto más precarios en los que actúa la policía, que va más allá de la mera proscripción de la arbitrariedad, pues es exigible un indicio sobre determinadas hipótesis de

procedencia, que un policía razonablemente entrenado debe poder observar. Esta tríada de hipótesis es lo que el profesor Maier distingue como estadios la certeza, la probabilidad y la duda a los que se aproxima el tribunal en la búsqueda de la verdad del caso (Maier, 1999).

El juicio de alta probabilidad postulado como estándar de convicción en la tríada de opciones propuestas por Maier posee directa vinculación con el tipo de información y respaldo sobre la cual se asienta la decisión cautelar que debe adoptar el tribunal. En efecto, los antecedentes que la fiscalía presenta para arrancar una decisión de medidas cautelares por parte del tribunal no son de prueba, no requiere presentarse ante el tribunal a través de un testigo o la víctima, sino que corresponde a registros acopiados en un legajo al que desde luego debe acceder la defensa para poder confrontar la información, pero donde el control recíproco de partes se acota, sin que se produzca el examen y contra examen del juicio.

Lo anterior posee distintas justificaciones, una de las cuales, y la más importante, se vincula con la existencia de antecedentes aún acotados, que por cierto pretenden ser únicamente la base de decisiones provisionales —tal como lo son las medidas cautelares personales— que no solo pueden ser modificadas o desestimadas, sino que están pensadas para servir a propósitos igualmente provisorios, como son fundamentalmente el asegurar la presencia del imputado o acusado en las distintas etapas del proceso. A ello se suma un dato concreto, práctico y real, relacionado con la escasa, menor o inferior calidad de información de la defensa del caso asignado en las etapas iniciales del proceso respecto al fiscal, especialmente en detenciones flagrantes o por orden judicial, casos con pocos antecedentes de respaldo o tiempo de investigación. En estas hipótesis se constata no solo una asimetría de información entre fiscal y defensa, sino una necesidad de establecer plazos acotados en relación con la misma investigación y la subsistencia de la medida cautelar. Ello en concordante con las garantías del juicio oportuno y la excepcionalidad de las medidas cautelares, amén de las exigencias propias de la presunción de inocencia. Esta necesidad de acortar plazos y acotar la subsistencia de la medida son parámetros que el tribunal debe considerar para definir su procedencia, entidad y subsistencias en el tiempo.

Desde la óptica de la defensa y las garantías, y teniendo en cuenta las asimetrías esbozadas, es atendible que la defensa no esté interesada o empuje un debate sustantivo sobre los hechos, sino que su función se limite, *prima facie*, a desvirtuar la información aportada por la fiscalía y su suficiencia para justificar una medida cautelar personal. En

cambio, generar debates más profundos o arrancar decisiones mayores en el tiempo por parte del tribunal, aparecen como opciones poco consistentes con las desventajas anotadas en el debate cautelar de las primeras etapas de una investigación o de los momentos posteriores a una detención flagrante. Esto justifica que el debate se reduzca a un control de informaciones contenidas en actas policiales o en declaraciones con argumentaciones respaldadas en actas de investigación.

La presencia material de testigos, víctima, policía u otros, por parte de la fiscalía, provocaría el efecto altamente indeseado de generar una base de información más sólida y consolidada que produce el incentivo contrario a la garantía en el sentido de establecer condiciones para la subsistencia de la medida cautelar por un tiempo más prolongado, o incluso generar una suerte de juicio oral anticipado (Duce & Riego, 2007). Este es el efecto que tenía en los sistemas inquisitivos o mixtos la producción de una resolución judicial llamada auto de procesamiento que venía precedida de mayores exigencias de prueba y que, una vez adoptada, adquiriría el carácter de pre-división, generando consecuentemente el efecto indeseado de usar la medida cautelar personal decretada como pena anticipada. Este es un efecto que puede advertirse en el caso del proceso penal de México con la existencia del auto de vinculación a proceso, cuyas exigencias de procedencia generan la necesidad de acopio de información de mayor entidad y exigencias de convicción más altas en el tribunal. Una vez adquirida tal convicción, sobre la base de las informaciones recopiladas, la decisión cautelar tiende a subsistir mayor tiempo sin que la causa necesariamente avance a estadios donde la exigencia de calidad de información y los estándares de control judicial deben ser más altos como ocurre tratándose de la fase de juicio. De lo que se trata es de generar incentivos para que las causas no queden atascadas en etapas preliminares sin mecanismos que presionen su avance, ya sea para instar por etapas de negociación, o bien para llevar la causa a procedimientos especiales como el abreviado o bien a la fase de juicio.

Resulta esencial evitar transformar el debate de medidas cautelares personales en una suerte de juicio anticipado o mini juicio (González, 2021), pues ello posee la desventaja de anticipar un debate sin el entorno, presupuestos, pruebas y exigencias propias de esa etapa de adjudicación del conflicto.

En los apartados anteriores se reconocen algunas excepciones a resaltar. La primera hipótesis de excepción se refiere a casos donde es posible observar la vulneración de derechos fundamentales del imputado detenido o del imputado investigado y respecto de quien se solicitan medidas cautelares personales. En estos casos es justificable y necesaria

que el tribunal, a petición de la defensa, solicite información adicional, y generar información de testigos o peritos que declaren en sede judicial para examinarlos o contra examinados para verificar la vulneración de derechos o garantías. Es un derecho y una decisión estratégica de parte de la defensa.

La segunda hipótesis donde puede ocurrir la necesidad de generar un debate de mayor entidad o complejidad, y donde la defensa puede tener interés razonable en desvirtuar la medida cautelar existente o la solicitud de una nueva, se relaciona con casos donde la investigación se ha prolongado por un tiempo relevante sin que la fiscalía haya acusado.

En estos casos la defensa estará en condiciones de producir información propia, y no solo desvirtuar la información que ha recopilado la fiscalía, incorporando por esta vía los datos o antecedentes asociados a testigos propios, y declaraciones del propio imputado o acusado que desea hacer uso de su prerrogativa procesal y derecho a declarar en la audiencia de debate cautelar.³⁴ En esta segunda hipótesis es posible identificar casos donde el debate puede desplazarse a la procedencia de hipótesis vinculadas al sobreseimiento definitivo de la causa.

Condiciones y límites a la decisión y fundamentación del tribunal en relación con el debate de medidas cautelares personales

La decisión del tribunal de garantías en relación con la procedencia de la medida cautelar personal solicitada se encuentra condicionada o limitada por un conjunto de principios, reglas y roles que es necesario resaltar.

1. Un primer límite o condiciones de la decisión del tribunal está vinculada con los principios que hemos analizado en apartados precedentes y muy en especial con los principios de excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad y legalidad.

2. Un segundo límite que los tribunales deben considerar está vinculado con el contorno material o fáctico sobre el cual el juez de garantías puede producir su decisión cautelar. En efecto, el emplazamiento válido del solicitante de la medida cautelar personal de que se trate ya sea el fiscal o querellante habilitado, está limitado por los hechos contenidos en la imputación de cargos que realiza el Ministerio Público o las ampliaciones de la imputación en su caso. Dicho de otra forma, el juez no puede utilizar, para otorgar una medida cautelar personal, hechos que no son conocidos por parte de la defensa y el

³⁴ En estos casos debe tenerse presente que las declaraciones incorporadas por los testigos de la defensa o por la declaración del mismo acusado genera un registro judicial que luego puede ser empleado en juicio como elemento para confrontar declaraciones o bien evidenciar contradicciones.

imputado como fundamento de su decisión. Ello encuentra anclaje y justificación en el derecho a defensa y en particular al derecho a conocer los hechos del cargo. Precisamente la función de garantía que cumple la formalización se relaciona con el derecho a conocer los antecedentes del cargo y poder presentar antecedentes de descargo. La no consideración de este límite haría desaparecer parte relevante de la función de protección de derechos que debe cumplir la imputación. Debe aclararse que esta limitación solo se relaciona con los hechos de la imputación y no con los que la defensa puede agregar para desacreditar la existencia del hecho o bien hechos y antecedentes que permiten desvirtuar la participación o la necesidad de cautela. En efecto, los datos fácticos que pueden servir para confrontar la veracidad de la información presentada por la fiscalía o los hechos que sirven de base a los presupuestos materiales de la medida cautelar solicitada no representan límites para el conocimiento y debate de hechos y sus antecedentes de respaldo presentados por la defensa, ya sea esta una tesis de defensa positiva o negativa. Este conjunto de consideraciones lleva a construir un concepto de correlación entre imputación y presupuestos materiales de procedencia de la medida cautelar personal solicitada.

3. Un tercer límite que se erige como restricción para el tribunal de garantías se relaciona con el rol jurisdiccional y más concretamente con la exigencia de un juez objetivamente imparcial. En efecto, dentro de las garantías de la organización judicial que son exigibles por parte de los justiciables y en especial por parte del imputado en una causa penal se encuentra el que el sujeto pasivo de la persecución criminal del Estado pueda presentar sus argumentos y exigir sus prerrogativas y garantías a un juez que sea simultáneamente independiente tanto interna como externamente y al mismo tiempo imparcial en sus dos vertientes objetiva y subjetiva.

En cuanto a la exigencia de un juez genuinamente imparcial en términos objetivos, se deben revisar las medidas cautelares personales solicitadas, mas no a solicitarlas personales, o imponer una de oficio sin solicitud del Ministerio Público o del querellante. Este punto es importante en cuanto a medidas cautelares personales alternativas, cuando el tribunal desecha la solicitud principal consistente en una prisión preventiva. En este sentido, y tal como lo hemos señalado en apartados precedentes, lo que debe desecharse de plano es la posibilidad de que el tribunal, al mismo tiempo de desestimar la prisión preventiva, se pronuncie y decrete de oficio una medida cautelar personal de menor entidad sin que la misma haya sido solicitada por el agente del Ministerio Público o de la parte querellante, o incluso de la víctima.

El principio acusatorio formal es otro fundamento en el que descansa esta aseveración, pues la separación de funciones de acusación y de protección de derechos por parte del tribunal exige una separación equivalente de roles y prerrogativas que garanticen las lógicas derivadas de un modelo adversarial. Por otra parte, la interpretación que sostenemos en orden a limitar las atribuciones del tribunal para que decrete medidas cautelares personales de forma supletoria y de oficio, deviene del principio de legalidad, y más concretamente de la exigencia de interpretación restrictiva de las normas que afectan derechos y garantías. En efecto, los códigos procesales penales de la región y en particular los códigos procesales penales de Chile, Uruguay y Argentina federal establecen que la solicitud de medidas cautelares personales debe provenir del Ministerio Público o de la parte querellante.³⁵

Este límite debe entenderse por las razones expuestas, tanto en relación con la prisión preventiva como cautelar personal alternativo de menor entidad como cuando se trata de una petición principal de medida cautelar personal alternativa.

4. Un cuarto límite se relaciona con la prohibición de acceder a los registros de la investigación de la fiscalía. En efecto, las razones que militan a favor de esta interpretación son las siguientes:

- Separación de roles entre fiscales y jueces, se impone a los primeros la obligación de reunir información y argumentar en las audiencias los antecedentes seleccionados y privilegiados para acotar la función cautelar a la revisión de los antecedentes y datos esgrimidos por la fiscalía.
- Necesidad de fortalecer las lógicas de oralidad argumentativa, lo cual se traduce en la práctica de conocer y valorar únicamente la información proporcionada por las partes y argumentada y justificada en la audiencia en forma oral.
- Necesidad de fortalecer las lógicas de control cruzado en el marco de un proceso adversarial, lo que se traduce en incentivar a que la información que sirve de base a

³⁵ Ver el artículo 140 del Código Procesal Penal de Chile que regula la procedencia de la prisión preventiva, que establece claramente que la solicitud de esta medida debe provenir del fiscal del Ministerio Público o bien de la parte querellante. A su vez, el artículo 155 del mismo código establece que las procedencias de las medidas alternativas a la prisión preventiva se rigen en su procedencia por la misma norma del artículo 140 del CPP. En su caso, la legislación procesal penal de Uruguay establece claramente en sus artículos 221.1, art. 222 y art.223 que las solicitudes de medidas cautelares personales sean estas la prisión preventiva o medidas cautelares personales alternativas solo proceden previa solicitud formulada por la fiscalía. Por último, en el caso del Código Procesal Penal de Argentina federal, el artículo 210 regula la procedencia de las medidas cautelares, lo que establece que ellas proceden únicamente a petición del Ministerio Público o de parte querellante.

la decisión del tribunal sea aquella conocida por todas las partes y posible de controlar y controvertir por estas.

- Necesidad de focalizar por razones de economía procesal, pertinencia y juzgamiento oportuno los debates de audiencia en los temas, antecedentes necesarios y útiles para la debida justificación de la medida solicitada por la fiscalía.
- Evitar trasladar al tribunal responsabilidades propias de la fiscalía que podrían contaminar el rol de imparcialidad objetiva.
- Evitar que las audiencias pierdan centralidad y puedan reemplazarse con la lectura de actas o el envío de las actas acopiadas por la fiscalía al tribunal, reconfigurando así las lógicas propias de los modelos mixtos y escriturados.

No obstante, el tribunal puede consultar en determinadas y restrictivas hipótesis los registros de la fiscalía para dilucidar un punto específico en torno al cual se ha producido un debate sobre la materialidad o existencia de un hecho invocado por alguna de las partes o bien es necesario para aclarar un punto específico y pertinente en el debate.

Justificación de la prisión preventiva en relación con las medidas cautelares personales alternativas

Un punto crítico en cuanto a la procedencia de medidas cautelares personales es la necesidad de distinguir los niveles de justificación y convicción que se requieren por parte del tribunal para decretar los distintos tipos de medidas cautelares personales que reconocen las diversas legislaciones. El foco específico de debate se relaciona con la eventual distinción o diferencia que podría existir entre la justificación y convicción necesaria para hacer procedente una medida de prisión preventiva sobre una cautelar de menor intensidad.

Una primera aproximación interpretativa que suele ser esgrimida por las posiciones de defensa en el litigio postula la equivalencia de justificaciones y convicciones que se requieren para decretar cualquier medida cautelar personal con prescindencia de la intensidad o gravedad de la misma. De esta forma resulta indistinto, desde la óptica de justificación y convicción que debe adquirir el tribunal, el que se plantee una prisión preventiva o una medida de arraigo nacional o la obligación de presentarse periódicamente ante alguna autoridad. En ambos casos la fiscalía acredita la existencia de

antecedentes justificativos de los presupuestos materiales y la necesidad de cautela prescindencia de la medida solicitada y extendiendo cautelar la misma exigencia de acreditación, justificación y convicción del tribunal. Esta postura encuentra su fundamento en el principio de legalidad que identifican y reconocen las legislaciones y en especial a un elemento que deriva de este principio, cual es el de interpretación restrictiva de las normas que afectan derechos y garantías fundamentales.³⁶

Una segunda aproximación interpretativa postula que los estándares de justificación y exigencias de convicción en el tribunal varían según la medida solicitada, pero solo en relación con la necesidad de cautela a satisfacer. Así, se exigirían requisitos, estándares y justificaciones para acreditar la existencia del hecho ilícito y la posible participación del imputado, pero la intensidad de la justificación y acreditación de la cautelar y el nivel de convicción al que se requiere que arribe el tribunal difieren en cuanto a la necesidad de cautela. Ello se ampara en la diversa entidad de las medidas cautelares personales y por tanto al diverso grado de afectación de derechos y garantías del imputado.

Una tercera aproximación interpretativa postula que la justificación, estándares de acreditación y niveles de convicción que se requieren por parte del tribunal son distintos tanto en relación con la procedencia de los presupuestos materiales como a la necesidad de cautela de la medida invocada.

En efecto, una medida cautelar personal de baja, de afectaciones más focales y limitadas de los derechos de circulación de un imputado, como lo la prohibición de salir del país por un tiempo determinado, el fijar domicilio, la vigilancia del imputado por medio de dispositivos electrónicos de rastreo, o la sujeción del imputado a la vigilancia de alguna autoridad determinada, representan mecanismos de control que no resultan equiparables a la prisión preventiva, cuyos efectos pueden homologarse temporalmente a la sanción de privación de libertad (Valenzuela, 2018) que puede emerger de una sentencia condenatoria.³⁷

Dada esta diferencia radical en el efecto de las cautelares de menor lesividad es que resulta plausible y razonable calibrar la exigencia de los estándares de procedencia de

³⁶ En el caso de la legislación chilena esta interpretación o aproximación al tema encuentra su justificación normativa en el artículo 140 y 155 en relación con el artículo 5 del CPP. En el caso del Código del Proceso Penal de Uruguay, tal justificación se anida en el artículo 221.1 y 223 con relación al artículo 14 de dicho cuerpo legal. En el caso de la legislación procesal de Argentina federal se vincula con los contenidos de los artículos 210 en relación con los artículos 11 y 14 del mismo código.

³⁷ Esta es una de las razones por las cuales las legislaciones procesal penales abonan el tiempo en que el imputado condenado estuvo en prisión preventiva para efectos de la contabilización total de los días que debe permanecer en situación de encierro efectivo en el evento de una condena privativa de libertad de efectivo cumplimiento.

estas medidas alternativas conforme a parámetros de acreditación diferenciados y de menor exigencia acreditativa (Blanco et al, 2024). Ello parece justificado y razonable no solo en cuanto a la necesidad de cautela, sino también a los presupuestos materiales de la medida en cuestión. Ello no es sinónimo de un estándar bajo o equivalente a la existencia de meros indicios, como ocurre en el caso de la plausibilidad necesaria para justificar un control de identidad investigativo o una detención en contextos de cuasi flagrancia, sino un estándar intermedio entre mero indicio de razonabilidad y una plausibilidad intensa, como lo supone la procedencia de la prisión preventiva. Esta posición se ancla en las siguientes necesidades:

- La necesidad de evitar la indeseable sinonimia entre los estándares de procedencia de medidas cautelares alternativas y la prisión preventiva lo que arriesga una lógica binaria. Esto es existen antecedentes para que proceda alguna medida cautelar personal o no concurre ninguna. Ello es un camino que puede allanar un uso más extendido de la prisión preventiva en los hechos.
- Es posible que un juez adquiera un grado de convicción para acreditar una medida cautelar personal menos intensa que la prisión preventiva, por lo que negar esta última no cierra el debate del todo, sino que permite que en la audiencia de debate se inicie un segundo debate, ahora sobre la justificación y acreditación de una cautelar distinta. Este punto es relevante pues en muchas legislaciones las prácticas procesales llevan a que fiscales y defensas discutan la procedencia de las medidas cautelares como si fuera un conjunto único y homogéneo de opciones cautelares sometidas a unos mismos estándares por parte del tribunal. Ello conlleva a que, si el fiscal opta únicamente por la prisión preventiva sin solicitar ninguna cautelar distinta, algunos tribunales al rechazar la prisión preventiva entienden que el debate ha concluido y por tanto precluye la prerrogativa del fiscal de solicitar una medida alternativa. En consonancia con este punto, ocurre asimismo que producto de esta interpretación acotada, el fiscal solicita en un mismo momento cautelares de diversa intensidad, lo que no parece razonable atendidos los distintos efectos de las medidas alternativas y la prisión preventiva
- Un último aspecto que milita a favor de estándares diferenciados tiene relación con los matices que deben ser incorporados frente a afectaciones de derechos tan disímiles como lo son los efectos de una prisión preventiva y medidas cautelares alternativas.

En efecto, podría decirse que de lo que se trata es de incorporar en los estándares de convicción del tribunal matices³⁸ respecto a la procedencia de razonables estándares de seriedad y razonabilidad sobre el conjunto de presupuestos de procedencia de las cautelares. Esto que planteamos es perfectamente improcedente e injustificable de cara a las decisiones adjudicatarias propias del juicio, donde el estándar probatorio no está conectado a la gravedad del ilícito de que conoce un tribunal. Sin embargo, tratándose de la procedencia de medidas cautelares personales y dada la variabilidad de intensidades que las mismas ofrecen, se abre al mismo tiempo un campo de variabilidad de estándares de procedencia que deben ser aquilatados (Duce & Riego, 2007).

Procedencia de medidas cautelares personales y necesidades de fundamentación del tribunal

Relación hechos, derecho y datos de prueba

Una de las tareas centrales exigibles a los jueces de garantía o de control respecto del debate y procedencia de las medidas cautelares personales se vincula con la necesidad de que la resolución que se pronuncia sobre estas tenga una fundamentación que permita conocer el razonamiento utilizado por el tribunal y los argumentos y antecedentes de respaldo que le sirvan de base.

La tarea central del órgano jurisdiccional consiste en explicar y explicitar las razones que lo llevan a aceptar o rechazar la medida cautelar personal solicitada y cómo esos razonamientos, explicaciones y fundamentos permiten satisfacer o desestimar las exigencias normativas relacionadas con los presupuestos materiales y la necesidad de cautela de que se trate.

Este ejercicio tiene como base tres componentes centrales: los elementos fácticos involucrados en el debate e invocados como base material por parte de los litigantes; las normas jurídicas aplicables y el modo en que los hechos pueden ser subsumidos en las

³⁸ Resulta interesante por homologación tener en consideración la escala triádica propuesta por Alexy (leve, moderado, grave) para definir el grado de interferencia o intensidad, en este caso de la medida cautelar que debe imponerse, en función de la relevancia del principio y fines invocados por la fiscalía respecto del nivel de afectación de las garantías del imputado.

normas respectivas; y, en tercer lugar, los antecedentes y sus contenidos específicos,³⁹ que sirven para sustentar los hechos invocados (Camaño, 2017).

Esta tríada de elementos constituye la matriz del razonamiento judicial. El tribunal debe explicar el modo en que los hechos poseen la virtud de dar cuenta de las exigencias expresadas por la teoría jurídica, indicando al mismo tiempo el modo en que los principios y reglas que sirven para aplicar dicha normativa logran ser satisfechos. Es esencial que el tribunal fundamente cómo da por acreditado o desacreditado los hechos que las partes invocan como fundamento de sus pretensiones y argumentaciones, y por tanto los antecedentes de respaldo que las partes refieren como sustento de tales hechos.

Prescindir de consideraciones abstractas o meramente normativas

Una segunda cuestión central al exigir una adecuada fundamentación por parte del tribunal refiere a la necesidad de que el razonamiento usado pueda comprenderse adecuadamente por las partes y el imputado, lo que exige un anclaje fáctico y no meras referencias normativas que reproducen el contenido jurídico de la norma, sin explicar cómo se conectan con los hechos debatidos. En este sentido, y a modo de ejemplo, se puede expresar que no resulta aceptable que la resolución judicial que se pronuncia sobre la medida cautelar personal señale: “que vistos los antecedentes invocados por las partes, el tribunal llega a la conclusión de que hay antecedentes que permiten establecer la existencia de un ilícito en el cual le cabe participación al imputado como autor, cómplice o encubridor, y existen en este último caso presunciones fundadas de participación”.

Del mismo modo no resulta aceptable que, en relación con la necesidad de cautela, el tribunal señale que se configura respecto del imputado el peligro de fuga sin que se fundamenten las razones expresas y concretas que motivan tal convicción. De lo que se trata es de conectar el hecho invocado por la parte, el antecedente que lo justifica y cómo satisface la exigencia normativa y de principios.

Por otra parte, las referencias a los principios que gobiernan la aplicación de medidas cautelares personales deben ser utilizados y explicados de modo particular, referido al principio en debate y el anclaje o relación que tiene su aplicabilidad con los hechos y antecedentes concretos del caso para evitar meras referencias genéricas o circulares en el razonamiento judicial. A modo de ejemplo, no resulta suficiente que el tribunal se limite

³⁹ En este sentido no resulta suficiente la invocación abstracta o general del antecedente o antecedentes con los que se cuenta para justificar la medida cautelar personal, es necesario conocer el contenido concreto, material y específico del antecedente que se invoca y la relevancia acreditativa de este ya sea para justificar los presupuestos materiales o bien la necesidad de cautela.

a establecer que la medida decretada resulta conforme al principio de proporcionalidad sin explicar los hechos que permiten justificar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad propiamente de la medida cautelar personal solicitada. En este sentido resulta exigible que el tribunal explique cómo la medida es un medio idóneo para conseguir un fin que se tiene a la vista y que se relaciona con la necesidad de cautelar invocada.

Fundamentos explícitos que permitan controlar la decisión y sus justificaciones

Otro elemento exigible a la resolución judicial que se pronuncia sobre la medida cautelar personal respectiva es la debida explicitación del fundamento y los estándares utilizados.

En efecto, no resulta suficiente que la resolución indique los elementos fácticos considerados, los antecedentes tenidos a la vista y los elementos jurídicos a los que se asocian los hechos, sino que se requiere explicar las razones por las cuales los hechos y sus antecedentes de respaldo satisfacen las exigencias normativas y los criterios para desarrollar el razonamiento respectivo.⁴⁰ Esto constituye el núcleo central de la motivación judicial. Ello debe ir acompañado de los estándares que el tribunal ha utilizado para arribar a una determinada decisión, de modo que la resolución pueda ser no solo entendida, sino controlada en sus consideraciones, razonamientos y conclusiones. La exigencia desde luego se extiende a los antecedentes que el tribunal acepta, valida e integra a su resolución, así como a los argumentos que desecha y los hechos y antecedentes que estructuraban el razonamiento contrario.

Este aspecto es relevante por los estándares que pueden emplearse según la entidad de la medida cautelar personal en cuestión, dados los recursos que pueden proceder en contra de la resolución judicial que se pronuncia sobre la medida cautelar personal.

Exigencias específicas tratándose de la solicitud de prisión preventiva

Un aspecto que suele pasarse por alto en el razonamiento judicial relacionado con el debate de medidas cautelares personales es la necesidad de especial motivación que resulta exigible cuando el tribunal decide la imposición de la prisión preventiva. En efecto, al ser esta la medida cautelar de mayor entidad y lesividad, el tribunal debe indicar

⁴⁰ Estos elementos resultan claves para poder reproducir y entender el razonamiento empleado por el tribunal.

y explicar las razones por las que descarta la aplicación de otras medidas menos lesivas para las garantías fundamentales del imputado. Esto es una exigencia que deriva del principio de proporcionalidad y que presupone la existencia de una natural graduación entre las distintas medidas cautelares personales disponibles. Esto se acrecentó en los modelos procesales penales acusatorios con la incorporación de un catálogo más extenso de opciones cautelares que destierra la vieja lógica binaria entre libertad o prisión preventiva.

Un segundo aspecto relacionado con la eventual imposición de la medida de prisión preventiva se refiere a la exigencia hacia el juez de control o garantías de revisar si la solicitud de prisión preventiva no se encuentra prohibida por la legislación procesal penal en atención a una causal que impide su procedencia. Ello se vincula con la investigación de ilícitos que están sancionados únicamente con penas pecuniarias, penas restrictivas de derechos que no alcanzan la libertad ambulatoria, o bien están asociados a procedimientos de acción penal privada. Varias legislaciones contemplan normas explícitas para estas causales; sin embargo, es obvio que aún en ausencia de reglas explícitas sobre estos puntos corresponde una estricta aplicación del principio de proporcionalidad.

Un último y tercer aspecto a considerar es la especial importancia que cobra la garantía del juzgamiento dentro de un plazo razonable cuando a la persona del imputado se le impone la medida cautelar de prisión preventiva. En efecto, si el tribunal impone la medida cautelar personal más gravosa, deberá ser especialmente severo y exigente con la duración de esta,⁴¹ lo que supone entre otras variables la determinación de un plazo límite de investigación con el propósito de cautelar adecuadamente la garantía del juzgamiento razonable y al mismo tiempo controlar de modo más intenso la privación de libertad que sufre el imputado en el caso de la prisión preventiva.

Conclusiones

Como es posible observar y colegir de los análisis precedentes, el rol jurisdiccional en materia de medidas cautelares personales resulta crítico y aparece como una de las intervenciones más relevantes de la judicatura durante la fase de investigación y la fase intermedia del proceso penal.

⁴¹ En algunas legislaciones, como la de Uruguay, esta duración está sujeta a parámetros y criterios específicos que se regulan normativamente. En este sentido es necesario ver el artículo 235 del CPP de Uruguay. En el caso del CPP de Argentina federal, tales límites están establecidos en el artículo 224 del Código.

Lo señalado debe llevar a analizar de modo más intenso y extendido los parámetros y criterios que deben guiar la intervención judicial en los casos de debate sobre procedencia de una medida cautelar personal. Ello implica no solo la verificación formal de requisitos normativos o de principios aplicables, sino un análisis exhaustivo y detallado sobre el modo en que los elementos jurídicos, fácticos y los respaldos en antecedentes permiten configurar o descartar la procedencia de medidas cautelares en cada caso. El tribunal debe definir si los antecedentes concretos y específicos de respaldo que invocan las partes en audiencia pueden acreditar suficientemente los requisitos sobre los presupuestos materiales y la necesidad de cautela de la medida en disputa. Esta tarea debe ser encarada de modo proactivo por el tribunal de control o garantías a través de la conducción del debate y el requerimiento de información de calidad por las partes, así como de la capacidad que tengan para contestar las preguntas aclaratorias que el tribunal les dirige para satisfacer los interrogantes que tales planteamientos sugieren.

Por otro lado, se requiere que el tribunal, al decidir sobre la procedencia de una medida cautelar personal, sea capaz de identificar y explicitar los motivos y razones que tiene en consideración para admitir o desechar la medida en disputa. Ello es una condición necesaria para entender y controlar la decisión jurisdiccional. Lo anterior es especialmente relevante con la prisión preventiva.

Referencias

- Alexy, R. (2020). Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. En R. Alexy & P. Andrés Ibáñez (Eds.), *Jueces y ponderación argumentativa*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Argentina. (2016). Ley 8.933 de 2016 que establece el Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán, Argentina.
- Argentina. (2019). Decreto 118/2019 que establece el Código Procesal Penal Federal de Argentina.
- Bernardini, P. (2010). El Peligro de reiteración delictiva. ¿Puede ser una causal para disponer la prisión preventiva? *Actualidad Jurídica*, (151), 877-882.
- Blanco, R., Gallardo, E., & Moreno, L. (2024). *Litigación Penal Estratégica en Audiencias Preliminares*. Tirant lo Blanch.
- Calamandrei, P. (2019). Inoduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. En *Opere Giuridiche, Esecuzione forzata e procedimenti speciali* (Vol. IX). Roma Tre-Press.

- Camaño, D. (2017). El encarcelamiento cautelar en el modelo acusatorio de justicia penal. En *Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Chile. (2000). Ley 19696 del 12 de octubre de 2000 que establece el Código Procesal Penal de Chile.
- Duce, M. (2016). *Proceso Penal en contexto. Reflexiones sobre aspectos estructurales de la justicia criminal en Chile*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Duce, M., & Riego, C. (2007). *Proceso Penal*. Jurídica de Chile.
- Gallardo, E. (2007). La inutilizabilidad. *Revista del Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda*.
- González, L. (2021). *Juezas y jueces de garantías en la litigación penal*. Didot.
- Hadwa, M. (2020). *La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales*. DER.
- Klatt, M., & Meister, M. (2020). *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Autónoma de Yucatán.
- Larrieu, B. (2017). La actuación del Juez en el Nuevo Proceso Penal. En *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Ledesma, Á. (2000). *La Reforma Procesal Penal*. Jurídica Nova Tesis.
- Maier, J. (1999). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos* (2ª ed.). Editores del Puerto.
- Panamá. (2008). Ley N°63 de 2008 que adopta el Código Procesal Penal de Panamá.
- Seleme, H. O. (2021). Deber de veracidad, regla del silencio y estándar de prueba. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 263-288.
- Souto, M., & Islas, F. (2020). Enfoque práctico de la audiencia cautelar (Prisión Preventiva) con énfasis en los riesgos procesales. En *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal Tomo II* (pp. 423-439). Fundación de Cultura Universitaria.
- Uruguay. (1967). *Constitución de la República*.
<https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>
- Uruguay. (2017). Ley 19.293 de 2017 que adopta el Código del Proceso Penal de Uruguay.
- Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política Criminal*, 13(26), 836-857.

Cómo citar: Blanco Suarez, R. (2024). El rol del juez de garantía en el debate de medidas cautelares personales. Revisión normativa de los sistemas procesales penales de Chile, Uruguay y Argentina federal. *Revista de Derecho*, (30), e3961. <https://doi.org/10.22235/rd30.3961>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): 1. Conceptualización; 2. Curación de datos; 3. Análisis formal; 4. Adquisición de fondos; 5. Investigación; 6. Metodología; 7. Administración de proyecto; 8. Recursos; 9. Software; 10. Supervisión; 11. Validación; 12. Visualización; 13. Redacción: borrador original; 14. Redacción: revisión y edición. R. B. S. ha contribuido en 1, 2, 3, 5, 6, 10, 13, 14.

Editora científica responsable: Dra. María Paula Garat.