

## EL ARRAIGO

TITO E. SOLARI PERALTA  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad Católica de Valparaíso

XIMENA TUDELA JIMÉNEZ  
Ayudante de Derecho Penal  
Universidad Católica de Valparaíso

I. Con la dictación de la Ley 18.288, publicada en el Diario Oficial de fecha 21 de enero de 1984, se incorporó definitivamente al Código de Procedimiento Penal la institución del arraigo. En términos generales, sin perjuicio de un análisis ulterior, digamos que se contempla la posibilidad de decretarlo como primera diligencia del sumario (artículo 7 del Código de Procedimiento Penal); se agrega el arraigo junto a las medidas de citación, detención y prisión preventiva dentro del Título iv, del Libro II, Primera Parte; se añade un nuevo párrafo a continuación del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, que pasa a ser párrafo vi en el que se contienen los artículos 305 bis letras A, B, C, D, E y F, y se cambia la denominación del Título v, que trata del recurso de amparo, haciéndolo procedente respecto de una orden de arraigo dictada en forma indebida en relación con la autoridad que la adoptó, o expedida fuera de los casos previstos por la ley o con infracción de sus formalidades o sin que exista mérito o antecedentes para haberla decretado.

La incorporación de esta medida destinada a asegurar la persona del delincuente dentro del Código de Procedimiento Penal pone fin a un largo debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la posibilidad de haber aplicado esta institución, que es una verdadera restricción de la libertad

personal, antes de la modificación legal que comentamos. Pensamos que nunca existió claridad respecto de ese punto, como lo pasamos a analizar a continuación.

II. El problema puede resumirse de la siguiente manera: ¿Era posible decretar un arraigo dentro del proceso penal antes de la dictación de la Ley 18.288?

Obviamente, la interrogante deja fuera aquellos casos en que para materias determinadas existía un texto expreso, pues en tales situaciones su procedencia jamás fue discutida. Así ocurre dentro del Código Tributario en su artículo 72 y en la Ley de Menores 16.618, en su artículo 49. El artículo 72 del Código Tributario contempla el arraigo como uno de los medios de fiscalización que establece ese Código, disponiendo en su inciso 2º que el Servicio de Investigaciones no podrá autorizar la salida del país respecto de aquellas personas que están siendo investigadas por presuntas infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal, salvo que se rinda caución suficiente a juicio del Director Regional. Para tales fines, el Servicio de Impuestos Internos debe enviar al Departamento de Policía Internacional la nómina de contribuyentes que se encuentren en esa situación.

El segundo caso de excepción se contiene, como hemos dicho, en el artículo 49 de la Ley 16.618, Ley de Menores; el precepto se refiere a la regulación del derecho de visita que esa ley confiere a los padres, y expresa que el menor no podrá ausentarse del país por más de 15 días sin autorización del padre o madre a cuyo favor se hubiere establecido ese beneficio, encomendando al Servicio de Registro Civil el velar por el cumplimiento de esta medida, facultándose también al tribunal para conceder la autorización para que el menor salga del país, si estima que ello puede beneficiarlo.

Como puede observarse, prácticamente la excepción es una sola, la del artículo 72 del Código Tributario, pues

ella se vincula a un proceso penal en el que se investiga un delito tributario sancionado con pena corporal; la de la Ley de Menores es una medida de protección ajena a un proceso penal.

Salvo en esos casos en que el arraigo tiene el respaldo de un texto expreso, en las demás situaciones se discutía su procedencia. Realmente pensamos que en la materia reinaba una cierta anarquía; durante un largo tiempo el arraigo fue decretado, especialmente a nivel de tribunales de primera instancia, aun no sabiéndolo en algunos casos el propio afectado. Se razonaba del siguiente modo: esa medida estaba implícitamente conferida por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, esto es, como primera diligencia del sumario tendiente a evitar que el presunto delincuente pudiera evadir la acción de la justicia, existiendo una aplicación del aforismo según el cual "quien puede lo más, puede lo menos", si el juez podía y puede detener como lo dice el mencionado artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, con mayor razón debía poder decretar el arraigo. Además, basándose en el artículo 76 del mismo cuerpo legal, se decía que era obligación del juez adoptar las medidas para asegurar la persona de los presuntos culpables, siendo el arraigo una de esas tales medidas.

No obstante lo dicho, antes de la dictación de la ley que comentamos, surgió una segunda corriente jurisprudencial que negó categóricamente la posibilidad de decretar el arraigo por ser una medida no contemplada por la ley, y por tratarse de una institución que afecta la libertad personal no se podía proceder con criterios analógicos, dado que se está frente a un derecho que tiene rango de garantía constitucional, y la propia Constitución establece en el Nº 26 del artículo 19 que se asegura a todas las personas que no podrán afectarse los derechos en su esencia. Sin embargo existían fallos en sentido contrario, lo cual demuestra que esta tendencia no fue uniforme; a título

ilustrativo recordamos el fallo de la Corte Suprema, de fecha 22 de agosto de 1983, confirmatorio de la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 23.434 (apelación amparo)<sup>1</sup>, recaída en un proceso que versaba sobre presunta apropiación indebida en el que sentó la siguiente doctrina: "Por haberse dejado sin efecto la declaratoria de reo del inculpado, no procede mantener la orden de arraigo decretada en su contra", de lo que se infiere que de haberse encontrado vigente el auto de procesamiento hubiere procedido el arraigo.

Debemos reconocer, en todo caso, que en esta etapa a la que nos estamos refiriendo predomina, a nivel de la Corte Suprema, la tesis que el arraigo es una medida inconsulta; como consecuencia de ello empezó a predominar esta idea ante los tribunales de primera instancia.

Esta nueva realidad dio nacimiento a una institución sui generis que nosotros, para representarla gráficamente, llamamos el "arraigo sin arraigo"; consistía en que se negaba lugar a decretar el arraigo por no estar ello autorizado expresamente por la ley, pero a continuación, acto seguido, se decretaba la detención y se ordenaba comunicar este hecho a Policía Internacional; en lo concreto, esto significaba que mientras la orden de detención no se hiciera efectiva, el sujeto se encontraba de hecho sometido a un arraigo.

III. Hemos afirmado que la tendencia de la jurisprudencia en el tiempo inmediatamente anterior a la dictación de la Ley 18.288 fue la de declarar la improcedencia del arraigo<sup>2</sup>, pudiendo afirmar que se llegó a tener una especie de fallo tipo sobre esta materia<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Revista Fallos del Mes, septiembre 1983, N° 298, pág. 519.

<sup>2</sup> Pueden consultarse, entre otros, los fallos publicados en Revista Fallos del Mes, N° 299, octubre de 1983, pág. 604 y N° 300, noviembre de 1983, pág. 682.

<sup>3</sup> La afirmación puede ser comprobada si se compara el texto de

La Corte Suprema terminó sentando la siguiente doctrina: "el Código de Procedimiento Penal no contempla la institución del arraigo; por eso se tiende a su modificación para instituirlo. Si ese cuerpo legal no contempla el arraigo, no se ajusta a una buena interpretación judicial sostener que diversos preceptos que aseguran la comparecencia al juicio establecen implícitamente el arraigo"<sup>4</sup>; digamos que estos pronunciamientos tuvieron siempre el voto en contra fundado del ministro Osvaldo Erbetta.

Con el objeto de presentar al lector una reproducción fiel de lo resuelto por la Corte Suprema, hemos preferido transcribir íntegramente el fallo que se dictara por ese Tribunal con fecha 16 de noviembre de 1983, el cual textualmente señala:

"Santiago, dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Vistos:

Eliminando los fundamentos 4º, 5º, 7º, 8º, 9º y 10 del fallo apelado de tres de septiembre último, y teniendo, además, presente:

1º) Que el Ministerio de Justicia por oficio N° 2219 de 2 de octubre de 1979 dirigido a la Corte Suprema, envió para su informe un proyecto de ley sobre el arraigo y donde dice textualmente: "2. La Ministra infrascrita, en aten-

---

los dos fallos que se indican en la nota que precede. En igual sentido la sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de octubre de 1983, rol N° 23.513, apelación de recurso de amparo, en relación con lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción (rol N° 5.360).

<sup>4</sup> Extracto doctrinal de lo resuelto por la Corte Suprema; Revista Fallos del Mes, N° 299, pág. 604 (octubre 1983).

ción a las numerosas solicitudes que sobre esta materia se formulan y las perturbaciones que puede ocasionar el otorgamiento de una medida de gravedad, si se considera su carácter restrictivo de la libertad personal, estima de toda necesidad, se legisle sobre esta materia, dictándose normas sobre procedencia y casos en que podrá decretarse el arraigo y procedimiento que debería observarse en su concesión”.

El proyecto sustituye el epígrafe del Título IV del Libro II del Código de Procedimiento Penal, por el siguiente: “De la citación, detención, prisión preventiva y arraigo”.

Modifica los artículos 305 a), 305 b), 305 c) y 314; en el artículo 305 a) se contempla el contenido del arraigo, plazo de la medida, terminación y prohibición de decretarlo;

2º) Que esta Corte pronunciándose sobre el proyecto, en oficio N° 292, de 2 de julio de 1980, mediante sus observaciones “pretendió dar un concepto sobre esta institución”, y dijo que “el arraigo es la radicación en el país, prohibiendo la salida del territorio nacional de todo inculcado respecto de quien existan antecedentes probatorios, apreciados en conciencia, que sean bastantes para decretar su detención y pueda estimarse que tratará de eludir la acción de la justicia, y cuando el juez lo considere necesario para el éxito de la investigación”;

3º) Que la misma inexistencia del arraigo pone de manifiesto el Proyecto del Código de Procedimiento Penal, elaborado por la Comisión que presidió don Rubén Galecio G., cuando al párrafo 6º que contiene el artículo 305 bis, se le agrega el titulado “Del arraigo”, y en dicho precepto dice: “El juez podrá prohibir que abandone el territorio nacional a todo inculcado

respecto de quien existan antecedentes bastantes para estimar que en el sumario podrá ser sometido a proceso y que tratará de sustraerse a la acción de la justicia. Dictará en tal caso orden de arraigo en su contra por un término no superior a sesenta días”.

Puede advertirse la coincidencia total, sobre el contenido del arraigo, entre la Corte Suprema, el Ministerio de Justicia y el Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Penal.

Además, existe igualdad de pareceres en orden a que el arraigo produce dos efectos: a) la obligación de permanecer en el país, pudiendo dentro de él trasladarse de un lugar a otro con entera libertad, y b) la prohibición de salir fuera del territorio de la República, en forma absoluta. Todo ello, obviamente, sin perjuicio de las excepciones que legalmente puedan establecerse;

4º) Que, por tanto, el arraigo es una medida restrictiva de la libertad personal que tiene por objeto disponer la permanencia del inculpado en el territorio nacional, permanencia que facilita y hace más oportuna la comparecencia del inculpado al juicio, en la forma contemplada en el Libro II, Primera Parte, Título IV del Código de Procedimiento Penal, que reglamenta la materia y cuyo artículo 246 la sintetiza, cuando dispone: “Todo individuo contra quien las diligencias del sumario arrojen datos que hagan presumir su responsabilidad penal, quedará sujeto a la obligación de comparecer ante el juez de la causa o a la restricción de su libertad personal en la forma determinada en este título”; señalando otras disposiciones que le siguen, la citación, detención y prisión preventiva, como esta clase de medidas.

De suerte que la obligación de comparecencia no deriva del arraigo sino de la responsabilidad penal, y el arraigo sólo produce el efecto de inmovilizar al inculcado dentro del territorio nacional y con relación al extranjero, para que puedan resultar efectivas las medidas de citación, detención y prisión preventiva.

Cuando sean realidad las modificaciones propuestas al Código de Procedimiento Penal, podrá afirmarse con certeza legal que el arraigo es una manera de asegurar la comparecencia del inculcado al juicio penal, porque así lo pretende la reforma;

5º) Que de las diversas disposiciones que se refieren a la obligación de comparecencia, no puede deducirse que esa obligación pueda consistir en una restricción de la libertad personal, que es la característica esencial del arraigo, ni que de ellas surja implícitamente esta institución no establecida en la legislación, salvo el caso que se cita del artículo 49 de la Ley de Menores; y además de la referencia al artículo 72 del Código Tributario, que sólo impone la prohibición de extender pasaportes sin acreditar previamente ciertos requisitos, porque esta exigencia no constituye una limitación de su libertad personal, sino el cumplimiento de ciertos requisitos para hacerlo al exterior; como tampoco la constituyen cualquiera norma que regule esa libertad y de su manera de ejercerla, mirando el bien común.

Las diversas disposiciones contenidas en el Libro II, Primera Parte, Título IV del Código de Procedimiento Penal, que se refieren a la citación, detención y prisión preventiva, son, actualmente, ajenas al arraigo. En efecto, los artículos 246, 247, 248, 249, 250, 255, 266, 356, 362, 367 y 377 del Código de Procedimiento Penal,



se refieren todas, sin excepción, a medidas tendientes a asegurar la comparecencia del inculcado o reo al juicio, para el caso de que sea desobedecida la orden de comparecencia, y estas medidas para comparecer no constituyen arraigo.

Por otra parte, no es necesario consignar que la mera obligación de comparecer al pleito no constituye una limitación de la libertad personal, como tampoco la constituye la obligación de cumplir una obligación civil, porque en ambos casos el deudor sufrirá sanciones cuando realmente no concurra al juicio penal, o no pague la obligación contraída, respectivamente;

6º) Que, la institución jurídica denominada "arraigo", ha sido doctrinariamente aceptada como se ha expuesto anteriormente, pero se necesita de un texto expreso que la instituya, porque de acuerdo con el N° 7 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado, la Constitución asegura a todas las personas: "7º El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: a) toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro punto, y entrar y salir de su territorio a condición de que guarden las normas establecidas por la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros".

La medida de restricción de libertad personal no puede darse por implícita o tácitamente establecida, porque, conforme al texto constitucional, esta materia debe ser legalmente considerada, y la ley es una declaración que manda, prohíbe o permite;

7º) Que para mejor resolver el asunto propuesto, no pueden olvidarse las reglas de interpretación que la ley ha establecido en esta labor de los tribunales.

En primer término, el artículo 19 del Código Civil, en su inciso 1º, dispone que: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", siendo del caso dilucidar si el sentido de la ley es o no es claro.

Pues bien, las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, que se han invocado para sostener la existencia implícita del arraigo, no conducen a ese fin, porque es una certidumbre y no una mera hipótesis, que el Código de Procedimiento Penal no contempla la institución del arraigo, y por eso se tiende a su modificación para instituirlo. Si ese cuerpo legal no contempla el arraigo, no se ajusta a una buena interpretación judicial sostener que diversos preceptos que aseguran la comparecencia al juicio establecen implícitamente el arraigo, institución que el Código de Procedimiento Penal no conoce.

No es necesario referirse a otros preceptos de textos legales diferentes que contemplen o puedan contemplar el arraigo, porque ellos no inciden en el asunto objeto del juicio.

Por estos fundamentos y méritos de autos, se confirma, con costas, la sentencia de tres de septiembre último, que en compulsa corre agregada a fojas 10 vuelta de estos autos.

Transcribese, debiendo el juez agregar al respectivo proceso copia autorizada de esta resolución.

Acordada contra el voto del Ministro señor Erbetta, quien estuvo por revocar la resolución apelada y por rechazar el recurso de amparo deducido en los autos 5353 del rol de la Corte de Apelaciones de Concepción, el que se funda en la circunstancia de haberse decretado por el juez del Cuarto Juzgado del Crimen de esa ciudad una orden de arraigo, dentro del país, en

contra del inculpado Juan Eduardo King en un proceso que sigue por cohecho, malversación o fraude.

En concepto del disidente y como lo expresara en su voto emitido en un recurso basado en una situación similar —causa rol N° 5360 de esta Corte—, existen diversas disposiciones en el Código de Procedimiento Penal (artículos 246, 247, 249, 250, 278, 289, 357 y 377, entre otros) de las que fluye que los jueces del Crimen están facultados para tomar medidas que impidan que abandonen el país procesados o inculpados, dictando a su respecto órdenes que lo eviten; aun recordó el disidente en esa ocasión que el artículo 76 del Código aludido expresa en su inciso segundo que constituyen el sumario, entre otras diligencias, las dirigidas a asegurar la persona de los presuntos culpables y, evidentemente, el arraigo tiende a ello. Es del caso de añadir ahora, en apoyo de esta tesis, que la legislación acepta expresamente que se decreten medidas semejantes en el artículo 72 del Código Tributario y en el artículo 49 de la Ley de Menores y ello para casos que no tienen la gravedad del proceso en que recae el recurso. Por último, es evidente que el legislador entiende que pueda decretarse tal medida como fluye del inciso 1° del artículo 94 del Decreto Ley 1.094 sobre Extranjería, introducido por la Ley 18.252, al imponer a los tribunales ordinarios de justicia y a los militares, la obligación de comunicar al Registro Civil e Identificación el hecho de haberse dictado en los procesos en que aparezcan inculpados extranjeros, medidas de arraigo, sentencias condenatorias, etc.

Anótese y archívese.

Redacción del Ministro señor Correa”.

El punto de vista contenido en el voto disidente del ministro Sr. Osvaldo Erbetta aparece desarrollado más extensamente, como lo expresa en el mismo fallo, en la causa rol N° 5.360 recaída en recurso de amparo presentado en favor de G.S.C., sentencia de 24 de octubre de 1983. Allí el ministro Erbetta expresó que estaba por confirmar el fallo “en razón de sus propios fundamentos”, agregando algunas ideas en forma resumida, de lo que se colige su adhesión a los fundamentos sostenidos por la Corte de Apelaciones de Concepción, los que son del siguiente tenor:

“2. Que el arraigo del procesado es la radicación obligada del reo en el lugar que se le sigue el proceso y aún más en el territorio de la República, a fin de que no pueda abandonar ni uno ni otro, evitándose de este modo su ausencia subrepticia al del proceso y posterior declaración de rebeldía.

3. Que el arraigo concebido como una forma de asegurar la persona del imputado no está contemplado expresamente en nuestro derecho positivo, salvo en caso contemplado en el artículo 72 del Código Tributario.

4. Que, sin embargo, el arraigo surge y está implícitamente en todas aquellas disposiciones que le impone al imputado el deber de presencia, tales como los artículos 246 y 247, en que se dispone para efectos de que el inculcado preste declaraciones y para que declarado reo comparezca a los demás actos del juicio. El artículo 249 dispone que el inculcado que elude la citación será detenido o preso, según los casos; el artículo 255, que determina los casos en que el juez que instruye un sumario podrá decretar la detención; el artículo 278, que dispone que el auto encargatorio de reo lleva aparejada la orden

de prisión contra el inculgado que se hallaba en libertad; el artículo 279, que expresa que si el inculgado encargado reo se encuentra en territorio extranjero y el delito es de aquellos que autorizan la extradición, el juez procederá a pedirla con arreglo al procedimiento correspondiente; el artículo 289, que dispone que si se teme fundadamente la fuga o el resistimiento de aquel que se trata de aprehender se podrá, con el objeto de asegurar su persona, emplear la fuerza antes de intimar el mandamiento; el inciso 2º del artículo 357, que dispone que el procesado puesto en libertad provisional sin caución deberá permanecer en el lugar del juicio hasta su terminación y presentarse a los actos de procedimiento y a la ejecución de la sentencia inmediatamente que sea requerido; el artículo 362, que expresa que el juez podrá, cuando las circunstancias lo exijan, disponer que el inculgado o reo se presente a la secretaría en los días que determine, bajo apercibimiento de dejar sin efecto la libertad provisional; el artículo 367, que determina el objeto de la caución; en la libertad provisional, expresa que ésta tiende a asegurar la presentación del inculgado o reo cuando el juez lo cite para alguna diligencia o para la ejecución de la sentencia; el artículo 372, que ubicado en el título de la libertad provisional obliga al inculgado o reo excarcelado a designar casa para el efecto de las notificaciones y citaciones que se le hagan, y lo obliga también a comunicar todo cambio de morada al secretario de la causa; los artículos 373 a 376, que conminan al reo a cumplir su deber de presencia, legislado sobre la ejecución de la caución dada para obtener la libertad provisional; la primera parte del inciso 2º del artículo 377, que autoriza al juez para poner fin a la libertad provisional siempre que tenga motivo fundado para temer

que el procesado se fugue; el inciso final del artículo 377, que establece causal de inexcusación fundada en la fuga del procesado que fue nuevamente aprehendido, y el procedimiento sobre ausencia o rebeldía del imputado.

5. Que aun cuando se ha discutido la legitimidad del arraigo y la consagración explícita de ese instituto, no lo es menos que del contexto de todas las disposiciones citadas se desprende que el juez que conoce de un proceso penal, con el objeto de asegurar la persona del procesado y de que en su día y en su hora se hagan efectivas las penas y posibles indemnizaciones civiles, tiene facultades para decretar el arraigo en casos como el presente proceso penal en que se ha causado un grave perjuicio a un servicio esencial del Estado como lo es el de Salud, se ha conculcado la fe pública, con la consiguiente desconfianza de los usuarios de los servicios de Salud en que ha participado nada menos que un profesional de categoría universitaria a quien debe someterse a un juicio de reproche más enérgico, dado su nivel intelectual y ético.

6. Que no podría sino resultar una paradoja inadmisible el que si el juez en lo penal puede decretar lo máximo, como lo es la privación de libertad y no pudiere restringirla, que es lo menos desde que el arraigado sólo está obligado a permanecer en el territorio del país en libertad de movimientos, máxime sino cuando ello no es sino el trasunto de disposiciones del orden procesal, plenamente vigentes.

7. Que a no aceptar la procedencia del arraigo conducirían en las más de las veces, tratándose de un procesado en libertad provisional, a frustrar o eludir las consecuencias del proceso

penal, desde que si se permite al reo trasladarse al extranjero, ya no estará disponible para actuaciones importantes del proceso, como nuevas indagatorias referentes a nuevas figuras delictivas que presumiblemente han de configurarse a raíz de nuevas denuncias y aun querellas del Servicio Nacional de Salud (fs. 319 y 447) que recién comienzan a investigarse. Todo lo referente a careos, pruebas caligráficas, podrían resultar totalmente eludidas, como también el cumplimiento de las sanciones penales y las posibles indemnizaciones civiles.

8. Que la procedencia del arraigo en nuestra legislación ha venido, por así decirlo, a consagrarse en la disposición del artículo 72 del Código Tributario para casos de menor entidad, como sin duda lo es el caso de "personas investigadas por presuntas infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal". En la especie, no sólo se trata de "presuntos inculcados", sino de personas declaradas reos por resoluciones ejecutoriadas por diversos delitos reiterados.

9. Que esta disposición ha venido pues a salvar las dudas que existían sobre la materia acerca de su procedencia, si bien nunca cupo dudas a los estudiosos que el arraigo está implícito en toda aquella reglamentación del deber de presencia y que no se divisa inconveniente para reglamentarlo francamente, de modo que se convierta en una útil medida de aseguramiento de la persona del procesado sin los pesados inconvenientes de índole económica y de todo orden que la prisión preventiva impone a quien está siendo juzgado (Osvaldo López López, Derecho Procesal Penal Chileno, pág.

195, Tomo 2º) y (Proyecto Galecio, artículo 246 bis).

10. Que si bien el artículo 19 de la Constitución Política del Estado, N° 7, consagra el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual y en consecuencia: a) toda persona tiene derecho a trasladarse de uno a otro lugar y entrar y salir del territorio, ello lo es a residir y permanecer en cualquier lugar de la República a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros.

11. Que la norma más atinente con la situación fáctica que propone el recurso es la transcrita, mas ella condiciona la garantía a que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros.

12. Que es evidente que no se trasgrede la Constitución al decretar el arraigo de un procesado, puesto que su libertad se encuentra ya restringida por encontrarse sometido a proceso el amparado con todas las consecuencias que derivan de su condición de tal, que implícitamente derivan de disposiciones legales vigentes como las latamente transcritas y más aún cuando el arraigo está expresamente permitido respecto de personas investigadas por presuntas infracciones, o sea, meramente inculpados.

13. Que, no cabe duda, que en circunstancias ordinarias cualquiera persona no sujeta a proceso podría hacer uso de la garantía en la forma más amplia posible, mas diversa es la situación de un procesado respecto de quien está latente la obligación de mantener domicilio en el lugar del juicio, de comparecer cada vez que se llame para



los efectos de practicar diligencias relativas al proceso que se le sigue.

14. Por lo dicho en el considerando transcrito, deberá concluirse que las restricciones a que aluden los artículos ahí citados no son sino la consecuencia de normas legales, de modo que las restricciones del arraigo no son sino la concreción en un caso determinado de ellas por lo que no puede considerarse que su aplicación a un procesado transgreda la norma del artículo.

15. Que, además, conviene tener presente que las intervenciones de los señores Schweitzer y Jaime Guzmán en las sesiones de la comisión constituyente actas oficiales (sesión 112, celebrada el 8 de abril de 1975) se dejó expresa constancia: "Las disposiciones actuales de la Constitución que corresponden a estos números no se refieren al procesado, se refieren al detenido y aclarando su posición Guzmán dice: lo que se está precaviendo es la situación de la persona que, independientemente de todo proceso o antes del proceso, y, por cierto, antes de cualquiera condena, queda de hecho privada o menoscabada su libertad".

IV. El cuerpo normativo que comentamos tardó casi 22 años en ser una realidad; en efecto, en mensaje del Presidente de la República sobre administración de justicia en lo criminal, se propone la creación de juzgados de instrucción y de sentencia (además de algunas modificaciones al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal); dicho mensaje fue planteado a la Cámara de Diputados el 7 de noviembre de 1962. En lo que toca al tema que nos ocupa se pretendía agregar un inciso segundo al artículo 246 del Código de Procedimiento Penal del siguiente contenido: "Cuando existan presunciones fundadas de que un individuo será sometido a proceso, el juez podrá prohibirle que

abandone el territorio nacional. Esta prohibición no excederá de 30 días y será prorrogable por una sola vez por igual término siempre que se hagan valer nuevos antecedentes”.

El texto propuesto no contiene ninguna referencia al recurso de amparo; tampoco se le da a la medida el nombre de arraigo (solamente se la establece); es una medida que se adopta según el texto contra un individuo y no contra el inculpado; no se indica con precisión quién debe decretarla y, por último, nada se expresa acerca de quiénes podrían pedir que se adoptara esta prohibición.

En el Mensaje se dice “que se ha consultado, asimismo, la prohibición que puede decretar el tribunal para que un individuo abandone el territorio nacional, cuando exista presunción fundada que puede ser procesado”. “Es de alguna ocurrencia, especialmente en materia de delitos por giro doloso de cheques, que los tribunales se vean impedidos de prohibir la salida del territorio a persona que si bien no ha consumado técnicamente el delito, es ciertamente previsible que lo cometerán. De esta manera se impedirá la fuga, disponiéndose de un plazo prudencial para establecer la responsabilidad del sujeto que se encuentra en la situación prevista”<sup>5</sup>.

Este proyecto fue informado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de dicha Cámara, la que repite en lo esencial las ideas del texto propuesto y sus fundamentos<sup>6</sup>, prestándole su aprobación, no prosiguiendo su tramitación.

En una segunda etapa se dicta el Decreto N° 2.420, de 1° de octubre del año 1966, en el que se designa al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Rubén Galecio para elaborar un proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal. Galecio realiza una ardua labor que

<sup>5</sup> Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión N° 22, pág. 1536.

<sup>6</sup> Revista de Ciencias Penales, año 1964, sección varios, pág. 96 y ss.

culmina con la presentación de dos tomos, uno correspondiente al articulado del Código de Procedimiento Penal reformado, y otro que contiene las explicaciones de ese articulado. El trabajo fue remitido para ser informado a la Corte Suprema, al Fiscal de esa Corte, al de la Corte de Apelaciones de Santiago, a la Corte de Apelaciones de Antofagasta, a las Escuelas de Derecho existentes en el país, al Colegio de Abogados, y al Instituto de Ciencias Penales, entre otras entidades<sup>7</sup>.

El 14 de junio de 1968 el Ejecutivo envía el anteproyecto al Congreso Nacional; el 26 de junio de 1968 se despacha el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados y el 30 de agosto de 1969 el segundo informe de la misma Comisión. El 20 de noviembre del año 1969 es aprobado el texto del proyecto Galecio por la Cámara de Diputados, pasando al Senado donde se paraliza su tramitación.

El texto del proyecto Galecio en lo concerniente al arraigo decía:

*“Artículo 246 bis. (Arraigo).* El juez podrá prohibir que abandone el territorio nacional, a todo inculpado respecto de quien existan antecedentes para estimar que en el sumario podrá ser sometido a proceso, y dictará en tal caso la orden de arraigo correspondiente. Esta prohibición no excederá de treinta días y será prorrogable por una sola vez y por igual término.

La prohibición podrá imponerse aun cuando el inculpado sea puesto en libertad por no haber mérito suficiente para someterlo a proceso o después de haber permanecido detenido. Pero si se hubiere dado antes la orden de arraigo, al ordenar la libertad deberá hacer el juez un pro-

---

<sup>7</sup> Existe, además, un informe independiente de los profesores Sres. Waldo Ortúzar, Francisco Grisolia, Juan Bustos y Sergio Politoff.

nunciamiento expreso acerca de si mantiene el arraigo, entendiéndose que lo ha dejado sin efecto si nada dispone sobre el particular”.

Explicando ese artículo, Rubén Galecio expresa:

#### “90. EL ARRAIGO

En el art. 246 bis se establece el arraigo del inculpado, en la forma prevista en el proyecto que se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional. Tiene esta disposición el objeto de impedir que abandone el territorio chileno un individuo contra quien existen antecedentes suficientes para estimar que puede someterse a proceso. La duración del arraigo se limita a treinta días, término que es prorrogable por una sola vez. “Un ejemplo de uso de esta facultad —dice el informante de la H. Comisión de la Cámara de Diputados— será el del protesto de un cheque que se encuentra en la etapa de la notificación civil, y bastará entonces con acompañar la constancia fehaciente de estas actuaciones para solicitar el arraigo del presunto responsable dentro del territorio nacional, evitándose así que sea burlada la acción de la justicia”.

Pueden conseguirse muchos mejores ejemplos: los forajidos que han asaltado un banco, el funcionario que se apropió de grandes caudales públicos, el violador elegante o el contrabandista en gran escala, tratan de poner de por medio, entre ellos y la justicia, la cordillera o el mar. Una disposición tal hace gran falta en nuestra legislación.

En el inciso segundo nos hemos puesto en otro caso: aquel que después de un período de detención es puesto en libertad por no haber

méritos; en tal evento, el juez, si estima que podrá someterlo a proceso cumplidas ciertas diligencias, está facultado también para decretar el arraigo. Detenciones prematuras por la policía en delitos complicados producen a menudo el efecto de que vencido el plazo de la detención, el juez se ve obligado a poner en libertad al inculgado, a pesar de saber que, evacuados algunos trámites, podrá encargarlo reo.

No dudamos de que esta nueva regla no infringe el art. 10 N<sup>o</sup> 15 de la Constitución Política del Estado, en cuanto garantiza la libertad de salir del territorio de la República, porque se trata de una medida del mismo carácter que las otras que señala, la detención y la prisión, esto, de naturaleza cautelar y provisoria, y en todo caso resulta de un contenido más débil en cuanto restricción de la libertad”.

El texto aprobado por la Cámara de Diputados fue del siguiente tenor:

Artículo 246 bis.

Agrégase el siguiente artículo:

“Artículo 246 bis. El juez podrá prohibir que abandone el territorio nacional a todo inculgado respecto de quien existan antecedentes bastantes para estimar que en el sumario podrá ser sometido a proceso y que tratará de sustraerse a la acción de la justicia. Dictará en tal caso la orden de arraigo correspondiente, por un término no superior a 30 días. Cumplido este término no podrá decretarse un nuevo arraigo contra este inculgado relativo al mismo delito.

La prohibición podrá imponerse aun cuando el inculgado sea puesto en libertad por no haber mérito suficiente para encargarlo reo después de haber permanecido detenido; pero si se hu-

biere decretado antes la orden de arraigo, al ordenar la libertad deberá hacer el juez un pronunciamiento acerca de si mantiene el arraigo, entendiéndose que lo ha dejado sin efecto si nada dispone sobre él.

Las órdenes de detención y el auto de procesamiento llevan consigo el arraigo del inculcado o del reo en el territorio nacional, aunque, en el último caso, se encuentre en libertad provisional. El procesado no podrá ausentarse sin previa autorización del juez, dada en caso de necesidad manifiesta y por un tiempo determinado.

Lo previsto en este artículo, no obsta al arraigo del inculcado por un tiempo superior en el caso del artículo 275".

En una tercera etapa, a fines del año 1973, el actual gobierno encomienda a don Rubén Galecio la elaboración de un anteproyecto de reforma, teniendo como base sus trabajos ya hechos e informados. Cumplida esta misión, el año 1976 el proyecto vuelve a ser informado. En lo que toca al arraigo se propone un artículo 305 bis, letras A-B-C y D, cuyo contenido es el siguientes:

#### "P. 6. Del Arraigo

*Artículo 305 Bis A.* El juez podrá prohibir que abandone el territorio nacional a todo inculcado respecto de quien existan antecedentes bastantes para estimar que en el sumario podrá ser sometido a proceso y que tratará de sustraerse a la acción de la justicia. Dictará en tal caso orden de arraigo en su contra, por un término no superior a sesenta días. Cumplido este período no podrá decretarse un nuevo arraigo contra este inculcado relativo al mismo delito.

La prohibición podrá imponerse aun cuando el inculcado sea puesto en libertad por no haber

mérito suficiente para encargarlo reo después de haber permanecido detenido; pero si se hubiere decretado antes la orden de arraigo, al ordenar la libertad deberá el juez hacer un pronunciamiento acerca de si mantiene el arraigo, entendiéndose que lo ha dejado sin efecto si nada dispone sobre él.

No procederá el arraigo en los casos a que se refiere el artículo 247.

Lo dispuesto en este artículo no obsta al arraigo del inculcado por un tiempo superior en el caso del artículo 279 Bis.

*Artículo 305 Bis B.* El arraigo podrá decretarse de oficio, a petición del Ministerio Público, del querellante o de la policía.

La orden de arraigo producirá efecto de inmediato y deberá notificarse al inculcado una vez que preste declaración indagatoria.

*Artículo 305 Bis C.* Las órdenes de detención y el auto de procesamiento llevan consigo el arraigo del inculcado o del reo en el territorio nacional, aunque, en el último caso, se encuentre en libertad provisional

La remisión condicional de la pena, el cumplimiento en Chile de sanciones restrictivas de libertad y la libertad condicional, imponen, asimismo, el arraigo del condenado.

*Artículo 305 Bis D.* Los inculcados arraigados por orden judicial o por haberse dictado auto de procesamiento en su contra, no podrán ausentarse del territorio nacional sin previa autorización del juez de la causa, dada en caso de necesidad manifiesta y por un tiempo determinado”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> La situación a la que se refiere el inciso final del artículo 305 bis A, cuando dice que lo dispuesto en ese precepto no obsta al arraigo

Finalmente, tomando como base el texto de la tercera etapa, no en forma total sino incluyendo algunas modificaciones, surge después del estudio de las comisiones legislativas de la Junta de Gobierno el actual texto de la ley 18.288.

V. La ley 18.288 introduce al Código de Procedimiento Penal una serie de modificaciones, facultando al juez para decretar el arraigo de los inculcados cuando proceda, y ello como primera diligencia del sumario (artículo 7° reformado del Código de Procedimiento Penal); agrega el párrafo 6° destinado al arraigo; reemplaza el nombre del Título IV del Libro Segundo, Primera Parte, por el siguiente: "De la Citación, Detención, Prisión Preventiva y del Arraigo" y extiende el ámbito del recurso de amparo haciéndolo procedente respecto de la resolución que lo decreta cuando emana de autoridad no facultada, o está expedida fuera de los casos previstos por la ley, o con infracción de cualquiera de las formalidades determinadas en el Código de Procedimiento Penal, o sin que haya mérito o antecedentes que lo justifiquen.

En el párrafo sexto destinado al arraigo, a través de seis artículos, se regula en detalle esta institución cuyas características pasamos a resumir:

---

del inculcado por un tiempo superior en el caso del artículo 279 bis, merece una explicación. El proyecto Galecio del año 1976 contemplaba la posibilidad de que existiera mérito para dictar auto de procesamiento, pero que también lo hubiere para sobreseer definitivamente por las causales de los números 4 al 7 del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por presencia de eximentes, causales de extinción de responsabilidad criminal, por cualquier hecho que con arreglo a la ley le pone fin a esa responsabilidad o por cosa juzgada. En esos casos podía no someter a proceso, decretando solamente el arraigo, sin plazo de duración.



- 1) Es una medida destinada a asegurar la persona de los presuntos culpables, es decir, dentro de los actos de desarrollo del proceso, es un acto cautelar al igual que la detención, la prisión preventiva y el embargo provisional, entre otros.
- 2) Consiste en la facultad otorgada al juez para prohibir la salida del territorio nacional a un inculpado en un proceso penal, cuando existen temores que tratará de sustraerse a la acción de la justicia. Luego es una medida restrictiva de la libertad.
- 3) Para decretarlo es menester que se trate de un caso grave y urgente y que existan antecedentes que, apreciados en conciencia, sean bastantes para estimar que en el sumario podrá ser decretada su detención.
- 4) El arraigo no puede extenderse más allá de 60 días, no pudiendo prorrogarse ese plazo en virtud del mismo hecho que motivó su dictación. Transcurrido ese término, el arraigo queda sin efecto, debiendo comunicarse este hecho de inmediato a la misma autoridad policial a la que se impartió la orden.
- 5) En todo caso, de oficio o a petición de parte, se puede poner término anticipado a esta medida si así lo justifican los antecedentes del proceso.
- 6) Si el inculpado arraigado es detenido y dejado en libertad por no existir mérito para procesarlo, el juez en la misma resolución debe señalar si mantiene o deja sin efecto esta medida.
- 7) No procede decretar arraigo por aquellos delitos que solamente admiten citación, esto es, de conformidad al artículo 247 del Código de Procedimiento Penal las faltas en general, los delitos penados únicamente con inhabilitación, suspensión o multa y aquellos cuya pena no pasa de reclusión menor en su grado mínimo.
- 8) Las resoluciones que dan lugar al arraigo y las que lo deniegan son apelables en el solo efecto devolutivo; la vista de estos recursos goza de preferencia en la

forma señalada en el inciso 5° del artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales.

- 9) El arraigo puede ser decretado de oficio por el juez; pueden pedirlo el Ministerio Público y el querellante particular. Llama la atención que se haya excluido al actor civil que interviene en el proceso penal, pues estaba expresamente mencionado en los proyectos que tramitaron las comisiones legislativas. Lo anterior no impide que el juez lo decrete de oficio en beneficio del actor civil.
- 10) El arraigo produce sus efectos por el solo hecho de decretarse, pero debe ser puesto en conocimiento del afectado, personalmente, por el organismo policial que determine el tribunal, ello sin perjuicio de su notificación judicial una vez que el inculcado preste su declaración indagatoria.
- 11) Las órdenes de detención, la resolución que encarga reo al inculcado y la sentencia condenatoria que impone pena privativa o restrictiva de libertad que deba cumplirse en el país, producen el arraigo de pleno derecho, el que no tiene límite temporal.  
Respecto de la detención y del procesamiento, tal efecto persiste, mientras esas resoluciones estén vigentes y aun cuando el inculcado o reo se encuentre en libertad provisional.  
En lo concerniente a la sentencia condenatoria tal arraigo de pleno derecho dura hasta que la pena es ejecutada o se extingue, sin impedirlo la circunstancia que el condenado se encuentre en libertad condicional.
- 12) Quienes se encuentren afectados por la orden de arraigo, sea judicial o de pleno derecho, pueden obtener autorización del juez para ausentarse del territorio nacional. El juez, previa calificación de los motivos invocados, puede conceder esa autorización

señalando en su resolución el plazo que se concede y sin que ello paralice la marcha regular del juicio. El solicitante debe rendir previamente caución cuya naturaleza y monto fija el mismo juez en la resolución que otorga esta autorización. Si el sujeto a quien se concedió ese beneficio no regresa al país dentro del plazo señalado por el tribunal, se hace efectiva la caución sin más trámite.

- 13) La comunicación del arraigo al organismo de policía internacional deberá contener todos los datos y antecedentes que permitan una exacta individualización del arraigado.
- 14) La ley hace responsable de todos los perjuicios que se causaren, con independencia de la responsabilidad penal que pudiere corresponderle, al querellante que a sabiendas solicita y obtiene una medida de arraigo infundada. La acción civil para reclamar la indemnización de esos perjuicios se debe interponer ante el mismo juez que decretó el arraigo y se tramitará y resolverá conforme lo disponen los artículos 89 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.
- 15) El quebrantamiento del arraigo constituye un delito por sí mismo, el que se castiga con prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo. Esta circunstancia de elevar a la categoría de delito el quebrantamiento del arraigo viene a solucionar claramente una situación que, antes de la dictación de esta ley, generaba algunas dudas. Cuando los tribunales decretaban un arraigo y se producía su quebrantamiento, correspondía aplicar el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, ubicado dentro de las normas sobre ejecución de las resoluciones, el que dispone que el tribunal puede decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado. El inciso segundo dice: "el que quebrante lo ordenado cumplir será

responsable del delito de desacato y será sancionado con la pena contemplada en el número 1º del artículo 262 del Código Penal". De ese modo parecía existir una solución clara para el quebrantamiento de una orden de arraigo; sin embargo no era tan simple. El desacato, dentro del Código Penal, es un delito que no corresponde al concepto natural y obvio de la palabra, pues se refiere, en general, a injurias o amenazas dirigidas contra personas investidas de cargos pertenecientes a los poderes del Estado, es decir, en una injuria o amenaza calificada por la calidad del sujeto pasivo.

Pero existe otra razón de orden técnico; la remisión que el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil hace respecto de la pena contemplada en el número 1º del artículo 262 del Código Penal es impropia, pues el número 1º de ese precepto no indica pena alguna, por ser una circunstancia, la primera, de un delito que se pena en el inciso primero (atentado que se verifica a mano armada. Nótese, además, que dice atentado y no desacato). Solamente es posible, por vía interpretativa, entender que el artículo 240 ya citado quiso referirse a la pena del inciso primero del artículo 262 del Código Penal.

Hoy, como hemos dicho, tal situación está solucionada al existir una figura independiente con penalidad propia.

VI. El contexto general de esta ley es, sin lugar a dudas, un avance dentro de la precaria estructura de nuestro procedimiento penal y, aplicados sus preceptos con imaginación, puede servir de paliativo a la prisión preventiva que a veces se extiende innecesariamente por temor a ver frustrada la acción de la justicia.

Pensamos, sin embargo, que han quedado olvidadas algunas situaciones que se presentarán con cierta frecuencia:

- 1) Como hemos dicho, no se faculta al actor civil para impetrar esta medida. Pensamos que dado que su intervención se fundamenta en la existencia de un hecho punible, debió haberse considerado a dicho actor civil como una parte habilitada para pedirlo en las mismas condiciones que el querellante particular y con las mismas responsabilidades; piénsese, por ejemplo, en numerosos casos en los cuales con culpa se causa daño en propiedad ajena, en los accidentes de tránsito, especialmente sin que se sufran lesiones. Resulta obvio en esos casos que el actor civil no puede querellarse; sin embargo, su pretensión indemnizatoria está indisolublemente vinculada con la comprobación del hecho punible y de los sujetos que lo cometieron, pudiendo de hecho allegar pruebas orientadas a la pretensión punitiva, argumento que nos parece suficiente como para haberlo incluido entre quienes pueden solicitar esta medida. Ciertamente es que esta insuficiencia del texto puede ser obviada si el tribunal actúa de oficio, pero no es lo mismo.
- 2) Como relatáramos, la ley expresa que el arraigo no puede extenderse más allá de 60 días cuando se trata del inculcado (arraigo judicial), no pudiendo prorrogarse tal plazo en virtud del mismo hecho que motivó su dictación. No se trata de un dato estadístico cierto, pero la experiencia nos indica que son los menos los sumarios que duran menos de 60 días sin que se haya procesado al inculcado, en especial cuando se trata de delitos de compleja estructura que suponen recopilar antecedentes documentales y, en muchos casos, someter todos esos antecedentes a la apreciación de peritos. Por esa razón, pensando en la finalidad de esta institución, cual es asegurar la acción de la justicia, cree-

mos preferible que se hubiere autorizado la prórroga, debiendo ésta ser sometida al trámite de consulta o a los recursos que el perjudicado intente.

- 3) Nada dice la ley acerca de la posibilidad que el propio inculpado pida su arraigo, como una demostración, al igual que cuando se autodenuncia, de probar su interés en colaborar con la acción de la justicia. Nos parece que debió facultarse a este inculpado no solamente para pedir su arraigo, sino también para pedir el de otras personas que de uno u otro modo pudieran estar involucradas en los hechos que se investigan.
- 4) La ley hace titular para pedir el arraigo al Ministerio Público, disposición ésta que tiene un carácter meramente programático, pues sabemos que los cargos de promotores fiscales fueron suprimidos por el D.F.L. 426 del año 1927. No se trata aquí de una crítica al texto, sino de recordar algo que jamás debió ocurrir y menos con la desafortunada frase "*por no ser indispensables*".
- 5) El texto de la ley da por supuesto que exista un proceso criminal en el que se ha ordenado instruir sumario y habla de la posibilidad de aplicar esta medida al inculpado; esto estaría significando que de no existir proceso penal no se podría decretar esta medida, por ejemplo, por un juez civil. Si bien los casos pueden ser más excepcionales, recurriendo a los mismos ejemplos que se dieron cuando analizamos la historia del establecimiento de la ley, podemos observar que en ocasiones un juez civil, sin que exista proceso criminal, debiera poder decretar esta medida; recuérdese el caso de la gestión de notificación judicial del protesto de un cheque que se encuentra en sede civil, porque el delito técnicamente no se ha consumado, no obstante que pueda haber antecedentes bastantes para pensar que ocurrirá tal consumación y que el notifi-

cado, que todavía no es inculpado, podría evadir la acción de la justicia.

- 6) La ley dispone que el procesado queda arraigado de pleno derecho. ¿Qué ocurre si el procesado es sobreseído temporalmente?

Nada dice el texto acerca de ello y dado que el sobreseimiento temporal sólo paraliza una tramitación, pero no le pone fin, pareciera que tal arraigo subsiste. Creemos en todo caso que el texto es insuficiente, pues no puede llegarse a la misma conclusión sin distinguir previamente la concreta causal de sobreseimiento temporal de que se trate. Así, nos parece natural que cuando el sobreseimiento temporal se funda en rebeldía del procesado, cuando se trata de una cuestión prejudicial civil de que deba conocer otro tribunal y cuando se trata de una demencia o locura, mientras ésta dure, el arraigo debiera subsistir. En los demás casos creemos que debiera facultarse al juez para decidir sobre la permanencia o alzamiento de esta medida, expresándolo en la misma resolución.

- 7) Finalmente, somos de opinión que esta medida, que la ley incorpora en paralelo con la citación, detención y prisión preventiva, pudo haberse establecido, dentro de una concepción más humanizada del proceso penal, como medida única para aquellos delitos que siendo más graves que aquellos que sólo merecen citación (de acuerdo al artículo 247 del Código de Procedimiento Penal) no alcanzan a merecer pena aflictiva; concretamente creemos que pudo establecerse el arraigo para los hechos punibles penados con presidio o reclusión menor en su grado medio, sin que se aplicara a ellos la prisión preventiva, salvo que en concepto del juez esa prisión fuera estrictamente necesaria para el éxito de la investigación; así se evitaría la prisión innecesaria y “el drama del proceso penal —como ha

dicho Carnelutti— que consiste en tener que castigar para saber si se tiene que castigar”<sup>9</sup>.

Con todo estas reflexiones no pretenden, en caso alguno, desconocer las bondades de la promulgación y regulación de este instituto jurídico; su sola existencia constituye un importante avance dentro de la estructura de nuestro procedimiento penal. Así lo creemos.

---

<sup>9</sup> CARNELUTTI, citado por Rubén GALECIO en el Libro de Explicaciones del articulado del anteproyecto de Modificaciones al Código de Procedimiento Penal, pág. 65.