



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

EL ABONO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

El problemático caso del abono en causa diversa

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FRANCISCO JAVIER MEZA VALENZUELA

EDUARDO MIGUEL REVECO SOTO

Profesora Guía: Flavia Emilia Carbonell Bellolio

Santiago, Chile

2018

Para Alvarito y Vicentito

“- La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”

Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*

AGRADECIMIENTOS

Queremos dejar constancia de nuestra gratitud hacia todos aquellos que nos han acompañado durante el proceso de elaboración del presente trabajo de tesis.

A Cristián Irrázaval Zaldívar y Rodrigo Carvajal Schnettler, cuyos valiosos aportes y consejos nos hicieron perder el miedo ante el desafío de tener que ofrecer respuestas ante una temática tan oscura, como la que ha inspirado nuestra tesis, y respecto a la cual la jurisprudencia y doctrina aún no han podido ofrecer una solución unánime.

A Cristopher Arriagada Cortez, donde sea que se encuentre. El mismo que circunstancialmente apareció en nuestro camino, en las dependencias de los juzgados de garantía de Santiago, solicitando nuestra asesoría jurídica, mientras desempeñábamos funciones como procuradores judiciales. El preciso conflicto que busca resolver esta tesis lo padeció Cristopher.

A nuestros amigos, que con sus energías e incondicional compañerismo, nos brindaron la fuerza y tranquilidad suficientes para avanzar con confianza en este difícil proceso.

A Marjorie Leiva Cabezas, fuente infinita de cariño y amor para dar pasos firmes y decididos ante la adversidad.

Finalmente, a las piedras angulares de nuestro andar, sin las cuales la culminación de este trabajo, jamás hubiese sido posible: nuestras familias. Fuente de amor, compañía y entrega indispensable para alcanzar nuestros objetivos.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I: TRATAMIENTO DEL ABONO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN GENERAL, Y DEL ABONO EN CAUSA DIVERSA EN PARTICULAR.....	7
1.1. Tratamiento general del abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad	7
1.1.1. Conceptualización	7
1.1.2. Esbozos sobre su evolución histórica	10
1.1.3. Concepciones que han fundamentado su procedencia	13
1.1.4. Discusión acerca de su naturaleza jurídica	17
1.2. Regulación del abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad en el derecho positivo chileno.....	19
1.2.1. Normas legales que lo consagran	19
1.2.2. Medidas cautelares personales que autorizan su procedencia	24
1.2.3. Clases de pena a las que debe aplicarse.....	27

1.3. Abono en causa diversa, y su problemática procedencia en nuestro ordenamiento jurídico	29
1.3.1. Concepto y presupuestos de aplicación	29
1.3.2. ¿Por qué es tan problemática su procedencia?	34

CAPÍTULO II: TRATAMIENTO DEL ABONO EN CAUSA DIVERSA EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA NACIONALES42

2.1. Comentario general	42
2.2. Evolución de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en la materia	43
2.2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema	43
2.2.2. Fallos que plantean posturas minoritarias	55
2.3. Tratamiento doctrinal nacional	62
2.3.1. Postura de Guzmán Dalbora.....	62
2.3.2. Postura de Hernández Basualto	63
2.3.3. Aproximación valorativa de Carvajal Schnettler	66
2.3.4. Postura de Salas Astrain	69

CAPÍTULO III: REGULACIÓN DEL ABONO EN CAUSA DIVERSA EN EL DERECHO COMPARADO78

3.1. Importancia	78
-------------------------------	----

3.2. Legislaciones restrictivas: el caso alemán.....	80
3.3. Legislaciones que autorizan expresamente la procedencia del abono en causa diversa: referencia particular al sistema español	85
3.4. Legislaciones que autorizan la procedencia del abono en causa diversa en virtud de la interpretación de preceptos legales vigentes: referencia particular al sistema argentino.....	95
CAPÍTULO IV: PROPUESTA INTERPRETATIVA ACERCA DE LA PROCEDENCIA DEL ABONO EN CAUSA DIVERSA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	105
4.1. Consideraciones generales	105
4.2. Revisión de argumentos que deben descartarse para justificar la procedencia del abono en causa diversa.....	106
4.2.1. Justificación a partir del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales	106
4.2.2. Relevancia del artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal	109
4.2.3. Artículo 26 del Código Penal y su interpretación a la luz de un espíritu humanitario y libertario del legislador	111
4.3. Revisión de argumentos que justifican la improcedencia del abono en causa diversa.....	113
4.3.1. Artículo 26 del Código Penal como manifestación del principio vicarial.....	114
4.3.2. Limitación del abono en causa diversa a partir de la unidad procesal	144
4.4. Argumentos que justifican la procedencia del abono en causa diversa	144

CONCLUSIONES156

BIBLIOGRAFÍA164

RESUMEN

En todos los sistemas en que se encuentra consagrada la institución del abono de las medidas cautelares personales a la pena, ésta apela a la reducción de la extensión de una pena impuesta cuando el condenado ya ha sido afectado por providencias cautelares que han limitado o restringido los mismos bienes jurídicos que serán limitados o restringidos como consecuencia del castigo penal. Siendo indiscutible que tal reducción debe tener por fundamento, al menos, la existencia de medidas adoptadas en el mismo proceso en que se impone la respectiva pena, se ha defendido la operatividad del “abono en causa diversa”, vale decir, del cómputo procedente en virtud de privaciones de libertad decretadas en procesos diversos de aquel en que se impone la pena susceptible de reducción en su extensión.

La presente tesis pretende abordar la figura del abono en causa diversa, con el fin de determinar si es procedente su operatividad en el ordenamiento nacional, limitando nuestro análisis al abono sobre penas, amén de temporales y divisibles, privativas de libertad. Para lograr tal objetivo, junto con un tratamiento general de la institución del abono, abordaremos la recepción del abono en causa diversa en la jurisprudencia y doctrina nacional y en algunas legislaciones extranjeras, representativas de las principales tendencias existentes a su respecto.

Se concluye que dicho abono sí es procedente en nuestro derecho, a la luz de la interpretación extensiva del artículo 26 del Código Penal. Este precepto, al tener incidencia en la vigencia de un derecho fundamental como es la libertad personal, debe interpretarse de un modo acorde a su mayor extensión y vigencia, como lo exige el respeto por la dignidad humana. Es esta interpretación extensiva la que permite incluir en el cómputo toda aprehensión cautelar padecida previamente por el sujeto, independientemente del proceso en que ha sido decretada.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis tiene su origen en una ardua discusión que, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, no ha encontrado una solución unánime en nuestro país, no obstante su innegable importancia práctica. De ella tuvimos conocimiento durante nuestro acercamiento a la praxis judicial existente en los tribunales con competencia en lo penal, donde eran numerosas las audiencias orales y públicas en que el debate entre los intervinientes la traía a colación. Dicha discusión puede resumirse de la siguiente manera: tomando en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico ordena a los jueces considerar el tiempo de privación de libertad cautelar que sufrió el imputado en el marco de un proceso penal, para efectos de ver reducido el *quantum* de tiempo de privación de libertad que éste sufrirá como pena impuesta por sentencia condenatoria, ¿es procedente dicha reducción cuando la privación de libertad cautelar ha sido sufrida por el imputado en una causa distinta?

En concreto, nos referimos a la institución del abono de las medidas cautelares personales a las penas privativas de libertad, en virtud de la cual la extensión temporal de la pena privativa dictada por el juez penal se va a ver reducida por el tiempo durante el cual el inculcado permaneció privado de libertad, como consecuencia de la imposición de una providencia cautelar personal, como la prisión preventiva, la detención y la privación de libertad domiciliaria.

Una primera aproximación, a partir del solo tenor imperativo de normas como el artículo 26 del Código Penal y el artículo 348 del Código Procesal Penal, no genera dudas acerca de la aplicación del abono a título de medidas cautelares personales decretadas en el mismo proceso en que se dicta la sentencia condenatoria que impone la pena privativa de libertad respectiva: es una operación obligatoria para el juez, en cuyo caso se habla de “abono propio” o “abono homogéneo”.

La situación, en cambio, se torna más problemática, oscura y compleja en el caso del “abono heterogéneo” o “abono en causa diversa”. Vale decir, del cómputo procedente a título de privaciones de libertad cautelares sufridas en procesos diversos de aquel en que se impone

la pena susceptible de reducción en su extensión, en la medida que la tramitación de estos no ha culminado con una sentencia condenatoria (como en casos de absolución o de sobreseimiento definitivo), o bien han finalizado con una sentencia condenatoria, pero la pena temporal y divisible dictada tiene una extensión inferior al tiempo de privación de libertad cautelar sufrida en el mismo proceso. En este último caso, la pena se tiene por cumplida por aplicación de las normas del “abono homogéneo”, y el condenado no deberá permanecer ni un día más privado de libertad: se entiende que ya ha cumplido la pena finalmente impuesta, en virtud de la imputación de la privación de libertad padecida durante el proceso, a su extensión, produciendo finalmente su supresión. En este escenario, también surge la pregunta referida a si el tiempo por el cual el condenado permaneció privado de libertad “en exceso” de la pena, puede o no imputarse en la extensión de la pena temporal y divisible, decretada en un proceso diverso, para efectos de su reducción.

En este último supuesto, queda en evidencia la enorme importancia práctica que, en general, reviste la institución misma del abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad. En definitiva, su operatividad termina por “estrechar” la potestad punitiva del Estado, dirigida al condenado por la comisión de un delito, cada vez que éste ha debido padecer privaciones en su libertad personal de carácter cautelar con anterioridad. En un caso extremo como el descrito, cuando la extensión de dicho proveimiento ha sido superior a la extensión de la pena finalmente impuesta, la aplicación del cómputo termina por transformar en letra muerta la sanción punitiva impuesta por el tribunal en la sentencia, conforme al mérito del proceso y al “reproche jurídico” manifestado en la pena misma¹, ante la conducta típica, antijurídica y culpable ejecutada por el condenado.

Por si lo anterior fuese poco, si el período de privación de libertad cautelar soportado ha sido superior al período de privación de libertad impuesto punitivamente con posterioridad, cabe preguntarse si acaso el Estado ha terminado por “adeudar” días de libertad al sujeto condenado, que puedan “pagarse” mediante una indemnización en dinero, o a través de su “deducción” en la extensión de la pena impuesta en un proceso distinto. Lo mismo podría sostenerse, con mayor razón, respecto del sujeto que ha sido absuelto, o respecto del cual se ha

¹ MAÑALICH, J. P. (2007). “La pena como retribución”. *Estudios Públicos*, (108), 117-205, p. 183.

declarado el sobreseimiento definitivo del proceso seguido en su contra, y en que ha sido previamente privado de libertad con fines cautelares.

Atendida la incuestionable importancia práctica que se encuentra en juego al momento de resolver todos estos dilemas, nos ha llamado profundamente la atención la pobre recepción que el tópico del abono, en general, ha recibido en la literatura jurídica nacional. Los escasos textos que se encargan de su tratamiento, la mayoría de las veces, no son más que artículos de revista, o breves capítulos de un libro que versan sobre temas de derecho sustantivo de mayor amplitud. En los demás casos, especialmente en manuales o tratados de derecho penal, la temática apenas ocupa uno o más párrafos, si no unas escasas líneas, en que se reproducen las normas reguladoras de la institución del abono, seguidas por comentarios en que el autor expone su opinión sobre su alcance, sin preocuparse de contraponer posturas, y mucho menos de pronunciarse críticamente sobre las mismas. Lo anterior, dejando fuera los numerosos textos en que su tratamiento es omitido.

Es esta realidad la que ha hecho de la elaboración del presente trabajo de tesis un motivante desafío. A través de él, hemos pretendido abordar el problemático caso del abono en causa diversa, con el fin de determinar si es o no procedente en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de un ejercicio meramente interpretativo. No es nuestra pretensión desentrañar la solución normativa más justa, sino sólo determinar si esta figura es o no procedente, a la luz de la normativa legal actualmente vigente. Ello exige, previamente, la exposición y contraposición de las posturas existentes sobre el particular, y un pronunciamiento crítico y fundado sobre las mismas.

Para lograr ordenadamente dichos objetivos, hemos dividido este trabajo en cuatro capítulos.

En el *primer capítulo* abordaremos un tratamiento general del abono de las medidas cautelares personales a las penas privativas de libertad, que comprenderá un intento de conceptualización, un esbozo de su evolución histórica y la exposición de las concepciones que han justificado su procedencia, y de aquellas que se han pronunciado sobre su naturaleza jurídica. Todo ello nos permitirá abordar con mayor facilidad la recepción que la figura ha recibido en el derecho positivo nacional, en lo tocante a las medidas cautelares personales que

autorizan su procedencia, y a la clase de penas a las que resulta aplicable en virtud de las normas legales que la regulan.

Finalizaremos el capítulo con el planteamiento del problema envuelto en el dilema sobre la procedencia legal del abono en causa diversa, con una previa conceptualización y la exposición de los presupuestos en que sería aplicable, según sus defensores.

Según se advertirá, junto con su escasa recepción doctrinaria, el asunto reviste escasa uniformidad en la interpretación de los preceptos legales que regulan esta materia, lo que ha desembocado en la dictación de fallos que han propugnado la absoluta improcedencia del abono en causa diversa, en paralelo a otros que han defendido su procedencia, sea de manera ilimitada o sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos. En razón de ello, resulta indispensable exponer y analizar el tratamiento que esta problemática ha recibido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. Éste será el objetivo del *segundo capítulo*.

En lo referente a la jurisprudencia, centraremos nuestro análisis en las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2005, en atención a la evidente influencia que este tribunal puede ejercer (y ha ejercido) sobre la jurisprudencia de los demás tribunales de la República que han debido pronunciarse a este respecto. Como segunda limitación, sólo se analizarán los fallos dictados con posterioridad al año 2005 pues a partir de dicho año entró en vigencia la Ley N° 20.074, que fijó el texto actualmente vigente del inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal, donde se regula el deber del tribunal de fijar el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesto en conformidad a la letra a) artículo 155 del mismo cuerpo legal, que deberá servir de abono para el cumplimiento de la pena temporal impuesta. En tercer lugar, el análisis se circunscribirá a aquellos fallos recaídos en recursos de nulidad interpuestos en contra de sentencias condenatorias dictadas por tribunales inferiores con competencia penal y a recursos de apelación interpuestos en contra de resoluciones que se pronuncian sobre la acción constitucional de amparo, al ser estos los medios de impugnación a través de los cuales el máximo tribunal puede entrar a pronunciarse sobre el dilema planteado.

A fin de facilitar el ejercicio de contraposición de argumentaciones, continuaremos abordando el pronunciamiento de ciertos fallos que han planteado posturas minoritarias, y que

en general han sido dictados por ciertas Cortes de Apelaciones a lo largo del país. Finalmente, expondremos y analizaremos los planteamientos de los escasos autores nacionales que se han pronunciado sobre la procedencia del abono en causa diversa.

En miras a las limitadas posturas entre las que oscila el debate local, y a la carencia de un examen satisfactorio que permita dar una solución clara y uniforme al problema planteado, en el *tercer capítulo* abordaremos el tratamiento que ha recibido esta figura en algunas legislaciones extranjeras que hemos considerado paradigmáticas, abordando tanto aquellas que forman parte de un criterio restrictivo (particularmente, el sistema alemán) como las que, formando parte de un criterio extensivo, han autorizado la procedencia del abono en causa diversa, sea por una consagración legal expresa (sistema español), sea en virtud de una interpretación de los preceptos vigentes sobre la materia (sistema argentino). Su exposición y análisis nos permitirá vislumbrar con mayor facilidad de qué manera el panorama comparativo puede contribuir a enriquecer el debate suscitado a nivel nacional.

Finalmente, en el *cuarto capítulo* de este trabajo pretendemos esbozar nuestra propia propuesta interpretativa respecto a la procedencia del abono en causa diversa en el derecho chileno, mediante un enfoque crítico de las posturas jurisprudenciales y doctrinales abordadas en los capítulos precedentes. No obstante ser partidarios de la *procedencia* de esta figura, nos pronunciaremos sobre todas las posturas conocidas, partiendo por criticar las argumentaciones que, a nuestro juicio, deben ser superadas para abogar por su procedencia, para continuar con aquellas que deben desecharse por justificar su improcedencia, y finalizar por defender aquellas que han terminado por conducirnos a nuestra propia conclusión.

Según advertirá el lector, a través de nuestra propuesta no pretendemos pronunciar una respuesta definitiva y tajante, y que constituya una solución tendiente a cerrar el debate. Somos conscientes de que nuestro aporte, más bien, debe consistir en un ejercicio meramente interpretativo de preceptos vigentes, destinado a enriquecer la escasa discusión que la materia ha tenido en el país.

CAPÍTULO I: TRATAMIENTO DEL ABONO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN GENERAL, Y DEL ABONO EN CAUSA DIVERSA EN PARTICULAR

1.1. Tratamiento general del abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad

1.1.1. Conceptualización

Como primera aproximación, el profesor Guzmán Dalbora define el abono de las medidas cautelares a la pena como el “cómputo de los efectos jurídicos de ciertas providencias, adoptadas durante el proceso penal con fines de aseguramiento de la persona del inculcado, en la extensión o medida concretas de la pena impuesta por la sentencia condenatoria”².

Un primer aspecto que llama la atención de esta conceptualización es que no se encarga de especificar la manera en que dichas providencias cautelares afectan la extensión o medida de la pena impuesta a la persona que fue sometida a aquellas. Entre los autores, es indiscutible que la voz “abono” apela a una sustracción o descuento. Vale decir, y valiéndonos de las palabras del profesor Carvajal, a una operación que se traduce en “sustraer de la pena determinadas magnitudes”³, y que supone una previa imputación del tiempo que una persona permaneció sujeta a una medida cautelar personal, adoptada en el marco del proceso penal. No en vano, el Código Penal portugués regula esta institución bajo la voz *descontó*, en la sección IV de su Libro I, mientras que la jurisprudencia española la singulariza como un proceso de *liquidación de condenas*⁴. También se le conoce como *cómputo*.

² GUZMÁN, J. L. (2008). *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago de Chile: LegalPublishing, p. 303.

³ CARVAJAL, R. (2014). “El respeto a la dignidad en la determinación judicial de la pena: el caso del abono en causa diversa”. *Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar*, (12), 13-66, p. 15.

⁴ *Ibídem*.

Así las cosas, independientemente de la concepción doctrinal que justifique la existencia del abono, toda vez que se han adoptado providencias con fines de aseguramiento del proceso penal, pese a no fundarse en los mismos fines que los asignados a las penas, unas y otras pueden constituir, por igual, “proveimientos que entrañan una intromisión en los bienes jurídicos del sujeto, especialmente en la forma de una limitación de su libertad ambulatoria o la disposición autónoma de una parte de sus bienes”⁵. Tratándose de las providencias que limitan o privan al sujeto de su libertad personal o ambulatoria, éstas se denominan medidas cautelares personales, y están llamadas por ley a asegurar la persona del *imputado en el curso del procedimiento penal*⁶. En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, estas medidas se encuentran reguladas en el Título V del Libro Primero del Código Procesal Penal, y son: la citación, la detención, las medidas del artículo 155 del Código Procesal Penal, y la prisión preventiva⁷. Su regulación es taxativa, debido a la reserva legal establecida a este respecto por el numeral séptimo del artículo 7° de la Constitución Política para las medidas privativas y restrictivas de libertad⁸, y por el artículo 5° del Código Procesal Penal⁹.

Como es evidente, y más allá de las finalidades meramente procesales que deben fundamentar su procedencia, y de la necesidad, excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad a que deben estar sujetas, el solo hecho de que algunas de estas medidas cautelares personales tiendan a restringir bienes jurídicos que también son tocados por las penas, principalmente la libertad ambulatoria¹⁰, ha constituido un incentivo en numerosas legislaciones para reglamentar la figura del abono. Institución de acuerdo a la cual, el solo hecho de que la persona imputada haya permanecido sujeta a alguna de estas medidas durante la tramitación del proceso seguido en su contra, va a producir una disminución del tiempo de

⁵ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 304.

⁶ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 345.

⁷ Según se analizará en los capítulos siguientes, no obstante la concordancia de la mayoría de los autores, y de la reglamentación legal en Chile y en el derecho comparado, la naturaleza meramente cautelar de una medida tan extrema, como es la prisión preventiva, no es una conclusión pacífica.

⁸ Artículo 19, numeral séptimo, letra b): “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”.

⁹ Cuyo inciso primero reza: “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”.

¹⁰ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 305.

privación de libertad que deberá sufrir en la posteridad, como consecuencia de la imposición de la pena divisible impuesta por una sentencia condenatoria.

Según se analizará con más detalle, para algunos autores dicho descuento se concibe a título de compensación de quien fue restringido en su libertad personal sin ser condenado, mientras que para otros consiste en un mecanismo por el que se pretende evitar que una misma persona pueda ser castigada más de una vez por el mismo hecho. También podemos agregar diferencias en cuanto al carácter preceptivo o facultativo de la procedencia del descuento para el juez, a la forma de cómputo¹¹, a las medidas cautelares personales que autorizan el descuento, a la clase de penas susceptible de ser afectada por el descuento, y –lo que nos resulta de mayor interés- a la posibilidad de justificar el descuento en medidas cautelares adoptadas en un proceso distinto de aquel en que se ha impuesto la pena.

Guardando estas profundas diferencias, en todos los sistemas en que se encuentra consagrada la institución del abono, ésta apela a la reducción de la extensión de la pena impuesta, cuando el sujeto condenado ya ha sido afectado por providencias que han limitado o restringido los mismos bienes jurídicos que serán limitados o restringidos como consecuencia del castigo penal.

Como segundo aspecto a destacar en la definición esgrimida por Guzmán, es su referencia genérica a la pena en que puede hacerse efectivo el abono, sin especificar su naturaleza. Ello se debe al amplio abanico de sanciones punitivas que este autor analiza como susceptible de ser reducidas en virtud del abono, a la luz del derecho comparado y, particularmente del ordenamiento español, que desde 1932 ha concebido la operatividad preceptiva del abono sobre “cualquiera que sea la clase de la pena impuesta”¹², comprendiéndose en esta expresión las penas de encierro, la interdicción temporal, penas pecuniarias como la multa y las penas restrictivas de libertad, siempre y cuando se tratase de penas divisibles; vale decir, de aquellas que constan de grados (en nuestro ordenamiento, máximo, medio y mínimo). Se excluyen, consiguientemente, las penas indivisibles,

¹¹ Punto referido al rendimiento de la privación o restricción de libertad que trata de abonarse, sobre la pena impuesta. Encontrándonos con una fórmula de paridad exacta (en que un día de privación de libertad en virtud de prisión preventiva, producirá el descuento de un día en la extensión de la pena privativa de libertad impuesta), reducida, ampliada o proporcional. Al respecto, véase CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 16.

¹² GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 312.

consistentes en penas de carácter perpetuo¹³. Nuestro estudio, en cambio, se limitará al análisis del abono recaído sobre penas, además de *divisibles, privativas de libertad, y de carácter temporal*.

Denomínense *penas privativas de libertad* todas aquellas que “afectan a la libertad ambulatoria del condenado, quien debe permanecer, durante el término de ellas, recluido en un establecimiento carcelario”¹⁴, excluyendo a las restrictivas de libertad (como el confinamiento, el extrañamiento, la relegación y el destierro), las privativas de otros derechos (como las inhabilidades, suspensiones e interdicciones) y las penas pecuniarias (como la multa, comiso y cauciones). A su vez, las penas son *temporales* cuando “tienen una duración limitada en el tiempo”¹⁵, lo cual excluye la pena de muerte y las penas perpetuas.

1.1.2. Esbozos sobre su evolución histórica

Entre los autores que abordan este tópico, hay concordancia en que el origen más remoto de la institución del abono debe hallarse en el Digesto, donde por primera vez se concibe la posibilidad de considerar el tiempo en que una persona permaneció privada de libertad en la fijación del castigo que éste habrá de sufrir en virtud de la sentencia. En concreto, destacan las ideas de Modestino (Digesto 48, 19, 25), para quien, la pena debía verse reducida si la condición de reo se prolongare¹⁶. Lo anterior, inspirado en la idea de que “no han de ser castigados del mismo modo los que viven largo tiempo en la condición de reo, que aquellos sobre los que recayó pronto sentencia”¹⁷.

Lo antedicho no significó, sin embargo, la plasmación de dichas reflexiones en algún precepto legal y vinculante. De manera consecuente con la tónica del derecho común, propio de la Edad Moderna, la operación del cómputo del tiempo de privación de libertad en la pena

¹³ POLITOF, S., MATUS, J. P. & RAMÍREZ, M. C. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (2ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 475.

¹⁴ CURY, E. (2005). *Derecho penal. Parte general* (7ª ed.). Santiago: Ediciones Universidad Católica, p. 701.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 704.

¹⁶ “*Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit: sic etiam constitutum est non eo modo puniendo seos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos qui in recenti sententiam excipiunt*”. Citado en ORTEGO GIL, P. (2001). “La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII)”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 54(1), 43-70, p. 44.

¹⁷ GUZMÁN, J. L. (2008), *op. cit.*, p. 309.

finalmente impuesta, quedó plenamente entregada al arbitrio y discrecionalidad de los jueces¹⁸, quienes ocasionalmente procedían a moderar la intensidad de la pena, con el fin de compensar a quien permaneció privado de libertad durante un período extenso de tiempo. Se trataba de un criterio de moderación punitiva, en atención al sufrimiento de quien ya había sido custodiado por largo tiempo en una cárcel, y que se traducía en la imposición de una sanción punitiva inferior a la que les correspondería¹⁹. Ello inclusive condujo, en ciertos casos, a que los defensores de los reos solicitasen su absolucón, por los perjuicios que la larga estadía en prisión les ocasionaba²⁰.

Dicha tendencia fue también defendida por numerosos autores, entre quienes puede mencionarse a Antonio de la Peña, quien sostenía que era “justa causa para disminuir la pena, si el delincuente hubiere estado mucho tiempo en la cárcel... pues la cárcel no se hizo para pena sino para custodia y guarda de los presos”²¹. Reflexión que se explica por la manera en que ya era concebida la estancia en prisión, aun antes del movimiento codificador: no como una pena, sino como una medida que aseguraba la conservación de la persona física del reo para el cumplimiento de la futura pena²². Como rezaba la Partida Séptima (7, 29, 11), la cárcel debía ser para “guardar los presos y no para hacerles enemiga ni otro mal, ni darles pena en ella”²³.

Con el transcurrir de los siglos, y a medida que la prisión fue convirtiéndose, gradualmente, en una verdadera pena para casos delictivos respecto a los cuales no estaba prevista previamente, o para castigar los grados de participación delictiva más leves, comenzó a aumentar la importancia de la estancia en prisión como causa de atenuación del castigo punitivo²⁴, hasta llegar a las últimas décadas del siglo XVIII, cuando la pena privativa de libertad se generalizó. Todo lo cual contribuyó a poner de relieve la institución del abono en el

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ ORTEGO GIL, P. (2001), *op. cit.*, p. 61.

²⁰ *Ibíd.*, p. 62.

²¹ Citado en *ibíd.*, p. 47.

²² Frente a ello, aún pervivía en el Derecho común la tendencia a imponer las tradicionales penas corporales, o penas que causaban un daño físico en el cuerpo del delincuente; entre las que destacan la mutilación y los azotes. Al respecto, véase ZAMBRANA, P. (2005). “Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (27), 197-229, pp. 221-229.

²³ (Las cursivas son nuestras). Citado en BRAVO, B. & GUZMÁN BRITO, A. (1989). *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 140.

²⁴ ORTEGO GIL, P. (2001), *op. cit.*, p. 68.

movimiento codificador²⁵, fruto de la consolidación del discurso humanitario y libertario de autores como Beccaria.

Pese a los esfuerzos de los impulsores de la codificación por reducir al máximo el margen de discrecionalidad del juez frente a los estrechos márgenes impuestos por la ley, la regulación del abono del tiempo de prisión en las penas privativas de libertad no impidió que su operatividad siguiera siendo una facultad exclusiva del juez; lo que Guzmán atribuye a la “pertinaz sombra del Derecho común”²⁶. Así las cosas, códigos como el español de 1822, y el alemán de 1870, contenían disposiciones que permitían al juzgador no pronunciarse respecto a la procedencia del abono o denegar expresamente su procedencia²⁷. En los casos en que se procedía al descuento, éste sólo alcanzaba a las privaciones de libertad sufridas en el mismo proceso en que se imponía la condena, siendo inexistente el abono en causa diversa.

La naturaleza facultativa del abono comenzó a ser superada por códigos como el belga de 1867, y el italiano de 1889, en los que se establecía su procedencia obligatoria. Sólo durante la segunda mitad del siglo XX, ciertas legislaciones comenzaron a ampliar su espacio de operatividad, tanto en lo que respecta a las providencias cautelares que autorizan su procedencia, como a las clases de penas a las que puede aplicarse²⁸. Una institución cuya procedencia, durante siglos, estaba condicionada a la existencia de privaciones de libertad y de una pena privativa de libertad posterior, en muchos países pasó a ser aplicable a penas pecuniarias, restrictivas de libertad y a penas restrictivas de otros derechos. A este respecto, particularmente paradigmática resultó la regulación contenida en el Código de la Unión Soviética, que facultaba al tribunal llevar a cabo la compensación “sobre cualquier medida punitiva”, siendo preceptiva cuando la condena fuese de privación de libertad, asignación a una compañía de disciplina, trabajos correccionales o prohibición de residencia. En otras legislaciones también se ha hecho aplicable al abono a penas de inhabilitación (Argentina) y

²⁵ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 15.

²⁶ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 310.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

de destierro (Portugal)²⁹. Más generalizada fue la inclusión de la pena de multa en legislaciones como la suiza, italiana, argentina y alemana.

También destaca el reconocimiento expreso del abono de las medidas cautelares en causa diversa en numerosas legislaciones como la española, italiana, austriaca, portuguesa y suiza. En países como Argentina, Brasil y –más allá de la discusión que será analizada en el siguiente capítulo- Chile, se ha procedido a su aplicación en virtud de la interpretación de los preceptos vigentes³⁰.

En síntesis, la historia de la institución abono de las medidas cautelares a la pena, puede resumirse en su transición desde una concesión discrecional y humanitaria de los jueces hacia su constitución en una operación consagrada legalmente, de carácter preceptiva y obligatoria, propia de los sistemas que pretendieron regular cuidadosamente los límites legales a que debía sujetarse el ejercicio de la actividad punitiva del Estado frente a la vulnerabilidad del individuo que ha debido soportar el sometimiento a privaciones de libertad previas y distintas del castigo penal³¹.

1.1.3. Concepciones que han fundamentado su procedencia

Muy relacionado con el apartado anterior, Guzmán señala que, para explicar el fundamento de la institución del abono, históricamente se han desarrollado dos concepciones tradicionales, relacionadas entre sí.

La primera de éstas, fuertemente influenciada por la regulación del abono en los códigos del siglo XIX –y consiguientemente, por los vestigios aún persistentes del derecho común en su regulación-, sostiene que la aplicación del abono de la medida cautelar a la pena

²⁹ FERNÁNDEZ, M. D. (1983). “El abono de la prisión preventiva en el proyecto de código penal”. *Estudios penales y criminológicos. Cursos y Congresos de la Universidad de Santiago de Compostela*, (6), 85-102, pp. 101-102.

³⁰ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 311. Respecto a países en que se reconoce expresamente el abono en causa diversa, véase también HERNÁNDEZ, H. (2009). *Abono de Prisión preventiva en causa diversa* [en línea]. Santiago: Departamento de Estudios, Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4185-2.pdf> [2017, 20 de diciembre], pp. 10-11.

³¹ El matiz más relevante que puede advertirse a dicha tendencia se encuentra en la existencia de legislaciones como la suiza y la alemana que autorizan al juez a denegar el abono a los condenados, en atención a su conducta durante la tramitación del proceso. Al respecto, véase FERNÁNDEZ, M. D. (1983), op. cit., p. 101.

viene a constituir una “cuestión de equidad, de justicia para el caso concreto, que tempera el rigor de un Derecho aplicado a ultranza”³². Pues de la misma manera en que el Estado puede verse obligado a indemnizar a aquel preso preventivo que resultó absuelto en determinado caso, es de toda justicia que se deba compensar los días en que éste se vio privado de libertad durante el procedimiento, mediante la reducción de días por los que deberá permanecer encarcelado como condenado, pues dicha privación previa cuenta como sufrimiento análogo al que le aguarda en la ejecución de la sentencia³³. El hecho de que su procedencia dependa de la justicia en el caso concreto otorga al juez un amplio margen de decisión, pues éste decidirá finalmente si procede o no el abono y el criterio que utilizará para ello³⁴.

Entre los seguidores de esta doctrina, el mismo autor menciona a Mayer en Alemania, quien, al analizar el §60 del Código Penal Alemán de 1870, sostenía que quedaba al arbitrio del juez hacer o no uso de la autorización legal para tomar en cuenta el período de prisión preventiva en la pena pronunciada en la sentencia, decidir si abonaría la privación de libertad sufrida de manera entera o parcial, y determinar qué tipo de equivalencia tomaría en cuenta para el abono³⁵. Como dicha regla no consistía en una norma de medición de la pena, no quedaba sino estimarla como un beneficio jurídico correspondiente a la equidad, tenida en cuenta por el tribunal para efectos de considerar, al medir la pena, si la pena justa debía cumplirse por entero o si, entera o parcialmente, debía quedar en el papel³⁶.

Con ciertos matices, y apuntando al fin compensatorio del abono³⁷, destaca Casabó Ruiz en España, quien, a propósito del análisis de la regulación del abono del tiempo de prisión preventiva a la pena en el artículo 33 del Código Penal Español de 1932, califica su consagración legal como una respuesta “a las más elementales exigencias de justicia pues, de hecho, la prisión preventiva supone una imposición de un mal plenamente equiparable al de las penas privativas de libertad. El que el propio Código manifieste en el párrafo primero del artículo 26, que la detención y prisión preventiva no se consideran penas, no invalida en

³² GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 306.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ MEYER, M. E. (2007). *Derecho penal: Parte general*. (Trad. de S. Politoff Lifschitz). Montevideo - Buenos Aires: B de F. (Colección Maestros del derecho penal; 25), p. 607.

³⁶ *Ibid.*, pp. 607-608.

³⁷ El matiz se halla en que los autores en comento se hacen cargo de analizar legislaciones en que el abono ya se encuentra regulado de manera preceptiva y no facultativa para el juez.

absoluto su carácter material de pena, por el sufrimiento que entrañan para el sujeto. De ahí que la doctrina de este artículo 33 no constituye una regla de benignidad, sino de justicia”³⁸. En la misma línea, Hairabedián en Argentina califica el descuento del tiempo de privación de libertad sufrido a la condena, como una “reparación en especie”, al individuo que resulta preso³⁹.

La concepción referida es criticada por Guzmán por dos razones. En primer lugar, porque “no consigue salir del atolladero consistente en conciliar el principio de inocencia y la existencia de que toda pena supone juicio, con una medida a la que ella misma recusa el carácter de pena anticipada, pero que habría que compensar, por sus efectos sobre el reo, en la condena”⁴⁰. En segundo lugar, porque entrega su aplicación a las “incertidumbres propias de los razonamientos de equidad”⁴¹. Según se ha expuesto en el apartado precedente, tal solución pasó a ser superada con la consagración del abono como una institución de carácter preceptiva y obligatoria en numerosos códigos legales, lo que devino en un retroceso en las facultades discrecionales del juez en su aplicación, miradas con desconfianza por el movimiento codificador.

La segunda concepción postula que el abono de las medidas cautelares a la pena consiste en una manifestación del *ne bis in ídem*; principio en virtud del cual “nadie puede ser castigado varias veces por el mismo hecho”⁴². Al igual que en el caso de la doctrina anterior, sus adherentes sostienen que el tiempo de vigencia de las medidas asegurativas durante el procedimiento debe descontarse de la pena, debido a su efecto semejante en quien las padece. Esto permitiría que la persona no tenga que sufrir más de una vez por el hecho delictivo que ha motivado la condena. Entre sus adherentes podemos encontrar a Jescheck y Weigend, quienes, al abordar el fundamento del cómputo o abono regulado en el §51 del Código Penal Alemán

³⁸ CASABO RUIZ, J. (1972). “Artículo 33”. En CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A. & CASABO RUIZ, J. *Comentarios al código penal*, Tomo II. Barcelona: Ariel, p. 155.

³⁹ HAIRABEDIÁN, M. (2002). “Necesidad de reformular el cómputo de la prisión preventiva, del 2x1 al 1x0”. En CAFFERATA NORES, J. I. *Eficacia del sistema penal y garantías procesales. (¿Contradicción o equilibrio?)*. Córdoba: Mediterránea, p. 209.

⁴⁰ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 306.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibid.*, p. 307.

(*Strafgesetzbuch*; en adelante, StGB), lo hallan en el principio constitucional “según el cual nadie puede ser castigado varias veces por el mismo hecho”⁴³.

Guzmán también critica esta concepción, calificándola de anacrónica; ya que al sólo permitir el cómputo de la medida ordenada por el mismo hecho punible materia de condena, excluye “el abono de la que el reo hubiese soportado por hechos distintos en la misma u otras causas judiciales”⁴⁴. Vale decir, vendría a excluir la procedencia del abono en causa diversa o abono heterogéneo, que necesariamente supone la existencia de diversos hechos delictivos: por un lado, los que motivaron la substanciación de un proceso en que el individuo permaneció sujeto a la medida cautelar personal y, por otro, los que motivaron la imposición de la pena sobre la cual pretende aplicarse el descuento en un proceso distinto. Según Guzmán, acérrimo defensor del abono en causa diversa en nuestro país, el hecho de que la ley, la jurisprudencia y la doctrina de numerosos países consagren y defiendan su procedencia, da cuenta de la superación de esta concepción.

Contrariamente, el profesor Jaime Salas Astrain postula la improcedencia del abono heterogéneo en la legislación nacional, basando sus postulados en la invocación de esta concepción. Siendo una regla que impide la doble afectación de la libertad individual por parte del Estado con motivo de un mismo hecho⁴⁵, el *ne bis in ídem* sólo puede justificar la operatividad del abono del tiempo de privación de libertad sufrida por la persona en la misma causa en que ha sido condenada, en virtud de una especie de efecto retroactivo producido por la sentencia condenatoria ejecutoriada, que vendría a desvanecer el carácter meramente cautelar de la privación de libertad padecida previamente, que pasa a adquirir un carácter punitivo. De esta forma, el abono no vendría a ser más que una operación por la que la extensión de la pena padecida retroactivamente durante el proceso es descontada de la extensión de la pena impuesta en la sentencia, siempre y cuando los hechos que motivaron una y otra sean idénticos⁴⁶.

⁴³ JESCHECK, H. H. & WEIGEND, T. (1998). *Tratado de derecho penal. Parte general*. (Trad. de M. Olmedo Cardenete) (5ª ed.). Granada: Comares, p. 973.

⁴⁴ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 307.

⁴⁵ SALAS ASTRAIN, J. (2017). *Abono de la prisión preventiva en causa diversa. Deconstrucción de una teoría dominante*. Santiago de Chile: Librotecnia. p. 36.

⁴⁶ Según se analizará con más detalle en el Capítulo II, Salas plantea el efecto retroactivo emanado de la sentencia condenatoria, a partir del artículo 26 del Código Penal, en virtud del cual “La duración de las penas temporales

El rechazo de ambas posturas ha motivado a Guzmán a hallar la raíz del abono de medidas cautelares personales a la pena en una especie de unidad jurídico política, en que el derecho penal sustantivo y el proceso penal conjugan sus fines, siendo el abono una institución donde cobra expresión una determinada manera de concebir la relación jurídica penal entre el individuo y el Estado en la determinación de la pena, ya que en su extensión resulta ineludible considerar todo aquello que la antecedió con contenidos punitivos⁴⁷.

1.1.4. Discusión acerca de su naturaleza jurídica

Tampoco hay consenso en cuanto a la naturaleza jurídica de la figura del abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad. Mientras que para algunos autores es una regla administrativa de cumplimiento de la pena, confiada en sus “contornos prácticos a las autoridades de ejecución”⁴⁸, para otros –de manera mayoritaria- constituye una regla de determinación judicial de la pena⁴⁹.

empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado”. Sostiene este autor que dicho supuesto sólo tiene lugar cuando se encuentra ejecutoriada la sentencia que impone una condena, y no la que declara la absolución del imputado; pues de culminar el proceso en que se decretaron medidas cautelares que lo han privado de libertad, mediante una absolución u otra forma distinta a la condena (como el sobreseimiento definitivo, principio de oportunidad, etc.), no se ha desvirtuado la presunción de inocencia del artículo 4º del Código Procesal Penal, donde las providencias cautelares guardan su naturaleza de tales, y no constituyen pena. A su respecto, en cambio, rige el artículo 20 del Código Penal, según el cual “No se reputan penas, la privación o privación de libertad de los detenidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales...”. Véase argumentación en *ibíd.*, pp. 32-33. La interpretación de los preceptos en comento constituye uno de los puntos más relevantes en la discusión referente a la procedencia del abono en causa diversa en nuestro país, y con ello, en la adopción o rechazo del *ne bis in idem* como criterio que fundamenta la existencia del abono. Por ahora, e independiente de nuestra postura –expuesta en el capítulo IV de este estudio- sólo nos interesa demostrar cómo la defensa de esta concepción como legitimadora de la institución del abono de medidas cautelares personales a la pena conduce a la necesaria exclusión del abono en causa diversa.

⁴⁷ GUZMÁN, J. L. (2008), *op. cit.*, p. 307.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 308. En la doctrina alemana, sostienen dicha postura Jescheck y Weigend, en miras a la regulación de la institución del abono. En ésta, la operatividad del abono no requerirá ser mencionada en el fallo de la sentencia en los casos en los que su procedencia no ofrezca dudas. JESCHECK, H. H. & WEIGEND, T. (1998), *op. cit.*, p. 973. Entre los autores nacionales, sostiene dicha postura Jonatan Valenzuela, al señalar que la disminución del tiempo de la estadía en la cárcel, “ya sea por haber estado en prisión preventiva o por buena conducta (pensemos en los sistemas de ejecución de penas donde se descuenta un día de encierro por un día de trabajo nuevamente) puede ser un objetivo del sistema que se relacione con la racionalidad de la ejecución administrativa de la pena, pero no con la racionalidad de la pena o de las medidas cautelares”. VALENZUELA, J. (2011). “Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), 53-70, p. 65.

⁴⁹ Entre quienes defienden esta postura, véanse CARVAJAL, R. (2014), *op. cit.*, p. 13; SALAS ASTRAIN, J. (2017), *op. cit.*, p. 32.

Guzmán se pronuncia críticamente sobre ambas posturas. Respecto de la primera, y no obstante ser acogida por ordenamientos en que el abono opera automáticamente, sin requerir previa declaración judicial, su adopción olvida que la aplicación del cómputo transforma el *quantum* de la pena, y como “sólo se puede llevar a efecto lo que fijó la sentencia del tribunal, las autoridades de la ejecución no tienen palabra que pronunciar al respecto, salvo acatar lo ordenado en el fallo”⁵⁰. En lo que respecta al ordenamiento nacional, podemos añadir que del tenor de los artículos 348 y 413 del Código Procesal Penal se desprende claramente que la fijación del tiempo de privación que deberá servir de abono para el cumplimiento de la pena es una tarea que la ley encomienda al juez que dicta la sentencia condenatoria privativa de libertad. En caso alguno podemos señalar que es Gendarmería de Chile, la autoridad administrativa encargada directamente de la ejecución de las penas⁵¹, el organismo llamado por ley a computar automáticamente las privaciones de libertad sufridas por los condenados a las penas privativas de libertad posteriormente impuestas.

Respecto de la segunda postura, Guzmán señala que el abono es totalmente ajeno a la determinación de la pena por iniciativa del juez: calificar esta institución como una regla de semejante naturaleza equivaldría a introducir también las medidas cautelares en la determinación de la pena, cuando en realidad consisten en circunstancias completamente extrañas a los factores determinantes de este *íter*, como son la extensión del injusto y la gravedad de la culpabilidad retratados en el hecho. Introducir las importaría, por tanto, considerar circunstancias anteriores al momento de la sentencia condenatoria, y ajenas a dichos elementos, lo cual resulta inadmisibles en un Estado de Derecho⁵². Todo lo anterior conduce a Guzmán a situar el abono dentro de la teoría de la pena, en el capítulo de las penas divisibles en general⁵³.

A esto responde Salas, nuevamente, partiendo de la improcedencia del abono en causa diversa en nuestro país como base argumentativa. Al concebir la sola existencia del abono propio, o de medidas cautelares adoptadas en el mismo proceso en que se expide condena, puede sostenerse sin mayores problemas que éste se ubica en el ámbito de la determinación de

⁵⁰ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 308.

⁵¹ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 31.

⁵² GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 308.

⁵³ *Ibíd.*, p. 309.

la pena⁵⁴, que tiene su raíz en un mandato legal impuesto por los artículos 26 del Código Penal y 348 del Código Procesal Penal. A juicio de Salas, Guzmán no repara en que si bien el tiempo de privación de libertad sufrido como consecuencia de la imposición de una medida cautelar es un antecedente previo a la sentencia condenatoria, una vez ejecutoriada ésta, debe calificarse como sanción penal en virtud del efecto retroactivo producido por la condena, dispuesto por el artículo 26 del Código Penal⁵⁵. Sostener lo contrario, y negar que el abono se sitúa en el *íter* de determinación de la pena, “llevaría al absurdo de sostener que el tiempo de privación de libertad cautelar se encuentra ‘en tierra de nadie’ y que la reducción de la sanción a imponer al condenado no se realiza conforme a los mandatos del principio de proporcionalidad”⁵⁶.

Trascendentales discusiones como la aquí expuesta dan cuenta de la importancia del dilema sobre la procedencia del abono en causa diversa. Específicamente, la pregunta acerca de la naturaleza del abono –como regla de determinación judicial de la pena a imponer, o como una regla perteneciente a la teoría de la pena-, demanda analizar previamente su operatividad tratándose de providencias adoptadas en procesos distintos de aquel en que se impone la respectiva condena.

1.2. Regulación del abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad en el derecho positivo chileno

1.2.1. Normas legales que lo consagran

Actualmente, la base legal de la procedencia preceptiva del abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad en nuestro país se halla en dos normas: el artículo 26 del Código Penal y el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal. Comenzaremos analizando el primero de estos preceptos, constitutivo del sustento sustantivo del segundo.

⁵⁴ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 32.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 33.

El artículo 26 del Código Penal se encuentra ubicado en su Libro Primero, párrafo tercero de su Título III (De las Penas), referente los límites, naturaleza y efectos de las penas. Esta disposición prescribe: *La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado*⁵⁷.

Teniendo su origen en un proyecto del comisionado Renjifo en el proceso de elaboración del proyecto de Código Penal por parte de la Comisión Redactora⁵⁸, el precepto en comento dispone que la duración de las penas temporales debe considerar el tiempo de privación de libertad que el condenado ha sufrido con anterioridad, siguiéndose de ello su cómputo o descuento en la extensión de la pena temporal finalmente impuesta. Lo que significó, a juicio de Alejandro Fuensalida –uno de los primeros comentaristas del código nacional-, la consagración de una regla de mayor justicia y sencillez que la existente en numerosos códigos vigentes en esa misma época. Dentro de estos, cita el Código Penal Español de 1850 -llamativamente, una de las principales fuentes del texto nacional- cuyo artículo 28 disponía que la duración de la pena comenzaba a contarse desde que la sentencia condenatoria quedaba firme o desde que el reo se encontraba a disposición de la autoridad, tratándose del reo no privado, y del no privado de libertad, respectivamente⁵⁹.

No obstante la generosidad y amplitud de sus términos⁶⁰, durante muchos años el artículo 26 del Código Penal careció de un correlato procesal necesario para hacerlo vinculante a los jueces al momento de dictar sentencia condenatoria, que reglara el tipo de

⁵⁷ En la versión original del Código Penal de 1874 se empleaba la voz “reo”, sustituida por la de “imputado”, en el marco de la reforma procesal penal, a través de la Ley N° 19.806, de 2002. HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 2.

⁵⁸ Dicho proyecto fue incorporado en la sesión 14 de la Comisión Redactora, de 15 de junio de 1870. De la lectura de las actas, nos llama profundamente la atención la aprobación de su contenido en la misma sesión, sin discusión previa entre los comisionados, y sin hacerse referencia a textos legales que le hayan podido servir de inspiración. Véase Código Penal de la República de Chile; Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno; Proyecto de Código Penal chileno [Ed. facsimilar]. Santiago de Chile: Imprenta de la República (Grandes textos jurídicos chilenos del siglo XIX). 1873.

⁵⁹ FUENSALIDA, A. (1883). *Concordancias i comentarios del Código penal chileno*, Tomo I. Lima: Imprenta Comercial, p. 200.

⁶⁰ Lo que ha conducido a Guzmán Dalbora a hablar del “tríplice adelanto” que significó la incorporación de un precepto como el contenido en el artículo 26 en nuestra legislación penal. Pues, además de considerar el tiempo de privación de libertad sufrido por el reo en la extensión de la pena temporal impuesta (a diferencia de otros códigos de la época), el abono se haría aplicable tratándose de toda forma de encierro preventivo (y no sólo de la detención y la prisión preventiva, en virtud de la amplitud ofrecida por la voz “aprehensión”), y –lo que resulta mucho más discutible, como se analizará en los siguientes capítulos- haría procedente el abono en causa diversa, al no exigir que la aprehensión del reo fuera experimentada en la misma causa en que se ha dictado sentencia condenatoria. GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., pp. 313-314.

medidas cautelares que autorizaran su procedencia y la modalidad de cómputo. El Código de Procedimiento Penal de 1906 vino a sanear parcialmente dichas falencias al disponer en su artículo 503: *Las sentencias que condenen a penas temporales expresarán con toda precisión el día desde el cual empezarán a contarse, y fijarán el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono a aquellos reos que hubieren salido en libertad durante la tramitación del proceso*⁶¹.

Si bien el precepto no contempló la forma de cómputo que debía emplearse, la jurisprudencia se unificó en torno al empleo del cómputo completo del tiempo de privación de libertad sufrido en virtud de las providencias cautelares mencionadas⁶², lo que significó una consagración de un sistema de paridad exacta (un día de privación de libertad equivale a un día de descuento de la extensión de la pena), en consonancia con lo que parecía preceptuar el artículo 26.

A mediados del siglo XX comenzaron a dictarse fallos que consideraron, para efectos de la operatividad del abono, el tiempo de privación de libertad que el reo sufrió en un proceso distinto de aquel en que se dictó condena, siempre y cuando ambas causas se acumularan, de acuerdo con las normas sobre acumulación de procesos, contempladas en los artículos 160 y 168 del Código Orgánico de Tribunales⁶³. Estas disposiciones ordenaban juzgar al culpable de varios delitos, por todos ellos, en un solo proceso, para lo cual debían acumularse todas las causas iniciadas o por iniciarse en su contra, quedando las personas que figuraban como reos sometidas a la jurisdicción del tribunal a quien correspondía conocer los procesos acumulados⁶⁴. Pero algunos fallos fueron más allá, y procedieron a abonar tratándose de causas que, no habiéndose acumulado, debieron acumularse por cumplirse los requisitos legales⁶⁵.

⁶¹ Citado en HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 3.

⁶² GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 314.

⁶³ Posteriormente derogados por las leyes N° 19.708 de 2001 y 19.665 de 2000, respectivamente. Ambas leyes fueron promulgadas para adecuar el Código Orgánico de Tribunales a la Reforma Procesal Penal, que suprimió la acumulación de procesos seguidos contra un mismo individuo, para reemplazarla por la agrupación o separación de investigaciones, y de acusaciones de carácter opcional. MORALES, E. (2011), “La regulación de la pena en conformidad con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales”. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), 199-216, pp. 200-201.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 200.

⁶⁵ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 20.

Fue en este contexto que se dio pie a la incorporación de un segundo inciso en el artículo 503 antedicho, mediante la promulgación de la Ley N° 18.857 de 1989. Éste dispuso: *En las causas acumuladas y en las que habiendo sido objeto de acumulación debían fallarse en la forma prevista en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, la detención o prisión preventiva que haya sufrido un reo en cualquiera de las causas se tomará en consideración para el cómputo de la pena, aunque resulte absuelto o sobreseído respecto de uno o más delitos que motivaron la privación de libertad*⁶⁶.

Con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, el correlato procesal del artículo 26 del Código Penal pasó a ser asumido por el inciso segundo del artículo 348 del nuevo código (establecido a través de la promulgación de la Ley N° 19.696), norma referente a las menciones que debe tener la sentencia condenatoria y cuya redacción original disponía: *La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento*⁶⁷. Precepto que tuvo como fuentes, según consta en las actas de su tramitación legislativa, los artículos 503 y 504 del Código de Procedimiento Penal de 1906, y el artículo 326 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica⁶⁸.

Tal y como ocurrió con la redacción originaria del Código de 1906, el nuevo Código Procesal Penal omitió hacer mención a la forma de cómputo de la extensión temporal de las medidas cautelares a la extensión temporal de la pena, lo que esta vez pasó a suplirse no por el criterio adoptado por los jueces sino por un mandato expreso del legislador, a través de la promulgación de la Ley N° 20.074, de fecha 14 de noviembre de 2005, cuyo artículo 1°, N° 45, letra b), modificó el inciso segundo del artículo 348 referido, al regular una modalidad específica de cómputo, e incorporar la privación de libertad domiciliaria (impuesta en

⁶⁶ Como se advertirá en el capítulo siguiente, el criterio que terminó consagrándose en esta última modificación del artículo 503 del Código de Procedimiento Penal -y que permitía la procedencia del abono en causa diversa siempre y cuando mediare una acumulación al menos potencial entre causas- terminó inspirando a la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia hasta el día de hoy. Lo anterior, no obstante la derogación de la institución de la acumulación, con la entrega en vigencia de la Reforma Procesal Penal. Desde entonces, se ha pretendido subordinar la procedencia del abono en causa diversa a la existencia de unidad de causas a través de la “unificación de penas”, que estaría consagrada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

⁶⁷ Historia de la ley N° 19.966. Establece Código Procesal Penal [en línea]. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 12 de octubre de 2000. Disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf [2017, 18 de octubre].

⁶⁸ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 22.

conformidad a la letra “a” del artículo 155) como medida cautelar personal susceptible de dar lugar al abono.

Con tales modificaciones, el inciso segundo del artículo 348 sigue siendo, hasta el día de hoy, el correlato procesal del artículo 26 del Código Penal, para hacer operativa la institución del abono de las medidas cautelares personales a la pena. Su tenor es el siguiente:

La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado.

A estos preceptos puede añadirse el inciso segundo del artículo 413 del Código Procesal Penal⁶⁹, referente al *contenido de la sentencia en el procedimiento abreviado*, y que no es más que una reiteración del original inciso segundo del artículo 348 (perteneciente al Libro Segundo, que regula el procedimiento ordinario), antes de ser modificado por la Ley N° 20.074 de 2005, que añade la privación de libertad domiciliaria como medida cautelar personal susceptible de hacer operativo el abono y la modalidad de cómputo. No obstante no contemplarse el artículo 413 en dicha modificación, el profesor Hernández Basualto sostiene que no hay impedimento para hacer aplicable el modificado artículo 348 a las menciones de la sentencia dictada en un procedimiento abreviado, en virtud de la aplicación supletoria de las disposiciones del procedimiento ordinario dispuesta por el artículo 415 del Código Procesal Penal⁷⁰. Compartimos dicha apreciación, que resulta particularmente relevante en aquellos casos en que el condenado por sentencia dictada en un procedimiento abreviado solicitare que se abone a la pena temporal impuesta el tiempo que permaneció sujeto a una privación de libertad domiciliaria. Más allá de la evidente omisión en que incurre la norma –que tiene su raíz en una omisión en la modificación legal del 2005-, no hay una razón de peso para dar al condenado en un procedimiento abreviado un trato más desfavorable que el condenado en un

⁶⁹ *La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento.*

⁷⁰ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 6

procedimiento ordinario, cuando la medida cautelar personal que pretende abonarse es la privación de libertad domiciliaria.

1.2.2. Medidas cautelares personales que autorizan su procedencia

Durante la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.074, se sostuvo por parte de los jueces penales citados a las comisiones que debía abonarse al tiempo de condena cualquier privación de libertad, total o parcial⁷¹. Esta solución existe en otros sistemas legales, donde el catálogo de medidas cautelares que tienen la aptitud de reducir la extensión de las penas temporales es más amplio que el existente en nuestro país desde 1906⁷². Sin embargo, finalmente se rechazó dicho criterio al acogerse la observación del abogado Jorge Bofill, quien subrayó la insuficiente delimitación del concepto de privación de libertad en nuestra legislación y cultura jurídica nacional. “Propuso, en consecuencia, remitirse a la letra a) del artículo 155 del Código Procesal Penal, que regula actualmente la medida cautelar personal de privación de libertad. Así se evitaría que los jueces entiendan que toda cautelar personal debe ser tomada en cuenta para efectos de la compensación proporcional con la pena impuesta”⁷³.

Habida cuenta de estas observaciones, los parlamentarios optaron por hacer subsistir una especie de *numerus clausus* de medidas cautelares personales que autorizarían la procedencia del abono, añadiendo sólo la privación de libertad domiciliaria a las medidas ya contempladas; a saber, prisión preventiva y detención, providencias cautelares todas con un elemento común: privan al individuo de su libertad ambulatoria. Con ello se excluyó toda posibilidad de incluir en el artículo 348 providencias meramente restrictivas de libertad, como

⁷¹ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 23.

⁷² A modo de ejemplo, el artículo 58.4 del Código Penal Español actualmente vigente, establece la posibilidad de abonar al tiempo de condena las “privaciones de derechos acordadas cautelarmente”, y no sólo a la privación de libertad sufrida cautelarmente. Dentro de aquellas, la doctrina española ha mencionado: la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, la suspensión de empleo o cargo público, y cualquier otra medida cautelar privativa de derechos. Aunque sólo serán abonables en relación a penas de igual contenido. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. (2004). “Disposiciones comunes (art. 58 a 60)”. En BENÉYTEZ MERINO, L., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. & DÍAZ MARTÍNEZ, P. *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, Tomo I (2ª ed.). Barcelona: Bosch, p. 247.

⁷³ Historia de la Ley N° 20.074. Modifica los Códigos Procesal Penal y Penal [en línea]. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 14 de noviembre de 2005. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id.../10221.3/.../HL20074.pdf> [2017, 10 de octubre], pp. 678-679.

la sujeción a la vigilancia de una persona o institución, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare, la prohibición de salir del país o de la localidad en la que el imputado residiere o del ámbito territorial fijado por el tribunal, entre otras señaladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal. Esta solución es criticada por Guzmán Dalbora, acérrimo defensor de un sistema donde el abono puede tener como presupuesto medidas meramente restrictivas, y que en nuestro país sería congruente con el magro empleo de penas no privativas de libertad que la legislación contempla⁷⁴.

La inclusión de la *prisión preventiva* en el artículo 348 no nos merece mayor comentario, por cuanto consiste en una medida cautelar personal por medio de la cual, al igual que la pena privativa de libertad, se priva temporalmente a una persona de su libertad ambulatoria mediante su ingreso a un centro penitenciario⁷⁵. Más allá de la diversidad de los fines, presupuestos y naturaleza jurídica de ambas instituciones, este común denominador ha motivado a numerosas legislaciones a ordenar la reducción de la extensión de las penas privativas de libertad cuando han estado precedidas por la privación de libertad del imputado en virtud de la prisión preventiva⁷⁶. En nuestra legislación este criterio se ve recogido con la consideración implícita de la prisión preventiva como medida susceptible de dar lugar al abono desde la promulgación del Código Penal de 1874 –por cuanto constituye una forma de *aprehensión* del reo-, y con su consideración explícita desde 1906, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal.

Lo mismo puede decirse respecto de la *detención*, al suponer la privación de la libertad de una persona. En sus rasgos más específicos, esta *aprehensión* se adopta en los casos, por las personas y en la forma prevista por la ley, por un breve tiempo, y con el fin de asegurar su comparecencia oportuna a los actos del procedimiento, proteger el éxito de la investigación y

⁷⁴ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 314.

⁷⁵ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 389.

⁷⁶ Este común denominador concierne, en principio, sólo a la ejecución de pena privativa de libertad y prisión preventiva. Tal y como se analizará en el siguiente subcapítulo y posteriores capítulos, el correlato entre ambas no es una cuestión plenamente zanjada. Pues más allá del fin meramente cautelar de la prisión preventiva, dado por la prohibición de penas anticipadas que exige la presunción de inocencia, ciertos autores insisten en señalar que se trata de una providencia con un incuestionable contenido punitivo. Discrepancia que, según se ilustrará, resulta de incuestionable importancia, para dilemas como la concepción que justifica la existencia de la institución del abono, su naturaleza jurídica, y –lo que nos resulta de mayor interés-, la procedencia del abono en causa diversa.

asegurar los fines del proceso penal⁷⁷. Para operar como medida cautelar susceptible de dar lugar el abono, es necesario que la detención haya durado, al menos, doce horas; lo que será considerado como un día de abono a la pena temporal impuesta⁷⁸. Y ésta podrá tener su origen en una orden judicial, en la aprehensión que es iniciativa de un particular en situaciones de flagrancia, o de la policía, por cuanto el inciso segundo del artículo 348 no entra en tales distinciones para dar lugar al descuento.

La privación de libertad domiciliaria impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 del Código Procesal Penal, junto con estar expresamente consagrada como una medida cautelar susceptible de dar lugar al abono de penas temporales sólo desde el año 2005, amerita un análisis más interesante. El artículo 348 no se encarga de distinguir si el arresto debe ser total o parcial, lo que daría pie al cómputo de privaciones de libertad domiciliaria parciales inferiores a doce horas, como aquella a que puede estar sujeto el imputado desde las 22 horas hasta las 06 a.m. del día siguiente (arresto domiciliario nocturno), lo que equivale a una fracción de apenas ocho horas.

Frente a la problemática planteada, la jurisprudencia de los tribunales superiores se ha inclinado por sostener que el abono de intervalos de privaciones de libertad domiciliaria inferiores al mínimo legal de doce horas, sí es procedente. Concretamente, la Corte Suprema ha sostenido que “si bien el artículo 348 del Código Procesal Penal exige el cumplimiento parcial de doce horas de privación de libertad para ser considerado como un día de abono, no señala que dicho lapso deba ser cumplido dentro de un mismo día, lo que permite que se sume el total de las horas de privación de libertad cumplidas, las que luego deberán fraccionarse en

⁷⁷ MATURANA, C. & MONTERO, R. (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo I. Santiago de Chile: AbeledoPerrot, p. 459.

⁷⁸ Lo que a la luz de los plazos de detención que se encuentran reglados por los artículos 131 y 132 del Código Procesal Penal, es perfectamente posible. A saber, cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, el artículo 131 del Código Procesal Penal dispone que, si no podrá conducirse inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiera expedido dicha orden, por no ser hora de despacho, éste podrá permanecer en el recinto policial o de detención respectivo hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas. Cuando la detención fuera iniciativa de un particular o de la policía en casos de flagrancia o de aquellos señalados en el artículo 129, también podrá extenderse hasta el mencionado plazo, cuando el fiscal respectivo ordene que el detenido sea conducido ante el juez, o nada manifestare. A su vez, el artículo 132 autoriza la extensión de la detención hasta por tres días, previa solicitud del fiscal o del abogado asistente durante la audiencia de control de detención, siempre que el juez estimare que los antecedentes justifican esa medida.

períodos de doce horas a fin de determinar el número de días total de abono”⁷⁹. Igual solución ha sido adoptada, a modo de ejemplo, por las Cortes de Apelaciones de Valparaíso, Santiago, Chillán y Valdivia⁸⁰.

1.2.3. Clases de pena a las que debe aplicarse

Como bien señala Guzmán, y según se comentó en el primer subcapítulo, la aplicación del abono exige una conmensurabilidad de la pena con la medida, lo que a su vez presupone la divisibilidad de aquélla, “rasgo del que no están dotadas las de muerte, las perpetuas, el comiso, la degradación y la amonestación, pero sí poseen todas las temporales y la multa”⁸¹. A su vez, tanto el artículo 26 del Código Penal como el artículo 348 del Código Procesal Penal limitan la aplicación del abono sólo a las penas temporales, sin distinguir su carácter de privativas o restrictivas de libertad, lo cual excluye, desde luego, a las penas restrictivas de derechos y las penas pecuniarias, como la multa⁸². Respecto a las penas restrictivas, se ha sostenido que el abono se circunscribe sólo a las penas de interdicción temporales⁸³.

Tal y como hemos ya advertido, limitaremos nuestro análisis al abono sobre penas privativas de libertad, respecto de las cuales las disposiciones en comento no entran en distinciones respecto a su carácter de presidio, reclusión y prisión, por lo que el abono podrá tener lugar respecto de todas estas clases de penas y de igual forma. Esto último no es baladí,

⁷⁹ Acción Constitucional de Amparo (2014): Corte Suprema, 14 agosto 2014, Rol 22539-2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

⁸⁰ Recurso de Nulidad (2012): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 febrero 2012, Rol 176-2012; Recurso de Nulidad (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 agosto 2014, Rol 2054-2014; Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte de Apelaciones de Chillán, 7 julio 2016, Rol 969-2016; Recurso de Nulidad (2015): Corte de Apelaciones de Valdivia, 11 diciembre 2015, Rol 840-2015 [en línea]. Disponibles en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

⁸¹ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 315.

⁸² Lo que difiere de la regla de cómputo existente en otras legislaciones, como la española, argentina y alemana, en que se regula conjuntamente el abono de penas privativas de libertad, y de la pena de multa. Según se desprende de las reflexiones de Guzmán, pese a no encontrarse consagrado expresamente el abono de medidas cautelares personales a la pena de multa, el criterio de equivalencia que éste requiere, entre privación de libertad y el monto de la multa, se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 49 del Código Penal (un día de privación de libertad equivale a un quinto de unidad tributaria mensual). GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 316. En estricto rigor, el precepto en cuestión regula la conversión de dicha pena en una privativa de libertad, por vía de sustitución y apremio, cuando el sentenciado no tuviere bienes suficientes para pagar la multa. CURY, E. (2005), op. cit., p. 754.

⁸³ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 45.

por cuanto consiste en una solución que difiere de la adoptada en legislaciones como la argentina, donde la modalidad de cómputo de la privación de libertad sufrida durante el proceso puede variar según si se impone una pena privativa de libertad de prisión o de reclusión. Aquel criterio parece tener fundamento en la dispar gravedad con que una y otra clase de penas son apreciadas por el legislador⁸⁴.

De manera consonante con la generalidad de las legislaciones que reconocen la procedencia del abono, en nuestro ordenamiento jurídico la fijación del tiempo de privación de libertad que deberá servir de tal, es una mención de carácter obligatoria para el tribunal que dicta la sentencia condenatoria, pudiendo ser éste un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, tratándose de la sentencia dictada en un procedimiento ordinario, o bien un Juzgado de Garantía, cuando le corresponde su dictación en la culminación de un procedimiento abreviado⁸⁵, simplificado⁸⁶ o por delito de acción penal privada⁸⁷.

De lo anterior se sigue la posibilidad de impugnar aquella sentencia condenatoria que omite la fijación de todo o parte del tiempo que deberá servir de abono a la pena temporal impuesta, o que yerra en su cálculo. No obstante al silencio de la legislación en este tópico, la jurisprudencia ha declarado que es procedente el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia condenatoria que no ha dado observancia al inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal, al constituir aquello una errónea aplicación del derecho que ha influido

⁸⁴ En efecto, dispone el artículo 24 del actual Código Penal Argentino: *La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre treinta y cinco pesos y ciento setenta y cinco pesos.* Como puede advertirse, el precepto establece, para la modalidad de cómputo a aplicarse, un régimen paralelo de penas privativas de libertad. Esto ha sido duramente criticado por la doctrina de ese país, al señalar que la norma en comento hace una comparación caprichosa, arbitraria e ilógica, que pretende establecer una equivalencia imposible. A lo que se agrega que la imposición de la reclusión y la prisión es una facultad sujeta al arbitrio del juez. Por lo que, en definitiva, también quedaría a su arbitrio la mayor o menor duración de la pena. FEDERIK, J. (1997). “Comentario al artículo 24”. En BAIGÚ, D., ZAFFARONI, E. R., TERRAGNI, M. A. & DE LANGHE, M. *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Volumen I. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 324-325, 328-329.

⁸⁵ En virtud de los artículos 413 y 415 del Código Procesal Penal, como ya se analizó en el apartado 1 del subcapítulo 2º. Este último precepto dispone la aplicación supletoria de las disposiciones del procedimiento ordinario, dentro de las cuales se encuentra el artículo 348 del mismo cuerpo legal.

⁸⁶ Al no contemplarse normas relativas a las menciones que debe contener la sentencia condenatoria dictada en un procedimiento simplificado, se aplica a su respecto el artículo 348 del Código Procesal Penal, en virtud de la aplicación supletoria de las normas del Libro Segundo (procedimiento ordinario). Véase el artículo 389.

⁸⁷ Por aplicación supletoria de las normas del procedimiento simplificado, dispuesta por el artículo 405.

sustancialmente en lo dispositivo del fallo (causal b del artículo 373 del mismo Código)⁸⁸. En el caso de la sentencia condenatoria dictada en el procedimiento abreviado, es procedente el recurso de apelación (artículo 414).

También se ha declarado procedente en su contra la acción constitucional de amparo, por cuanto la falta de observancia de las normas reguladoras del abono a penas privativas de libertad en que ha incurrido la sentencia condenatoria, deviene en una privación de la libertad personal para el condenado de carácter *ilegal*; en cuyo caso los tribunales superiores han ordenado que se proceda a computar el abono de privaciones de libertad en la forma prescrita por la ley como medida de restablecimiento del imperio del derecho⁸⁹.

1.3. Abono en causa diversa, y su problemática procedencia en nuestro ordenamiento jurídico

1.3.1. Concepto y presupuestos de aplicación

Resulta un punto indiscutible en doctrina que el abono aplicable a una pena temporal divisible y privativa de libertad debe tener por fundamento, al menos, la existencia de medidas cautelares personales que privan a una persona de su libertad ambulatoria, adoptadas en el mismo proceso en que se dicta la sentencia condenatoria que impone dicha pena. Este criterio se encuentra comprendido en los preceptos reguladores del abono en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 26 del Código Penal e inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal

⁸⁸ A modo de ejemplo, véase Recurso de Nulidad (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 agosto 2014, Rol 2054-2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

⁸⁹ Acción Constitucional de Amparo (2006): Corte Suprema, 11 octubre 2006, Rol 5156-2006. En esta misma línea, véase también Acción Constitucional de Amparo (2006): Corte Suprema, 6 diciembre 2006, Rol 6212-2006; Acción Constitucional de Amparo (2008): Corte Suprema, 19 noviembre 2008, Rol 6945-2009; Acción Constitucional de Amparo (2013): Corte Suprema, 21 febrero 2013, Rol 1146-2013; Acción Constitucional de Amparo (2014): Corte Suprema, 14 agosto 2014, Rol 22539-2014; Acción Constitucional de Amparo (2014): Corte de Apelaciones de Iquique, 4 julio 2014, Rol 55-2014; Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte de Apelaciones de Chillán, 7 julio 2016, Rol 969-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Penal), y es concordante con cualquiera de las concepciones que justifican la institución del abono. Es lo que suele denominarse “abono propio”, “estricto” u “homogéneo”⁹⁰.

Sin embargo, conforme ya se ha mencionado en algunos pasajes, en diversas legislaciones, jurisprudencia y doctrina de otros países –y, según se analizará con más detalle más adelante, en la mayoría de la jurisprudencia y doctrina de nuestro país-, se ha propugnado la procedencia del descuento del tiempo de privaciones de libertad que experimentó la persona condenada en la extensión de la pena temporal, impuestas en el marco de procesos distintos de aquel que culminó con la sentencia condenatoria que impone dicha pena. Nos referimos al llamado “abono impropio”, “heterogéneo” o “abono en causa diversa”, que para efectos de este trabajo (circunscrito al análisis del abono de medidas cautelares personales a las penas divisibles, temporales y privativas de libertad), definiremos como el *descuento aplicable en la extensión de una pena privativa de libertad impuesta por sentencia condenatoria, del tiempo de privaciones de libertad que la persona condenada ha sufrido, en virtud de medidas cautelares personales decretadas en el marco de un proceso distinto de aquel en que dicha condena se expidió*⁹¹.

Según la mayoría de los defensores del abono en causa diversa en Chile, éste tendrá lugar cuando se cumplen copulativamente los siguientes presupuestos:

- a) Cuando en un proceso penal, un sujeto, en calidad de imputado, ha permanecido sometido a una de las medidas cautelares que lo han privado de libertad (de las mencionadas en el inciso 2º del artículo 348 del Código Procesal Penal), y el tribunal que la decretó no dictó sentencia condenatoria en su contra; cuando habiéndose dictado sentencia condenatoria, la pena privativa de libertad impuesta se tiene cumplida por exceso, por tener una extensión inferior al tiempo que el condenado permaneció privado de libertad en virtud de las medidas cautelares personales decretadas (y por consiguiente, no deberá cumplirse la pena impuesta una vez ejecutoriada la sentencia

⁹⁰ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 27.

⁹¹ Por lo anterior, prescindiremos de la conceptualización del abono en causa diversa empleada por Carvajal, quien utiliza el concepto genérico de “encierros”, sin especificar su naturaleza jurídica. CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 13. Lo que se debe al hipotético ámbito de aplicación que dicha institución tendría, a juicio del autor, tratándose de lapsos de privaciones de libertad cumplidas por sentencia anulada en caso de revisión, y a las reclusiones sufridas en sustitución de multa. Ibíd., p. 16. En esa misma línea, véase HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 3.

condenatoria, por cuanto se entiende que ésta ya se ha cumplido, en conformidad a las normas del abono propio); o bien cuando habiendo sido condenado a una pena privativa de libertad, y habiendo comenzado a cumplirla, ésta queda sin efecto, total o parcialmente, por aplicación del artículo 18 del Código Penal, por anulación por vía de revisión, por amnistía o por indulto⁹².

- b) Cuando en otro proceso penal, el mismo sujeto ha sido condenado a cumplir una pena temporal⁹³, siendo ésta sobre la cual deba concretarse el abono en causa diversa, descontándose de la extensión de la privación de libertad impuesta en su virtud, los períodos de privación de libertad sufridos en el otro proceso.

En cuanto a los casos contemplados en la letra a), referentes al proceso en que el sujeto permaneció sujeto a las privaciones de libertad cuya extensión pretende abonarse, son necesarios los siguientes alcances.

- (I) Respecto del primer caso, asociado a la ausencia de sentencia condenatoria en contra del que fue previamente sujeto a medidas cautelares personales que lo privaron de su libertad ambulatoria, se supone la terminación de dicho proceso penal por cualquier vía que conlleve la no declaración de culpabilidad del imputado, lo que despojaría de justificación jurídico-penal a la privación de libertad experimentada⁹⁴. Todo ello ocurre tratándose de formas de terminación del proceso penal que no han desvirtuado la presunción de inocencia de que ha gozado el imputado durante su tramitación, no obstante haber sido privado de libertad en virtud de la imposición de una providencia cautelar personal. Dichas formas son: la *absolución*, el *sobreseimiento definitivo* y el *ejercicio del principio de oportunidad* por parte del Ministerio Público.

Cuando se ha dictado *sentencia absolutoria*, la persecución penal contra el individuo ha cesado, ya que no se ha alcanzado el estándar de convicción “más allá de toda duda

⁹² SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., pp. 38-39.

⁹³ *Ibíd.*, p. 39.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 40.

razonable” que el legislador exige para dictar sentencia condenatoria (artículo 340 del Código Procesal Penal)⁹⁵.

En el caso de la resolución que ordena el *sobreseimiento definitivo*, se pone término al proceso penal por las causales prescritas por la ley, equivaliendo a una sentencia penal absolutoria en lo tocante a sus efectos⁹⁶. Dentro de dichas causales se encuentra la circunstancia de no ser constitutivo de delito el hecho investigado, la inocencia del imputado claramente establecida, la exención o extinción de su responsabilidad penal, entre otras señaladas en el artículo 250 del Código Procesal Penal. A éstas que podemos añadir el sobreseimiento definitivo que el juez debe dictar cuando ha transcurrido el plazo fijado para la suspensión condicional del procedimiento, sin haber sido previamente revocada (artículos 237 y 240 del Código Procesal Penal), y aquel dictado cuando se han cumplido las obligaciones contraídas por el imputado en virtud de un acuerdo reparatorio, o han sido garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima (artículo 242)⁹⁷.

Respecto al *principio de oportunidad*, la no declaración de culpabilidad del imputado dice relación con la no iniciación, suspensión o interrupción del curso de la persecución punitiva en su contra, cuando así lo aconsejaren “motivos de utilidad social o razones político-criminales”⁹⁸, en los casos y a través de las facultades conferidas por la ley al órgano persecutor⁹⁹. Son manifestaciones de este principio: el principio de oportunidad en sentido

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 41.

⁹⁶ MATURANA, C. & MONTERO, R. (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo I, op. cit., p. 661.

⁹⁷ En cuanto a la comunicación de la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, procedente cuando no se han reunido los antecedentes suficientes para fundar una acusación durante la investigación (art. 248, letra “c” del Código Procesal Penal), si bien sus efectos han sido materia de discusión por parte de la doctrina, parece evidente que su aplicación no da término al procedimiento de manera directa, ni conlleva la inmediata dictación del sobreseimiento definitivo, por cuanto la ley no la ha contemplado como causal para ello. Cuando el Ministerio Público ha hecho uso de dicha facultad, el sobreseimiento definitivo sólo podrá tener lugar cuando la responsabilidad del imputado se vea extinguida por haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal respectiva. Plazo que ha seguido corriendo como si nunca se hubiera extinguido (artículo 248, inciso final del Código Procesal Penal). Según Horvitz y López, el plazo de prescripción sigue corriendo apenas se produzcan los efectos de la comunicación. HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 587. En cambio, según la interpretación otorgada por Maturana y Montero, ello sólo será posible cuando se dicte una resolución, por medio de la cual se deje sin efecto la formalización de la investigación, y ordene revocar las medidas cautelares decretadas, resolución cuya dictación es obligatoria para el tribunal. MATURANA, C. & MONTERO, R. (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo II. Santiago de Chile: AbeledoPerrot, p. 674.

⁹⁸ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 48.

⁹⁹ Dichos motivos dicen relación, más específicamente, con la descriminalización de ciertos hechos punibles, y la eficiencia mediante el descongestamiento de una justicia penal sobresaturada de casos. HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., pp. 48-52.

estricto (artículo 170 del Código Procesal Penal), el archivo provisional (artículo 167), la facultad de no iniciar la investigación (artículo 168), y las ya aludidas salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento, y de acuerdos reparatorios¹⁰⁰, respecto de las cuales opera el sobreseimiento definitivo como causa de terminación del proceso en que han tenido lugar.

De las mencionadas anteriormente, cabe precisar que sólo el principio de oportunidad en sentido estricto constituye una forma de terminación del proceso penal compatible con el supuesto que hemos venido desarrollando, para efectos de la procedencia del abono en causa diversa, siempre y cuando diga relación con el abandono de una investigación ya iniciada por parte del fiscal¹⁰¹, en el marco de un proceso en que se hubieran adoptado alguna de las medidas cautelares personales contempladas en el inciso segundo del artículo 348 en contra del imputado, y que la aplicación del principio de oportunidad no haya sido impugnada, o que la impugnación judicial o administrativa haya sido rechazada¹⁰². El archivo provisional y la facultad de no iniciar la investigación, al suponer la ausencia de intervención del juez de garantía en el procedimiento –y por consiguiente, la inexistencia de toda medida cautelar personal, ya que éstas sólo proceden al ser decretadas por medio de resolución judicial y una vez formalizada la investigación-, no pueden contemplarse en el presupuesto en cuestión.

- (II) El segundo y tercer caso (cumplimiento en exceso de la pena privativa de libertad y cumplimiento de una pena privativa de libertad dejada sin efecto por aplicación del artículo 18 del Código Penal, anulación por vía de revisión, amnistía o indulto), sólo son sostenidos por una minoría doctrinaria como parte de los presupuestos que autorizan la operatividad del abono en causa diversa en el ordenamiento nacional¹⁰³. De manera consecuente con la ya advertida limitación de nuestro estudio al abono de medidas cautelares personales a la pena, prescindiremos del análisis del tercer caso, referente al abono de privaciones de libertad sufridas como consecuencia de una pena privativa de libertad, cuando el condenado ha sufrido otra pena con las mismas

¹⁰⁰ MATURANA, C. & MONTERO, R. (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo II, op. cit., p. 577.

¹⁰¹ No comprendiéndose, lógicamente, el supuesto de no iniciación de la persecución penal, donde malamente pudieron haberse decretado las medidas cautelares que privaron de libertad a una persona.

¹⁰² MATURANA, C. & MONTERO, R. (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo II, op. cit., p. 623.

¹⁰³ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 2, y CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 16.

características en un proceso posterior (una especie de abono de pena a pena). Su inclusión representa, a juicio del profesor Salas Astrain (detractor más reciente de la institución del abono en causa diversa en nuestro medio) la posición más radical en la doctrina nacional, al hacer extensible el abono impropio a supuestos que no han sido concebidos por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias¹⁰⁴.

Por último, en relación al presupuesto contemplado en la letra b), referente a la existencia de un proceso penal en que el sujeto ha sido condenado a la pena sobre la cual pretende aplicarse el descuento, nos remitimos al tercer apartado del subcapítulo 2º (referido a las clases de pena a las que debe aplicarse el abono de medidas cautelares a la pena privativa de libertad). Al igual que en el caso del abono propio u homogéneo, para la mayoría de la jurisprudencia y doctrina que defiende la procedencia del abono en causa diversa, éste es de carácter preceptivo para el juez que dicta la sentencia condenatoria respectiva; por lo que la no inclusión de privaciones de libertad sufridas en otra causa en el cómputo de la pena temporal impuesta, faculta al condenado para proceder a la impugnación, o a entablar la acción constitucional de amparo, con el fin de procederse a su inclusión.

1.3.2. ¿Por qué es tan problemática su procedencia?

Sin necesidad de analizar detalladamente los postulados sostenidos por sus detractores, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, la defensa de la procedencia preceptiva del abono en causa diversa en nuestro ordenamiento jurídico no ha estado exenta de serios reparos y dificultades, provenientes tanto del marco legal como de su confrontación con premisas del orden penal sustantivo y procesal penal. Las siguientes líneas no son más que un esbozo de las consideraciones que tienden a problematizar el dilema planteado como objetivo central de esta tesis, y cuyo panorama será expuesto de manera más detallada en el capítulo siguiente.

¹⁰⁴ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 40.

La primera dificultad, propia del ordenamiento nacional, dice relación con la redacción de las normas reguladoras del abono de medidas cautelares personales a las penas divisibles (artículos 26 del Código Penal e inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal), por cuanto éstas, si bien no lo rechazan, tampoco consagran ni regulan los presupuestos del abono en causa diversa de manera expresa, a diferencia de legislaciones en que su operatividad es incuestionable, como la española, italiana, y austriaca. La amplitud de los términos de dichos preceptos los expone a las vacilaciones propias de la interpretación judicial, encontrándonos con resoluciones que niegan su procedencia frente a otras que la afirman, aun cuando ambas posturas, por lo general, han tenido como objeto de interpretación las mismas normas: en un extremo, se sostiene que éstas no consagran explícitamente el abono en causa diversa; en el otro, que al no distinguir entre las privaciones de libertad sufridas en el mismo proceso en que se expide condena y las sufridas en un proceso diferente, la amplitud de los términos de ambas normas permite incluir a ambos grupos¹⁰⁵.

Ante la pobreza del debate que la poca claridad de los artículos 26 del Código Penal y 348 Código Procesal Penal ofrece, se ha hecho necesario recurrir a consideraciones de carácter sustantivo y procesal, respecto a las cuales la defensa argumentativa del abono en causa diversa sigue generando importantes conflictos.

Una segunda dificultad guarda relación con la incuestionable importancia que ha recibido la “unidad de la causa” como elemento legitimador de la procedencia de la institución del abono a nivel histórico en numerosas legislaciones, y que aún pervive en países como Alemania, donde expresamente se exige que la privación de libertad que se abonará a la pena temporal privativa de libertad, o de multa, debe haberse sufrido con ocasión de un hecho que es o ha sido objeto del mismo procedimiento en que se ha dictado la condena (§51 del StGB)¹⁰⁶. Férreo defensor de la unidad de la causa, desde una perspectiva procesal, es Antonio Ferrer, en el contexto del desarrollo de la doctrina española que debió pronunciarse respecto al ya derogado Código Penal Español de 1932, cuya norma referente al abono de medidas cautelares a la pena (artículo 33), al igual que las existentes en nuestro derecho actualmente, no contemplaba el abono por privaciones de libertad sufridas en causa diversa de manera

¹⁰⁵ A esta línea argumentativa han adherido los profesores Guzmán Dalbora y Hernández Basualto, a nivel doctrinario. GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 315. HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 13.

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 9.

expresa¹⁰⁷. Al respecto, sostenía Ferrer que tratándose del supuesto en que se han cometido dos o más delitos independientes entre sí, y que hayan dado lugar a procedimientos distintos, la prisión preventiva acordada en una de esas causas, donde el procesado resulta definitivamente absuelto, no podrá abonarse a la pena impuesta en causa diversa por los otros delitos cometidos, pues lo determinante en esta materia “viene a ser la unidad del procedimiento, lo cual no es de extrañar dada la índole procesal de esta prisión acordada por razones de tipo preventivo”¹⁰⁸.

Como ya se ha expuesto, la exigencia de la unidad procesal entre los asuntos que motivan tanto el lapso de privación de libertad como la condena, ha tenido un influjo incuestionable en la jurisprudencia nacional que, durante la vigencia del sistema procesal penal antiguo, subordinaba la procedencia del abono a la acumulación real o potencial de las respectivas causas¹⁰⁹. Como ya se dijo, este criterio se consolidó con la promulgación de la Ley N° 18.587, de 1989 (véase apartado 1° del subcapítulo 2°).

También se oponen a la procedencia del abono en causa diversa quienes hallan el fundamento mismo de la institución del abono en el principio del *ne bis in ídem* (que ya no pone su énfasis en la unidad procesal, sino en la identidad de los hechos materia de enjuiciamiento), por cuanto las privaciones de libertad sufridas por medidas cautelares fundadas en ciertos hechos, no pueden servir de abono para la pena temporal impuesta en virtud de hechos delictivos diversos de aquellos. Principal defensor de dicha justificación en nuestra doctrina es el profesor Salas Astrain, quien circunscribe la procedencia del abono a la “identidad del hecho”: sólo tendrá lugar cuando los hechos que motivaron la privación de libertad cautelar sean idénticos a los que motivaron la sentencia condenatoria¹¹⁰.

Una última dificultad existente para justificar la procedencia del abono en causa diversa se halla implícita en el razonamiento de Ferrer, cuando hace referencia a la finalidad meramente procesal de la prisión preventiva, que impediría el descuento de su duración en la

¹⁰⁷ En efecto, disponía el artículo 33 del Código Penal Español de 1932: *El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de la pena impuesta.* FERRER SAMA, A. (1947). *Comentarios al código penal*, Tomo II. Murcia: Sucesores de Nogués, p. 200.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 203.

¹⁰⁹ CARVAJAL, R. (2014), *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁰ SALAS ASTRAIN, J. (2017), *op. cit.*, p. 137.

pena impuesta en un proceso diverso, pues sus fines en nada se relacionarían con los fines correccionales asignados a la pena en la época en que este autor formuló su postura. Ello terminó por forzar “una tajante distinción entre los propósitos de control de riesgos que orientan la prisión preventiva, centrados en la mera defensa social, versus los objetivos reeducadores asignados a la pena”¹¹¹.

Esta falta de correlato entre medidas cautelares personales y pena, que no desaparece al asumir una concepción retribucionista de ésta, controvierte uno de los más usuales postulados de los defensores de la procedencia del abono en causa diversa. Éste consiste en que las privaciones de libertad cautelares sufridas por el imputado carecen de causal que las justifique desde un punto de vista jurídico penal, cuando el proceso en que se decretaron ha culminado con la absolución o de cualquier forma distinta a la sentencia condenatoria, o bien cuando su extensión ha sido superior a la de la pena temporal impuesta por sentencia condenatoria (hipótesis de cumplimiento en exceso de la pena)¹¹². Según sus detractores, tal postulado supone que medidas cautelares y pena comparten semejantes finalidades, dotando a aquellas de un contenido punitivo propio de la pena. Dicha premisa controvierte la llamada presunción de inocencia, la cual se encuentra consagrada, en nuestro ordenamiento, en el artículo 4º del Código Procesal Penal: *Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.*

En virtud de los términos en que se encuentra legalmente consagrado, y según se ha concebido en doctrina, pareciera ser que este principio prohíbe la posibilidad de que el Estado ejerza su poder coercitivo durante el procedimiento tratando como culpable al imputado, y llevaría a un respeto irrestricto e ilimitado por la libertad, hasta que se dicte, en su caso, una condena condenatoria firme. Siguiendo esta lógica, aun una medida cautelar tan semejante a la pena privativa de libertad en cuanto a su forma de ejecución, como es la prisión preventiva, “en ningún caso puede perseguir objetivos del derecho penal material, propios de la pena. La persecución de fines de prevención general o especial presupone la firmeza del presupuesto de ese Derecho penal material: la culpabilidad del afectado”¹¹³. Esto permite afirmar que al asignar a la prisión preventiva los mismos fines y el mismo contenido aflictivo que la pena,

¹¹¹ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 41.

¹¹² SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., pp. 40-41.

¹¹³ SANGUINÉ, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 246.

entonces esta institución pasaría a ser asumida como una verdadera sanción o anticipación punitiva, cuya aplicación resulta ilegítima, al ser impuesta sin la realización de un juicio previo¹¹⁴. Siguiendo esta línea argumentativa, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar (...) en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”¹¹⁵.

Coherentemente con lo anterior, nuestro Código Penal en su artículo 20 dispone que *No se reputan penas: la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales*. Por tanto, quienes sufren la aplicación de esta medida cautelar personal, no la verán inscrita en el registro general de condenas, ni tampoco se les considerará por tal hecho como reincidentes si es que cometen nuevamente algún delito, sino que gozarán jurídicamente hasta ese momento de una conducta irreprochable.

Las diferencias son aún más profundas cuando se analiza el juicio lógico intrínseco que fundamenta la pena y la medida cautelar personal, análisis que aborda el profesor Jonatan Valenzuela, no obstante circunscribirlo a la prisión preventiva como medida cautelar¹¹⁶. Por una parte, tratándose de ésta se desarrolla un juicio de tipo prospectivo; es decir, se analiza la conducta del imputado hacia el futuro, con el objeto de que el juzgador pueda decidir si es procedente o no la aplicación de la prisión preventiva, por satisfacerse los requisitos legales (en nuestro país, contemplados en el artículo 140 del Código Procesal Penal). En el caso de una pena, en cambio, se desarrolla un juicio retrospectivo. Vale decir, se analiza la conducta desplegada por el imputado en el pasado para determinar si constituye o no delito. Por consiguiente, “si la pena es, aún en parte, retribución, esto es si consiste en la irrogación de un mal en retribución por el daño causado por una conducta defectuosa, entonces el juicio en el

¹¹⁴ FERRAJOLI, L. (1997). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (2ª ed.). Madrid: Trotta. (Colección estructuras y procesos), p. 553.

¹¹⁵ Corte IDH (2009). Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 noviembre 2009 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf [2017, 18 de octubre].

¹¹⁶ VALENZUELA, J. (2011), op. cit.

que la inocencia está en juego es el juicio retrospectivo de la pena. Se pena, centralmente, porque se cometió un delito, no para que no se vuelvan a cometer delitos en el futuro”¹¹⁷.

Por todo aquello, nuestra legislación se hace cargo de la severidad que implica el estar sujeto un imputado a prisión preventiva, regulando su procedencia de forma excepcional, al afectar derechos de quien goza de un estado de inocencia. Ello va de la mano con la manera restrictiva en que las disposiciones que la regulan deben ser interpretadas (artículo 5° del Código Procesal Penal), y con la existencia de una serie de exigencias que deben concurrir para su otorgamiento, como lo son la legalidad, instrumentalidad, proporcionalidad, excepcionalidad y subsidiariedad o de mínima intervención de la providencia.

En este sentido, aun una medida tan gravosa como la prisión preventiva no puede equipararse a la pena, pues no tiene un fin en sí misma, sino que se limita a ser un medio a través del cual se logra llevar el proceso penal adelante de forma exitosa, y así asegurar la aplicación de la ley sustantiva.

Este divorcio entre la lógica que inspira toda medida cautelar personal (aseguramiento), y la pena (merecimiento) resulta particularmente problemático para quien quiera defender la procedencia del abono heterogéneo y su naturaleza preceptiva en iguales términos que el abono homogéneo, ante la falta de pronunciamiento expreso de la ley. Pues la imposición de la providencia cautelar personal, en la medida que cumpla los presupuestos legales y se ajuste a presupuestos como la instrumentalidad, idoneidad y excepcionalidad, sí se encuentra legitimada y justificada, independiente de la circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en el proceso en que fue decretada, o la extensión de la pena temporal impuesta en caso de que la sentencia condenatoria sea inferior a la extensión de la medida. Ante la falta de correlato entre ambas instituciones, no se justifica que la privación de libertad impuesta cautelarmente deba ser comprendida dentro de la voz *aprehensión* empleada por el artículo 26 del Código Penal, en tanto hecho desde el cual comienza a contarse toda pena temporal.

Siguiendo al profesor Salas, esta misma disposición vendría a consagrar una especie de retroactividad que tiene lugar cuando se ha dictado sentencia condenatoria, por medio de la cual, se entiende que la privación de libertad sufrida cautelarmente durante el procedimiento,

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 63.

forma parte de la pena temporal (y ya no como constitutiva de una providencia meramente asegurativa), siempre que los hechos que motivaron la privación cautelar y la pena sean idénticos¹¹⁸. Este presupuesto sólo se entiende cumplido en el caso del abono propio, que sí cuenta con consagración legal expresa y preceptiva en el derecho sustantivo. Por el contrario, incluir en dicha aprehensión punitiva privaciones de libertad que conservan su naturaleza cautelar en casos como la absolción, el sobreseimiento y la aplicación del principio de oportunidad, supone una mala comprensión de la clara distinción de la naturaleza de una medida cautelar y de una pena¹¹⁹, y un desconocimiento de los alcances de la presunción de inocencia.

No obstante las dificultades anteriormente expuestas, y en conformidad a las premisas que en lo sucesivo se expondrán, la postura que aboga por la procedencia legal y preceptiva del abono en causa diversa en nuestro derecho es mayoritaria tanto en la jurisprudencia como la doctrina nacional. Pero su diversidad argumentativa sólo evidencia su apelación a reglas y principios también diversos y provenientes de diversas áreas del derecho (como penal, procesal penal, constitucional e incluso civil), frente a la amplitud y escasa precisión que, a este respecto, caracteriza a los preceptos reguladores del abono de medidas cautelares a la pena. Más allá de nuestra postura sobre el particular, lo anterior, junto con dar cuenta de un debate poco centrado, y que puede prescindir de premisas comúnmente aceptadas, a nuestro juicio termina por oscurecer una comprensión susceptible de ser unánimemente compartida respecto a los márgenes de restricción a la libertad que concibe la relación entre el Estado y el individuo. Creemos, al igual que el profesor Guzmán, que en el abono cobra expresión una determinada manera de concebir ese vínculo¹²⁰, lo cual parece perfectamente extensible al abono heterogéneo: discutir su procedencia es discutir acerca del nivel de tolerancia que asume el Estado frente a privaciones de libertad que el individuo debe estar o no dispuesto a soportar¹²¹.

Ante tal consideración, una diversidad de posturas que también se ha visto reflejada en la actividad jurisprudencial resulta particularmente nociva en una materia tan delicada como

¹¹⁸ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 137.

¹¹⁹ Respecto a la prisión preventiva, ibídem.

¹²⁰ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 307.

¹²¹ En esta misma línea, CARVAJAL, R. (2014), op. cit., pp. 61-62.

ésta, donde es la libertad de los sujetos la que está comprometida. Significa que, ante la falta de regulación expresa de la ley y frente a la diversidad argumentativa desplegada, la procedencia del abono en causa diversa queda sujeta al criterio del juez o los jueces respectivos que conocen de la causa en particular. Junto con constituir un potencial retroceso a la época en que la procedencia del abono quedaba sujeta a la oscura e incierta discrecionalidad de los jueces, ello contraviene un tratamiento igualitario de los individuos ante la ley.

CAPÍTULO II: TRATAMIENTO DEL ABONO EN CAUSA DIVERSA EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA NACIONALES

2.1. Comentario general

Hemos señalado que la procedencia del abono en causa diversa no es una cuestión pacífica ni zanjada en nuestro país. Por el contrario, su oscuridad, tenue desarrollo, incorporación y evolución han dado origen a numerosas interpretaciones en la discusión local. Como se expondrá en este acápite, es posible advertir posturas tan disímiles, tanto en su solución como justificación, confluyendo aquellas que adhieren a su absoluta procedencia, su procedencia sujeta a limitaciones, y las que postulan derechamente su improcedencia.

Esta constante vacilación queda en absoluta evidencia al examinar la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, los cuales han adoptado diversos criterios para construir una solución a la problemática en comento. Si bien nuestra Corte Suprema ha tendido a delinear y homogenizar su criterio en orden a reconocer la procedencia del abono heterogéneo, su débil justificación conceptual sigue siendo blanco de severas y unánimes críticas por parte de la doctrina nacional. Por su parte, las Cortes de Apelaciones del país, siguiendo al máximo tribunal de la República, han hecho eco de su procedencia; sin embargo, la fundamentación es sumamente vacilante, lo que se refleja en argumentos de la más diversa índole para justificar su posición. No es de extrañar, por cierto, la existencia de posiciones minoritarias que radicalmente navegan por corrientes contrapuestas: algunas abogando por la procedencia ilimitada del abono en causa diversa y otras rechazando su aplicación bajo todo respecto.

Ante el complejo panorama a nivel jurisprudencial, parte de la doctrina nacional también ha elaborado diversas propuestas para hacerse cargo del problema planteado. Como se expondrá en los capítulos siguientes, todas éstas si bien han constituido un valioso aporte en la interpretación de los preceptos vigentes, no han estado exentas de serias críticas y reparos.

No obstante lo anterior, es dable advertir desde ya la tendencia por parte de los tribunales superiores de justicia en orden a dar procedencia al abono en causa diversa, sujeto a

la potencial acumulación de los procesos en que hubiera tenido lugar la privación de libertad y la imposición de la pena privativa de libertad en que pretende aplicarse el descuento, bajo la figura de la “unificación de penas” que estaría contemplada en artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, norma que regula el deber que tienen los “tribunales posteriores” de los que dicten distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, de regular las penas de un modo que el conjunto de ellas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado correspondientemente los delitos¹²².

2.2. Evolución de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en la materia

2.2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema

El ámbito de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia al que hemos limitado nuestro análisis, dice relación principalmente con su pronunciamiento respecto de recursos de apelación interpuestos en contra de fallos, a su vez, pronunciados sobre la procedencia de la acción constitucional de amparo por parte de las Cortes de Apelaciones. En términos temporales, abordaremos las sentencias que se hayan dictado a partir del año 2005 en esta materia¹²³. Por lo general, éstas se inclinan mayoritariamente a reconocer la procedencia del abono heterogéneo, y su justificación ha tendido a uniformarse en los últimos años.

En efecto, Carvajal sostiene que es posible dimensionar dos tendencias o posiciones al respecto¹²⁴. Una primera, que se extiende desde el 2005 al 2009, de interpretación extensiva, sostiene la aplicación directa del inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal,

¹²² Inciso primero: *Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias modificatorias que de haberse acumulado los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta. Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.* Inciso segundo: *En los casos del inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto.* Como se verá en las siguientes páginas, el verdadero alcance de la citada disposición es uno de los puntos más objetados por la doctrina a la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema, en tanto norma que permitiría la operatividad del abono en causa diversa en nuestro derecho.

¹²³ Año en que entró en vigencia la Ley N° 20.074, que fijó el texto actualmente vigente del inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal, según ya se analizó en el primer capítulo.

¹²⁴ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 25.

siendo improcedente dar cabida a cualquier distinción no prevista expresamente por el legislador. Bajo esta postura, la Corte paulatinamente comenzó a dar aplicación con carácter coadyuvante al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, exigiendo como requisito adicional, mas no decisivo, una conexión especial de carácter temporal, con el fin de poder tramitarse o juzgarse conjuntamente las causas en cuestión.

A modo ejemplar, la Corte Suprema el año 2006, sostuvo en un fallo en su considerando cuarto:

Que el artículo 413 inciso segundo del Código Procesal Penal, dispone que “La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento”. Esta norma tiene el carácter de especial, desde el momento que no distingue respecto al proceso en el cual se produjo la detención o prisión preventiva que habilita para declarar el correspondiente abono, es posible, entonces, en base a ello, fundar la presente decisión¹²⁵.

En esta resolución, se alude al argumento coadyuvante, referido a la temporal tramitación conjunta de las causas en cuestión, que pasa a ser descrito en el considerando segundo:

Que conforme a lo anterior, aparece de toda justicia considerar al sentenciado el anterior tiempo de privación de libertad como abono al cumplimiento de la pena actual, relativa a la causa Rit 878-2006 Ruc 0500438587-1 del Juzgado de Garantía de Litueche, teniendo para ello presente que de las fechas en que aparecen investigadas ambas causas fluye que fueron muy próximas en el tiempo una de la otra, tramitándose incluso en algún tiempo- en forma paralela, sin que fuera materialmente posible obtener una agrupación de ambas investigaciones¹²⁶.

¹²⁵ Acción Constitucional de Amparo (2006): Corte Suprema, 6 diciembre 2006, Rol 6212-2006. En el mismo sentido, Acción Constitucional de Amparo (2006): Corte Suprema, 11 octubre 2006, Rol 5156-2006; Acción Constitucional de Amparo (2008): Corte Suprema, 19 noviembre 2008, Rol 6945-2008 [en línea]. Disponibles en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

¹²⁶ Acción Constitucional de Amparo (2006): Corte Suprema, 6 diciembre 2006, Rol 6212-2006 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Esta corriente jurisprudencial siguió imperando sin contrapesos durante un par de años más. En el 2008, la Corte Suprema, fallando un recurso de apelación deducido en sede de amparo, consideró:

Que la interpretación sometida a la limitación establecida en el artículo 5°, antes citado, no conduce, como sostiene el juez recurrido en su informe, a que el sentido del artículo 348, inciso 2°, deba ser que los abonos sólo se hacen respecto de la detención, prisión preventiva o arresto domiciliario del artículo 155 letra a) del Código del Ramo impuestos en el mismo proceso, porque de ese modo incorpora a la norma un requisito que ella no contempla de manera expresa, interpretándola en perjuicio de la imputada¹²⁷.

Esta interpretación extensiva continuó siendo complementada con el carácter coadyuvante de la disposición contenida en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, como se evidencia en el considerando noveno de la sentencia:

Que el aserto señalado anteriormente, se ve corroborado por la disposición del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, que impide la aplicación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que no habría sido pertinente aplicar, de haberse tramitado los procesos acumulados. Del mismo modo, prohíbe que la regulación del conjunto de penas exceda al quantum que le habría significado al condenado la circunstancia de que ambas causas hubieran sido acumuladas. Naturalmente, la extensión de la pena privativa de libertad y los abonos que puedan imputarse a ella, son cuestiones distintas; empero, es de toda evidencia que de haberse agrupado los procesos, los tiempos de detención, prisión preventiva o arresto, previstos en el artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal, se habrían también acumulado y contabilizado conjuntamente al determinar el abono al cumplimiento de la pena impuesta en definitiva por todos los hechos ilícitos investigados¹²⁸.

¹²⁷ Acción Constitucional de Amparo (2008): Corte Suprema, 19 noviembre 2008, Rol 6945-2008 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre]. Se refiere al artículo 5° del Código Procesal Penal que, en relación al tópico abordado, establece la interpretación restrictiva de las disposiciones del mismo Código, que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o del ejercicio de sus facultades.

¹²⁸ Acción Constitucional de Amparo (2008): Corte Suprema, 19 noviembre 2008, Rol 6945-2008 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Adicionalmente, la Corte Suprema ha introducido argumentos genéricos referidos al carácter garantista del nuevo Código Procesal Penal, y a la limitación del ejercicio *del ius puniendi* estatal a través de la consagración de principios como el *in dubio pro reo* o *in dubio pro mitius*, para dar cabida a la tendencia descrita. A modo ejemplar, se ha señalado en otro fallo: “Que para ello cabe tener en consideración, que el objetivo global de modernización de la justicia impulsada con el Código Procesal Penal, comprende la ‘maximización de las garantías’, incluyendo una función que se extiende más allá de la reforma al proceso penal; supone además de otros criterios superiores, el de evitar castigos excesivos y favorecer la reinserción (Mensaje del Ejecutivo)”¹²⁹.

En resumen, podemos advertir que, en esta primera tendencia, que se extiende desde el 2005, nuestro máximo tribunal consideró que el abono heterogéneo estaba contenido en la aplicación lisa y llana del artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal, el que no introducía distinción alguna. Lo anterior, empero, sujeto a la exigencia de que las causas respectivas pudieren haber sido tramitadas conjuntamente, de conformidad al artículo 164 del Código Orgánico Tribunales.

Sin embargo, a partir del 2009 hasta la actualidad, la Corte Suprema comienza a adoptar un criterio más restrictivo para la procedencia del abono heterogéneo, subordinando su procedencia al criterio determinante de la “acumulación potencial” de los procesos que se desprendería de la ya aludida “unificación de penas” y, curiosamente, haciendo desaparecer la aplicación directa del artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal. Este giro experimentado se explica, según Carvajal, por la pervivencia jurisprudencial plena de las disposiciones que se desprendían del antiguo artículo 503 del Código de Procedimiento Penal de 1906, que desde 1989 (con la promulgación de la Ley N° 18.857) subordinaba la procedencia del abono en causa diversa a la acumulación real o potencial de las causas involucradas. Dicha solución empezó a tener lugar tanto respecto a las privaciones de libertad sufridas en causas que debían ser falladas conforme a las normas del antiguo Código de Procedimiento Penal, como a las sufridas en causas iniciadas una vez ya entrada en vigencia la nueva legislación: en el primer caso, la aplicación del artículo 164 del Código Orgánico de

¹²⁹ *Ibidem*.

Tribunales tendría lugar a través del artículo transitorio del Código Procesal Penal¹³⁰, y respecto del segundo, por aplicación exclusiva del mismo artículo 164¹³¹.

Esta segunda tendencia, actualmente dominante, se comienza a perfilar en algunos fallos del año 2009, en concordancia con la normativa existente bajo la vigencia del antiguo sistema de procedimiento penal. En este sentido, se señaló por la Corte Suprema: “el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal, permite abonar al cumplimiento de una condena no sólo el tiempo de privación de libertad soportado en la misma causa, sino también el sufrido en otra causa, pero siempre que se trate de procesos que hayan podido acumularse o agruparse, es decir, respecto de los cuales teóricamente sea procedente la unificación de penas, de acuerdo con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales”.¹³²

Haciendo análoga la situación planteada en el Código de Procedimiento Penal, replicable a la Reforma Procesal Penal, el considerando sexto estableció:

Que, en virtud de ello, la decisión de cualquier tribunal de abonar el tiempo de privación de libertad sufrido en una causa, al cumplimiento de una pena impuesta en otra diversa, debe estar necesariamente relacionada con la circunstancia de que haya sido procedente la acumulación de dichos procesos, situación que, el artículo transitorio del Código Procesal Penal, regula expresamente en el caso de que una persona esté siendo enjuiciada por un hecho de competencia de un juzgado de letras del crimen o con competencia en lo criminal, con sujeción al Código de Procedimiento Penal y paralelamente por otro u otros hechos de competencia de un juzgado de garantía o un tribunal oral en lo penal, conforme al Código Procesal Penal, disponiendo que en dicho evento, el pronunciamiento de las sentencias condenatorias que se dictaren con

¹³⁰ Artículo transitorio del Código Procesal Penal. *Reglas para la aplicación de las penas por tribunales con competencia en lo criminal sujetos a distintos procedimientos. Si una persona hubiere cometido distintos hechos, debido a los cuales fuere juzgada por un juzgado de letras del crimen o con competencia en lo criminal, con sujeción al Código de Procedimiento Penal, y también lo fuere por un juzgado de garantía o un tribunal oral en lo penal conforme a este Código, en el pronunciamiento de las sentencias condenatorias que se dictaren con posterioridad a la primera se estará a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.*

¹³¹ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., pp. 28-29.

¹³² Acción Constitucional de Amparo (2009): Corte Suprema, 27 agosto 2009, Rol 5798-2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

posterioridad a la primera se estará a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales¹³³.

Siguiendo este razonamiento, el considerando séptimo dio íntegra cabida a las normas de la unificación de penas para determinar la procedencia del abono impropio:

Que, por ende, y debido a que el citado artículo transitorio permite efectuar la unificación de penas respecto de causas que se tramiten, respectivamente, de acuerdo al sistema antiguo y conforme a la actual normativa procesal penal, siempre que estén siendo juzgadas en un mismo tiempo, exigencia que también se desprende del citado artículo 164 cuando utiliza las expresiones “de haberse acumulado los procesos” y “de haberse juzgado conjuntamente los delitos”, es dable concluir que para que sea legalmente procedente abonar el tiempo que una persona ha permanecido privado de libertad en una causa a otra, resulta indispensable que ambos procesos, desde el punto de vista temporal, hayan podido tramitarse o juzgarse conjuntamente¹³⁴.

El criterio de la “acumulación potencial” que se desprendería de la “unificación de condenas” del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, se comenzó a uniformar paulatinamente hasta cobrar pleno vigor. Desde entonces, su operatividad se ha limitado a la posibilidad de la paralela y simultánea tramitación de las respectivas causas para dar cabida al abono en causa diversa. Así se refleja en otra sentencia de la Corte Suprema, del año 2010:

Que para dilucidar este asunto es necesario considerar que, tal como esta Corte lo resolvió en las causas Rol 6945-08 y 5798-09, entre otras, el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal, permite abonar al cumplimiento de una condena no sólo el tiempo de privación de libertad soportado en la misma causa, sino también el sufrido en otra causa, pero siempre que se trate de procesos que hayan podido acumularse o agruparse, es decir, respecto de los cuales teóricamente sea procedente la unificación de penas, de acuerdo con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales¹³⁵.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ Acción Constitucional de Amparo (2010): Corte Suprema, 5 abril 2010, Rol 2221-2010. En el mismo sentido, Acción Constitucional de Amparo (2010): Corte Suprema, 23 noviembre 2010, Rol 8818-2010 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Esta postura, de carácter restrictiva, ha imperado categóricamente en el razonamiento de los fallos del máximo tribunal hasta la actualidad, como es posible advertir en fallos recientes del 2016 y 2017. Por vía ejemplar, el año 2016 la Corte Suprema acogió una acción constitucional de amparo, revocando una sentencia apelada que estimó improcedente abonar al castigo impuesto en una causa, el tiempo mayor durante el cual estuvieron privados totalmente de libertad los condenados en un primer proceso. En lo medular, se adujo: “Que de todo lo antes relacionado se desprende que las investigaciones correspondientes a las causas RIT N° 2848-2015 y 3216-2015, del Tribunal de Garantía de Temuco, estuvieron en condición de tramitarse conjuntamente, dada la proximidad temporal de los sucesos delictuosos sobre que versan y la data de ambas sentencias, de modo que el abono solicitado por la defensa resulta procedente, pues las condiciones fácticas a que alude la normativa antes señalada aparece plenamente satisfecha”¹³⁶. En lo sucesivo, variados fallos de la Corte Suprema, que en los siguientes párrafos se reproducirán en sus considerandos relevantes, siguen inalterablemente esta misma línea:

“Resulta evidente que no se cumple con la regla prevista en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales para la regulación de las penas, que reprime la imposición de una sanción mayor a la que hubiese correspondido de haberse agrupado las indagaciones. Por otra parte, el artículo 348 del Código Procesal Penal no da lugar a ninguna interpretación para considerar abonos de días de privación de libertad, ya sea por medidas de detención, prisión preventiva o reclusión nocturna, que no correspondan a los hechos que motivaron el procedimiento simplificado en que se dicta la sentencia cuya nulidad se pretende, ya que dicha norma se refiere a la sentencia condenatoria vinculada con el juicio que le corresponda inequívocamente, a la pena temporal, considerando abonos referidos a esa única causa, sin aludir a otros tiempos provenientes de procesos distintos”¹³⁷.

“Que, al momento de la comisión de los ilícitos de la causa No 4948/2014, aún no se había dictado sentencia en los antecedentes Rit 10192/2013 del Juzgado de Garantía de

¹³⁶ Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte Suprema, 16 marzo 2016, Rol 17086-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

¹³⁷ Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte Suprema, 14 septiembre 2016, Rol 65299-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Puerto Montt, por lo que no obstante los diferentes estados procesales de las referidas causas, lo cierto es, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, ambas se encontraban en situación de ser tramitadas conjuntamente, por lo que la decisión que niega lugar al abono de la totalidad del tiempo en que el amparado estuvo sometido a la medida cautelar de arresto domiciliario parcial infringe lo previsto en el artículo 348 del Código Procesal Penal, en cuanto establece que se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado”¹³⁸.

“Que, de lo relacionado en el fundamento primero, dada la fecha de comisión de los sucesos delictuosos sobre los que versan, se desprende que las causas antes referidas nunca estuvieron en condiciones de tramitarse conjuntamente, por lo que resulta evidente que no se cumple con la regla prevista en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales para la regulación de las penas”¹³⁹.

“Que, así las cosas, ambos procesos pudieron haberse juzgado en forma conjunta, ya que al momento de dictar la sentencia condenatoria, esto es, el 9 de enero de 2015, aun se encontraba pendiente la dictación de la sentencia por la cual fue absuelto, lo que aconteció el catorce de julio de 2015, lo que permite que se le reconozca, los días que estuvo sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva”¹⁴⁰.

“Que de todo lo relacionado se desprende que las investigaciones antes referidas estuvieron en condiciones de tramitarse conjuntamente, dada la proximidad temporal de los sucesos delictuosos sobre que versan, al punto que las pesquisas fueron seguidas durante un lapso -entre abril y agosto del año 2016- en forma paralela. Así, se cumple con la regla prevista en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales para la

¹³⁸ Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte Suprema, 27 marzo 2017, Rol 9350-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

¹³⁹ Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte Suprema, 3 julio 2017, Rol 33768-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

¹⁴⁰ Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte Suprema, 7 agosto 2017, Rol 36208-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

regulación de las penas, que reprime la imposición de una sanción mayor a la que hubiese correspondido de haberse agrupado las indagaciones”¹⁴¹.

No debe resultar curioso y extraño que este criterio uniformador e imperante actualmente en la jurisprudencia de la Corte, no esté exento de deficiencias y anomalías, figurando críticas unánimes desde la doctrina nacional, no tan sólo por aquellos que abogan por la improcedencia del abono heterogéneo, sino también por aquellos que justifican su procedencia.

En efecto, el rechazo a la aplicación del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales para solucionar el abono impropio es transversal en la doctrina. Su fundamento basal dice relación con la inaplicabilidad de la coloquialmente llamada “unificación de penas” como una regla que justifique el cómputo de privaciones de libertad sufridas en un proceso diverso de aquel en que se dicta la condena, por cuanto malamente puede llegar a justificar la acumulación potencial de los procesos involucrados, de la forma prescrita por el ya derogado artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales y, de ese modo, autorizar el abono de privaciones de libertad sufridas en otro proceso, de la misma forma que se permitía durante la vigencia del antiguo artículo 503 del Código de Procedimiento Penal. Al no constituir su fundamento, el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales tampoco puede subordinar el abono heterogéneo al requisito de la temporalidad ni de acumulación potencial de causas.

La cuestión no es trivial, pues aun cuando la jurisprudencia se haya uniformado, admitiendo la procedencia del abono en causa diversa, se ha sostenido que la fundamentación empleada es manifiestamente errónea y basada en criterios obsoletos. Lo cual, indudablemente, dificulta la discusión en orden a sentar un nuevo criterio directriz ordenador, y coherente con el ordenamiento actualmente vigente. Desde ya, cabe hacer patente que el Código Procesal Penal vigente no contempla la tramitación conjunta de diversos procesos; sólo posibilita la agrupación de investigaciones (artículo 185), cuyo ejercicio es una facultad discrecional del Ministerio Público, y la unión de acusaciones (artículo 274), cuya atribución

¹⁴¹ Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte Suprema, 13 septiembre 2017, Rol 38738-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

radica en el Juez de Garantía. Muy por el contrario, la acumulación preceptiva de procesos del derogado artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales no tiene lugar en la actualidad¹⁴².

Lo expuesto ha sido sustentado enérgicamente por la doctrina. El profesor Oliver estima que, atendidas las características del nuevo sistema procesal penal, reconocer a la "unificación" de penas un campo de aplicación tan reducido, no parece compatible con el fundamento de la figura¹⁴³. En idéntico sentido, Morales aduce que el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales no manda a acumular las penas, ni mucho menos a acumular procesos, sino sólo a modificar (reducir e incluso omitir) una pena posterior, para que la suma de las penas impuestas en los distintos procesos, incluida la impuesta por el fallo posterior, no exceda de la sanción que debió aplicarse si se hubiesen juzgado en conjunto todos los hechos¹⁴⁴. Bajo esta perspectiva, es de su parecer que el artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal se refiere al abono de las medidas cautelares personales a la pena recaída en el mismo procedimiento en que se ha condenado al sujeto (abono homogéneo) y no al abono de aquellas que lo han afectado en otros procesos. Explica lo anterior en razón de que el Código Procesal Penal no contempla una disposición como la del inciso segundo del artículo 503 del Código de Procedimiento Penal de 1906, precisamente porque nuestro actual sistema procesal penal no contempla la acumulación de causas¹⁴⁵.

Como ya ha advertido Oliver, razones de texto y sistemáticas conducen a afirmar que la denominada "unificación de penas" del artículo 160 del antiguo Código Orgánico de Tribunales dista del mecanismo de "regulación de penas" del actual artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales¹⁴⁶. Si bien ambas instituciones comparten el sustrato de impedir que el imputado se vea expuesto a consecuencias gravosas o perjudiciales solo por meras cuestiones de índole procesal, como sufrir la imposición de penas severas por no aplicarse reglas

¹⁴² La regla del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales surgió en virtud de la Ley N° 19.665, cuyo Mensaje del Ejecutivo indicó: "*Este proyecto establece las bases orgánicas que harán posible el funcionamiento de los tribunales del nuevo sistema procesal penal, que pretende abandonar el modelo inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio. Es en esta perspectiva que este proyecto debe ser analizado, comprendido y criticado*".

¹⁴³ OLIVER CALDERÓN, G. (2012). "Aproximación a la unificación de penas". *Política Criminal*, 7(14), 248-275, p. 253.

¹⁴⁴ MORALES, E. (2011), op. cit., p. 203.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 212.

¹⁴⁶ OLIVER CALDERÓN, G. (2012), op. cit., p. 255.

concursores más beneficiosas, no poder apreciarse atenuantes o tener que considerar agravantes, sus presupuestos y efectos son completamente disímiles¹⁴⁷.

En el mismo sentido, el profesor Salas sostiene que el precepto legal del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales en caso alguno puede servir de fundamento al abono impropio, no tan solo porque tal acumulación en tanto “unificación” no tiene lugar en nuestro sistema actual, sino porque si hipotéticamente procediera, la norma solo autoriza a adecuar la pena impuesta en un fallo posterior, pero en caso alguno facultaría a abonar un tiempo de privación de libertad que jamás tuvo el carácter de pena, al haber sido el imputado absuelto o sobreseído¹⁴⁸.

También se han pronunciado críticamente sobre la postura adoptada por la Corte Suprema los autores nacionales que han defendido la procedencia del abono heterogéneo. Hernández Basualto ha afirmado que, al adoptar esta interpretación, el máximo tribunal razona como si estuviera vigente el viejo artículo 503 del Código de Procedimiento Penal de 1906 y su inciso segundo perviviera en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales vigente, en circunstancias que el derecho vigente ha superado las restricciones que le eran propias. En su concepto, dicho precepto legal es intrascendente, pues no existe disposición legal alguna en nuestro ordenamiento, que limite la procedencia del abono heterogéneo. En ese sentido, el artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal, en armonía con el artículo 26 del Código Penal, dota de aplicación al abono en causa diversa de manera ilimitada, sin restricciones¹⁴⁹.

Carvajal Schnettler también adhiere a las críticas formuladas. Desde una aproximación valórica, estima que la aplicación del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales conduce a la reducción de los derechos que el condenado puede oponer al Estado en la determinación de la pena. Se trata de un criterio formal de unificación de penas que termina por introducir un límite a la libertad del imputado en aras del ejercicio de la potestad punitiva. Perspectiva crítica que Carvajal basa en la recurrencia a aspectos objetivos bajo la aplicación de lo que

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 253.

¹⁴⁸ SALAS ASTRAIN, J. (2017), *op. cit.*, pp. 66-67.

¹⁴⁹ HERNÁNDEZ, H. (2009), *op. cit.*, p. 8.

denomina “parcelas jurídicas instrumentales” por vía analógica¹⁵⁰. Sostiene, en este sentido, que la solución jurisprudencial no logra dar una respuesta institucional de la relación entre el individuo y el Estado, para abonar el tiempo de privación de libertad padecido en una causa diversa¹⁵¹.

Paralelamente, el profesor Guzmán Dalbora estima que los artículos fundamentales que regulan la materia del abono (artículos 20 y 26 del Código Penal, y 348 inciso segundo del Código Procesal Penal) revisten una natural fuerza expansiva, admitiendo la procedencia del abono en causa diversa, pero limitada a medidas cautelares adoptadas con posterioridad al hecho que las motivó¹⁵². En estas circunstancias, si bien en su razonamiento Guzmán no da aplicación directa a la institución de “unificación de penas” del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, la limitación propuesta está emparentada con ésta¹⁵³, en circunstancias que la acumulación potencial de procesos obsta a que el sujeto absuelto o sobreseído pueda delinquir a destajo, en razón de gozar de un “crédito penal” por la privación sufrida.

Asimismo, ciertos fallos también han analizado críticamente la aplicación del referido precepto legal, estimando que a la luz del criterio gramatical de interpretación (artículo 19 inciso primero del Código Civil), y aunque se aplicara por analogía el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, dicha norma exige la concurrencia de “distintas sentencias condenatorias”, mientras que el abono heterogéneo, en la mayoría de sus hipótesis, procede tratándose de una sentencia absolutoria en el proceso en que se decretaron las medidas cautelares personales que privaron de libertad al imputado y una sentencia condenatoria en un proceso distinto, en virtud de la cual se impone la pena temporal objeto del descuento.

La Corte de Apelaciones de Talca ha razonado en este sentido, señalando:

Que como primera cuestión, debe ser analizada -por haberse alegado en audiencia por el Ministerio Público-, la procedencia de la regla de abono que contempla el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales. Esta norma legal regula la existencia de “...distintas

¹⁵⁰ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., pp. 30-31.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 24.

¹⁵² GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 315.

¹⁵³ MORALES, E. (2011), op. cit., p. 213.

sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado...”, esto es, no dice relación con la cuestión debatida, ya que no se está en presencia de dos sentencias condenatorias, -sólo una de ellas tiene ese carácter-, ya que la segunda sentencia en cuestión fue absolutoria, por lo que no es aquella norma legal la que resuelve el problema jurídico, debiendo ser desestimada su aplicación al caso en comentario¹⁵⁴.

Por si fuera poco, la problemática aplicación del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales por parte de nuestros tribunales para justificar el abono impropio, incluso ha sido objeto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, cuyo requirente fundamentó que el artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal era la única fuente aplicable y rectora a este respecto; por lo que la aplicación del artículo 164, por ciertos tribunales y para ciertos casos, devenía en un tratamiento no igualitario ante la ley y en una indebida restricción a la libertad personal de los individuos¹⁵⁵.

Si bien dicho requerimiento fue declarado inadmisibles, por cuanto ya se encontraba ejecutoriada la sentencia de la gestión pendiente, su interposición y fundamentación son manifestación patente de la crítica unánime que ha recibido la aplicación del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, para solucionar los conflictos que se han suscitado a raíz de la problemática planteada.

2.2.2. Fallos que plantean posturas minoritarias

Si bien hemos sostenido que la Corte Suprema se ha uniformado en torno a dar procedencia al abono heterogéneo conforme al criterio de la “unificación de penas”, no debe perderse de vista la existencia de fallos de nuestros tribunales superiores de justicia, que plantean posturas diversas. En efecto, numerosos fallos de las Cortes de Apelaciones han dado cabida a diferentes postulados, que oscilan en extremos contrapuestos: desde la improcedencia del abono impropio hasta su procedencia ilimitada.

¹⁵⁴ Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte de Apelaciones de Talca, 17 marzo 2017, Rol 279-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

¹⁵⁵ Requerimiento por inconstitucionalidad (2015): Tribunal Constitucional de Chile, 22 enero 2015, Rol 2765-2015. Buscador de sentencias del Tribunal Constitucional de Chile [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

A modo ejemplar, en junio de 2017 la Corte de Apelaciones de Talca acogió una acción constitucional de amparo, ordenando abonar el tiempo de prisión preventiva que el condenado sufrió desde el 2013 hasta el 2014 en causa diversa de aquella en que se le condenó, cuya sustanciación acaeció durante el año 2015. Como se puede apreciar a simple vista, la posibilidad de acumulación potencial no tiene cabida en atención a que ha transcurrido más de un año entre la tramitación de ambas causas, no siendo coetáneas. En efecto, fue dicho argumento, el que llevó al Juez de Garantía de Curicó a denegar la solicitud de la defensa de conceder el abono, por cuanto no se cumplía entre ambas causas la exigencia desprendida del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, el tribunal de alzada acogió la acción constitucional de amparo interpuesta por la defensa, al estimar procedente el abono heterogéneo, aduciendo:

Que la imputación como abono que reclama el condenado (...) del tiempo cumplido en prisión preventiva en causa diversa a ésta en que terminó siendo absuelto, constituye un acto de reconocimiento mínimo y de equidad al valor que el ordenamiento jurídico le reconoce a la libertad individual, sin que exista norma que lo prohíba y que no hace sino ser expresión verdadera del principio “in dubio pro reo” de origen constitucional y consagrado en tratados internacionales, aplicación que no puede ser cuestionada por la pretendida ausencia de norma que autorice tal abono. Por el contrario, la prohibición en su empleo es la que debería estar expresamente prohibida, lo que no ocurre en la especie.

Las normas penales deben ser interpretadas restrictivamente solo en el caso de afectar los derechos fundamentales de los imputados, formalizados, acusados y condenados, mas no cuando ellas dicen relación con efectos liberatorios de cualquier tipo de apremio o restricción a su libertad.

Asimismo, de los principios formativos actuales del nuevo proceso penal, es posible afirmar sin mayor controversia, que la libertad individual es un derecho que debe ser garantizado con todo énfasis, que su afectación debe ser remediada y que un racional, justo y debido proceso, debe ser respetuoso de ella, de manera de impedir castigos excesivos y privaciones de libertad en procesos que concluidos por sentencias absolutorias ejecutoriadas, no queden sin mayores efectos jurídicos.

Ciertamente que cumplida la prisión preventiva y absuelto el imputado, no puede desatenderse la grave afectación a la libertad individual sin más, o estimándola como el costo necesario para el ejercicio de la acción penal, la que debería ser soportada por un acusado en aras de un interés colectivo, petición que no tiene correlato en los derechos fundamentales que establece la Carta Magna y todo el ordenamiento jurídico. La absolución del acusado, cualquiera sea la forma y causa por la que se disponga, no hace sino reponer el permanente estado o principio de inocencia, y que en lo relativo a la afectación de la libertad personal, requiere como en este caso, ser imputada como abono al cumplimiento de una pena penal impuesta en causa diversa a la que sufrió la prisión preventiva, como lo solicita el condenado y que permita reparar la afectación a su derecho a la libertad individual¹⁵⁶.

En idéntico sentido, la misma Corte de Apelaciones de Talca ha dado cabida a la procedencia del abono heterogéneo sin restricciones, señalando:

Que esta Corte estima necesario dejar asentado, en esta situación en particular, lo siguiente: a) que de lo preceptuado por los artículos 26 del Código Penal y 348 del Código Procesal Penal, se infiere que el tiempo y los abonos correspondientes, están concebidos para lo ocurrido dentro del caso de que se trata, pero nada dicen sobre lo habido en uno o más procesos distintos seguidos en contra del mismo imputado; b) que el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales parte de la base de la existencia de distintas sentencias condenatorias contra un mismo imputado, lo que no ocurre en la especie; c) Este mismo artículo se pone en la hipótesis de lo que debe hacerse “de haberse juzgado conjuntamente los delitos”; d) El condenado estuvo privado de libertad en la causa anterior y en ella el Ministerio Público adoptó la decisión de no perseverar, de modo que ese tiempo debe abonársele al cumplimiento actual; e) Lo antes concluido

¹⁵⁶ Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte de Apelaciones de Talca, 19 junio 2017, Rol 647-2017. En el mismo sentido, Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte de Apelaciones de Talca, 17 marzo 2017, Rol 279-2017; Recurso de Apelación (2017): Corte de Apelaciones de Talca, 17 marzo 2017, Rol 116-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

se aviene, de mejor manera, con la necesidad de hacer efectiva la vigencia del derecho consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República¹⁵⁷.

Igual criterio extensivo fue recogido por la Corte de Apelaciones de Concepción, en un fallo cuyo considerando octavo reza:

Que, sin perjuicio de lo que se establece en esta norma sustantiva [en referencia al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales], y reconociendo que en las diversas disposiciones procesales que regulan el tiempo de abono para una pena privativa de libertad, ninguna contempla expresamente la situación que se ha planteado en autos, sea para prohibirla o autorizarla, resulta evidente que los días que el amparado permaneció privado de libertad en una causa en que fue absuelto, no pueden resultar inocuos, pues la excesiva rigurosidad de la medida cautelar no se puede transformar en una castigo por el sólo hecho de haber sido formalizado y acusado, de manera que lo justo es que dicho tiempo se abone al hecho ilícito respecto del cual se llegó a sentencia condenatoria, más aún cuando la situación que se viene dando no resulta tan alejada del tratamiento legal que se le dio en el pasado¹⁵⁸.

También vale la pena citar, dentro de este grupo de jurisprudencia minoritaria, una sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Temuco del año 2016 la cual, resolviendo una acción constitucional de amparo, e interpretando las disposiciones legales contenidas en los artículos 348 inciso segundo del Código Procesal Penal y 164 del Código Orgánico de Tribunales, se inclinó por la procedencia ilimitada del abono heterogéneo, en armonía con principios inspiradores relevantes del proceso penal. En su parte considerativa más relevante, esta sentencia señala:

Que, en esta línea argumentativa, tal y como nos recuerda la sentencia de los autos Rol R.P.P.: 35-2014, de este mismo Tribunal, esta interpretación es más condigna con el “Principio de los Principios”, que es LA DIGNIDAD. Dignidad que se concreta con el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en el sentido que debe

¹⁵⁷ Recurso de Apelación (2016): Corte de Apelaciones de Talca, 28 junio 2016, Rol 419-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

¹⁵⁸ Acción Constitucional de Amparo (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, 3 agosto 2015, Rol 124-2015 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

existir un procedimiento racional y justo, norma que conlleva que el Estado debe de reconocer de algún modo el tiempo que una persona se ha encontrado privada de libertad, sin que a su respecto aquella medida se haya configurado una sentencia condenatoria, visión que esta además acorde con el concepto de reparación por error judicial que contempla el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política. Además que una interpretación contraria conlleva tratar al imputado como medio, como cosa y no como fin.

OCTAVO: Que, en suma, se estima que en beneficio del condenado teniendo en cuenta el criterio anterior, debe aplicarse una interpretación legal con la que puede autorizarse ese abono incluso más allá de los términos literales expresados en el citado artículo 348 Código Procesal Penal y 164 del Código Orgánico de Tribunales.

NOVENO: Que, en el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 92-2014, de fecha 26 de mayo de 2014 señaló “Que el alcance que se viene sustentando del artículo 348 del Código Procesal Penal no solo resulta acorde al inciso 2° de artículo 5° de este mismo texto, sino que además tiene consagración Constitucional en el literal 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, puesto que la institución del abono surge como la garantía que toda persona tiene a su libertad personal, de ahí que más que un beneficio para el imputado, es un derecho establecido en su favor con el objeto de evitar privaciones de libertad innecesarias, injustas o más allá de lo previsto en la ley, que incluso tiene reconocimiento internacional en el artículo 9.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, entre otros”¹⁵⁹.

Por la vereda opuesta, existen fallos que plantean la improcedencia absoluta del abono en causa diversa. En efecto la Corte de Apelaciones de Concepción, argumentando que no existe norma legal que autorice la procedencia del abono impropio, ha fallado: “Que, como puede apreciarse los abonos se refieren a las medidas cautelares personales que se puedan haber decretado en la causa para asegurar la realización de los fines del procedimiento, pero en parte alguna se autoriza al juez para abonar a la pena el mayor tiempo en que el imputado

¹⁵⁹ Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte de Apelaciones de Temuco, 15 abril 2016, Rol 376-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

permaneció privado de libertad en otra causa, por otros delitos cometidos con anterioridad y cuya pena se encontraba cumplida cuando se cometió el nuevo delito”¹⁶⁰.

En esta misma línea, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha estimado: “Que, de acuerdo a lo que dispone el inciso 2° del artículo 348 del Código Procesal Penal (...) el legislador sólo ordena computar para dichos efectos el período en que el condenado estuvo afecto a medidas cautelares corporales absolutas en la causa en que se emite la sentencia condenatoria y no otros originados en diversos procedimientos dirigidos en contra del condenado. En consecuencia, en razón de texto legal no corresponde hacer lugar a la petición planteada por la defensa de aquél”¹⁶¹.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, analizando críticamente la regulación de la institución del abono en concordancia con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal -que implicó la derogación del antiguo artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales-, en uno de sus fallos ha defendido la improcedencia del abono en causa diversa, al no existir norma legal que dé una solución satisfactoria a la problemática planteada. Así, rechazando una acción constitucional de amparo, señaló:

De este modo, si bien puede efectuarse una interpretación extensiva in bonam partem del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales para considerar también el plazo de privación de libertad experimentado por un imputado en causas que pudieron ser objeto de acumulación y no se dictó una sentencia condenatoria, tanto por los antecedentes históricos, la finalidad de la ley y, en último término, principios de equidad, precisamente esos mismos elementos deben llevar a rechazar tal posibilidad respecto de causas previamente ejecutoriadas.

No ha existido una modificación sustancial de la estructura legal en la materia, sino sólo una adecuación a la nueva realidad procesal. Al igual que ayer el sistema no reguló expresamente la materia y nunca se concibió que fuera posible, entender que la falta de regulación debe llevar a aceptar el abono no resiste análisis pues, por el contrario, se

¹⁶⁰ Acción Constitucional de Amparo (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, 30 octubre 2008, Rol 108-2008 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

¹⁶¹ Recurso de Apelación (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 abril 2009, Rol 623-2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

trataría de una cuestión novedosa y extraordinaria sólo aceptable por su consagración explícita o inequívoca y en la que no cabe recurrir a principios de equidad pues son estos mismos principios los que repulsan la posibilidad de tener un abono para delinquir en impunidad¹⁶².

Siguiendo esta línea jurisprudencial, ha sido tal la existencia de fallos basados en argumentaciones disímiles por nuestras Cortes de Apelaciones para negar la procedencia del abono impropio, que es pertinente hacer mención a una sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que en lo medular señala:

Quinto: Que, sobre el particular, debe considerarse que nuestro ordenamiento jurídico sí provee de soluciones alternativas para resarcir una situación de privación de libertad en causa criminal en la cual con posterioridad haya mediado la absolución. Desde ya, el artículo 5º de la Ley 19640, orgánica constitucional del Ministerio Público, consagra la responsabilidad del Estado por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público, órgano encargado del ejercicio de la acción penal y de la dirección de la investigación criminal.

Sexto: Que, en consecuencia, es de parecer de este Tribunal, que constituyendo la fórmula propuesta por el amparado, un atentado en contra del deber del Estado de promover la paz social, y de no incentivar la ejecución de conductas criminales, y existiendo otras alternativas para remediar el posible injusto que se pudo haber cometido respecto del recurrente, como se ha razonado en el motivo anterior, resulta que la presente acción constitucional no puede prosperar y debe ser rechazada¹⁶³.

Por último, no debe perderse de vista el análisis de aquellos fallos que, pese a admitir el abono impropio en nuestro ordenamiento jurídico, incorporan otro criterio limitante para su procedencia. En efecto, la Corte Suprema ha estimado determinante exigir una conducta por parte del imputado, tendiente a evitar la dilación indebida del proceso en que se ha padecido la

¹⁶² Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 8 de noviembre de 2016, Rol 69-2016, [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

¹⁶³ Acción Constitucional de Amparo (2014): Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 julio 2014, Rol 169-2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

privación de libertad cuya extensión se pretende abonar a la pena impuesta en un proceso diverso. Así las cosas, el máximo tribunal ha llegado a sostener:

Que, finalmente, atendido el hecho que el tiempo excedente en la primera causa -Rit N° 224-2008- derivó de la prisión preventiva de la imputada, en cuya prolongación, naturalmente, no ha podido ella tener injerencia alguna como pudo ser, en cambio, si se tratase de un arresto domiciliario- no existe motivo para suponer que haya podido desplegar alguna actividad dilatoria o haya pretendido hacer un cálculo que fuera favorable a la comisión de un nuevo delito, como manifestó el representante del Ministerio Público en estrados¹⁶⁴.

Conforme a lo expuesto, y según hemos insistido, no existe una uniformidad absoluta por nuestros tribunales superiores de justicia para dar procedencia al abono impropio. Si el asunto ya es problemático al analizar las sentencias de la Corte Suprema, se complejiza aún más al analizar el amplio abanico de posturas planteadas por las Cortes de Apelaciones, del cual no puede recogerse un criterio inspirador unitario y coherente con la regulación normativa, y con los principios ordenadores de nuestro sistema procesal penal. Lo que ha llevado a parte de la doctrina a sostener diversas argumentaciones para abogar por la procedencia o improcedencia del abono heterogéneo, como se expondrá a continuación.

2.3. Tratamiento doctrinal nacional

2.3.1. Postura de Guzmán Dalbora

El primer autor nacional que se ha pronunciado sobre la problemática del abono en causa diversa es José Luis Guzmán Dalbora. Su planteamiento es de indudable importancia para la discusión doctrinaria a nivel nacional, al estar dotado de una coherencia suficiente para que los autores posteriores tengan que hacerse cargo de su postura, al momento de pretender argumentar la suya. Su punto de partida es justificar la procedencia del abono en virtud de una “relación jurídico política concebida en su conjunto”, comprensiva del derecho y proceso

¹⁶⁴ Acción Constitucional de Amparo (2008): Corte Suprema, 19 noviembre 2008, Rol 6945-2008 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

penales, y que no es más que un vínculo entre el individuo y al Estado. Bajo esta lógica, su concepción se basa en que, al momento de imponer una pena, resulta ineludible considerar en su medida concreta todo aquello que le precedió con contenidos punitivos, independiente de que las medidas cautelares personales se presenten como un instituto procesal¹⁶⁵. De esta forma, el abono no es más que una forma en que cobra una determinada manera de concebir ese vínculo jurídico político¹⁶⁶.

Delineando esta concepción, Guzmán adhiere a una postura expansiva limitada, estimando que los artículos 26 del Código Penal y 348 del Código Procesal Penal, al no establecer distinción alguna, están dotados de una natural fuerza expansiva. Sin embargo, el abono impropio se ve necesariamente sujeto a dos limitaciones: por una parte, a que el cómputo se realice una única vez y, por otra, solo respecto de medidas adoptadas con posterioridad al hecho que las motivó¹⁶⁷. De esta manera, su postura se encuentra emparentada con la llamada “teoría del crédito”, que repugna la posibilidad de que el imputado disponga de un determinado periodo de tiempo en razón de la privación de libertad para cometer futuros delitos sin temer a ulteriores consecuencias penales. Así, necesariamente el delito no puede haber sido perpetrado durante o después del cumplimiento de la medida para la procedencia del abono heterogéneo.

2.3.2. Postura de Hernández Basualto

El profesor Héctor Hernández Basualto es defensor de una concepción expansiva, y de la procedencia ilimitada e irrestricta del abono en causa diversa. Solución que, en su concepto, no es interpretativa, sino totalmente preceptiva a la luz de las disposiciones legales que gobiernan la materia. Así, toda limitación incorporada por la doctrina o jurisprudencia carece de respaldo en la letra de ley, pues tanto el artículo 26 del Código Penal como el artículo 348 del Código Procesal Penal están dotados de la suficiente amplitud para abonar a una condena el tiempo de privación de libertad sufrida en causa diversa, sin establecer diferencias, limitaciones o restricciones. Todo lo cual comprende no sólo aquellas privaciones de libertad a

¹⁶⁵ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 307.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 315.

título de medidas cautelares personales sufridas en un procedimiento en que el imputado haya sido absuelto o sobreseído definitivamente, sino también a aquellas que se dictaron en un proceso en que se impuso una pena que se tuvo por cumplida en exceso, por el mayor tiempo de privación de libertad padecido. El autor va más allá, y añade al supuesto privaciones de libertad no constitutivas de medidas cautelares, a saber: aquella privación de libertad constitutiva de pena a que fue condenado el sujeto, y que ha empezado a cumplirla, para ser posteriormente dejada sin efecto total o parcialmente, sea por aplicación del artículo 18 del Código Penal, por revisión de la condena firme, por amnistía o por indulto¹⁶⁸.

En el fundamento de esta postura se encuentra una interpretación de las normas acorde a un irrestricto respeto por la libertad de las personas, de manera que toda vulneración a este derecho debe ser necesariamente reparada. En concepto de Hernández, una solución a esta situación es la indemnización por error judicial consagrada en el artículo 19 n° 7, letra i) de la Constitución Política de la República o, en su defecto, como solución menos estricta y de carácter general, el abono del tiempo de privación de libertad como limitación a la eventual potestad punitiva del Estado, cuyo fundamento normativo consagra el artículo 26 del Código Penal¹⁶⁹. Esta norma es de tal trascendencia que, según Hernández, sienta el principio ordenador del derecho chileno en la materia. La amplitud de sus términos no es baladí ni arbitraria, pues se justifica por el carácter liberal y humanitario del Código Penal chileno, y la consiguiente preocupación del legislador nacional por evitar y reparar privaciones de libertad “gratuitas”¹⁷⁰.

Formulando un análisis comparativo, Hernández es categórico en señalar que nuestro Código se apartó de su modelo español, y decidió consagrar del abono obligatorio del tiempo de privación de libertad, con indiferencia del proceso en que ésta haya tenido lugar. Lo cual se aviene mejor con el espíritu general que inspira el Código Procesal Penal del año 2000, cuyo artículo 348 tampoco entra en distinciones, respecto a los procesos en que las medidas cautelares personales se hayan decretado.

¹⁶⁸ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 2.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 3.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 3-4.

Por lo antedicho, Hernández es crítico de la jurisprudencia imperante en nuestro país, la que califica de manifiestamente errónea y carente de sentido, en razón de que la supuesta “unidad procesal” no constituye requisito del abono de la privación de libertad previa a la condena, por lo que resulta intrascendente aludir a los requisitos del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales para dar lugar al abono impropio¹⁷¹. Explica lo anterior en razón de que la Corte Suprema argumenta como si existiese aún el viejo artículo 503 del Código de Procedimiento Penal reformado en 1989, cuando en realidad actualmente no existe norma legal que supedite la procedencia del abono a la acumulación material o potencial de las causas respectivas.

Haciéndose cargo de la postura esbozada por Guzmán, expuesta en el apartado precedente, Hernández coincide en estimar que el artículo 26 del Código Penal reviste de la amplitud suficiente como para afirmar la procedencia del abono impropio¹⁷². Sin embargo discrepa de la limitación consistente en que el delito no puede haber sido perpetrado durante o después del cumplimiento de la medida cautelar, pues ello implicaría abrir un “crédito de pena ya satisfecha” que incentivaría al preso a delinquir. Sin hacerse cargo expresamente de esta crítica, Hernández señala que bajo el sólo análisis de los artículos que regulan la materia, el abono impropio es preceptivo, no existiendo restricción prevista por la ley, de manera que su modificación sólo puede plantearse como alternativa de *lege ferenda*¹⁷³.

Por consiguiente, la posición de Hernández es categórica. El abono heterogéneo es obligatorio a la luz de los textos legales vigentes, aunque entre la causa en que se hayan decretado las respectivas medidas cautelares personales y aquella en que se haya dictado la sentencia condenatoria, no haya existido ningún vínculo, y no hayan coincidido en el tiempo. Dar cabida a una interpretación diversa, significaría contradecir el texto expreso de la ley. La única restricción natural, lógica e inherente a todo abono es que un mismo periodo no puede abonarse más de una vez¹⁷⁴.

¹⁷¹ *Ibíd.*, pp. 6-7.

¹⁷² *Ibíd.*, p. 4.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 11.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 12.

2.3.3. Aproximación valorativa de Carvajal Schnettler

Es importante advertir que el profesor Carvajal Schnettler, a diferencia de los autores que se han pronunciado sobre la problemática, no pretende dar una solución exhaustiva al conflicto, sino formular observaciones con miras a centrar el debate en torno a la procedencia del abono en causa diversa y, a los límites a que su admisión debe sujetarse. Realizando un análisis en torno a la evolución que ha experimentado la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, Carvajal estima indudable la procedencia del abono heterogéneo, sin embargo considera indispensable comprender los límites de su admisión, desde una aproximación valorativa en torno a la relación entre el individuo y el Estado¹⁷⁵.

En este escenario, Carvajal entiende que el Estado debe evitar las privaciones de libertad gratuitas, lo que es corolario de la impronta liberal clásica del sistema constitucional, complementando por la vertiente social del constitucionalismo, que aspira a revestir a los sujetos de una vida digna para dar plena vigencia a los derechos fundamentales. El Estado Constitucional y Democrático de Derecho debe proveer de normas y procedimientos que permitan mantener a raya estas privaciones de libertad. Protección que se debe dispensar mediante el instrumento de la pena y la norma penal¹⁷⁶.

Adhiriendo a Guzmán¹⁷⁷ y Hernández¹⁷⁸, Carvajal estima¹⁷⁷ que el abono integra el ámbito sustantivo propio del cómputo de las penas divisibles, determinando el castigo penal, sin ser relevante que se le advierta como una reducción de la pena determinada antes de su consideración. Así, el abono participa de la afirmación de un contenido punitivo por ejecutar, de manera que debe hacerse partícipe necesario de la propiedad consecucional de la pena. Carácter que resulta esencial para comprender la procedencia del abono en tanto consecuencia oponible al autor por su hecho¹⁷⁹.

Bajo su concepción, es de extraordinaria importancia resolver si mediante la institución del abono se pretende determinar uno de los componentes de la pena, o estimarla como una

¹⁷⁵ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 32.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p. 62.

¹⁷⁷ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 307.

¹⁷⁸ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 2.

¹⁷⁹ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., pp. 53-54.

modalidad de reparación frente a daños irrogados al condenado por el Estado al ejercer sus potestades en el pasado. La toma de postura no es baladí, pues el abono importaría una imputación de tiempo a la pena (de considerar que es contenido de la pena) o, por otra vía, importaría una imputación de tiempo a la reparación que el Estado debiese brindar según las reglas resarcitorias pertinentes, que consuma fines de justicia correctiva (en tanto reparación de privación de derechos, de carácter injusta)¹⁸⁰.

Carvajal se hace cargo de este dilema argumentado que tanto la pena como la privación de libertad cuya extensión pretende ser descontada de la extensión de aquella, importan la afectación del mismo derecho, o al menos resultan equiparables, de modo que el contenido del abono es el de la pena, compartiendo su índole consecucional. Bajo esta propuesta dogmática “no se trata de que la sede penal repugne cualquier rendimiento que minimice daños de aquellos que justifican reparación civil, sino de que la pena lo haga traicionando su carácter de consecuencia en tanto merecida”¹⁸¹.

Sin embargo, la exigencia al abono como noción consecucional importa una limitación para la reparación de males pretéritos. En efecto, en tanto la pena importa un reproche jurídico por la defraudación de la confianza recíproca de los coasociados en relación al seguimiento de las normas aceptables para todos, la ausencia de pena importaría situar a un sujeto con plena capacidad de culpabilidad, con conocimiento de su conducta antijurídica, y sin poder reprocharle al agente la infracción de un patrón de conducta, deviniendo su conducta en impune¹⁸². Por ello la pena ineludiblemente debe ser consecuencia para su autor, no en los términos concebidos por Guzmán, de enmarcar una conexión temporal en torno a que el hecho generador del abono sea posterior a aquel generador de condena, sino de que el lapso del abono escape de las circunstancias conocidas por el sujeto activo al perpetrar el delito¹⁸³.

Siguiendo esta lógica, a fin de evitar el riesgo de la impunidad, Carvajal estima indispensable considerar el abono impropio sujeto a la limitante consecucional inherente a la pena en los términos expuestos. Ergo, aplicar como abono heterogéneo aquel lapso de tiempo que en la comprensión del sujeto imperado opera como crédito de pena a cuenta de nuevos

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 57.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 58.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 56.

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 62.

delitos, no es penar¹⁸⁴. No es aplicar la norma secundaria; es reparar con graves consecuencias en el control de la violencia del delito y en respuesta informal a éste, que el derecho penal persigue contener. Como efecto nocivo, pasamos a un derecho penal que se ve privado de la norma en cuanto medio capital enderezado a la protección de bienes jurídicos, frente a sujetos imperados concebidos como agentes racionales y motivables¹⁸⁵.

Por ello, Carvajal estima indispensable centrar el debate y extraer la pena de un plano que no le atañe, como es el resarcimiento de privaciones de libertad carentes de fundamento. Si bien es completamente loable pretender amparar la libertad del justiciable, su justificación no se encuentra amparada por el tenor de las disposiciones legales que ha esbozado constantemente la doctrina y la jurisprudencia. Para ello, se requiere una regla expresa que envuelve una decisión política compleja. La voz “deberá servir” empleada en el artículo 348 del Código Procesal Penal no envuelve dicho sentido, sino una noción de abono de la cual se hace cargo la pena entendida como retribución. Solo bajo esta concepción es posible entender como preceptivo el abono impropio, justificado por la regulación de los artículos 26 del Código Penal y 348 del Código Procesal Penal¹⁸⁶.

En conclusión, este alcance del abono de las medidas cautelares personales en nuestro derecho impide la impunidad y el abolicionismo total para sujetos privados de libertad, comprendiendo la relación del sujeto con el Estado en tanto imposición de pena como merecimiento, comunicable a la institución del abono. A la luz de lo anterior, el abono heterogéneo no es absoluto, sino que su admisión está sujeta a la exigencia de ser atribuida como consecuencia. Por consiguiente, no será procedente cuando el sujeto activo ha actuado perpetrando el delito, sabiendo que su conducta, pese a ser antijurídica, no era punible. Este comportamiento indiferente frente al Derecho, sin embargo, debe ser debidamente acreditado¹⁸⁷.

¹⁸⁴ En los mismos términos expuestos por Guzmán y el Tribunal Supremo Español, en miras a evitar que el abono en causa diversa sea utilizado como una “cuenta corriente” de días de libertad adeudados por el Estado al individuo, y que puede constituir un incentivo para la comisión de futuros delitos.

¹⁸⁵ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 61.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 63.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

2.3.4. Postura de Salas Astrain

De manera mucho más reciente se ha pronunciado respecto a la problemática el profesor Salas Astrain, en su texto *Abono de la prisión preventiva en causa diversa. Deconstrucción de una teoría dominante* (2017), circunscribiéndose al análisis del caso paradigmático de la prisión preventiva, como medida cautelar personal cuya extensión pudiere ser empleada o no como abono sobre la extensión de una pena temporal¹⁸⁸.

Al iniciar planteando la cuestión, Salas constata al predominio de una generalizada práctica jurisprudencial en nuestro país, avalada por una doctrina reciente, en orden a abonar el tiempo que un individuo permaneció preso o arrestado en una causa diversa a la que efectivamente fue condenado¹⁸⁹. Es lo que él califica como *teoría dominante* en el título de su trabajo, y que no es más que el conjunto de posturas planteadas, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, que por diversas razones y desde diversas perspectivas coinciden en la procedencia del abono en causa diversa en el derecho chileno¹⁹⁰. Salas exhibe este conjunto como una teoría dotada de razones jurídicas que no son unívocas y que, por tanto, defienden de manera ambigua el postulado central, confluyendo en su razonamiento, sin distinción alguna, “criterios procesales, penales, constitucionales e, incluso, reglas civiles de interpretación judicial”¹⁹¹. Frente a ello, intenta demostrar que la institución no se encuentra amparada por norma legal alguna, y que entra en pugna evidente con el principio de legalidad y la culpabilidad.

En cuanto a la falta de norma legal que consagre el abono en causa diversa, Salas argumenta que las normas reguladoras del abono sólo se justifican a propósito del abono propio, estricto, homogéneo o –como él lo designa- *abono vicarial*, al tener por fundamento el *principio vicarial*¹⁹², que viene a regular una relación jurídico-penal compleja que vendría a nacer cuando un sujeto, previamente privado de libertad por imposición de una medida cautelar personal, ha sido condenado. Pues en virtud de dicho principio, y de cara a la garantía

¹⁸⁸ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 39.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 19.

¹⁹⁰ Evidentemente, lo anterior obedece a un recurso discursivo, por el cual se pretenden exponer como ambigüedades de una sola postura, las diferencias argumentativas entre diversas posturas que coinciden en una conclusión común.

¹⁹¹ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 19.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 26.

constitucional de un justo y racional procedimiento, viene a establecerse “una asociación entre el cómputo del tiempo que el imputado permaneció privado de libertad de manera cautelar durante el proceso y la extensión de la pena temporal por la sentencia condenatoria”¹⁹³. De ello se sigue que la pena y la medida no pueden acumularse matemáticamente; por el contrario, debe deducirse de aquella un cierto *quantum* derivado de la prisión preventiva¹⁹⁴, siempre y cuando se cumpla entre prisión preventiva y pena un común denominador: la “identidad del hecho”, por cuanto constituye el fundamento mismo del principio vicarial desde sus orígenes. En definitiva, vendría a exigir “una suerte de compensación equitativa realizada –estrictamente- en una misma causa, desde que los hechos que motivaron la prisión preventiva y la sentencia condenatoria son unos mismos”¹⁹⁵.

Dicho principio vicarial sólo tendrá lugar una vez dictada y ejecutoriada la sentencia condenatoria contra aquel que fue previamente privado de libertad con fines cautelares. Pues mientras ello no ocurra, subsistirá a favor suyo el principio de inocencia, el cual vendría a desvanecerse con el juicio de afirmación de la culpabilidad, implícito en dicha sentencia. A contrario sensu, una vez dictada y ejecutoriada, “el principio de inocencia subsistente durante el periodo de duración de la medida cautelar se desvanece ante la evidencia de culpabilidad que permite al tribunal llegar a una decisión racional sobre la acreditación procesal de los enunciados sobre los hechos vertidos en el juicio, es decir, a una decisión susceptible de justificación”¹⁹⁶. Por tanto, quien era reputado como inocente, dejará de ser reputado como tal mientras se tramitaba el proceso. Este raciocinio es crucial para dar fundamento a lo que, estimamos, es el pilar argumentativo central de la postura de Salas: que, una vez desaparecido el tratamiento de inocente, “la sentencia condenatoria ejercerá una suerte de *efecto retroactivo hasta el mismo momento en que el sistema penal restringió las garantías individuales del ahora condenado a través de una medida cautelar personal asimilable, en los hechos, a una pena temporal privativa de libertad*. Y la prisión preventiva lo es”¹⁹⁷. Según este mismo autor, esta idea había sido previamente planteada por Carnelutti¹⁹⁸, quien sostenía que el fundamento mismo del abono está en la retroactividad de la condena penal, en virtud de la cual, ésta

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 26-27.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 28.

¹⁹⁷ (Las cursivas son nuestras). *Ibid.*, p. 29.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

retroacciona desde el *diez iudicii* hasta el *diez criminis*¹⁹⁹. Por lo que, una vez “transformada la sospecha que fundamenta la prisión preventiva en culpabilidad retroactiva a partir de la sentencia ejecutoriada no cabe si no computar la pena desde el momento en que el imputado fue ‘tratado como culpable’”²⁰⁰. Esto está en plena correspondencia con el artículo 26 del Código Penal nacional al disponer que, la duración de las penas temporales empezará a contarse desde la aprehensión del imputado.

De lo antedicho se sigue que el abono homogéneo, junto con estar sustantivamente justificado, tiene consagración legal preceptiva, constituyendo una regla de determinación de la pena²⁰¹, en plena correlación con el *ne bis in ídem* como concepción justificadora de la institución del abono en general, al permitir que no se verifique una doble afectación a la libertad individual por parte del Estado, con motivo de un mismo hecho, a través de una deducción de pena con pena²⁰². También vendría a constituir una “concreción del principio de proporcionalidad en sentido amplio que persigue limitar la actividad punitiva del Estado en el caso concreto”²⁰³.

Frente a aquello, el justificar la procedencia del abono en causa diversa a partir la disposición del artículo 26 del Código Penal y el artículo 348 del Código Procesal Penal - como lo hacen autores como Guzmán Dalbora y Hernández Basualto, seguidos por cierta jurisprudencia-, resulta sumamente problemático, por cuanto “esta situación en nada se relaciona con el abono vicarial, desde que lo que justifica a éste, es el nexo existente entre la privación de libertad cautelar y la pena aplicada en una misma causa en razón de unos mismos hechos”²⁰⁴. Así, la normativa que justifica la procedencia obligatoria del abono propio, no puede ser empleada con el mismo alcance para la procedencia del abono impropio, donde no tuvo lugar la retroactividad de la condena al momento en que el sujeto fue privado de libertad durante la tramitación del proceso (pues supone su culminación con absolución, sobreseimiento o aplicación del principio de oportunidad). Por ello, al incluir su extensión en

¹⁹⁹ CARNELUTTI, F. (1994). *Cuestiones sobre el proceso penal*. (Trad. de S. Sentís Melendo) (2ª ed.). Buenos Aires: Librería El Foro, p. 442. Por ello Carnelutti habla de una verdadera “conversión de la detención preventiva en detención expiativa”.

²⁰⁰ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., pp. 29-30.

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 32.

²⁰² *Ibíd.*, pp. 35-36.

²⁰³ *Ibíd.*, p. 34.

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 39.

el cómputo de la pena impuesta en un proceso distinto, y sin el nexo de la identidad del hecho que justifica el principio vicarial, el abono deja de ser consecuencia penal atribuible al autor por su hecho y, “se transforma en una simple imputación de tiempo que el Estado debe resarcir conforme a las reglas generales de la reparación civil”²⁰⁵.

A renglón seguido, Salas analiza separadamente los inconvenientes de todas las posturas esgrimidas en la jurisprudencia nacional para hacer procedente el abono en causa diversa. Comienza haciéndose cargo de aquella sostenida predominantemente por la Corte Suprema, que halla su justificación en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, y frente a la cual Salas adhiere a las críticas esgrimidas por la unanimidad de la doctrina, concluyendo que se trata de una interpretación insatisfactoria, tanto porque el requisito de procedencia de la acumulación difícilmente tiene lugar en la actualidad, cuanto porque, aun si ello ocurriera, el precepto referido en caso alguno faculta abonar un tiempo de privación de libertad que jamás tuvo el carácter de pena al haber sido el imputado absuelto o sobreseído²⁰⁶.

A continuación, se hace cargo de aquellos fallos que, de manera minoritaria, introducen en su fundamentación elementos propios de la “equidad natural” y de la “analogía”, que resultan necesariamente excluyentes entre sí: mientras que la analogía “consiste en resolver un asunto controvertido mediante la utilización de una norma legal vigente cuyo sustrato regulatorio es similar a aquel en que no existe regla explícita, la equidad natural, en cambio, parte del supuesto de la inexistencia de norma legal expresa a partir del caso concreto. De este modo, mientras en la analogía el problema se vincula a la identificación de la norma legal subsumible al caso concreto, en la equidad lo que genuinamente existe es un problema de integración de la ley, esto es, un asunto vinculado a una laguna legal respecto de la materia sometida a conocimiento del tribunal”²⁰⁷. Por lo tanto, que los fallos mencionados constaten que la solución al abono impropio viene dada por la equidad natural (y, por tanto, supondrían la falta de un marco legal) y, al mismo tiempo, señalen que existen disposiciones

²⁰⁵ *Ibíd.*, p. 50.

²⁰⁶ *Ibíd.*, pp. 66-67.

²⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 70-71.

legales específicas a partir de las cuales pueda colegirse su regulación, parece, en palabras de Salas, “extraño”²⁰⁸.

También se hace cargo de los fallos que sostienen la procedencia del abono impropio en base a la invocación del *principio pro-reo* o *indubio pro reo*, acusando una generalizada tendencia de los tribunales de interpretar las leyes penales en favor del reo en caso de dudas, y que supuestamente tendría sustentación en la equidad natural del artículo 24 del Código Civil. Frente a esta solución, Salas sostiene que malamente podemos valernos del *indubio pro reo* para fundamentar la procedencia del abono heterogéneo. En primer lugar, porque el artículo 24 es supletorio al artículo 23 del mismo cuerpo legal, que sostiene que lo favorable u odioso de un precepto legal no se tomará en cuenta para ampliar su interpretación²⁰⁹. En segundo lugar, y apoyándose en lo ya sostenido por el profesor Cury²¹⁰, porque “el *in dubio pro reo* no constituye una regla de interpretación de la ley penal”. Consiste, simplemente, en un principio de índole procesal, que “sólo concierne a la comprobación de los hechos que sustentan la imputación penal pero no al derecho aplicable”²¹¹. Dichas reflexiones le valen al profesor Salas los elogios del profesor Mañalich, al impugnar críticamente un lugar común en el discurso de la teoría y praxis del derecho penal chileno, que suele estar dominado por una apelación a lo que él califica como un “pseudoprincipio”²¹².

Otro aspecto central que sustenta la postura del profesor Salas es el desconocimiento en que incurriría el reconocimiento del abono en causa diversa en el derecho chileno, de la diversa naturaleza de la prisión preventiva y la pena, y que como ya se mencionó sólo desaparece cuando se ha dictado y ejecutoriado sentencia condenatoria, por medio de la cual se entiende que la privación de libertad sufrida cautelarmente, pasa a formar parte de la extensión de la pena, en términos retroactivos, cuando los hechos que motivaron una y otra son los mismos; lo que da plena consistencia al abono propio o vicarial. Considerar, en cambio, en el cómputo de una pena temporal privaciones de libertad que conservan su naturaleza meramente cautelar, contraviene la presunción de inocencia, y desconoce las profundas diferencias existentes entre prisión preventiva y pena. Éstas son abordadas por Salas

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 72.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 75.

²¹⁰ CURY, E. (2005), *op. cit.*, p. 120.

²¹¹ SALAS ASTRAIN, J. (2017), *op. cit.*, p. 75.

²¹² MAÑALICH, J. P. (2017). “Prólogo del profesor Juan Pablo Mañalich”. En *ibíd.*, p. 10.

desde la perspectiva retribucionista de la pena²¹³. Según esta teoría, no obstante no diferir en cuanto a su contenido, entre ambas instituciones existe una separación que no admite excepción alguna y que consiste en reconocer “que a la privación de libertad cautelar no le pueden ser otorgados fines sustantivos o, lo que es igual, no es posible recurrir a ella para obtener alguna de las finalidades propias de la pena, ya que sólo debiese perseguir fines procesales”²¹⁴. Mientras que la pena consiste más bien en una medida que cumple con la función de “reafirmar la autoridad del derecho estatal mediante la reacción punitiva al quebrantamiento imputable de una persona de conformidad a una sentencia condenatoria”²¹⁵. Pero lo que resulta más trascendental: a diferencia de las medidas cautelares, la pena aparece *fundamentada en la culpabilidad*²¹⁶. Vale decir, constituye una manifestación de reproche ante aquel hombre libre que, siendo capaz de comportarse en la forma exigida por las normas, prefiere quebrantarlas²¹⁷. Tal reproche se encuentra ausente en la prisión preventiva, al estar insertada en el ámbito de presunción de inocencia, mientras no ha sido refutado.

Defender el abono en causa diversa, por tanto, supone concebir el descuento entre componentes abonables distintos entre sí, y no pena con pena, como ocurre con el abono vicarial. De esta forma, “la práctica del abono heterogéneo no es penar. En su esencia, no es más que un intento de reparación”²¹⁸, carente de todo fundamento legal en nuestro derecho.

Recurriendo a la literatura nacional, puede advertirse que también ha planteado esta tesis, aunque de manera más escueta, el profesor José Raimundo del Río, al sostener que el artículo 26 del Código Penal sólo debe aplicarse cuando el presunto delincuente resulta condenado, en cuyo caso la restricción de libertad sufrida como procesado, “alcanza todas las características de la pena”²¹⁹. De no ser condenado, rige el artículo 20 del Código Penal, en virtud del cual esta restricción no se reputará pena.

²¹³ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 94.

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 96.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 94.

²¹⁶ GARRIDO MONTT, M. (2001). *Derecho penal parte general*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 80. Citado en *ibíd.*, p. 97.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 100.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 110.

²¹⁹ DEL RÍO CASTILLO, J. R. (1935). *Derecho penal*, Tomo II. Santiago de Chile: Nascimento, p. 322.

Frente a la situación de aquel que ha sido privado de su libertad personal durante el proceso, para ser posteriormente absuelto o sobreseído definitivamente, Salas señala que la improcedencia del abono en causa diversa no significa que se deba exonerar al Estado de toda responsabilidad por los daños a éste ocasionados. Esto vendría a traducirse en la procedencia de la acción indemnizatoria respecto del preso no condenado en contra del Estado, y cuyo marco legal está dado por el inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 19.640 (Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público), y el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República²²⁰. Mientras aquella subordina la procedencia de indemnización a la existencia de conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias por parte del Ministerio Público, la segunda norma lo hace respecto a la existencia de un “sometimiento a proceso” o “condena” que hubiere sido declarada como “injustificadamente errónea o arbitraria” mediante resolución de la Corte Suprema.

Pese al carácter sumamente restrictivo de las normas en cuestión²²¹, a la exclusión de la privación de libertad como consecuencia de la prisión preventiva, y a la falta de un pronunciamiento jurisprudencial claro en la materia, Salas trae a colación la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, por medio de la cual las normas en cuestión fueron interpretadas extensivamente. En cuanto a la expresión “sometido a proceso”, un fallo del 2014 declaró que ésta “no puede restringirse sólo al antiguo auto de procesamiento, por lo que también alcanza a los imputados del ‘nuevo modelo de persecución penal’ que han sido objeto de medidas cautelares personales”²²². Posteriormente esta posición fue ratificada por un fallo del 2015²²³. No obstante que en ambos casos la declaración de error judicial fue rechazada, por no cumplirse todas las exigencias de la norma constitucional, Salas destaca la novedad interpretativa de dichos fallos, que permite ampliar los supuestos de procedencia de la indemnización por error judicial.

²²⁰ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 119.

²²¹ Lo que se ve plasmado en el rechazo de múltiples solicitudes de declaraciones de error judicial de personas privadas de libertad y posteriormente absueltas. Como dato referencial, entre 1981 y 2008, la solicitud de declaración de “error judicial” ha sido acogida sólo cinco veces por la Corte Suprema. ZÚÑIGA, F. (2008). “La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia”. *Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca*, (2), 15-41. p. 17.

²²² Solicitud de declaración de error judicial (2014): Corte Suprema, 9 junio 2014, Rol 4921-14. Citado en SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 132.

²²³ *Ibíd.*, p. 134.

La consolidación de esta doctrina expansiva vino a producirse con un fallo del máximo tribunal en la causa Rol N° 1579-2015, cuya novedad fue ampliar el criterio bajo el cual debe entenderse que la resolución que decreta la prisión preventiva de un sujeto debe entenderse como injustificadamente errónea o arbitraria, cuando se limita a expresar de manera vaga y genérica que se halla suficientemente acreditado el delito y la participación del imputado en su comisión (como lo exigen los requisitos de procedencia de la prisión preventiva contemplados en las letras “a” y “b” del Código Procesal Penal) ²²⁴, sin ser posible construir tal determinación con los antecedentes proporcionados. En opinión de la Corte Suprema, los antecedentes de investigación que fueron invocados por el Ministerio Público en la audiencia en que se solicitó y se dio a lugar a la prisión preventiva del imputado, no fueron suficientes para acreditar la existencia del delito, y presumir fundadamente la participación del imputado como autor²²⁵.

Estos últimos fallos, concluye Salas, permiten sostener la consolidación de un criterio que permite proceder a la indemnización por error judicial por parte de personas privadas de libertad cautelarmente, en el marco de una investigación penal en que no se cumple con un alto estándar de evidencia inculpatoria y no se justifica adecuadamente su imposición. Todo esto “refuerza la idea de que la respuesta jurídica a la situación del preso no condenado está en una eventual indemnización del Estado y no en el llamado abono heterogéneo”²²⁶.

Ya expuestas todas las posturas de los autores nacionales, coincidentes en desechar el criterio jurisprudencial de la acumulación potencial de causas como determinante para dar lugar al abono en causa diversa, pero discrepantes en torno a su procedencia, queda en evidencia que el principal punto de desencuentro se halla en la determinación del verdadero sentido y alcance de estas normas.

Conforme ya se analizó en el primer capítulo, tomando en cuenta que el artículo 348 del Código Procesal Penal no es más que el correlato procesal del artículo 26 del Código Penal (precepto de carácter sustantivo), que consagra la procedencia obligatoria del abono de las

²²⁴ a) *Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.*

²²⁵ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 135.

²²⁶ *Ibíd.*, p. 136.

medidas cautelares a la pena para el juez que dicta una sentencia condenatoria que impone una pena temporal, el tipo de medidas y la clase de pena respecto al cual tendrá lugar, y la modalidad del cómputo, es innegable que el debate ha de centrarse en la determinación del verdadero alcance del artículo 26: en determinar si, amén de las privaciones de libertad sufridas cautelarmente en el mismo proceso en que se impone la pena temporal respectiva, la voz *aprehensión* comprendida en el precepto incluye o no aquellas privaciones de libertad sufridas en un proceso diverso.

La objeción del profesor Salas a los autores que se pronuncian por la respuesta afirmativa, tiene la innegable virtud de complejizar el debate a nivel dogmático, sin reducirlo a la sola disyuntiva producida por el alcance literal del precepto (procede abono heterogéneo, por cuanto la ley no distingue en cuanto al origen de la aprehensión / no procede abono heterogéneo, por cuanto no está expresamente mencionado o autorizado).

Por ende, ante un precepto cuya amplitud ofrece más dudas que certezas, el debate debe centrarse, primero, en el fundamento subyacente a la institución misma del abono de las medidas cautelares personales a las penas temporales, divisibles y privativas de libertad en nuestro derecho. A su vez, debemos hacernos cargo de otro asunto crucial: de la relación entre medidas cautelares personales y pena, cuando recaen sobre un mismo sujeto, y del verdadero alcance de la presunción de inocencia. Si asumimos la postura de que la medida cautelar privativa de libertad comparte cierto contenido punitivo con la pena –independiente de la existencia de una sentencia condenatoria o absolutoria-, la procedencia del abono en causa diversa no sería problemática (como así lo han entendido profesores como Guzmán Dalbora y Hernández); a diferencia de lo que ocurre al alero de la segunda postura, en virtud de la cual medida cautelar personal y pena nada tienen en común más que la privación de libertad del individuo, teniendo lugar el abono a raíz de la retroactividad de los efectos de la pena a la medida, cuando los hechos que motivaron a una y a otra sean idénticos. Ello haría de las privaciones de libertad sufridas en un proceso distinto, componentes no abonables.

CAPÍTULO III: REGULACIÓN DEL ABONO EN CAUSA DIVERSA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. Importancia

Ya planteada la problemática que supone pronunciarse acerca de la procedencia del abono en causa diversa en el derecho nacional, y expuestas las posturas jurisprudenciales y doctrinarias, resulta necesario exponer y analizar separadamente la recepción de esta figura en algunas legislaciones extranjeras, para terminar de completar satisfactoriamente el panorama argumentativo al que debemos circunscribirnos para esbozar nuestra propia interpretación sobre el particular.

Bien ha entendido la importancia del panorama del abono en causa diversa en legislaciones extranjeras la unanimidad de los autores nacionales que han defendido o descartado su procedencia, al tener que hacerse cargo de las argumentaciones dadas por la jurisprudencia y doctrina de estos sistemas, para defender sus propias posturas. A grandes rasgos, y según se detallará en lo sucesivo, para quienes abogan por su procedencia, la generalidad de legislaciones que tenderían a reconocer el abono en causa diversa permite dar pie a su reconocimiento interpretativo en nuestro sistema a partir de las normas que regulan la institución (artículos 26 del Código Penal y 348 del Código Procesal Penal), en provecho de las argumentaciones ofrecidas por las doctrinas extranjeras²²⁷. Mientras que para quienes la desechan, la imprecisión y falta de uniformidad que esta materia ha recibido en estas legislaciones impide invocar el derecho comparado como un buen argumento para justificar procedencia del abono heterogéneo en nuestro país. A esto se suma el desacertado rumbo que ha tomado la jurisprudencia en algunos de estos sistemas, que han buscado reconocer su procedencia, aun a costa de extender los parámetros de la normativa expresa, en virtud de

²²⁷ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., pp. 310-313; HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., pp. 8-12; CARVAJAL, R. (2014), op. cit., pp. 37-42.

criterios no establecidos en la ley. Así ocurriría en legislaciones como la alemana y la española²²⁸.

Sobre el panorama comparativo general, el profesor Guzmán Dalbora distingue dos tendencias: una restrictiva y otra expansiva²²⁹, tomando en cuenta la obligatoriedad del abono, las medidas que autorizan su procedencia, las penas a las que resulta aplicable y, la procedencia del abono en causa diversa. En concreto, y conforme a la postura esgrimida por este autor para explicar la fundamentación de esta institución, un sistema debe considerarse expansivo en la medida que respete en mayor medida los bienes jurídicos del justiciable en su vínculo con el Estado²³⁰, mediante la consagración obligatoria del abono, el descuento íntegro de la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por aquel durante el proceso²³¹ y el reconocimiento del descuento de privaciones de libertad sufridas en causas diversas.

Dentro de la primera tendencia, Guzmán hace referencia al paradigmático caso del sistema alemán, caracterizado por limitar legalmente el abono a privaciones de libertad sufridas en el mismo proceso en que se expide condena. La tendencia expansiva está representada en general por aquellos sistemas en que, además de reconocerse el carácter preceptivo e íntegro del abono, se ha consagrado el abono heterogéneo, sea por declaración expresa (en países como España, Italia y Portugal), sea mediante la interpretación de preceptos vigentes, como en Argentina y Brasil²³². A este último grupo podría añadirse el sistema chileno, por cuanto en él se regula el abono de las medidas cautelares a la pena de manera preceptiva e íntegra, a lo que se suma la procedencia del abono en causa diversa a la luz de la interpretación de los preceptos vigentes por parte de la mayoría de la jurisprudencia de los tribunales superiores. Lo anterior, no obstante discrepar la unanimidad de la doctrina con el criterio empleado, según se explicó en el capítulo anterior.

En los siguientes subcapítulos abordaremos la recepción del abono en causa diversa en algunas legislaciones extranjeras, representativas de cada una de estas tendencias, en lo

²²⁸ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., pp. 46-47.

²²⁹ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 310.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 307-308.

²³¹ Esto último sólo es posible mediante un sistema de cómputo exacto (un día de privación de libertad equivale a un día de descuento a la extensión de la pena), o uno privilegiado (por ejemplo, un día de privación equivale a dos o más días de descuento).

²³² GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., pp. 310-311.

tocante a los preceptos legales vigentes que regulan la modalidad de cómputo, las penas en que incide y las medidas susceptibles de abonarse, y las opiniones vertidas tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal ante la problemática del abono en causa diversa. Ello nos permitirá vislumbrar, en definitiva, de qué manera el panorama comparativo puede contribuir a enriquecer el debate suscitado a nivel nacional.

Desde ya, ha de advertirse que limitaremos nuestro análisis a legislaciones que consideramos paradigmáticas, representativas de cada una de las referidas corrientes.

3.2. Legislaciones restrictivas: el caso alemán

La legislación alemana, calificada por el profesor Hernández como la más restrictiva sobre la institución del abono²³³, contempla su regulación en el §51 del Código Penal Alemán actualmente vigente (StGB) bajo el título de “Abono” (*Anrechnung*), cuyo primer párrafo es el siguiente:

*(1) Si el condenado ha sufrido prisión preventiva u otra privación de la libertad con ocasión de un hecho que sea o que haya sido objeto de un proceso, entonces ella será abonada a la pena privativa de la libertad temporal y a la multa. Sin embargo, el tribunal puede ordenar que el descuento no tenga lugar total o parcialmente, cuando no se justifica en vista de la conducta posterior al hecho del condenado*²³⁴.

En los párrafos sucesivos, se amplía el ámbito de aplicación del abono, extendiéndolo a la pena de multa (numeral 4)²³⁵, y a la prohibición de conducir tratándose de la medida de retiro provisional del permiso de conducción (numeral 5)²³⁶. La doctrina alemana ha ido más

²³³ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 9.

²³⁴ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Trad. de Claudia López Díaz, de la versión titulada *Strafgesetzbuch*, 32ª edición, *Deutscher Taschenbuch Verlag*, C. H. Beck, Munich (1998) [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf [2017, 25 de noviembre], p. 16.

²³⁵ (4) *En el abono de la multa o a la multa un día de privación de la libertad corresponde a un importe diario. Si se abona una pena impuesta en el extranjero o una privación de la libertad, entonces el tribunal determina la proporción según su criterio.* Ibídem.

²³⁶ (5) *Para el abono de la duración de un retiro provisional del permiso de conducción (§ 111a del ordenamiento procesal penal), sobre la prohibición de conducir de acuerdo con el § 44 rige el inciso 1, en lo*

allá, y en virtud de la expresión “otra privación de libertad” empleada en el primer numeral, ha ampliado el precepto a otras clases de privaciones de libertad a las que pueda equipararse la prisión preventiva, como el internamiento para observación en un hospital psiquiátrico (regulado en el §81 de la Ordenanza Procesal Penal alemana. *Strafprozeßordnung*. En adelante, StPO), y la detención provisional en el arresto provisional (§127 II StPO)²³⁷.

De manera consonante con la concepción que fundamenta la institución del abono en la necesidad de indemnizar a la persona privada de libertad antes de una condena, estas privaciones de libertad, al igual que la prisión preventiva, constituyen “perjuicios” que el autor de un delito ha sufrido a lo largo del proceso, y que si bien no constituyen penas, “la mayoría de las veces despliegan para el afectado el mismo efecto que aquéllas; dado que los sacrificios padecidos por el individuo en beneficio de la comunidad deben ser compensados en la medida de lo posible (idea de `sacrificio`), es lógico que tales perjuicios sean tenidos en cuenta en la ejecución de la pena”²³⁸. Siendo ése el fundamento del abono en el sistema germánico, lo que se dice de la prisión preventiva puede decirse también respecto de otras medidas privativas de libertad.

El legislador germánico no se limita a la compensación entre medidas cautelares y pena, ya que también contempla en su regulación el abono entre penas, en casos de sustitución de una pena por otra (numeral 2)²³⁹, y de descuento de una pena impuesta en el exterior, a la pena posterior impuesta por el mismo hecho (numeral 3)²⁴⁰.

Un siguiente aspecto que vale la pena comentar, es la manera en que esta regulación subordina la procedencia del abono a la conducta del condenado, pudiendo otorgarse parcialmente o denegarse, a causa de lo que se denomina un “comportamiento procesal

pertinente. En este sentido equivalen al retiro provisional del permiso de conducción la custodia, el aseguramiento o la confiscación de la licencia de conducción) (§ 94 del ordenamiento procesal penal). Ibídem.

²³⁷ JESCHECK, H. H. & WEIGEND, T. (1998), op. cit., p. 974.

²³⁸ Ibídem., p. 973.

²³⁹ (2) *Si se sustituye una pena válidamente impuesta en un proceso posterior por otra pena, entonces a ésta será abonada la primera pena en la medida en que haya sido ejecutada por abono. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998, op. cit.*

²⁴⁰ (3) *Si el condenado ha sido castigado por un hecho igual en el exterior, entonces se abonará la pena impuesta en el exterior a la nueva pena en lo que ya haya sido ejecutada. Para otra privación de la libertad sufrida en el exterior, rige el inciso 1 en lo pertinente. Ibídem.*

malicioso”²⁴¹. Entendemos por tal no el referido al delito mismo, pues ello nos llevaría al absurdo de facultar al juez a denegar el abono en atención al contenido del injusto o a la culpabilidad; se refiere más bien a la conducta observada por el reo tras la comisión del delito en el proceso, que hace aparecer como injustificado el abono parcial o total²⁴². Lo cual puede darse, especialmente, cuando “el acusado intenta prolongar la prisión preventiva para procurarse beneficios injustificados frente al arresto penal, o cuando, de cualquier otro modo, dilata maliciosamente el proceso”²⁴³.

Esta regla, que atenúa el carácter preceptivo que el descuento suele tener en otras legislaciones contemporáneas²⁴⁴, ha sido defendida por autores incluso fuera de Alemania. Es el caso del profesor Hairabedián, quien, defendiendo su incorporación como alternativa de *lege ferenda* en Argentina, considera injusto y poco razonable reconocer un “derecho a indemnización” a aquel perseguido penalmente que ha abusado ilegalmente de su libertad, o ha puesto en peligro los fines del proceso, consecuencia de lo cual ha sido sometido a prisión preventiva. Pues ha sido dicha persona la causante de su encarcelamiento²⁴⁵. En nuestro país, una jurisprudencia aislada de la Corte Suprema ha defendido también este criterio para determinar la procedencia del abono en causa diversa, a favor del inculpado cuya conducta durante el proceso se ha analizado²⁴⁶.

Un último tópico a comentar, dice relación con la limitación expresa que el código punitivo alemán prescribe en cuanto a las medidas privativas de libertad cuya extensión podrá ser descontada de las penas privativas de libertad temporales: sólo podrán ser descontadas las privaciones de libertad sufridas *con ocasión de un hecho que sea o que haya sido objeto de un proceso*; con lo cual se está limitando expresamente el abono a la pena impuesta con motivo

²⁴¹ JESCHECK, H. H. & WEIGEND, T. (1998), op. cit., p. 973.

²⁴² JESCHECK, H. H. (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general*, Volumen II. (Trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Barcelona: Bosch, p. 1224.

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ Dicha limitación también se encuentra en países como Suiza, Holanda y Austria. HAIRABEDIÁN, M. (2002), op. cit., p. 211.

²⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 210-211.

²⁴⁶ Acción Constitucional de Amparo (2008): Corte Suprema, 19 noviembre 2008, Rol 6945-2008 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre]. Véase capítulo II, subcap. 2, ítem. 2.

de un hecho que sea o haya sido objeto del mismo proceso en que tuvieron las privaciones de libertad cuya extensión debe abonarse²⁴⁷.

Así las cosas, la procedencia del abono en Alemania se supedita a la existencia de la llamada “unidad procesal”, concebida como una de las limitantes al reconocimiento legal del abono en causa diversa, donde ha sido persistente la exigencia de acumulación –a lo menos potencial- de los procesos en que una persona ha sido privada de libertad y en que ha sido condenado. El sistema alemán es aún más estricto, al exigir conexión procesal entre el hecho por el cual se ordena prisión preventiva con el delito enjuiciado, lo cual parece excluir un supuesto como la acumulación potencial entre causas y la unificación de penas entre procesos no acumulados. Con ello, se excluye toda posibilidad de abonar la privación de libertad sufrida en causa diversa. Por el contrario, sólo es posible abonar las privaciones de libertad adoptadas en la fase de instrucción de un proceso por un hecho, a la pena a la cual el mismo inculgado fue condenado por otro hecho delictivo, con tal que ambas hayan sido “unidas” por un mismo proceso²⁴⁸.

Sin embargo, se ha constatado una tendencia jurisprudencial que pretende ampliar el concepto de unidad procesal, señalando que la conexión entre privación de libertad y pena no debe ser formal, sino más bien funcional (“unidad funcional”, o “*funktionale Verbindung*”), lo cual permitiría extender extraordinariamente los alcances del concepto de unidad procesal²⁴⁹.

Así lo ha planteado el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) que, a modo ejemplar, en un fallo ha declarado y dejado sin efecto la arbitrariedad de una resolución de un tribunal de apelación, en la cual, no obstante reconocerse que entre dos procedimientos penales seguidos respecto a una misma persona existía una unidad funcional, no accedió a compensar por el tiempo durante el cual permaneció detenido en una de éstas, al interpretar restrictivamente el §51 StGB. Dicha conexión se justificaba en que, pese a no formar parte de un mismo procedimiento los delitos que motivaron la privación de libertad y la condena, ambos procedimientos se debieron haber llevado a cabo al mismo tiempo, y la detención sufrida en uno de estos debió haber servido

²⁴⁷ JESCHECK, H. H. & WEIGEND, T. (1998), op. cit., p. 974.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 9.

también al otro procedimiento, repercutiendo en su curso y finalización. Ello permite hablar de una “combinación” de procedimientos en virtud de una función recíproca de seguridad. Al no considerar dicha conexión, el fallo que motivó la queja constitucional infringía indebidamente el derecho fundamental a la libertad del condenado²⁵⁰.

En suma, el carácter restrictivo del sistema alemán pareciera radicar, esencialmente, en el tenor de sus preceptos legales, lo que se refleja en aspectos como la posibilidad de denegación o reducción del abono en el caso de un comportamiento procesal malicioso por parte del condenado, y en la improcedencia del descuento de privaciones de libertad con las cuales la condena no guarda un vínculo procesal. La jurisprudencia y doctrina germánicas, en miras a la compensación de las personas que se han visto perjudicadas con medidas privativas de libertad durante el proceso, y al reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la igualdad, han reaccionado otorgando una amplia interpretación a la normativa vigente. Lo que se refleja en la ampliación de las medidas privativas de libertad aptas para dar lugar a la compensación, tanto en su especie como en su origen a nivel procesal, en la medida que éstas guarden una conexión procesal funcional con la pena a la que han de abonarse.

Más allá de lo interesante que puede resultar un análisis más profundo de esta tendencia para la discusión nacional, es evidente que el tratamiento legal de la institución del abono en el sistema alemán poco contribuye a esclarecer -por la vía interpretativa- la procedencia del abono en causa diversa en un sistema como el chileno, por cuanto en sus normas no se consagra una limitación legal expresa, como la contemplada en el primer párrafo del §51 del StGB.

²⁵⁰ “Darüber hinaus begegnet der Ausschluß der Anrechnung aber auch wegen der nach der Wiederaufnahme des Verfahrens im Juni 1997 erfolgten Überhaftnotierung, durch die die Haftbefehle der verschiedenen Verfahren - jeweils als Maßnahme zur Sicherung des anderen Verfahrens dienend - und damit die Verfahren selbst zueinander in enge sachliche Beziehung gebracht worden sind (vgl. BGHSt 43, 112 <120 f.>), verfassungsrechtlichen Bedenken. Dabei spielt es keine Rolle, daß die Untersuchungshaft, um deren Berücksichtigung es geht, zu diesem Zeitpunkt, als die funktionale Verbindung durch den Erlaß eines neuen - nicht vollzogenen - Haftbefehls hergestellt worden ist, bereits beendet war und - formal gesehen - sogar auf einem anderen, zwischenzeitlich aufgehobenen Haftbefehl beruhte. Entscheidend ist, daß durch die wechselseitige Sicherungsfunktion zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Verknüpfung beider Verfahren entstanden ist, die im Hinblick auf das Freiheitsgrundrecht des Verurteilten eine Nichtanrechnung sachlich nicht rechtfertigen könnte”. Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) (1999). Queja constitucional, 116/99, resolución de 15 mayo 1999 [en línea]. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/05/rk19990515_2bvr011699.htm [2017, 26 de noviembre].

3.3. Legislaciones que autorizan expresamente la procedencia del abono en causa diversa: referencia particular al sistema español

La particular relevancia que reviste el análisis de la legislación y jurisprudencia española en este estudio radica, en primer lugar, en su proximidad histórica con la legislación nacional. Si bien nuestro Código Penal entró en vigencia en 1874, sus antecedentes directos se remontan principalmente al Código Penal Español de 1848–1850, lo que lo convierte (junto con la legislación que lo antecedió) en un referente comparativo significativo para la interpretación y análisis de los preceptos que han regulado la institución del abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad en nuestro país. Basta con observar la literatura nacional que se ha esmerado en abordar la problemática, para advertir la importancia de la evolución del derecho peninsular a su respecto.

En segundo lugar, el caso español resulta también interesante por cuanto su legislación ha sido una de las primeras en consagrar legalmente la institución del abono en el sistema continental, aunque –en un principio– con cierto carácter facultativo para el juez. Dicha consideración histórica permite remontarnos al código hispano de 1822 que disponía en su artículo 98:

En las penas que tengan tiempo determinado, empezará a contarse ésta desde el día en que se notifique al reo la sentencia que cause ejecutoria; pero el tiempo que hubiese estado preso, le será contado como parte del de la pena, graduándose cada seis meses de arresto o prisión por tres de obras públicas, o por cuatro de reclusión o presidio. Los días de arresto, reclusión u otra pena temporal, serían completos, de veinte y cuatro horas; los meses, de treinta días cumplidos; los años, también completos, de doce meses²⁵¹.

La previsión expresa del cómputo de la prisión preventiva fue poco generosa, no tan solo por la proporción de tiempo entre pena y medida cautelar²⁵², sino además por su criterio

²⁵¹ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 4.

²⁵² FERNÁNDEZ, M. D. (1983), op. cit., p. 91.

discrecional, que limitó el computo parcial preceptivo sólo respecto de las más graves penas de prisión²⁵³.

Otro aspecto que debe llamar nuestra atención, y que fue mencionado en el primer capítulo, es que no obstante constituir un referente para la redacción del cuerpo normativo chileno de 1874, los términos del código peninsular distan por completo de la redacción adoptada en el artículo 26 de nuestro código. Esta realidad ha conllevado a autores nacionales como Guzmán Dalbora a considerar que nuestra legislación importa un crucial adelanto respecto al código español, en lo referente al cómputo íntegro de la privación de libertad sufrida durante la tramitación del proceso, su extensión a toda forma de encierro preventivo y a la consideración de los encierros sufridos en procesos distintos²⁵⁴.

Con posterioridad, el Código Penal Español de 1848 desconoció esta regla, no contemplando norma alguna sobre el abono de la prisión preventiva. Esta omisión fue subsanada mediante la promulgación de disposiciones especiales, como el Decreto de 9 de octubre de 1853, cuyo artículo 1º dispuso que los sentenciados a penas correccionales y penas de multa sustituidas por privación de libertad gozarán de abono para el cumplimiento de su condena equivalente a la mitad del tiempo que hubieren permanecido presos. Este abono limitado se mantuvo incólume en el Código Penal español de 1870, solo modificado a partir de la Ley de 19 de enero de 1901 que vino a dar nueva regulación a la materia, derogando el Real Decreto de 9 de octubre de 1853. Este nuevo texto legal, según ha estimado la doctrina española, mejoró el texto derogado pues permitió el abono total en los supuestos de condenas a penas correccionales y en su mitad cuando las penas fueren aflictivas o el sujeto fuera reincidente²⁵⁵.

Siguiendo este gradual avance, el Código Penal español de 1928 amplió en su totalidad el abanico de penas privativas de libertad susceptibles de abono, indiferente de su gravedad, estableciendo en su artículo 114:

²⁵³ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 310.

²⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 313-314.

²⁵⁵ FERNÁNDEZ, M. D. (1983), op. cit., pp. 91-92.

*Para el cumplimiento de las penas de privación de libertad será de abono toda la prisión preventiva sufrida por el reo durante la tramitación de la causa hasta la sentencia firme, cualquiera sea la naturaleza y duración de la pena impuesta*²⁵⁶.

En términos similares, integrando a la totalidad de las penas susceptibles de descontarse por el abono y acogiendo el cómputo a la privación de libertad acaecida durante la tramitación de la causa, el Código Penal Español de 1932 dispuso en su artículo 33:

*La prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa de abonará en su totalidad, cualquiera sea la índole de la pena a que fuere condenado*²⁵⁷.

El contenido normativo sustancial de este precepto se mantuvo casi inalterable en el artículo 33 del Código Penal Español de 1944, y posteriormente en el Código de 1973²⁵⁸. Así, el tenor del artículo 33 Código Penal de 1973 disponía:

*El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera se la clase de pena impuesta*²⁵⁹.

Esta redacción, tal y como acaeció en nuestro país, generó debate y críticas en cuanto a si la posibilidad de abonar se limitaba únicamente al tiempo de privaciones de libertad padecidas en el proceso en que recayó condena, o se extendía también a las privaciones de libertad sufridas en causas distintas. Hasta entonces, y en concordancia con la ausencia de su consagración normativa expresa, la jurisprudencia en general denegó la procedencia del abono en causa diversa, limitando el cómputo a la privación de libertad sufrida en la misma causa en que se dictaba condena. A modo ejemplar, las sentencias del Tribunal Supremo Español de la época señalaban sobre este respecto: “El abono de la prisión preventiva sólo puede aplicarse al proceso por el que se sufrió la misma”²⁶⁰, “El abono del artículo 33 requiere como requisito

²⁵⁶ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 38.

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 38.

²⁵⁸ Cabe hacer especial referencia a la redacción de este precepto, que presenta particular similitud a la contemplada el artículo 503 de nuestro antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906 en cuanto al regular la institución del abono se refería a la privación de libertad sufrida “durante la tramitación de la causa”.

²⁵⁹ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 38.

²⁶⁰ Tribunal Supremo Español, 26 de febrero de 1943. Citado en FERNÁNDEZ, M. D. (1983), op. cit., pp. 95-96.

esencial que el delincuente la haya sufrido durante la tramitación de la causa y, por ende, que ella hubiere sido acordada”²⁶¹.

Pero con posterioridad, y especialmente a partir de la muerte de Franco²⁶², comenzaron a surgir y consolidarse los fallos del Tribunal Supremo Español, que abogaron por una interpretación generosa del precepto legal, concediendo el abono por privaciones de libertad sufridas en otras causas, cuando el procedimiento en el que se adoptó la citada medida cautelar concluyó con sentencia absolutoria, o condenatoria, pero imponiendo una pena de duración inferior al período en el que el condenado permaneció privado cautelarmente de libertad.

Al respecto, se razonaba en favor del condenado aduciendo consideraciones como las siguientes:

existe un principio general de derecho, de común aplicación en las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, sólo cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su naturaleza. La existencia de varias causas contra una sola persona y la posibilidad de que se le absolviese por alguna de ellas en las que se hubiese acordado la prisión provisional o preventiva, aconsejaban, por un principio de equidad, que el tiempo de prisión sufrido se aplicase a alguna de las demás causas tramitadas siempre que se refiriesen a hechos anteriores al ingreso en prisión²⁶³.

De este modo, la jurisprudencia se inclinó por ampliar el contenido del mencionado precepto en base a razones de equidad o justicia material, en el sentido de que, habiendo sufrido el condenado una privación de libertad injusta en causa diversa, bien porque finalmente resultó absuelto o bien porque se le impuso una pena de menor duración, es menester la reparación del daño irrogado, cuyo medio idóneo lo constituiría el abono de dicho tiempo de privación de libertad sufrido, en causa distinta. En todo caso la jurisprudencia

²⁶¹ Tribunal Supremo Español, 22 de diciembre de 1944. Citado en *ibíd.*, p. 95.

²⁶² HERNÁNDEZ, H. (2009), *op. cit.*, p. 9.

²⁶³ Tribunal Supremo Español (1993). RJ 5701, 2 julio 1993 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/> [2017, 14 de noviembre].

reducía el citado beneficio a causas por hechos cometidos con anterioridad a la imposición de la medida cautelar, con lo cual vino a subordinar la procedencia del abono en causa diversa a la exigencia de proximidad temporal o simultaneidad entre los procesos involucrados, de manera bastante semejante a como la jurisprudencia chilena lo exigió durante la antigua legislación procesal penal, bajo la figura de la acumulación de causas, y que aun pareciera persistir a través de una cuestionable aplicación del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, como detalladamente se expuso en los capítulos anteriores.

Esta limitación fue debidamente justificada en los fallos del Tribunal Supremo Español, estimando que:

1.º Si el art. 33 proclama el derecho que al penado corresponde de que para el cumplimiento de la condena le sea abonado el tiempo de prisión preventiva en que se ha encontrado, según un gran criterio doctrinal y jurisprudencial, ha de haber sido sufrida "durante la tramitación de la causa en la que se quiere hacer el abono"; 2º Frente a dicha tesis, otra corriente, en beneficio del penado, llega a admitir el abono de la prisión sufrida en otra causa distinta, pero siempre que ésta sea "coetánea y simultánea" a aquella en la que la privación de libertad se produjo; 3º Lo que no se puede admitir en modo alguno es la extensión del abono de esa prisión a causas seguidas por hechos posteriores a la terminación de dicha prisión preventiva, pues permitiría al delincuente disponer de una especie de "cuenta corriente» (según se lee en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1985 y se proclama por el más relevante sector doctrinal), ya que con dicha disponibilidad se estaría autorizando al sujeto para la comisión de delitos "a cargar en el saldo de privación de libertad" que le es favorable; 4º Es innegable que el art. 988.3.º de la Ley adjetiva criminal, permite la aplicación del art. 70 del Código Penal cuando se trate de condenas recaídas en distintos procesos, pero ello solamente es posible en el supuesto de procesos "por hechos que pudieren ser objeto de uno solo», según dispone el art. 17 de la propia Ley rituarial o "delitos conexos", lo que no puede servir de precedente a supuestos como el ahora objeto de crítica, y 5º La vía procedente en casos como el presente, es la prevista en los arts. 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para así obtener una indemnización compensatoria del injusto quebranto sufrido por la prisión sufrida en la causa en que fue absuelto el procesado, sin que ello

justifique en forma alguna una compensación en "pena futura", como precedentemente se ha indicado (cfr. Sentencias, entre otras, de 26 de febrero de 1943 , 22 de diciembre de 1944 , 13 de noviembre de 1958 y 3 de noviembre de 1990)²⁶⁴.

Los argumentos sustentados por el Tribunal Supremo Español se circunscriben, como señala Carvajal, a las posiciones antagónicas enraizadas en la doctrina tradicional española²⁶⁵. Por una parte, y en base a criterios de justicia material, José Casabó Ruiz abogó por la procedencia del abono heterogéneo, pues:

lo justo sería indemnizar a la persona absuelta que ha sufrido el mal de la prisión preventiva, pero ya que no existe una regulación positiva al respecto, parece que por elemental exigencia de justicia, debe repararse en lo posible tal daño. Precisamente en el caso de una condena posterior, se presenta la posibilidad de reparar, de algún modo, el daño que antes la sociedad había infligido, abonando en la nueva condena el tiempo de prisión preventiva que el condenado había sufrido en otra causa por el delito que no resulto responsable. Esta interpretación del artículo [33], sería además consecuente con el "espíritu de amplitud y generosidad a favor del reo" que inspira su finalidad²⁶⁶.

Bajo esta misma posición se inclina María Dolores Fernández, quien aduce que el abono heterogéneo está dotado de una mayor capacidad resarcitoria que la mera indemnización económica que consagra la Constitución²⁶⁷.

Por su improcedencia se inclinó Antonio Ferrer. Al referirse al caso en que dos o más delitos que, siendo independientes unos de otros, han dado lugar a procedimientos distintos, sostenía que la prisión preventiva acordada en una de esas causas, donde el procesado resulta definitivamente absuelto, no da lugar al abono respecto a la condena por los otros delitos perseguidos en causa diferente de aquella, pues es imprescindible la unidad del procedimiento,

²⁶⁴ Tribunal Supremo Español (1992). RJ 16807, 30 octubre 1992 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/> [2017, 14 de noviembre].

²⁶⁵ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 41.

²⁶⁶ CASABO RUIZ, J. (1972), op. cit., p. 157.

²⁶⁷ FERNÁNDEZ, M. D. (1983), op. cit., p. 94.

“lo cual no es de extrañar dada la índole procesal de esta prisión acordada por razones de tipo preventivo”²⁶⁸.

Finalmente, el artículo 58 del Código Penal de 1995 terminó con esta ardua discusión, al recoger y consolidar la tendencia jurisprudencial expuesta, reconociendo por primera vez el abono en causa diversa de manera expresa, de la siguiente manera:

1. *El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha medida cautelar se acordara o, en su defecto, de las que se pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión.*
2. *Igualmente, se abonarán en su totalidad, para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente*²⁶⁹.

La nueva regulación otorgó consistencia normativa a la interpretación benévola que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español venía realizando del artículo 33 del Código Penal hasta entonces vigente, limitando su procedencia, no obstante, a aquella hipótesis en que los hechos motivadores de la condena que se pretende abonar con la prisión preventiva se hubieran cometido con anterioridad a la adopción de esta medida.

En plena armonía con este análisis histórico que adquiere consistencia mediante la consagración expresa en el año 1995, el Tribunal Supremo Español en el año 1998 se pronunció sobre esta problemática, zanjando la cuestión en virtud del claro tenor literal del artículo 58 del Código Penal, señalando:

El artículo 33 del anterior Código Penal disponía el abono del tiempo de prisión preventiva sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa para el cumplimiento de la condena, añadiendo además que el abono se producirá cualquiera que sea la clase de la pena impuesta. El precepto tiene su antecedente más inmediato en el Código Penal de 1932 ya que, en la mayoría de los Códigos decimonónicos no se reconoce el abono de la prisión preventiva, con la salvedad de algunas disposiciones

²⁶⁸ FERRER SAMA, A. (1947), op. cit., p. 200.

²⁶⁹ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 10.

especiales (Reales Decretos 9 octubre 1853 y 2 noviembre 1879) en las que se regulaba de forma muy restrictiva y limitada en cuanto a su duración. Por Ley 17 enero 1901 se reconoce de forma limitada y de allí pasa al Código de 1928 y finalmente al de 1932. La restrictiva redacción del precepto, fue objeto de sucesivas ampliaciones interpretativas por la jurisprudencia de esta Sala, ya que no sólo se consideraba aplicable el abono de prisión preventiva a la pena impuesta en la causa en la que se acordó sino también a otras penas impuestas en procesos diferentes pero siempre que se tratase de hechos anteriores al ingreso en prisión. Recogiendo esta línea jurisprudencial, el art. 58.1 del nuevo Código Penal, precisa y mejora la redacción anterior estableciendo la posibilidad de que se aplique la prisión preventiva a otras causas, “siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión”. Extender su aplicación a hechos posteriores sería tanto como incentivar la comisión de hechos delictivos, concediendo al preso preventivo una especie de licencia para delinquir, ya que su responsabilidad penal se vería compensada y anulada por el período de tiempo que había pasado en prisión preventiva, en otra causa anterior por la que había sido absuelto o condenado a una pena de duración inferior al período de tiempo resultante de la medida cautelar²⁷⁰.

Como es posible apreciar, la jurisprudencia se hace cargo de fundamentar la limitación cronológica del abono heterogéneo, ciñendo su procedencia solo a hechos cometidos con anterioridad al ingreso en prisión. El fundamento consiste en la supuesta “apertura de un crédito” o el otorgamiento de una “licencia para delinquir” si una restricción como ésta no se impone. De esta manera, se busca que el ordenamiento jurídico no permita el abono de la prisión preventiva en causa diferente a aquella en que tal privación de libertad se acordó, cuando el reo conoce de antemano la sentencia que lo absolvió o le impuso una pena inferior a la privación de libertad ya sufrida como medida cautelar, pues de lo contrario se le permitiría delinquir sabiendo que posteriormente no va a cumplir una pena futura o la cumplirá en menor medida, en virtud de tal privación de libertad pendiente de abonarse en la condena.

En otros fallos también se ha señalado:

²⁷⁰ Tribunal Supremo Español (1998). RJ 2820, 23 marzo 1998 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/> [2017, 14 de noviembre].

Ciertamente, tal sentimiento de impunidad, por saberse titular de un crédito o saldo positivo en sus cuentas con la Administración de Justicia, constituiría un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria (o condenatoria con pena inferior) dictada en la causa en la que la medida cautelar de privación de libertad fue acordada, sin que haya razón alguna para denegar la aplicación de tal abono en los demás casos²⁷¹.

Culmina este profuso desarrollo histórico de la legislación española con la modificación introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, que modifica el precepto del artículo 58 del Código Penal, cuyo tenor pasa a adquirir los siguientes términos:

- 1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.*
- 2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.*
- 3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.*
- 4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente²⁷².*

²⁷¹ Tribunal Supremo Español (2000). RJ 1279, 11 mayo 2000 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/> [2017, 14 de noviembre].

²⁷² Ley Orgánica 10/1995, de Código Penal Español [en línea]. Ministerio de Justicia, 23 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> [2017, 28 de diciembre].

Esta nueva redacción viene a otorgar el máximo sustento a la procedencia del abono heterogéneo en el ámbito legal español. Por una parte, en virtud del número 2º del artículo citado, se regula la distribución de la competencia sobre las materias relacionadas con el abono, de manera que el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en el que se encuentre el penado resolverá sobre el abono de la prisión preventiva en causa distinta, y el Juez o Tribunal sentenciador hará lo propio sobre el abono en la misma causa.

A su vez, el número 3º enfatiza en la necesidad de que los hechos delictivos se hayan cometido antes de la adopción de la medida cautelar para hacer procedente el abono heterogéneo²⁷³.

En definitiva, la actual redacción del actual artículo 58 viene a ser reflejo y culminación de una notoria evolución jurisprudencial y legislativa español en la materia, en miras a otorgar protección a la libertad de la persona del reo, mediante una interpretación extensiva y benigna de preceptos vigentes. El caso español es un buen ejemplo de cómo un ejercicio hermenéutico en que se encuentra inserta una legítima pretensión de protección de la libertad del individuo, es suficiente para dar cabida a la institución del abono en causa diversa por la vía interpretativa, y un aliciente para su futura recepción legal y preceptiva, que finalmente despeje de dudas acerca de su procedencia a los operadores del sistema.

Particularmente llamativa es la reacción de la jurisprudencia peninsular ante modificaciones legislativas que implicaron insólitos silencios sobre el particular, subsanando esta dificultad mediante la consideración discursiva de principios inspiradores relevantes, y en provecho de que el silencio legislativo no implicaba negativa. En concreto, que el silencio de la ley ante el dilema sobre el abono en causa diversa no implicaba su negación expresa.

²⁷³ La última reforma legislativa española sobre la materia, en rigor, es la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010, que viene a resolver la polémica suscitada acerca de la interpretación que cabría dar al artículo 58 del Código Penal en relación con la posibilidad de computar doblemente, como preso y penado, el periodo de prisión preventiva o, en otros términos, si la prisión preventiva en un proceso, coincidente con la condena firme en otro, es posible ser abonada en ambas causas. Al respecto, al referido precepto se añade que la compensación no tendrá lugar “en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella”. Con ello, el legislador viene a admitir que la prisión preventiva sufrida en una causa pueda abonarse con el cumplimiento de la pena impuesta en otro procedimiento, pero en tal caso el período de prisión preventiva ya no será abonable en la causa en la que se acordó, lo que se intenta reforzar con el inciso final, según el cual “en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”.

Adicionalmente, mediante la invocación de principios de equidad, reparación del daño causado y la protección constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, el rol de la doctrina resultó indispensable para la elaboración de criterios extensivos que fueron incorporados en la redacción de numerosos fallos.

Habida cuenta de que principios como los mencionados forman parte del derecho, y que por tanto han de ser considerados en la interpretación de los preceptos legales, frente a hipótesis respecto a las cuales el legislador nada ha dicho, la solución planteada por el intérprete que las considere, se encuentra también amparada por el ordenamiento jurídico, es parte integrante de él, y no constituye una invención inspirada en la mera benignidad o benevolencia de los jueces, al margen de toda observancia de las disposiciones legales. Razón por lo cual resulta desacertada la observación del profesor Salas respecto al caso español, al señalar que el abono impropio fue una “creación” del Tribunal Supremo, frente a la falta de norma expresa en el código de 1973²⁷⁴.

3.4. Legislaciones que autorizan la procedencia del abono en causa diversa en virtud de la interpretación de preceptos legales vigentes: referencia particular al sistema argentino

Dentro de los sistemas extranjeros escogidos para centrar nuestro análisis, el caso argentino nos parece interesante por su semejanza al chileno en lo tocante a la regulación del abono de medidas cautelares a la pena. Al igual que las normas nacionales, la regulación de la institución del abono en Argentina consta en una norma genérica que, si bien no consagra el abono en causa diversa de forma expresa, tampoco lo excluye, al no exigir la concurrencia de unidad procesal entre medida y pena, propia de un sistema restringido como el alemán. Lo anterior nos obliga a centrar nuestra atención en el pronunciamiento de los tribunales y autores trasandinos, cuyos postulados pueden contribuir a enriquecer el debate a nivel local, en la medida que resulten compatibles con los principios generales de nuestra legislación.

²⁷⁴ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 48.

El precepto referido es el artículo 24 del Código Penal de la Nación Argentina actualmente vigente (Título II: De las Penas, del Libro Primero), que consagra el cómputo del tiempo de prisión preventiva sobre las penas privativas de libertad de reclusión y prisión, inhabilitación y la pena de multa. Su tenor literal es el siguiente:

*La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco*²⁷⁵.

La doctrina argentina, siguiendo al jurista Julio Herrera, reconoce cuatro sistemas que una legislación puede consagrar para regular el descuento de la prisión preventiva: el sistema político, el empírico, el ecléctico y el jurídico²⁷⁶. “El sistema *político* niega todo descuento; el *empírico* deja en manos del juez hacer o no el descuento; el tercero, es decir, el *ecléctico*, bajo su primera forma divide la prisión preventiva en dos períodos de los cuales sólo el segundo se descuenta y bajo su segunda modalidad se descuenta siempre, pero en proporción a la pena aplicada; y por último, el sistema *jurídico* que exige el cómputo completo”²⁷⁷.

Bajo este criterio de distinción, sistemas como el chileno (artículo 26 del Código Penal) y el español (artículo 58 del Código Penal Español de 1995) formarían parte de la corriente *jurídica*, al exigirse preceptivamente el descuento completo de la extensión de las privaciones de libertad padecidas. La legislación germana (§51 StGB número 1), si bien manda a descontar la integridad de su extensión a la pena privativa de libertad, ello finalmente dependerá de la conducta procesal del imputado, que deberá ser calificada por el juez que dicte la sentencia condenatoria, por lo que pareciera ser más cercana a la vertiente *empírica*.

Paralelamente, el artículo 24 del Código Penal argentino se caracteriza por la dispar modalidad del cómputo asignada para cada clase de pena. Si bien en todos los casos en que

²⁷⁵ Código Penal de la Nación Argentina [en línea]. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación, 29 de octubre de 1921. Disponible en: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigo-penal-argentina.html> [2017, 26 de noviembre]. Según consta en esta versión, el artículo 24 ha sido modificado sólo en lo referente al monto de la multa, mediante la Ley N° 25.815, del 1 de diciembre de 2003.

²⁷⁶ Citado en BAIGÚ, D., ZAFFARONI, E. R., TERRAGNI, M. A. & DE LANGHE, M. (1997), op. cit., p. 321.

²⁷⁷ (Las cursivas son nuestras). *Ibíd.*

procede es de carácter obligatorio para el tribunal, la integridad del cómputo sólo se contempla para las penas de prisión y de inhabilitación (por cuanto un día de prisión preventiva equivale a uno de prisión y dos de inhabilitación), mientras que, en el caso de la reclusión, son necesarios dos días de prisión preventiva para poder descontar apenas un día de la extensión de esta clase de pena privativa de libertad. Bajo este respecto, impide que la integridad de la extensión de la prisión preventiva sufrida por el condenado a reclusión sea considerada. Por cual el sistema argentino ha sido calificado como una variante del sistema *ecléctico*²⁷⁸.

El desigual trato que el texto punitivo contempla para ambas penas privativas de libertad en materia de cómputo es uno de los aspectos más comentados por los autores argentinos. Las críticas se remontan incluso a épocas previas a la promulgación del código: el mismo Herrera, al pronunciarse sobre una norma semejante y previa a la del código actualmente vigente (promulgado en 1922, a partir de un proyecto de 1917), señalaba que “la prisión preventiva debe descontarse por entero de toda pena privativa de libertad, y no en la forma que prescribe el art. 30 del Proyecto –se refiere al de 1906, análogo al del art. 24 del de 1917- haciendo una comparación caprichosa, arbitraria, ilógica, pretendiendo establecer una equivalencia imposible. ¿Por qué un día de presidio ha de equivaler a dos días de prisión y no a tres o cuatro?”²⁷⁹.

Las críticas fueron reiteradas por José Peco, quien se pronunció sobre esta norma cuando aún era parte del proyecto de código de 1917. A éstas agrega que la prisión preventiva, si bien no importa una pena, sino una simple medida de precaución para evitar la fuga del delincuente, y de instruir mejor los procesos, “importa un verdadero sufrimiento, ya que [inocentes y delincuentes] viven en lugares insalubres, entregados al ocio y hallándose en condiciones desfavorables con respecto a los condenados, que sobre trabajar viven en celdas más o menos confortables”²⁸⁰. Entonces, nada parece justificar que no se proceda a su íntegra imputación a la extensión de la pena de reclusión, como ocurre con la pena de prisión. Según describe el mismo autor, las diferencias entre ambas clases de penas privativas de libertad son escasas y arbitrarias, frente a sus numerosas y esenciales semejanzas: ambas se cumplen con

²⁷⁸ *Ibíd.*, p. 324.

²⁷⁹ Citado en PECO, J. (1921). *La reforma penal argentina de 1917-20*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, p. 237. Se refiere al artículo 30 del Proyecto de Código Penal Argentino de 1906, análogo al artículo 24 del Proyecto de 1917.

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 238.

trabajo obligatorio, importan inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y durante uno a tres años más, el condenado a unas u otras tienen igual derecho a obtener la libertad condicional cuando la condena exceda de tres años, a ambas rigen idénticas reglas de prescripción de la acción penal y de la pena, entre otras semejanzas²⁸¹.

Al revisar la versión actualizada del Código Penal argentino, dichas semejanzas se mantienen, y el régimen más riguroso a que se sujetaba la reclusión en la antigüedad, ha desaparecido, como señala Caporale²⁸². Zaffaroni, Alagia y Skolar, van más allá y derechamente sostienen que la pena de reclusión, además de contrariar el principio de humanidad de las penas por su carácter infamante, se encuentra tácitamente derogada por la legislación penal ejecutiva²⁸³.

A lo anterior se suma otro inconveniente, denunciado también por Peco, y que dice relación con las perniciosas consecuencias que conlleva sostener un régimen de penas paralelas: en casos expresamente previstos el juez queda facultado para optar entre la pena de reclusión y la prisión, con ello, la duración de una y otra pena privativa de libertad quedaría también bajo su discrecionalidad, en virtud de la desigual aplicación del cómputo en uno y otro caso²⁸⁴.

Pese a todas estas fundadas críticas, el proyecto que contenía este artículo fue posteriormente aprobado y promulgado (1922), manteniéndose vigente hasta el día de hoy en su contenido sustancial. Pero las críticas han persistido²⁸⁵, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. A modo de ejemplo, la Cámara Nacional de Casación Penal ha declarado que el artículo 24 es inconstitucional, en cuanto “establece una diferenciación en el cómputo de la prisión preventiva de dos especies de pena que, si bien diferentes, se ejecutan en forma

²⁸¹ *Ibíd.*, pp. 198-199.

²⁸² CAPORALE, C. (2005). “Artículos 23 a 24”. En D` ALESSIO, A. (2005). *Código penal comentado y anotado. Parte general (Artículos 1º a 78 bis)*. Buenos Aires: La Ley, p. 146.

²⁸³ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. & SKOLAR, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, p. 924.

²⁸⁴ PECO, J. (1921), *op. cit.*, p. 238.

²⁸⁵ BAIGÚ, D., ZAFFARONI, E. R., TERRAGNI, M. A. & DE LANGHE, M. (1997), *op. cit.*, p. 329.

idéntica”²⁸⁶, quebrando así la garantía de igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Sea mediante la vía de alegar la inconstitucionalidad del artículo 24, o la derogación tácita de la distinción contenida en su tenor, puede sostenerse fundadamente “que un día de prisión preventiva equivale cuanto menos a un día de pena privativa de libertad, cualquiera sea la denominación de ésta”²⁸⁷.

Otro tópico en que destaca el esfuerzo de la doctrina de los tribunales y de los autores transandinos en proponer soluciones interpretativas que permitan compensar al condenado que ha sido privado de libertad durante la vigencia del proceso, de un modo más extensivo que el que pareciera estar consagrado legalmente, está relacionado con las medidas privativas de libertad susceptibles de ser computadas. Si bien el artículo 24 sólo menciona la prisión preventiva, a nivel jurisprudencial se ha entendido que “la simple detención sufrida por el imputado debe ser considerada prisión preventiva para los efectos del cómputo”²⁸⁸.

Un asunto menos pacífico, y relacionado con la principal problemática que ha inspirado nuestro trabajo, se centra en determinar la procedencia del cómputo de privaciones de libertad dictadas en procesos distintos de aquel en que el sujeto que las padeció ha sido condenado, teniendo en cuenta el silencio del legislador.

Entre los autores que sostienen una interpretación restringida se encuentra Ricardo Núñez, quien ha sostenido que la prisión preventiva dictada por varios hechos en una sola causa, o en varias causas que han sido acumuladas, deberá computarse respecto de la pena impuesta por uno, varios o todos los hechos comprendidos en esta causa, o en las que han sido objeto de la acumulación. Las prisiones preventivas dictadas sucesivamente sólo valdrán para el hecho que las motivó y para los hechos comprendidos en las prisiones preventivas anteriores que el mismo encierro ejecuta simultáneamente. En cambio, la absolución por el

²⁸⁶ CAPORALE, C. (2005), op. cit., pp. 146-147.

²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 147.

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 148.

hecho comprendido en la prisión preventiva, excluye que esta prisión se compute en la condena por el hecho a que se refiere la prisión preventiva posterior²⁸⁹.

Sólo podría admitirse el cómputo de la prisión preventiva sufrida en una causa distinta de la condena, tratándose de procesos no acumulados por delitos cuyas penas se deban acumular, en virtud del artículo 58 del Código Penal, pero no la sufrida en otro proceso en el que no hubo condena acumulable²⁹⁰⁻²⁹¹. Esta propuesta es similar a la planteada por la antigua jurisprudencia chilena, que exigía, según ya se ha analizado, la concurrencia de la llamada acumulación potencial entre causas para proceder al abono en causa diversa.

Siguiendo esta misma tendencia, Jorge de la Rúa sostiene que no se admite el cómputo de la prisión preventiva dispuesta en un proceso en el cual se absolvió, si para tal prisión no incidió el hecho que motivó otro proceso en el que hubo condena²⁹². Por su parte, la Corte Federal de La Plata, ha sostenido que “La prisión preventiva sufrida en una causa terminada con sentencia absolutoria, no puede computarse en la pena impuesta por un hecho anterior cuyo proceso no tuvo ninguna influencia en la detención”²⁹³.

Este planteamiento tiene un respaldo argumentativo bastante claro y reiterado también en la discusión chilena: reconocer el cómputo en un caso como el planteado importaría una “compensación improcedente no autorizada por la ley”²⁹⁴.

En suma, para quienes han interpretado restrictivamente el artículo 24 del Código Penal, tratándose de procesos diversos y no acumulados, sólo cabe el cómputo de la prisión preventiva cuando estos versen sobre delitos cuyas penas se deben “unificar”, de conformidad

²⁸⁹ NÚÑEZ, R. C. (1959). *Derecho penal argentino. Parte general*, Tomo II. Buenos Aires: Biblioteca Omeba, p. 375.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ El artículo 58 establece que las reglas sobre concurso de delitos se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. En estos casos, corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras. En estricto rigor, se trata de una regla de unificación de penas, por medio de la cual se aplican las normas concursales a la hipótesis en que un mismo sujeto ha cometido hechos delictivos distintos, y por los cuales se han dictado sentencias condenatorias también distintas.

²⁹² DE LA RÚA, J. (1972). *Código penal Argentino. Parte general*. Córdoba-Buenos Aires: Lerner, p. 358.

²⁹³ Citado en NÚÑEZ, R. C. (1959), op. cit., pp. 376-377.

²⁹⁴ CAPORALE, C. (2005), op. cit., p. 145.

al artículo 58 del mismo cuerpo legal. O bien cuando los mismos hechos han dado lugar a causas en que recayó condena, siempre que entre éstas proceda la unificación²⁹⁵. Se excluyen así los casos en que ha habido absolución en la causa en que se ha dictado la privación de libertad, o en que, habiendo terminado en condena, no es procedente la unificación respecto a la sentencia condenatoria dictada en la otra causa.

A esta primera doctrina se opone la planteada por los profesores Zaffaroni, Alagia y Skolar, quienes sostienen:

Cuando el sujeto sea procesado simultáneamente por dos o más delitos, por el mismo o por diferentes tribunales, y resultase condenado por uno o unos y absuelto del o de los restantes, el tiempo de prisión preventiva sufrida por todos o por alguno o algunos de ellos, debe computarse en la pena impuesta, incluso cuando haya sufrido la prisión preventiva por un delito del que resultase absuelto... Ello es así por razones procesales y de fondo, (a) En lo procesal, no puede admitirse que la absolución pueda perjudicar al procesado, (b) El derecho penal material dispone para el concurso real una única condenación, que debe materializarse en una única sentencia condenatoria; si esa sentencia única no puede abarcar también todas las declaraciones de hechos, es sólo por imperio del respeto al juez designado por la ley antes del hecho de la causa, pero el mantenimiento de esta garantía no puede volverse contra el procesado²⁹⁶.

No obstante su escueta argumentación, esta postura ha sido asumida por los tribunales superiores de la justicia argentina en numerosos fallos, invocando consideraciones adicionales, referentes al *principio pro homine*, la *dignidad humana*, y el *principio de última ratio del derecho penal*²⁹⁷, frente a casos en que se ha pretendido considerar la privación de libertad padecida en procesos anteriores donde ha mediado absolución, sobreseimiento y/o prisión

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 144.

²⁹⁶ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. & SKOLAR, A. (2002), *op. cit.*, p. 942.

²⁹⁷ DANTI, F. & LAVALLE, A. M. (2016). *Penados: Temas de libertad y Tribunal de Casación Penal* [en línea]. Buenos Aires: Defensoría de Casación, Provincia de Buenos Aires. Disponible en: http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Ejecuci%C3%B3n_penal/documentos_de_trabajo/Actualiza_2016_ejecuci%C3%B3n_en_el_TCP.pdf [2017, 26 de diciembre], p. 29.

preventiva superior al tiempo de la pena finalmente establecida, luego de agotadas las instancias revisoras²⁹⁸.

Entre estos fallos, destacan los dictados por el Tribunal de Casación sobre la base de que “el activismo judicial tiene que componer el ordenamiento jurídico tras el objetivo constitucional de afianzar la justicia”²⁹⁹. Como queda de manifiesto en el siguiente fallo:

... Entiendo que esta situación, contemplada específicamente en algunos derechos extranjeros como en el italiano (art. 657 del C.P.P.), debe ser acogida en nuestro sistema a través del activismo judicial, esto es, la co-construcción del ordenamiento jurídico vivo por parte de los operadores del sistema, haciendo frente a las necesidades que crea el imperativo constitucional –insoslayable y omnipresente- de `afianzar justicia`. La creación pretoriana en esta Sede de una acción originaria de hábeas corpus para actuar en los casos en que los medios ordinarios rectamente empleados, no han podido restablecer la legalidad es, por ciento, cabal ejemplo de este temperamento que adopto entusiasmado³⁰⁰.

En otro fallo, y trayendo a colación la naturaleza compensatoria que tendría el cómputo en la legislación trasandina y su justificación a partir del derecho internacional de los derechos humanos, el mismo tribunal señaló:

Las obligaciones asumidas por el Estado Nacional frente a la comunidad internacional mediante los instrumentos de Derechos Humanos (ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico patrio), impone a todos los organismos actuantes el máximo de diligencia en la evitación de actos lesivos, y en caso de haber tenido lugar, a su cesación y condigna reparación; al mismo tiempo compele a la remoción de los obstáculos que impidan su realización.

En ese sentido se encuentra vedado por imperio del principio pro homine o pro persona, echar mano de la normativa interna (eventualmente carente de la debida adecuación) para interferir en la plena operatividad de los derechos consagrados en los tratados

²⁹⁸ *Ibíd.*

²⁹⁹ *Ibíd.*

³⁰⁰ Recurso de Casación: Tribunal de Casación, causa N° 58.292 de septiembre 2014. Citado en *ibíd.*

referidos. Lo expresado tiene recepción en el art. 5.2 del PDCyP y de ello ha tomado razón en forma constante el máximo tribunal de la Nación por vía de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados...³⁰¹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Cámara Federal de Casación Penal en la causa “IÑÍGUEZ, Claudio Fabián”, al señalar lo siguiente:

la circunstancia de que en el supuesto de Claudio Fabián IÑÍGUEZ se pretenda el computo del tiempo de prisión preventiva cumplida en un proceso resultante en absolución, acentúa aún más mi convencimiento en esta segunda oportunidad de expresarlo, porque en definitiva la detención preventiva ha sido aplicada a un inocente (...) Cuando el sujeto sea procesado por dos o más delitos, por el mismo o por diferentes tribunales, y resultase condenado por uno o unos y absuelto del o de los restantes, el tiempo de prisión preventiva sufrida por todos o por alguno o algunos de ellos, debe computarse en la pena impuesta, incluso cuando haya sufrido la prisión preventiva por un delito del que resulte absuelto” (Zaffaroni y otros, 2003: 942)³⁰².

En la causa “RODRÍGUEZ SISTI, Marcelo Adrián”, la misma cámara federal reiteró el criterio descrito para fallar, señalando:

al derecho constitucional más relevante, esto es, la libertad (ya sea mediante un exceso de prisión preventiva o un encierro padecido en una causa donde finalmente se lo sobresee o absuelve), debe satisfacerse al reclamo de justicia mediante una reparación concreta a dicha lesión; y ese interés legítimo para reparar un error u omisión provocado por los órganos del Estado en perjuicio del individuo, de ningún modo puede verse obstaculizado por la mera circunstancia que la situación bajo análisis no se encuentre entre las expresamente descriptas por el artículo 58 del CP³⁰³.

³⁰¹ Recurso de Casación: Tribunal de Casación, causa N° 72.776 de diciembre 2014. Citado en *ibíd.*, p. 30. La abreviatura PDCyP debe entenderse referida al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

³⁰² Citado en ARGENTI, N. L. (2016). “Conteo de la prisión preventiva: unificación de cómputos por sobreseimiento, absolución y pena en exceso”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP*, (46), 399-408, p. 401.

³⁰³ *Ibíd.*

Fallos como los citados permiten sostener que en Argentina el abono impropio, aun en silencio del artículo 24 del Código Penal, y frente a las objeciones de quienes subordinan su procedencia al paralelismo entre procesos, se encuentra reconocido por la jurisprudencia de los tribunales superiores en términos amplios, gracias a un esfuerzo interpretativo de integración de la normativa legal con principios propios del derecho penal (concebido como limitación al ejercicio de la potestad punitiva del Estado), y del derecho internacional de los derechos humanos, con la incorporación de exigencias como el respeto por la dignidad humana, y la necesidad de reparar a quien ha sido indebidamente privado de libertad. Se trata de un ejercicio interpretativo similar al desplegado por la jurisprudencia española posterior a 1932.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA INTERPRETATIVA ACERCA DE LA PROCEDENCIA DEL ABONO EN CAUSA DIVERSA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

4.1. Consideraciones generales

Una vez expuesta la recepción de la figura del abono en causa diversa en la jurisprudencia y doctrina nacionales, y en sistemas extranjeros que cristalizan las principales tendencias existentes a su respecto, mora un pronunciamiento crítico sobre las argumentaciones esgrimidas, tanto para defender como para descartar la discutida procedencia de esta figura en el sistema jurídico nacional, lo que nos permitirá arribar a nuestra propia propuesta interpretativa.

Desde ya, advertimos que no hemos pretendido elaborar una respuesta definitiva y tajante y que constituya una solución tendiente a cerrar el debate. Muy por el contrario, creemos que nuestro aporte debe consistir en un ejercicio interpretativo, destinado a enriquecer aún más la escasa discusión que la materia ha motivado en Chile, aportando consideraciones adicionales, defendiendo los argumentos que nos resulten acertados, y criticando aquellos que, a nuestro juicio, deben ser rechazados.

En lo que sigue, no nos limitaremos a la discusión centrada en el solo tenor de las normas reguladoras en cuestión, en que se confronta la postura según la cual el abono impropio no es procedente (sólo) por cuanto no se encuentra expresamente contemplado en dichas normas, versus aquella según la cual es procedente, ya que éstas no lo excluyen, al no exigir expresamente la concurrencia de unidad procesal entre privación de libertad cautelar y pena. Persistiendo las dudas, queda en evidencia que el solo elemento gramatical de interpretación de las normas reguladoras del abono es insuficiente para sobrepasar su oscuridad, al ser dudosa su aplicación al supuesto en que el condenado a una pena temporal y privativa de libertad ha sido privado de libertad en virtud de medidas cautelares personales dictadas en un proceso distinto de aquel en que se ha dictado la sentencia condenatoria respectiva. Así lo han entendido defensores y detractores de la procedencia del abono en causa

diversa, que han debido incorporar argumentaciones adicionales para robustecer sus posturas, tanto de índole penal sustantivo como procesal penal, principalmente.

Partiremos exponiendo y analizando separadamente las premisas que deben ser descartadas para defender la procedencia del abono en causa diversa, y continuaremos haciéndonos cargo de aquellas invocadas para defender su improcedencia. Para asegurar la acabada comprensión de nuestro análisis, y de la argumentación empleada para fundar nuestro pronunciamiento crítico, reproduciremos resumidamente posturas, premisas y argumentaciones ya expuestas en capítulos anteriores.

4.2. Revisión de argumentos que deben descartarse para justificar la procedencia del abono en causa diversa

4.2.1. Justificación a partir del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales

En primer lugar, y siguiendo el razonamiento de la unanimidad de la doctrina nacional, hemos de descartar la justificación de la figura del abono en causa diversa a partir de la mal llamada “unificación de penas”, consagrada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, y empleada mayoritariamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones. Tal precepto, más que ordenar “unificar” o acumular las penas impuestas a un mismo sujeto, lisa y llanamente se limita a prescribir el deber del juez que dicta una sentencia condenatoria posterior a otras dictadas en contra de aquel, de modificar la pena que ha de aplicarse (reduciéndola o incluso omitiéndola), “para que la suma de las sanciones impuestas en distintos procesos, incluido el fallo posterior, no exceda de la sanción que debió aplicarse si se hubiesen apreciado en conjunto todos los hechos”³⁰⁴; esto es, que hayan podido ser juzgados y sancionados conjuntamente, en conformidad a reglas concursales o de reiteración de delitos³⁰⁵. Se busca evitar así “que el imputado sufra una sanción por distintos hechos, que por ser juzgados separadamente, exceda de la que habría correspondido imponer si se hubieran juzgado en forma conjunta, porque en este caso probablemente habría procedido

³⁰⁴ MORALES, E. (2011), op. cit., p. 203.

³⁰⁵ *Ibíd.*, p. 206.

aplicar una regla concursal más favorable³⁰⁶. Se trata de un criterio de adecuación que sólo tendrá lugar tratándose de casos de reiteración de delitos sometidos a la regla de acumulación material (artículo 74 del Código Penal) o de acumulación jurídica (artículo 351 del Código Procesal Penal)^{307 308 309}.

También manda el precepto en comento a no considerar, en la sentencia condenatoria posterior, las circunstancias modificatorias que, de haberse acumulado los procesos, no se hubieran podido tomar en cuenta (pero sin mediar acumulación efectiva entre estos). Tal es el caso de la circunstancia agravante de reincidencia, que debiera configurarse al tomar en cuenta las condenas anteriores, lo que está prohibido por el legislador. En cambio, su no consideración por parte del juez, como lo ordena esta norma, permitiría configurar la atenuante de irreprochable conducta anterior (artículo 11 N°6 del Código Penal)³¹⁰.

Debidamente delimitado el deber de adecuación de penas prescrito por el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, queda en evidencia que su acotado ámbito de aplicación malamente puede ampliarse a un punto tal que permita justificar la consideración de las privaciones de libertad dispuestas en un proceso en el cómputo de la pena temporal y divisible impuesta en otro distinto. Al defender dicha justificación, claramente la jurisprudencia de los tribunales superiores confunde el deber de adecuación de la sentencia condenatoria posterior dispuesto en este artículo, con la antigua figura de la acumulación de procesos (artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, ya derogado), inexistente en la legislación procesal penal

³⁰⁶ OLIVER CALDERÓN, G. (2012), op. cit., p. 265.

³⁰⁷ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 65.

³⁰⁸ Artículo 74 del Código Penal: *Al culpable de dos o más delitos se le impondrán las penas correspondientes a las diversas infracciones (inciso primero). El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de elle hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en la escala gradual número 1. (inciso segundo).*

³⁰⁹ Artículo 351 del Código Procesal Penal: *Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados (inciso primero). Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, estas no pudieren estimarse como un solo delito, aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos (inciso segundo). Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena mayor (inciso tercero). Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico (inciso final).*

³¹⁰ MORALES, E. (2011), op. cit., p. 208.

actualmente vigente, y que en el sistema antiguo permitía la procedencia del abono en causa diversa, al tomarse en consideración en el cómputo de la pena la detención o prisión preventiva sufrida por el reo en cualquiera de las causas objeto de acumulación (real o potencial), junto a aquella en que se ha instruido al reo por el hecho que ha motivado la imposición de la pena respectiva. Así lo disponía el artículo 503 del Código de Procedimiento Penal a partir de 1989, mediante una modificación que vino a consagrar una praxis jurisprudencial, existente desde mucho antes, según se analizó detalladamente en el primer capítulo (subcapítulo 2º, apartado 1º).

Como advierte Hernández, pareciera ser que la Corte Suprema sigue razonando como si aún existiera este precepto (y con ello, la acumulación de procesos), perviviendo en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales³¹¹, entendiendo así que la consideración a penas impuestas en procesos anteriores debe comprender también las privaciones de libertad que la antecedieron durante el proceso en que se han dictado. Esta solución de por sí se aleja del solo tenor del artículo 164, que a diferencia de la figura de la acumulación, sólo ordena considerar sentencias y no procesos (y mucho menos, las medidas cautelares personales decretadas durante su substanciación), para fines sumamente estrictos.

Así las cosas, defender la tesis de la Corte Suprema supone, como sostiene Oliver, reconocer a la “unificación” de penas un campo de aplicación incompatible con el fundamento de la figura del abono heterogéneo³¹². A ello podemos agregar que, de haberse consagrado una efectiva unificación de penas en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, este precepto sólo resultaría aplicable al supuesto en que los diversos procesos seguidos contra un mismo sujeto han culminado en una sentencia condenatoria, impidiendo así el cómputo de las privaciones de libertad ordenadas en procesos que han culminado con la absolución o sobreseimiento definitivo del imputado. También se excluirían aquellas privaciones de libertad sufridas en procesos iniciados por hechos que no pudieron haberse juzgado conjuntamente con aquel que ha motivado la pena cuya extensión pretende abonarse, de conformidad a los

³¹¹ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 8.

³¹² OLIVER CALDERÓN, G. (2012), op. cit., p. 259.

artículos 74 del Código Penal, y 351 del Código Procesal Penal, lo que resulta inadmisibile para quienes defienden la procedencia del abono en causa diversa en términos amplios³¹³.

En síntesis, creemos que el empleo del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, tanto exclusivo como complementario con otras normas, para efectos de defender la procedencia del abono impropio en el ordenamiento jurídico nacional, debe ser plenamente descartado.

4.2.2. Relevancia del artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal

En segundo lugar, dentro de los argumentos ofrecidos por los defensores de la procedencia del abono en causa diversa, nos ha llamado la atención aquel según el cual el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal, permitió la consagración de la figura de manera amplia en nuestro país, superando el criterio restringido empleado por el antiguo artículo 503 del Código Procedimiento Penal, en virtud de la amplitud de sus términos, en los que no se distingue entre medidas cautelares personales privativas de libertad sufridas en el mismo proceso en que se expidió condena, y las sufridas en causa diversa por parte del mismo condenado. Sería gracias a este precepto que el legislador se ha divorciado de un criterio restrictivo, dando lugar a la incuestionable operatividad del abono en causa diversa, respecto a toda privación de libertad sufrida. Así lo ha sostenido Hernández Basualto³¹⁴.

Siendo incuestionable la amplitud de su tenor, creemos que la incorporación del artículo 348, en el contexto de la Reforma Procesal Penal, estuvo lejos de generar dicho efecto expansivo por sí mismo, al tratarse de un precepto que no es más que un complemento, un correlato procesal que asegura la operatividad preceptiva del artículo 26 del Código Penal, especifica la clase de penas a las que resulta aplicable el abono, las medidas cautelares que autorizan su procedencia, y determina la modalidad de cómputo. Pero en cuanto al origen procesal de dichas medidas, nada se dice, limitándose a prescribir la fijación del tiempo de detención, prisión preventiva y arresto domiciliario que *deberá servir* de abono para el cumplimiento de la pena impuesta.

³¹³ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., pp. 7-8.

³¹⁴ *Ibíd.*, p. 6.

Ante la duda, podría sostenerse que, al no contemplar las exigencias del antiguo sistema, y al no abordar distinciones respecto de los procesos en que se han originado las medidas cautelares personales que *deberán servir* para el descuento, el legislador del año 2000 pretendió consagrar la figura del abono en causa diversa sin restricciones, ya que pensar lo contrario implica sostener que el nuevo código restringió el abono a las privaciones de libertad decretadas en la misma causa en que se ha condenado al que las padeció, lo que representaría un retroceso inadmisibles a la luz de los nuevos principios de la Reforma Procesal Penal, como la elevación de los estándares de garantía y la restricción de las privaciones de libertad durante el proceso³¹⁵. La réplica parece bastante sencilla, pero no concluyente: no regulándose expresamente el abono en causa diversa en dicho precepto, ha quedado de manifiesto la voluntad del legislador de suprimirla, o al menos una omisión asimilable al olvido de los redactores del código, en orden a regular una figura ya reconocida por el antiguo sistema.

La lectura de la historia fidedigna del precepto sólo ofrece más dudas que certezas: si bien se menciona el artículo 503 del antiguo como fuente del artículo 348 del Código Procesal Penal, no consta mención, propuesta ni discusión alguna respecto al origen de las medidas cautelares personales que *deberán servir* de abono para el cumplimiento de las penas³¹⁶.

En vista de lo anterior, la redacción del artículo 348 del Código Procesal Penal, más que consagrar por sí mismo el abono heterogéneo en el nuevo sistema, vino a reproducir las dudas ofrecidas históricamente por el artículo 26 del Código Penal, ya que al igual que éste, regula la institución del abono de medidas cautelares a la pena de manera amplia, ofreciendo respuestas empatadas desde ambas posturas, si es que nos circunscribimos al solo elemento gramatical de interpretación de dichas normas (“el abono en causa diversa no se encuentra expresamente regulado, por lo que no es procedente”, versus “al no estar expresamente prohibido, y al no exigirse expresamente unidad procesal entre medida cautelar y pena, se entiende que la norma lo contempla”).

Es por esto que la relevancia del artículo 348 del Código Procesal Penal ha sido, a nuestro juicio, exagerada por algunos defensores del abono en causa diversa. Al no especificar

³¹⁵ *Ibíd.*, p. 8.

³¹⁶ Historia de la ley N° 19.966. Establece Código Procesal Penal [en línea]. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 12 de octubre de 2000. Disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf [2017, 18 de octubre].

el origen que deben tener las privaciones de libertad que hacen operativo el abono, sólo nos resulta clara la voluntad del legislador de remitirse a normas de derecho sustantivo, reguladoras de la materia. Con la exclusión del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales por las razones ya expuestas, dicho rol sólo es cumplido por el artículo 26 del Código Penal, por lo que la discusión debe centrarse en este precepto. La interpretación de sus términos es la que, en definitiva, nos permitirá especificar la amplitud de privaciones de libertad-aprehensiones que *deberán servir* de abono para el cumplimiento de una pena temporal, divisible y privativa de libertad.

4.2.3. Artículo 26 del Código Penal y su interpretación a la luz de un espíritu humanitario y libertario del legislador

En tercer lugar, dentro de las numerosas argumentaciones esgrimidas para interpretar el artículo 26 del Código Penal en términos amplios, el profesor Hernández Basualto trae a colación el “carácter liberal y humanitario” de esta norma³¹⁷, propio del movimiento iluminista y codificador en que se inserta su origen, que tiene sus raíces en las reflexiones de autores como Beccaria. Es dicho espíritu el que induce a Hernández sostener que la amplitud del artículo 26 pone de manifiesto “la preocupación del legislador nacional por evitar y reparar privaciones de libertad ‘gratuitas’”³¹⁸.

Un análisis más pormenorizado de las repercusiones del movimiento iluminista en las legislaciones propias del Antiguo Régimen, de las ideas matrices incorporadas en el Mensaje del código chileno de 1874, y de la historia fidedigna de su establecimiento, permiten descartar la invocación de un espíritu libertario como elemento suficiente para sostener que el legislador decimonónico prescribió la reparación del reo, ante privaciones de libertad padecidas en distintos procesos.

En primer lugar, nada se dice en defensa de una proscripción o evitación de privaciones de libertad “gratuitas” sufridas durante la tramitación de un proceso, en la literatura penal iluminista. Muy por el contrario, el nuevo paradigma de enjuiciamiento penal

³¹⁷ HERNÁNDEZ, H. (2009), op. cit., p. 3.

³¹⁸ *Ibíd.*, pp. 3-4.

de fines del siglo XVIII, lejos de excluir la procedencia del “arresto” del reo tenido por inocente, lo admitió en la medida que se decretara en casos de extrema necesidad, en miras al aseguramiento de su persona³¹⁹. El mismo Beccaria (precisamente, el autor mencionado por Hernández) señalaba que la ley deberá determinar “los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo, que lo sometan a un examen o a una pena. La fama pública, la fuga, las amenazas, la confesión extrajudicial, la de un compañero de delito, las amenazas y la constante enemistad del ofendido, el cuerpo del delito y otros indicios similares, son pruebas suficientes para capturar a un ciudadano”³²⁰. Esta reflexión es consonante con el artículo 9º de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, al disponer lo siguiente: “Todo hombre ha de ser tenido por inocente hasta que haya sido declarado culpable, y *si se juzga indispensable detenerle*, todo rigor que no fuere necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”³²¹.

De esta forma, el pensamiento humanitario dieciochesco debe ser debidamente contextualizado para vislumbrar sus reales alcances en legislaciones como la chilena. Por lo general, no se trata de un pensamiento que aboga por la plena indemnidad de los ciudadanos ante el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado. Su cualidad de “humanitario” se percibe más bien en su pronunciamiento sobre el derecho penal del Antiguo Régimen, caracterizado por el rigor e inhumanidad de las penas, el empleo de la tortura como medio para obtener la confesión de los reos, y la existencia de la pena de muerte³²². A lo que podemos añadir la emprendida defensa de principios como la legalidad de las penas, su proporcionalidad con los delitos y su igualitarismo, el respeto por la presunción de inocencia, el rechazo de acusaciones y pruebas secretas, la participación de los ciudadanos en la elaboración de las leyes y en las decisiones de justicia, principalmente³²³.

Nada se dice, en cambio, del particular supuesto en que el que ha sido condenado por un delito pretende ser compensado en la extensión de la pena, a título de privaciones de

³¹⁹ DEI VECCHI, D. (2013). “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 26(2), 189-217, p. 193.

³²⁰ BECCARIA, C. (2014). *De los delitos y las penas: edición 250 años*. (Trad. de S. Sentis y M. Ayerra) (4ª ed.). Medellín - Colombia: Nuevo Foro, pp. 93-96.

³²¹ (Las cursivas son nuestras). Citado en DEI VECCHI, D. (2013), op. cit., p. 193.

³²² POLITOF, S., MATUS, J. P. & RAMÍREZ, M. C. (2004), op. cit., p. 24.

³²³ AGULEDO, N. (2014). “Estudio preliminar. La actualidad del pensamiento de Beccaria”. En BECCARIA, C. (2014), op. cit., pp. 30-38.

libertad sufridas en una causa distinta de aquella en que se ha dictado la condena. Este silencio también está presente en el Mensaje del Código chileno y en la historia fidedigna del establecimiento de su artículo 26: la lectura de las actas de la Comisión Redactora nada dicen al respecto, ya que el precepto fue incorporado y aprobado sin discusión³²⁴.

En conclusión, las premisas del espíritu humanitario en que se inspiró el Código Penal, si bien no lo excluyen expresamente, tampoco son suficientes para justificar el abono en causa diversa, por la vía de evitación de privaciones de libertad “gratuitas”. Bien anota Carvajal que el legislador de 1874, pese a que apunta a superar la crueldad, arbitrariedad e incertidumbre de las penas, por otra parte “no tiene reparos en subyugar al individuo frente a los intereses estatales asociados a la pena, sin siquiera la posibilidad de ser morigerada por la reparación al penado, solo dejando a salvo los límites políticos al ejercicio del *ius puniendi*, aplicados pocos años antes de su entrada en vigor frente a la crueldad de las reacciones penales”³²⁵.

4.3. Revisión de argumentos que justifican la improcedencia del abono en causa diversa

Ya descartadas algunas argumentaciones invocadas para justificar la procedencia del abono impropio, a continuación nos haremos cargo críticamente de aquellas que la deniegan, por la inaplicabilidad del artículo 26 del Código Penal respecto de la aprehensión que ha padecido el imputado en un proceso distinto de aquel en que fue condenado, y que culminó con su absolución o en el sobreseimiento definitivo, o en su condena a una pena temporal que se ha cumplido en exceso por aplicación del abono propio, por cuanto la privación cautelar que la ha antecedido ha tenido una duración superior a la extensión de la pena finalmente impuesta.

En definitiva, y según hemos concluido en el subcapítulo anterior, el pronunciamiento sobre la procedencia del abono en causa diversa en nuestro ordenamiento jurídico demanda

³²⁴ Código Penal de la República de Chile; Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno; Proyecto de Código Penal chileno [Ed. facsimilar]. Santiago de Chile: Imprenta de la República (Grandes textos jurídicos chilenos del siglo XIX). 1873.

³²⁵ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., pp. 47-48.

previamente determinar el verdadero sentido y alcance del artículo 26 del Código Penal. Vale decir, si la voz “aprehensión” contenida en su tenor, comprende sólo a las privaciones de libertad sufridas por el imputado en la misma causa en que ha sido condenado, o también comprende a las sufridas en un proceso distinto.

Como hemos sostenido, la discusión planteada no debe limitarse al solo tenor literal para desentrañar el alcance de la norma, por cuanto arroja argumentaciones igualmente insatisfactorias para ambas posturas; mientras que la interpretación desde el punto de vista de la historia fidedigna de su establecimiento, es prácticamente inaplicable, dada la ausencia de todo debate que haya antecedido a la incorporación de este precepto, entre sus redactores.

Así lo entiende acertadamente el principal autor detractor de la procedencia del abono en causa diversa en nuestro ordenamiento jurídico, el profesor Salas Astrain, quien lejos de sostener que la figura no es procedente al no estar expresamente regulada, se encarga de desentrañar el verdadero fundamento del abono de las medidas cautelares a la pena, a partir de su correspondencia con principios generales, como la presunción de inocencia, la naturaleza meramente cautelar de la prisión preventiva, el principio de culpabilidad y la finalidad retribucionista de la pena.

Analizaremos críticamente dichos planteamientos.

4.3.1. Artículo 26 del Código Penal como manifestación del principio vicarial

Como ya se expuso en el segundo capítulo, para el profesor Salas el artículo 26 del Código Penal sólo se justifica por el *principio vicarial*, que permite la deducción de un quantum de la extensión de la pena impuesta, en la medida que el hecho delictivo que ha motivado su dictación, sea el mismo que ha motivado la procedencia previa de una prisión preventiva. Dicha deducción, por tanto, sólo procederá cuando se dicte sentencia condenatoria fundada en su culpabilidad en la comisión del hecho delictivo, la cual vendría a desvanecer el principio de inocencia bajo el cual se encontraba amparado el imputado durante el devenir del proceso, y que salvaguardaba la naturaleza meramente cautelar de la prisión preventiva a la cual ha sido sometido. Con tal desvanecimiento el imputado, previamente mirado como

inocente, pasará a ser considerado culpable desde su aprehensión, ya que la sentencia condenatoria ejercerá una suerte de efecto retroactivo, por medio del cual se entiende que la restricción de las garantías individuales, padecida durante el devenir del proceso, ha de ser reputada como pena en virtud de su asimilación, en los hechos, a la pena privativa de libertad finalmente impuesta. Y es esta transformación retroactiva de la medida en pena la que permite, en términos obligatorios para el juez, imputar su extensión en la pena impuesta en la sentencia que produce dicho efecto. Es éste, y no otro, el efecto que estaría previsto en el artículo 26 del Código Penal, que constituye una concreción del principio de proporcionalidad en sentido amplio, y del axioma *ne bis in ídem* (capítulo II, subcapítulo 3º, apartado 4º).

Semejante planteamiento, que sólo permitiría justificar la procedencia del abono propio u homogéneo, tiene como base una separación absoluta entre pena privativa de libertad y prisión preventiva, la medida cautelar personal que más se le asimila, pues no obstante su idéntico contenido –ambas privan de libertad a una persona en un recinto penitenciario–, no es posible asimilarlas³²⁶. Eso nos conduciría a calificar la prisión preventiva como una pena anticipada, esto es, una pena previa a la declaración de culpabilidad del imputado, que sólo puede darse con la dictación de la sentencia condenatoria y fundarse en el mérito de la prueba rendida en el proceso, cuando la convicción del tribunal sobre la culpabilidad ha sobrepasado el estándar “más allá de toda duda razonable”, como lo exige el artículo 340 del Código Procesal Penal. Por el contrario, de reconocerse al juez la facultad de decretar “penas” previas a la sentencia condenatoria, o de estimarse que medidas cautelares como la prisión preventiva son constitutivas de una pena anticipada, se está desconociendo el artículo 20 del Código Penal, que dispone que *no se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos, o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales*. Dicho precepto es plenamente armónico con la presunción de inocencia (artículo 4º del Código Procesal Penal), principio del que se derivan determinadas exigencias, siendo una de éstas el trato de inocente que debe recibir el imputado mientras no sea condenado mediante una sentencia ejecutoriada; lo que no se cumple cuando se le impone por anticipado las

³²⁶ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 37.

consecuencias propias de la sentencia condenatoria³²⁷. A tal vertiente del principio se le ha denominado presunción de inocencia como regla de trato³²⁸.

Para conciliar tal imperativo con la paradoja que implica privar de libertad, a través de la prisión preventiva, a quien debe ser tratado como inocente, la mayoría de la doctrina procesal penal ha optado por asegurar la coexistencia entre esta medida y la presunción de inocencia, condicionada por los fines que deben justificar la procedencia de aquella en conformidad a la ley (tesis compatibilista). Pues como ha sostenido Javier Llobet, “la presunción de inocencia no significa la prohibición de que se ordene la prisión preventiva, pero debe reconocerse que ejerce influencia sobre la regulación de ésta”³²⁹. Se ha concluido así que la presunción de inocencia sería respetada en la misma medida en que la prisión preventiva estuviese fundada en el cumplimiento de finalidades distintas de aquellas perseguidas por la pena, esto es, finalidades de carácter estrictamente procesal³³⁰. Es lo que el profesor Dei Vecchi ha denominado “concepción cautelar de la prisión preventiva”³³¹, mediante la cual se ha pretendido subordinar su aplicación a ciertas condiciones normativas, inspiradas en la noción de *medida cautelar* propia del derecho procesal civil, y en las circunstancias fácticas que la hacen operativa (*fumus bonis iuris* y *periculum in mora*); debiendo compartir, además, los caracteres de toda medida cautelar, como la instrumentalidad, excepcionalidad, legalidad y jurisdiccionalidad³³².

Como resume el mismo autor, las condiciones normativas que la concepción cautelar de la prisión preventiva exige para autorizar su aplicación, son: el *fumus commissi delicti* (correlativa al *fumus bonis iuris* en materia procesal civil), vale decir, la existencia de un determinado caudal probatorio en favor de la hipótesis acusatoria (comisión de un delito, y la participación del imputado en él); la *periculum libertatis* (correlativa al *periculum in mora*), o probabilidad de frustración de los fines del proceso como contrafáctico del estado de libertad

³²⁷ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 82.

³²⁸ FERRER BELTRÁN, J. (2012). “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 4(1), 1-26, p. 8.

³²⁹ LLOBET, J. (2009). “La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, (24), 114-148, p. 127.

³³⁰ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., pp. 391-392.

³³¹ DEI VECCHI, D. (2013), op. cit., p. 189.

³³² *Ibíd.*, p. 197.

del acusado, y que se aprecia en circunstancias como el peligro de que el acusado ejecute una acción que frustre dichos fines en el caso de ser dejado en libertad, y; el hecho de ser la prisión preventiva condición necesaria de la neutralización procesal, esto es, que la prisión debe ser imprescindible para asegurar de los fines procesales³³³.

A simple vista, tal concepción cautelar, cuyo germen puede situarse en el cambio de paradigma del sistema de enjuiciamiento penal de fines del siglo XVIII³³⁴, es la que ha inspirado la regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal chileno, que al regularla como una medida cautelar personal limita su aplicación a aquellos casos y a las formas señalados por la Constitución y las leyes (artículo 5°), sólo cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento y en la medida que subsistiere la necesidad de su aplicación (artículo 122), y sólo cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades referidas, la seguridad del ofendido o de la sociedad (artículo 139, inciso segundo).

Es ésta la concepción por medio de la cual buena parte de la doctrina se ha esforzado por conciliar la prisión preventiva con la presunción de inocencia. Ya no podrá privarse de libertad al imputado por considerársele culpable antes de la dictación de la sentencia condenatoria, sino sólo por finalidades distintas de la pena, estrictamente procesales, de manera excepcional, y sólo en casos en que su aplicación sea indispensable para asegurar tales fines, debiendo cesar cuando ha dejado de subsistir la necesidad de aplicación. A partir de ello, el profesor Valenzuela, junto con coincidir en que es posible concebir la relación entre prisión preventiva y la presunción de inocencia bajo una tesis compatibilista en que se niega el espacio de tensión entre ambas instituciones³³⁵, termina por separar la lógica de la pena (fundada en un juicio retrospectivo, al constituir retribución por el daño causado por una conducta defectuosa) de la lógica de la prisión preventiva como medida cautelar (fundada en un juicio prospectivo)³³⁶. Este “divorcio” entre instituciones es el que permite a Salas sostener que la prisión preventiva padecida en una causa que ha culminado en absolución o sobreseimiento definitivo, es un componente no abonable a la extensión de la pena impuesta al

³³³ *Ibíd.*, p. 198.

³³⁴ *Ibíd.*, p. 192. Cabe recordar que uno de los primeros defensores de tal concepción es Beccaria, al defender la procedencia de la custodia del reo cuando así lo obliga la necesidad, y existan pruebas suficientes para ello.

³³⁵ VALENZUELA, J. (2011), *op. cit.*, p. 61.

³³⁶ *Ibíd.*, pp. 62-66.

mismo imputado por un hecho distinto³³⁷. Dicha separación sólo puede desvanecerse con la sentencia condenatoria posterior, respecto a los mismos hechos que han motivado la prisión preventiva, en virtud del principio vicarial.

No obstante la innegable consistencia interna de esta postura, y su esfuerzo por armonizar principios tanto del orden penal como procesal penal, discrepamos tanto de sus principales premisas como de sus conclusiones, por cuanto desconoce que el mismo ordenamiento jurídico reconoce una relación de continuidad, un correlato entre la medida cautelar personal y la pena privativa de libertad, más allá de la diversidad de finalidades que justificarían la existencia de una y otra institución, siendo éste el verdadero fundamento de la institución del abono de medidas cautelares a la pena en el derecho nacional vigente. Esto resulta particularmente palpable en el caso de la prisión preventiva.

Una cosa es que prisión preventiva y pena sean instituciones procesalmente separadas, dotadas de lógicas y fines diversos, y reguladas por preceptos legales también diversos. Pero otra muy distinta es que el ordenamiento jurídico no reconozca ciertos elementos comunes, como efectivamente ocurre en el caso de la legislación nacional, y que vienen a constituir una relación de continuidad entre ambas figuras. Ésta es calificada por el profesor Mañalich como una “continuidad latente” que atraviesa toda forma de encierro carcelario, por debajo de toda diferenciación nominal entre pena y medida cautelar³³⁸. A nuestro juicio, ésta sobrepasa todo intento legal y doctrinario por mantener a raya la prohibición de imponer, o concebir la prisión preventiva existente durante el proceso como una pena anticipada, en conformidad a las exigencias de la presunción de inocencia como regla de trato, pues no sólo dice relación con la identidad de contenido entre una y otra: la continuidad también se encuentra presente en sus finalidades y en la manera en que la existencia de la prisión preventiva decretada durante el proceso repercute en la pena finalmente impuesta.

Desde luego, también podrá advertirse que tal continuidad, dada por la cercanía de la prisión preventiva a la pena, no se sujeta a la existencia de ésta mediante la ejecutoriedad de una sentencia condenatoria. Aunque el proceso en que el imputado permaneció privado de

³³⁷ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., pp. 138-139.

³³⁸ MAÑALICH, J. P. (2011). “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”. *Revista de Criminología e Ciências Penitenciárias*, (2), 1-30, p. 21.

libertad por haberse decretado prisión preventiva, haya culminado con su absolución o sobreseimiento definitivo, el correlato *per se* de esta medida con la pena no desaparece.

Para arribar a tales conclusiones resulta útil la revisión de la literatura de algunos autores que han pretendido problematizar la, aparentemente pacífica, compatibilidad de la prisión preventiva con la presunción de inocencia como regla de trato. En los párrafos que siguen se advertirá cómo dicho ejercicio de problematización ha dificultado el intento de conciliar la coexistencia de ambas instituciones, aun entre los autores que han defendido la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, dando lugar a lo que Perfecto Ibáñez ha calificado como un sentimiento de “malestar”, en su intento por compatibilizar la prisión provisional con la presunción de inocencia³³⁹. Finalmente, y en miras a las objeciones doctrinarias, analizaremos la manera en que la legislación chilena, tanto procesal como sustantiva, aborda dicho intento de compatibilización, para concluir que el dilema que supone la coexistencia entre ambos no logra ser superado.

Dentro de los autores críticos de la existencia de la prisión preventiva, por su inconsistencia con la presunción de inocencia como regla de trato, Luigi Ferrajoli es el que más se ha esmerado en insistir en su ilegitimidad, en su obra *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*³⁴⁰. Arriba a tal conclusión después de analizar los alcances de la presunción de inocencia, calificándola como una garantía de *libertad, verdad y de defensa social*, ofrecida por el estado de derecho a los ciudadanos, y expresada en la confianza de estos en la justicia, y en una específica “defensa” que se les ofrece frente al arbitrio punitivo³⁴¹. Es gracias a la presunción de inocencia que es la culpa, y no la inocencia del imputado, lo que debe ser probado, siendo su prueba el objeto del juicio. Es así como la presunción consiste en una consagración del principio de jurisdiccionalidad, en virtud del cual no puede existir culpa sin juicio, y no puede existir juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación³⁴².

³³⁹ IBÁÑEZ, P. A. (1997). “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, (13), 5-18, p. 11.

³⁴⁰ FERRAJOLI, L. (1997), op. cit.

³⁴¹ *Ibíd.*, p. 549.

³⁴² *Ibíd.*

Tal manera de concebir la presunción de inocencia es la que conduce a Ferrajoli a sostener la absoluta ilegitimidad de la prisión preventiva, a partir de las reflexiones de Vincenzo Manzini:

Y, en fin, ¿de qué inocencia se trata? (...) Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no se abole la prisión preventiva?³⁴³

Frente a esta provocación, Ferrajoli responde en los siguientes términos:

Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales... Y más que preguntarse si de verdad algún fin puede justificar el medio, se ha ido en busca de fines que de cualquier manera lo justifiquen, como si el medio fuera un fenómeno natural, que no precisa justificarse, sino tan sólo ser explicado y a lo sumo delimitado³⁴⁴.

Resultando así contraria a la presunción de inocencia, también es innegable que la prisión preventiva contradice la jurisdiccionalidad. Sostener que no constituye pena, sino una medida cautelar, procesal o en todo caso no penal, es un fraude de etiquetas³⁴⁵. Y así se advierte en la justificación de las “necesidades” que vendrían a satisfacerse con su dictación. A modo de ejemplo, las finalidades de prevención y de defensa social, al suponer la presunta peligrosidad del imputado, son manifiestamente incompatibles con la presunción de inocencia³⁴⁶. Lo mismo ocurre con su necesidad frente al peligro de alteración de las pruebas y con el caso de peligro de fuga del imputado, pues si bien ambas causales son estrictamente procesales y cautelares, no por ello la prisión preventiva que las satisface resulta fundada y proporcionada al sacrificio impuesto para satisfacerlas.

En el primer supuesto, ésta puede resultar abiertamente innecesaria, por cuanto diligencias como el interrogatorio del imputado, pueden obtenerse mediante medidas que

³⁴³ Citado en *ibíd.*, p. 555.

³⁴⁴ *Ibíd.*

³⁴⁵ *Ibíd.*, p. 556.

³⁴⁶ *Ibíd.*

restrinjan su libertad de forma más breve, como su traslado coactivo ante el juez para ser interrogado en una audiencia preliminar o un incidente probatorio, transcurrido el cual su prisión pierde toda justificación³⁴⁷. En el caso de peligro de fuga, Ferrajoli advierte del temor que puede motivar al imputado a fugarse, y que puede centrarse en la prisión preventiva misma, más que en la pena³⁴⁸; vale decir, es un temor al rigor extremo del procedimiento criminal y no a la declaración de su culpabilidad, por lo que dicho peligro de fuga puede desaparecer en caso de no existir la prisión preventiva. Asimismo, resulta difícil suponer la existencia de una fuga definitiva en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, pudiendo bastar con una mayor vigilancia del imputado, como medio disuasorio.

Así las cosas, el peligro de fuga no parece ser un gran peligro y no permite justificar una violación tan grave y perturbadora de todas las garantías penales y procesales, como es la *pena anticipada sin juicio*³⁴⁹.

Semejantes denuncias son también esgrimidas por Perfecto Ibáñez, al pronunciarse sobre el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal de que estaría revestida la prisión provisional, y su aparente rol secundario. Frente a ello constata que, en la práctica de la generalidad de países, es una institución que, junto con ocupar un lugar privilegiado en la economía real del sistema penal, “desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata”³⁵⁰. Además, su rol privilegiado en el sistema procesal la ha hecho una institución problemática, especialmente en países que se han dotado de una disciplina constitucional del proceso penal “que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia”³⁵¹.

Concebida como una regla de tratamiento, este principio exige que el imputado debe ser tratado *como si* fuera inocente ya que, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha

³⁴⁷ *Ibíd.*, p. 557.

³⁴⁸ *Ibíd.*, p. 558.

³⁴⁹ *Ibíd.*, p. 559.

³⁵⁰ IBÁÑEZ, P. A. (1997), *op. cit.*, p. 5.

³⁵¹ *Ibidem*.

sido declarada en la sentencia, y podría no llegar a declararse, prevaleciendo en definitiva la inocencia³⁵². Esto ha inducido a dotar a la prisión provisional de una justificación de índole meramente procesal, en el pensamiento liberal decimonónico, por parte de los autores con matices diferenciales, “pero siempre con un tinte de claro malestar de fondo en sus manifestaciones al respecto”³⁵³. Así queda expuesto por Carrara quien, en una de sus obras, subordinó la procedencia de la prisión provisional a “necesidades del procedimiento”, para posteriormente reconocer que la prisión provisional constituía una “injusticia necesaria”, en un trabajo paradójicamente titulado *Inmoralidad del encarcelamiento preventivo*³⁵⁴.

Inicia Ibáñez su propio tratamiento crítico de la prisión provisional, abordando los planteamientos de quienes la asocian a fines de prevención especial, relativos a una ya acreditada peligrosidad específica del imputado que justificaría la medida, con el fin de evitar la realización de *otros* delitos por su parte, o de desempeñar una función ejemplarizadora. Tales propósitos lo llevan a sostener que el solo efecto que se busca por medio de dicha privación preventiva de libertad, “parte explícitamente de la presuposición de que el imputado podría *reincidir* en el delito cuya realización ya se le atribuye sin ambages”³⁵⁵. También resulta problemática su justificación en el aseguramiento de la eventual condena del imputado, ya que en tal caso una medida de esa índole tendría más sentido ante una presunción de no culpabilidad, en cuyo caso quedaría cierto espacio para la adopción de una medida cautelar asociada a la eventualidad de una condena³⁵⁶; a contrario sensu, ello resulta problemático cuando lo que se presume es su inocencia y más aún cuando se consagra una “presunción de inocencia verdadera y propia”³⁵⁷.

Lo anterior, sumado a las reflexiones de Ferrajoli en torno a la inconsistencia lógica y técnico jurídico de los argumentos habitualmente empleados para la justificación y análisis de la prisión provisional³⁵⁸, conduce a Ibáñez a calificarla como un instituto “contaminado” y “contaminante” de ilegitimidad frente a la presunción de inocencia, respecto de la cual no

³⁵² *Ibíd.*, p. 7.

³⁵³ *Ibíd.*

³⁵⁴ *Ibíd.*, p. 8.

³⁵⁵ *Ibíd.*, p. 9.

³⁵⁶ *Ibíd.*, p. 11.

³⁵⁷ *Ibíd.*

³⁵⁸ *Ibíd.*

existen prácticas limpias, “pues del principio al fin, la prisión provisional es siempre y ya definitivamente pena. Y es, precisamente, anticipando *de iure* y *de facto* ese momento punitivo como cumple el fin institucional que tiene objetivamente asignado”³⁵⁹.

Sin pretender reclamar la absoluta ilegitimidad de la prisión preventiva a la luz de la presunción de inocencia, hemos traído a colación las denuncias de estos autores como una consideración provocativa, con el fin de poner de manifiesto que la naturaleza meramente cautelar de la prisión preventiva, y su coexistencia con la presunción de inocencia, dista mucho de ser un asunto pacífico y zanjado.

También lejano a defender la abolición de la prisión preventiva, pero sin dejar de criticar los planteamientos de la tesis compatibilista, el profesor Jordi Ferrer se ha pronunciado sobre el dilema entre prisión preventiva y presunción de inocencia, en su intento por sostener la irrelevancia de buena parte de las facetas que se le atribuyen a este principio por parte de la jurisprudencia y doctrina española³⁶⁰. Una de éstas es, precisamente, la presunción de inocencia como regla de trato, que exige tratar al imputado como si fuera inocente hasta que recaiga sentencia que declare su culpabilidad. Vale decir, a no someterlo “a ningún trato ni tomar ninguna resolución en el marco del proceso que suponga la anticipación de su culpabilidad y, en consecuencia, de la pena”³⁶¹. Esta regla tiene como principal problema, advierte Ferrer, su compatibilidad con las medidas cautelares en el marco del proceso penal³⁶², y en especial con la prisión preventiva, la cual analiza en cada uno de sus supuestos más habituales, con el fin de corroborar si conllevan el trato de inocente de quien es sometido a ésta.

En el supuesto de *peligro de reincidencia*, “resulta altamente difícil, por no decir conceptualmente imposible, sostener la argumentación de que el imputado es tratado como si fuera inocente y, a la vez, que es sometido a la prisión preventiva para evitar que *reincida* en la comisión del delito. Evidentemente, para reincidir hay que haber incidido ya en él, que es justo lo que la presunción de inocencia obliga a presumir que no se ha hecho”³⁶³. En cuanto al

³⁵⁹ *Ibíd.*, p. 17.

³⁶⁰ FERRER BELTRÁN, J. (2012), *op. cit.*, p. 23.

³⁶¹ *Ibíd.*, p. 8.

³⁶² *Ibíd.*, p. 9.

³⁶³ *Ibíd.*, p. 10.

caso de *aseguramiento de las pruebas*, si bien es el más dudoso, para Ferrer es igual de problemático, ya que en general “el argumento presupone precisamente lo que la presunción de inocencia proscribire: que [el imputado] es el autor del delito y, por ello, hará lo posible para evitar que esa circunstancia pueda probarse en el proceso. Respecto del *peligro de fuga*, basta con decir que el inocente no se *fuga*, sino que *viaja*”³⁶⁴. Dicho esto, más que intentar conciliar la prisión preventiva con la presunción de inocencia como regla de tratamiento, Ferrer concluye que la situación sería mejor descrita si se reconociera que, en todos los casos analizados, este principio resulta vencido por más fuertes argumentos³⁶⁵.

Aún más, los cuestionamientos a la compatibilidad o plena consistencia de la prisión preventiva con la presunción de inocencia no sólo provienen de los autores que han planteado posturas calificadas como “extremas” como las de Manzini y Ferrajoli, sino también de quienes, paradójicamente, la han justificado y que han debido afrontar la difícil tarea de justificar su procedencia frente a las exigencias de la presunción de inocencia como regla de trato, o se han resignado a reconocer que, en ciertos casos, la prisión preventiva excede los límites tolerables en un sistema que *debe* tratar a los imputados como inocentes, pasando a constituir una “injusticia necesaria”, en palabras de Carrara.

Aun cuando sea paradójico traerlo a colación, la naturaleza meramente asegurativa de la prisión preventiva aparece implícitamente cuestionada desde sus orígenes, por el propio Beccaria, al reconocer que “*la prisión es una pena que necesariamente debe preceder, a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito; pero ese carácter diferencial no le quita el otro esencial, a saber, que sólo la ley determine los casos en que un hombre es digno de pena*”³⁶⁶. Mañalich atribuye esta reflexión a la “sinceridad”³⁶⁷ de Beccaria, por medio de la cual explícitamente se está definiendo la prisión como “pena anticipada” por razones de necesidad (preventiva), dejando al mismo tiempo “constancia expresa de su carácter sui generis a ese mismo respecto”³⁶⁸. Es un reconocimiento que proviene, nada menos, que de uno

³⁶⁴ *Ibíd.* En este último supuesto, el autor hace eco de las reflexiones de Ferrajoli, en el sentido de que la prisión preventiva misma podría motivar al imputado a huir.

³⁶⁵ *Ibíd.*, p. 11.

³⁶⁶ (Las cursivas son nuestras). BECCARIA, C. (2014), op. cit., p. 93.

³⁶⁷ MAÑALICH, J. P. (2011), op. cit., p. 21.

³⁶⁸ *Ibíd.*, p. 20.

de los promotores iniciales de la presunción de inocencia y de la concepción cautelar de la prisión preventiva, en el contexto del cambio de paradigma de enjuiciamiento criminal.

En lo sucesivo, los cuestionamientos también provienen de autores compatibilistas en su intento por precisar qué finalidades legitiman la procedencia de la prisión preventiva, a fin de evitar que ésta devenga en una pena anticipada, por lo que cada vez que persiga finalidades distintas a las que estos defienden como legítimas tampoco se está respetando plenamente la presunción de inocencia. Es así como, tanto la doctrina alemana como la latinoamericana, en general, han excluido de la prisión preventiva fines de prevención general y especial³⁶⁹.

En cuanto a la doctrina alemana, puede mencionarse a Hassemer, quien ha sostenido que la prisión preventiva sólo debe ser jurídicamente posible “frente a aquel cuya presencia es presupuesto del procedimiento y de la ejecución (fuga y peligro de fuga) y frente a aquel que puede evitar la averiguación de la verdad (peligro de obstrucción de la investigación) (...) Dado que esta pérdida de la libertad, así entendida, es condición de la posibilidad de un procedimiento en interés jurídico, puede ser calificada de ‘sacrificio especial’”³⁷⁰. En cambio, no resulta procedente cuando a través de ella se pretende perseguir objetivos del derecho penal material. “La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de este derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación de un peligro de reiteración, la intimidación o la integración normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización sólo pueden ser ejecutados sobre una persona con respecto a la cual el derecho penal se ha asegurado de su culpabilidad en forma conforme al ordenamiento”³⁷¹. Cada vez que se pretende perseguir dichos fines, y combatir prematuramente la criminalidad, no se está respetando la presunción de inocencia³⁷².

Respecto a la doctrina latinoamericana, Llobet advierte que también se admite la prevención de fuga y de obstaculización como únicos fines de la prisión preventiva, aunque en ambos casos debe haber un peligro concreto de fuga u obstaculización, ya que en los casos en

³⁶⁹ LLOBET, J. (2009). “La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”, op. cit., p. 128.

³⁷⁰ HASSEMER, W. (2003). *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. (Trad. de P. S. Ziffer.) (2ª ed., 1º reimp.). Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 116.

³⁷¹ *Ibíd.*, p. 118.

³⁷² *Ibíd.*, p. 119.

que se instituyan “presunciones de fuga”, en base al monto de la pena prevista para el delito atribuido, es discutible que tal presunción “no contenga realmente una consideración de prevención general tras de sí”³⁷³. Otros han sostenido que la prisión preventiva solamente es admisible en la causal de peligro de fuga³⁷⁴.

Las reflexiones expuestas son sólo ejemplos de cómo, aun entre los autores que adhieren a la tesis compatibilista, no hay pleno consenso en cuanto a la determinación de los supuestos en que el ordenamiento jurídico podría privar de libertad al imputado sin infringir la presunción de inocencia. La discusión no se agota en las discrepancias expuestas en este trabajo, y lejos de permitir categórica y sensatamente que la prisión preventiva es un instituto puramente procesal -ya que *sólo* así podría coexistir pacíficamente con la presunción de inocencia como regla de trato-, más bien deja en evidencia que se trata de una institución que pende de un delgado hilo, entre los extremos abismos de la protección de fines de prevención general y/o especial, asignados históricamente a la pena.

Así las cosas, no obstante ser un punto pacífico en doctrina que la prisión preventiva no puede considerarse ni constituir en un mecanismo anticipatorio de los efectos de la eventual condena, como lo exige la presunción de inocencia, los fines del proceso que la legitiman “no siempre encuentran consenso en la misma doctrina, por una parte, y por otra es en materia de libertad y restricción vía prisión preventiva de ésta donde suelen generarse la mayor parte de los debates ciudadanos y políticos”³⁷⁵.

De lo expuesto también se sigue que el deber de no infringir el tratamiento de inocente que debe recibir el imputado, lejos de obligar sólo al juez en orden a no dictar resoluciones que supongan la declaración anticipada de su culpabilidad, también alcanzan al legislador, y la manera en que regula los presupuestos que autorizan la procedencia de la prisión preventiva. En palabras de Horvitz y López, “la forma en que los estados resuelven la *contradicción* entre

³⁷³ LLOBET, J. (2009). “La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”, op. cit., p. 128.

³⁷⁴ Es el caso de Alberto Bovino (2005). Citado en *ibídem*.

³⁷⁵ MATURANA, C. & MONTERO, R. (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo I, op. cit., p. 482.

presunción de inocencia y prisión preventiva está en directa relación con los grados de libertad individual que se reconocen en una determinada sociedad”³⁷⁶.

De esta forma, el solo calificativo de medida cautelar personal que la prisión preventiva recibe en el Código Procesal Penal chileno, y la proclamación de la presunción de inocencia como principio básico del enjuiciamiento penal (artículo 4º) no son suficientes por sí mismos. Tampoco lo es el establecimiento de exigencias generales a las que debe sujetarse su procedencia, como la legalidad (artículo 5º), instrumentalidad (artículo 122), necesidad y provisionalidad (artículos 122 y 139). Una prisión preventiva verdaderamente compatible y respetuosa de la presunción de inocencia como regla de trato en nuestra legislación –y, por tanto, verdadera y puramente cautelar ante todo evento-, debe proceder sólo y exclusivamente en casos que digan relación con el aseguramiento de los fines del proceso. Sólo así los antedichos principios generales, en los que se manifiesta la voluntad legislativa de mantener a raya la aplicación cautelar de la medida, no pasan a ser más que principios. En síntesis: que la prisión preventiva se regule como medida meramente cautelar en el Código Procesal Penal (Párrafo 4º del Título V, titulado Medidas Cautelares Personales. Libro Primero) no significa que efectivamente lo sea.

Los presupuestos que el legislador nacional regula para autorizar la procedencia de la prisión preventiva (artículo 140 del Código Procesal Penal) son los siguientes: por un lado, los relativos al *fumus commissi delicti*: *Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare* (letra a), y *que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor* (letra b); por otro lado, los concernientes al *periculum libertatis*: *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 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, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes* (letra c).

³⁷⁶ (Las cursivas son nuestras). HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 392.

A través de los presupuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 140, también existentes en la legislación procesal antigua (como requisitos del auto de procesamiento)³⁷⁷, se pretende asegurar que el tribunal sólo decrete la prisión preventiva cuando el Ministerio Público o el querellante funden su solicitud en antecedentes suficientes, tanto para justificar la existencia del *delito*, como para presumir fundadamente la participación del imputado en su comisión. Consiste en una exigencia correlativa a lo que en materia procesal civil se denomina “apariencia de buen derecho”, y exige “acreditar” la existencia de tales antecedentes³⁷⁸.

Certeramente, se ha sostenido que dicha acreditación no se rige por el estándar de convicción *más allá de toda duda razonable* respecto a la comisión del hecho punible objeto de la acusación y la participación culpable y penada por la ley del imputado, pues éste se encuentra debidamente reservado para la deliberación acerca de la inocencia o culpabilidad del acusado, una vez substanciado el juicio en que se han rendido las pruebas aportadas, valoradas y apreciadas por parte del juez (artículo 340 del Código Procesal Penal); regla que se justifica en virtud, precisamente, de la presunción de inocencia³⁷⁹. En cambio, la exigencia de aportación de antecedentes que justifican la existencia del delito, y que permiten presumir fundadamente la participación del imputado en su comisión apunta a que la prisión preventiva se decrete en casos de “sospecha de culpabilidad”, y no de “plena convicción” acerca de la misma. Teniendo clara esa distinción, se ha sostenido que el marco legal de procedencia de la prisión preventiva sigue siendo compatible con la presunción de inocencia³⁸⁰.

Sin embargo, también es de interés advertir que el solo establecimiento de la exigencia de *fumus commissi delicti*, en los términos prescritos en las letras a) y b) del artículo 140, por sí mismo da cuenta que entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad que ha de imponerse sobre la base de convicción acerca de la existencia del delito y de la culpabilidad del imputado, hay en común más que un efecto meramente práctico, consistente en despojar a una persona de su libertad ambulatoria. Si bien se ha insistido que la presunción fundada acerca de la participación en la comisión del delito (letra b) se trata más bien de un *juicio de*

³⁷⁷ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 400.

³⁷⁸ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 90.

³⁷⁹ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 81.

³⁸⁰ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 90.

*probabilidad*³⁸¹ que, junto a otras causales, legitima la privación de libertad del imputado antes del juicio, ¿acaso ello no constituye, de por sí, una imputación anticipada? Consiste en una imputación que, por lo demás, no se funda en la sospecha acerca de la ejecución de determinados actos materiales por parte del imputado: versa sobre la comisión del *delito* mismo que se está investigando (letra a), lo cual comprende, según han sostenido Horvitz y López, no sólo la existencia de antecedentes que justificaren el elemento tipicidad, sino que también la antijuridicidad y la culpabilidad³⁸². A ello también resulta pertinente agregar lo expuesto por Juan Barrios: como la sospecha de culpabilidad “tiene incidencia en el ejercicio estatal de la coerción respecto de una persona antes de que exista una condena firme, el juez está obligado a exigir la satisfacción de un alto estándar de comprobación”³⁸³.

No pretendemos poner en entredicho la naturaleza cautelar que debe tener la prisión preventiva con la invocación del solo presupuesto de “apariencia de buen derecho” que es y debe ser presupuesto de toda providencia cautelar, tanto en materia procesal penal como civil. Sólo buscamos poner de manifiesto que, ni aun dicha naturaleza cautelar, a la luz de la presunción de inocencia como regla de trato, puede dar pie a sostener que, entre el instituto de la prisión preventiva y la pena existen sólo semejanzas aparentes. Aun cuando podría concebirse la posibilidad de privar de libertad a un inocente por razones meramente asegurativas de los fines del procedimiento, y así poder aceptar que la prisión preventiva es una medida meramente cautelar con fines diversos a los del castigo punitivo, eso no obsta a sostener que ambas tienen como presupuesto una imputación dirigida a quien es privado de libertad. Sea en grado de sospecha de culpabilidad (prisión preventiva), sea en grado de certeza de culpabilidad (pena); sea con un fin cautelar (prisión preventiva), sea con el fin de

³⁸¹ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 407.

³⁸² “Por otra parte, si el rol fundamental del juez de garantía consiste en tutelar las garantías de los intervinientes, resulta evidente que la exigencia de acreditar todos los elementos del delito y no sólo la tipicidad cautela de mejor manera las garantías del imputado contra el cual se pretende la medida de prisión preventiva... Finalmente, debe considerarse que la voz *delito*, utilizada por el artículo 140 CPP, constituye una palabra definida expresamente por el legislador en el artículo 1° del Código Penal, razón por la cual debe dársele su significado legal, al tenor de lo prescrito por el artículo 20 del Código Civil. Más aun, una interpretación que propiciara la identificación de la voz *delito* exclusivamente con el elemento tipicidad, constituiría a nuestro modo de ver una forma de interpretación extensiva de una disposición del CPP que autoriza la restricción de la libertad del imputado, lo que está explícitamente prohibido por el art. 5° inc. 2° CPP”. *Ibíd.*, p. 405. Esta opinión también compartida en MATURANA, C. & MONTERO, R. (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo I, op. cit., pp. 491-492.

³⁸³ BARRIOS, J. (2008). “Vinculación entre el proceso penal y dogmática penal”, *Revista de la justicia penal* (3), 172-174. Citado en SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 91.

castigar (pena), existe una imputación, la cual produce en ambos casos un mismo efecto jurídico y práctico: la privación de libertad de una persona.

Desconocer la continuidad entre ambos institutos con la sola invocación de la presunción de inocencia como regla de trato sólo termina por poner en entredicho si tal principio es o no plenamente respetado por el legislador, pues ya hemos insistido en que no basta con su consagración como principio, con tal de llegar a concluir que una providencia como la prisión preventiva se encuentra despojada de toda imputación de culpabilidad con respecto a quien *debe* ser tratado como inocente. Es también necesario que la normativa específica de este instituto permita concebirla como una medida en que se halla ausente toda forma de prejuzgamiento y que termine por legitimar un tratamiento como culpable para el imputado.

Más complicada resulta tal invocación si lo que se pretende es sostener –como lo hace Salas- que el “trato de inocente” viene a ser un principio orientador de la imparcialidad del juez de cara a las decisiones que deba adoptar durante el trascurso de la investigación³⁸⁴, pues al momento de apreciar los hechos aportados por el interviniente solicitante de la prisión preventiva y de determinar si se cumplen los presupuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, el juez de garantía ya está cumpliendo una función propiamente valorativa³⁸⁵, tal como lo hace el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal cuando debe apreciar la prueba rendida en el juicio oral, o el mismo Juzgado de Garantía (en casos de procedimiento abreviado, monitorio, simplificado, o procedimiento por delito de acción privada) para declarar la inocencia o culpabilidad del acusado, aunque el grado de certeza que debe satisfacerse, en uno y otro caso, varíe. Ello es tan evidente, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “ha considerado que constituye una infracción a la garantía del juez imparcial el hecho de que el juez de instrucción que ha despachado una orden de detención preventiva en contra del imputado forme parte posteriormente del tribunal de primera instancia que conoce del juicio y dicta sentencia en su contra”³⁸⁶.

³⁸⁴ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 138.

³⁸⁵ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 405.

³⁸⁶ *Ibíd.*

Ante esta problemática consideración, el legislador ha debido reaccionar sin conformarse con declarar la función meramente cautelar que le *debe* corresponder a la prisión preventiva y limitarla a presupuestos como su instrumentalidad, provisionalidad y legalidad. Lejos de eso, el Código Procesal Penal se ha visto en la necesidad de establecer (implícitamente) que el juicio oral debe desarrollarse frente a un tribunal, por regla general, diverso de aquel juez que ha decretado la prisión preventiva (y que por tanto, se ha formado un juicio valorativo en torno a la existencia de antecedentes que han justificado la existencia del delito, y que han permitido presumir fundadamente la participación del imputado en su comisión), y prescribir que la decisión de tal tribunal debe tener por base sólo la prueba efectivamente producida en el juicio oral y no los antecedentes en que se ha fundado la solicitud de prisión preventiva³⁸⁷. Lo anterior permite sostener a Horvitz y López que la función valorativa que ejerce el juez de garantía cuando decreta la prisión preventiva no es constitutiva de una forma de prejuzgamiento³⁸⁸; por el contrario, se está reconociendo que si el legislador no formulara tales prevenciones, y se conformara con ordenar al juez que trate como inocente al imputado (artículo 4º), el prejuzgamiento sí existe: se ha manifestado en la prisión preventiva misma, y podría repercutir en la conducta imparcial que el juez debe ejercer ante el imputado, si es que no se toman las prevenciones referidas. Es un peligro que “advierde” el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que da cuenta de que la sola invocación del trato de inocente que debe recibir el imputado no es suficiente por sí mismo, para evitar que el prejuzgamiento “contamine” al juez que dictará sentencia.

Mirado desde esta perspectiva, el intento por sostener que entre la prisión preventiva y la pena hay un parecido meramente fáctico, con la sola invocación de la presunción de inocencia, se oscurece si introducimos algunas consideraciones de índole epistemológico-jurídicas. En ese sentido, las reflexiones de Laudan son elocuentes, cuando intenta demostrar la ingenuidad que supone “presumir” inocente a una persona durante los actos de la investigación seguida en su contra:

Como se ha dicho, a lo largo del procedimiento se toman varias decisiones incompatibles con una interpretación amplia del ámbito de aplicación de la PdI.

³⁸⁷ *Ibíd.*, p. 406.

³⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 405-406.

Considérense algunas de ellas: los policías que arrestan a Jones claramente no lo consideran inocente, ya que la noción de una *causa probable* impide el arresto de personas que probablemente sean inocentes del delito que se investiga... Su decisión de vincularlo al proceso indica que el Gran Jurado ha quedado satisfecho por el caso del fiscal de que Jones es probablemente quien cometió el delito. Cuando el ahora arrestado e imputado Jones solicita que se le fije una fianza, el juez que preside la audiencia respectiva tampoco puede encontrarse presumiendo su inocencia. Si lo hiciera, no estaría requiriendo que Jones deposite una cuantiosa suma para asegurar que se presentará a juicio; del mismo modo en que tampoco tendría la autoridad de ordenar la prisión preventiva de Jones hasta la terminación de su proceso³⁸⁹.

Si aún persiste en el lector la duda de si es posible advertir una continuidad entre la sospecha de culpabilidad que sirve de fundamento a la prisión preventiva, y la certeza de culpabilidad que requiere la pena, el propio Salas nos da la respuesta: la sentencia condenatoria vendría a constituir una mera confirmación procesal, más allá de toda duda razonable, de la sospecha fundada de culpabilidad que ha motivado la prisión preventiva previamente decretada³⁹⁰. Si bien en ambas difiere el estándar probatorio requerido, con esto se confirma que pena y prisión preventiva tienen *per se* algo en común, más que una mera coincidencia fáctica, y que no desaparece con la absolución o sobreseimiento definitivo del proceso en que ésta se decretó: una imputación.

Por último, los presupuestos concernientes a la *periculum libertatis* (letra c del artículo 140), pueden dividirse en dos: la existencia de antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación³⁹¹, y el peligro de que el imputado se dé a la fuga,

³⁸⁹ LAUDAN, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (Trad. de C. Vásquez y E. Aguilera). Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, p. 145. "PdI": presunción de inocencia.

³⁹⁰ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 32.

³⁹¹ *Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.*

y el caso en que libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Los primeros dos casos no nos merecen mayores comentarios, siendo reconocidos por parte de la mayoría –no unitaria, en todo caso- de la doctrina como los únicos en que la prisión preventiva obedece a fines meramente cautelares. Sin embargo, insistimos en nuestras reflexiones referentes a la manera en que el código regula el *fumus commissi delicti*, requerido para su procedencia: que, a través de la privación de libertad del imputado sólo se busque evitar la fuga del imputado, o el éxito de la investigación, no permite negar que la medida también se ha fundado en una implícita imputación al imputado. Claramente, el legislador pretende evitar la fuga un imputado sólo cuando se encuentra sospechoso de ser culpable, y por eso emplea la voz *fuga* en vez de *viaje* (evocando a Ferrer: los inocentes viajan, los culpables se fugan)³⁹². Lo mismo puede decirse del caso en que el imputado pretende obstruir el éxito de diligencias de investigación: la medida se reserva para aquel sospechoso de ser culpable, y que por tanto puede tener un incentivo mayor para destruir evidencias, o inducir a testigos, peritos o coimputados a comportarse de manera desleal o reticente.

Finalmente, donde mejor se advierte que entre pena y prisión preventiva hay en común más que un elemento fáctico, es en el último caso, referente a la *peligrosidad del imputado* ante la seguridad de la sociedad, o del ofendido. Históricamente ajena al cambio de paradigma iluminista propugnado por autores como Beccaria, esta causal viene a ser introducida en los ordenamientos jurídicos tras el giro automático e inquisitivo de la cultura penal decimonónica que, en palabras de Ferrajoli vino a transformar la prisión preventiva, desde un instrumento exclusivamente procesal dirigido a “estrictas necesidades” sumariales a un instrumento de *prevención y de defensa social*, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos, pervirtiendo aún más esta institución³⁹³. A esta misma conclusión arriba Guzmán Dalbora, al señalar que la desnaturalización del concepto mismo de cautela personal, “derivó insensiblemente hacia una burda *medida de prevención o pena sin condena*, al

³⁹² FERRER BELTRÁN, J. (2012), op. cit., p. 10.

³⁹³ FERRAJOLI, L. (1997), op. cit., p. 553.

facultarse decretada si la libertad del encartado parece peligrosa para el ofendido o los demás”³⁹⁴.

La incomodidad que la existencia de esta causal genera, también es reconocida entre autores compatibilistas fuera de Chile, como el aludido Hassemer³⁹⁵. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosos fallos ha desautorizado la procedencia de la prisión preventiva fundada en fines preventivo-generales o especiales, manifestados en causales como alarma social y flagrancia, o en la sola gravedad del hecho y la pena prevista para el delito que se imputa, circunstancias generalmente asociadas a la peligrosidad del imputado³⁹⁶. En nuestro país, Horvitz y López sostienen con realismo que el peligro para la seguridad de la sociedad ha sido considerado como un fundamento para la prisión preventiva, no ya para satisfacer fines procesales, sino propiamente penales, amén de no estar reconocido como una finalidad legítima por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile³⁹⁷. En ese mismo sentido, ha manifestado su preocupación el Instituto Nacional de Derechos Humanos³⁹⁸.

Como se ve, las críticas se centran especialmente (pero no exclusivamente) en la causal de peligrosidad del individuo para la sociedad, donde la prisión preventiva pasa derechamente a asumir funciones de prevención y defensa social, históricamente asociadas a la pena, respecto de aquel que debe ser tratado como inocente. Es una causal problemática para un sistema en que *debe* existir un irrestricto respeto por la presunción de inocencia como principio básico del proceso penal, y por la libertad de los ciudadanos, no sólo por la connotación que conlleva su sola redacción, sino también por la clase de criterios que el legislador entrega al juez para determinar la peligrosidad del imputado (inciso tercero del artículo 140 del Código Procesal Penal), a saber: *la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.*

³⁹⁴ (Las cursivas son nuestras). GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 305.

³⁹⁵ HASSEMER, W. (2003), op. cit., p. 118.

³⁹⁶ LLOBET, J. (2009). “La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”, op. cit., p. 133.

³⁹⁷ HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002), op. cit., p. 413.

³⁹⁸ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2014). “Personas privadas de libertad en prisión preventiva”. *Revista Acceso a la Justicia*, (2), 71-89, p.76.

Sin necesidad de analizar esta disposición caso a caso, claro está que permite al juez calificar al imputado como peligroso para la seguridad de la sociedad por la sola gravedad de una pena que aún no se ha impuesto y por un delito por el que aún no se ha condenado, o por el número de delitos respecto de los cuales no hay convicción respecto a su comisión por parte del imputado, sino sólo sospecha. Es una forma de prejuizgamiento en la cual se halla implícita la idea de prevención especial negativa y de necesidad de defensa social, abiertamente contraria a la presunción de inocencia como regla de trato.

Más problemático aún es el inciso cuarto del mismo artículo 140, introducido con la promulgación de la Ley N° 20.253, de 14 de mayo del año 2008, en el contexto de la llamada “agenda corta antidelincuencia”³⁹⁹, y que viene a consagrar lo que los profesores Duce y Riego califican como una presunción de peligro para configurar la necesidad de cautela de “peligro para la seguridad de la sociedad”⁴⁰⁰, en los siguientes términos: *Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.*

A juicio de estos autores, detrás de la modificación del año 2008 existe un intento bastante claro por reintroducir un régimen de inexcusabilidad⁴⁰¹, propio del antiguo sistema de procedimiento penal en que la libertad del procesado era la excepción y su sometimiento a prisión preventiva la regla general. Pasa a representar así, un retroceso en los avances propuestos con la implementación de la Reforma Procesal Penal, en torno al cambio de paradigma en materia cautelar que, entre otros puntos, pretendió la racionalización del uso de las medidas cautelares personales, y su aplicación excepcional⁴⁰². Así lo confirma la sola

³⁹⁹ DUCE M. & RIEGO, C. (2009). “La Prisión Preventiva en Chile: El impacto de la reforma Procesal Penal y de sus cambios posteriores”. En *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Santiago: Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, p. 200.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 201.

⁴⁰² *Ibid.*, pp. 164-165.

lectura de las hipótesis contempladas en este nuevo inciso, en que se advierte el robustecimiento de criterios ajenos a la concepción puramente cautelar que *debe tener* la prisión preventiva, más propios de la pena con fines preventivo-generales o especiales. De ser una institución excepcionalísima, provisional e instrumental a los fines del procedimiento, la prisión preventiva ha pasado a tener aplicación automática, obligatoria para el juez cada vez que al imputado se le ha formalizado una investigación por delitos que tienen asignada pena de crimen, sobre la base de una mera sospecha de culpabilidad, fundada a su vez en antecedentes que no han sido aportados en un juicio oral donde se asegure a los intervinientes principios como la contradicción, y la bilateralidad de la audiencia. Todo ello puede permitir explicar las alarmantes estadísticas sobre el particular: de acuerdo a las cifras acumuladas del Poder Judicial en el período 2010-2016, nueve de cada diez prisiones preventivas son concedidas (un 87,5% del total)⁴⁰³.

En definitiva, y con el solo análisis de la normativa procesal penal en torno a la prisión preventiva, queda demostrado que la negación de un espacio de tensión entre esta medida y la invocación de la presunción de inocencia como regla de trato es una conclusión que, amén de acercarse a los extremos de la ingenuidad, desconoce los alcances de una normativa que no cumple a cabalidad las exigencias que impone dicho principio, de lo cual no puede seguirse que la prisión preventiva sea una medida puramente cautelar completamente ajena a la pena. Entre ambas existe un correlato, una continuidad que, lejos de ser meramente fáctica, se encuentra implícitamente reconocida por el legislador.

Lo dicho hasta acá respecto a la prisión preventiva, especialmente en lo concerniente a sus requisitos de procedencia, puede también decirse respecto a otra medida susceptible de dar lugar al abono: la privación de libertad domiciliaria, contemplada en la letra a) del artículo 155 del Código Procesal Penal, en virtud de la aplicación supletoria de las normas de la prisión preventiva su respecto, en lo tocante a su procedencia, duración, impugnación y ejecución (artículo 155, inciso final)⁴⁰⁴.

⁴⁰³ DUCE, M. (2017. 11 de octubre). “Retrososos en materia de prisión preventiva en Chile”. *The Clinic* [en línea]. Disponible en: <http://www.theclinic.cl/2017/10/11/columna-mauricio-duce-retrososos-materia-prision-preventiva-chile/> [2017, 1 de diciembre].

⁴⁰⁴ *La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este Párrafo.*

Insistiendo en su ejercicio de separar completamente la lógica de la pena de la lógica de la prisión preventiva, ante el innegable reconocimiento legal de fines preventivo-generales y especiales en ésta, tanto Valenzuela como Salas reivindican una concepción retribucionista de la pena en desmedro de concepciones de índole preventivas. El primero parte de la justificación retribucionista para sostener que no se impone la pena para que no se cometan nuevos delitos. Dicha finalidad, más la necesidad de neutralizar la peligrosidad que entraña la puesta en libertad del individuo, vendrían a ser propias de la lógica de las medidas de seguridad⁴⁰⁵; mientras que la pena consiste en la irrogación un mal a quien cometió un delito, por el hecho de haberlo cometido, y no para que no vuelva a cometer delitos en el futuro⁴⁰⁶. Por su parte, Salas sostiene que sólo una concepción retribucionista es capaz de evidenciar una real diferencia existente entre prisión preventiva y pena, y de esta manera se permite desentrañar la verdadera finalidad de ésta: reafirmar la autoridad del derecho estatal mediante la reacción punitiva al quebrantamiento imputable de una persona de conformidad a una sentencia condenatoria, despojándola de criterios peligrosistas y prospectivos que se hallan insertos en parte, reconoce Salas, en la prisión preventiva⁴⁰⁷; mientras que la pena mira retrospectivamente al hecho cometido, y se orienta a la culpabilidad⁴⁰⁸. Al respecto, quisiéramos hacer dos comentarios.

En primer lugar, la observación de Valenzuela podría ser certera teniendo en consideración una conceptualización de las medidas de seguridad en sentido amplísimo⁴⁰⁹, pero no frente al ámbito normativo al cual hemos circunscrito nuestra propuesta interpretativa: el derecho positivo nacional, donde dichas medidas se encuentran individualizadas para casos sumamente específicos donde, palmariamente, constituyen decisiones administrativas destinadas a la protección y tratamiento del autor de una conducta típica y antijurídica, y a la preservación de la seguridad social⁴¹⁰, encontrando así medidas de índole curativa⁴¹¹ y

⁴⁰⁵ VALENZUELA, J. (2011), op. cit., pp. 60-61.

⁴⁰⁶ *Ibíd.*, p. 63.

⁴⁰⁷ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 94.

⁴⁰⁸ *Ibíd.*, pp. 98-99.

⁴⁰⁹ Como la expuesta por el profesor Cury: “*Las medidas de seguridad y corrección constituyen una irrupción en los derechos de la persona, destinada al logro de finalidades de prevención especial, esto es, a la resocialización del sujeto peligroso, cuando sea posible, o a su aseguramiento en los demás casos*”. CURY, E. (2005), op. cit., p. 775.

⁴¹⁰ *Ibíd.*, p. 115.

⁴¹¹ Como la internación en un establecimiento psiquiátrico, custodia y tratamiento del enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico, la internación en un centro hospitalario o una comunidad

educativa⁴¹². La prisión preventiva, aun cuando esté “contaminada” por consideraciones de índole preventiva en la actualidad, difícilmente podría ser considerada una decisión administrativa encaminada a finalidades como las descritas. No se encuentra instituida como una medida de seguridad en nuestro derecho, por el solo hecho de proceder ante casos de peligrosidad del individuo para la seguridad de la sociedad.

En segundo lugar, si la verdadera razón para entender la pena desde un punto de vista (meramente) retributivo, es que dicha concepción explica mejor la pena como una reacción punitiva que reafirma la autoridad, y que presupone la culpabilidad del hecho cometido mirado retrospectivamente, creemos que esa sola consideración no permite la exclusión de finalidades preventivas (sea de carácter general o especial) las cuales también han sido históricamente asignadas a la pena, y son perfectamente compatibles con la culpabilidad como presupuesto de la pena. Que las teorías prevencionistas puedan perseguir finalidades distintas a la expiación de aquel que ha cometido un delito a través de la pena, en modo absoluto puede significar que descarten la culpabilidad como presupuesto de toda pena. Así queda de manifiesto en la postura del profesor Garrido Montt, cuando señala que, a diferencia de las medidas de seguridad, la pena siempre supone culpabilidad⁴¹³, siendo al mismo tiempo defensor de una concepción de índole preventivo-general positiva al concebir la pena como un mecanismo de “confirmación del derecho” ante los ciudadanos. Siguiendo el planteamiento dialéctico de Roxin, Garrido Montt señala que si bien en el momento de la imposición de la pena ante el

terapéutica para el tratamiento de alcohólicos, para los casos contemplados en la Ley N° 19.925 (sobre Expendio y consumo de bebidas alcohólicas), entre otras medidas. GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 80.

⁴¹² Por ejemplo, la concurrencia a programas de apoyo, reparación u orientación para niños y adolescentes, de la manera prescrita en la Ley N°16.618, o la realización de actividades en beneficio de la comunidad, en la forma ordenada por el juez. *Ibíd.*, p. 81.

⁴¹³ GARRIDO MONTT, M. (2001), op. cit., p. 80. Cuando Salas Astrain cita a Garrido Montt para señalar que la pena aparece *fundamentada en la culpabilidad*, erróneamente señala que el profesor citado las compara con las medidas cautelares (“Con todo –siguiendo a Garrido Montt., es claro que el factor elemental para definir el límite entre una y otra está en constatar que, a diferencia de las medidas cautelares, la pena aparece *fundamentada en la culpabilidad*”). SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 97. Sólo con el fin de defender nuestra propuesta argumentativa, dejamos constancia de que la comparación que aborda Garrido es de penas con medidas de seguridad, no con medidas cautelares. Estando contestes en que las medidas de seguridad no presuponen la culpabilidad, ya hemos señalado que medidas cautelares como la prisión preventiva y las señaladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal, en modo alguno pueden ser calificadas como medidas de seguridad, por lo que dicha remisión (errónea) a las reflexiones de Garrido Montt, en nada desvirtúan la idea matriz que hemos defendido a lo largo de este apartado: la medida cautelar, al igual que la pena (y a diferencia de la medida de seguridad), también tiene como presupuesto la culpabilidad del imputado, aunque en grado de sospecha (y no como en la pena, en grado de confirmación de la sospecha), e históricamente ha compartido con la pena fines de índole preventivo-general o especial, especialmente la prisión preventiva (a través del criterio de la *peligrosidad*). Aspectos que dan cuenta de un correlato entre instituciones, que va más allá de una coincidencia fáctica.

tribunal, a una persona se le realiza una función retributiva, tomándose en cuenta su culpabilidad, eso es porque los fines perseguidos por la prevención general no pueden exceder al grado de culpabilidad del condenado⁴¹⁴.

Por otro lado, una concepción de índole preventivo-general negativa también puede ser compatible con una finalidad de reafirmación del derecho. Según razona acertadamente el profesor Enrique Cury, si bien la pena casi siempre adopta la apariencia de una devolución de mal por mal, eso se debe precisamente a que a menudo se la emplea como prevención general, y lo que mejor asegura la eficacia de ésta es la amenaza de un mal, es decir, un castigo⁴¹⁵. A ello añade que en un derecho penal de tipos estrictos, “como el que impera en el ordenamiento vigente –y en la mayoría de los contemporáneos- el objetivo de la pena sólo puede explicarse como prevención general ¿Para qué, si no, se preocuparía el legislador de describir con minuciosidad las conductas que pueden ser castigadas, determinando además la sanción que impondrá a cada una de ellas? (...) Cuando se establece, en efecto, que quien mata a otro sufrirá una pena de presidio de cinco años y un día a diez años (art. 391, N° 2° C.P), la ley se está dirigiendo a todos los ciudadanos para advertirles que si no respetan la vida ajena, deberán padecer, como consecuencia, esa enérgica y prolongada privación de libertad”⁴¹⁶.

Teniendo estas reflexiones a la vista, no resulta descabellado sostener que un sistema de tipicidad específica como el contemplado en el Código Penal chileno contiene penas para evitar la comisión futura de delitos y no tan sólo para irrogar un mal a quien ya lo ha cometido, como sostiene Valenzuela.

Sin pretender dar una solución definitiva a la concepción de la pena que debiese prevalecer, sólo es de nuestro interés poner de manifiesto que los argumentos mencionados para sostener una justificación puramente retribucionista de la pena, no son determinantes para descartar de plano toda consideración de índole preventiva que pudiere existir en la pena, a la luz de la normativa vigente. Su invocación pareciera estar fundada en el solo propósito teórico de persistir en un divorcio, sin excepciones, entre prisión preventiva y pena. Pero, a la larga, la

⁴¹⁴ GARRIDO MONTT, M. (2001), op. cit., p. 78.

⁴¹⁵ CURY, E. (2005), op. cit., p. 76.

⁴¹⁶ *Ibíd.*, p. 77.

inexistencia de todo correlato entre ambos institutos, no depende de la teoría de la pena en la que cada autor puede creer; depende del legislador.

En consonancia con lo anterior, el correlato entre ambas instituciones cuya existencia hemos venido sosteniendo, lejos de encontrarse implícitamente reconocido sólo por normas procesales, referentes a la prisión preventiva (y con ello, a la privación de libertad domiciliaria), se encuentra también reconocida por normas de derecho penal sustantivo, aun con más claridad que en las primeras. Su interpretación termina por confirmar nuestra postura, frente al principio vicarial como concepción justificadora de la institución del abono.

Aunque sea notablemente paradójal su invocación, la primera de estas normas es también citada por Salas para sostener que las privaciones de libertad de carácter cautelar se encuentran excluidas del ámbito de las penas en el derecho chileno⁴¹⁷, como corolario de la presunción de inocencia como regla de trato: el ya mencionado artículo 20 del Código Penal, el cual prescribe literalmente que *no se reputan penas*, la restricción o privación de libertad de los detenidos, o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales. Teniendo en cuenta que el verbo “reputar” dice relación con considerar que *algo* es una determinada cosa, queda en evidencia la necesidad que tuvo el legislador de explicitar esta exigencia. Significa, en definitiva, que tales privaciones de libertad no se tendrán como penas, lo que delata que, en lo esencial, sí son penas. Como expone Guzmán Dalbora, se trata de una disposición cuya razón de ser y necesidad se explica por el “recuerdo” de aquella época en que las privaciones de libertades ahí señaladas eran formalmente penas (hasta las postrimerías del siglo XVIII), especialmente las sanciones disciplinarias y gubernamentales, atendida la concentración de poderes públicos característica de la monarquía absoluta⁴¹⁸. Ello sólo terminó por zanjar formalmente el problema, ya que:

La cláusula “*no se reputan penas*” es harto demostrativa del limitado designio legal: substraer estos medios a los efectos penales de la condena. Quien sufre alguno de ellos no lo verá inscrito en el Registro general de condenas ni, por ende, se le contará en el número de los reincidentes si decide delinquir alguna vez; hasta ese momento gozará jurídicamente de una conducta irreprochable. Por debajo de la cuestión, empero, estaba

⁴¹⁷ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 107.

⁴¹⁸ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 102.

el permanente hecho indesmentible de que todas estas privaciones poseen un contenido análogo al de las penas (...) Si el código no las considera penas es porque reconoce que en el fondo lo son⁴¹⁹.

El realismo de Guzmán Dalbora, lejos de desconocer la naturaleza meramente cautelar (no punitiva) que *debiesen* tener privaciones de libertad como la prisión preventiva y el arresto domiciliario (agreguemos a estos, en virtud de la amplitud del artículo 20, la detención), se encuentra confirmado con el análisis de la normativa legal específica que regula la procedencia de estas medidas, que comparten con la pena un idéntico contenido, exigencias de legalidad, culpabilidad (sea en grado de sospecha o de confirmación de tal sospecha, en uno y otro caso), y finalidades de índole preventivo-especiales, históricamente atribuidas y atribuibles a ambas instituciones. Es así como el artículo 20 del Código Penal termina por confirmar lo que se ha venido sosteniendo: entre medidas cautelares privativas de libertad y pena hay un correlato, una innegable continuidad que no se subordina a la sola dictación de una sentencia condenatoria, como lo sugiere el principio vicarial. También termina por demostrar la inutilidad, para los efectos de los objetivos fijados en este trabajo, de intentar conceptualizar la pena desde una perspectiva retributiva y/o preventiva, frente a lo que el legislador ha entendido (implícitamente) como pena en el artículo 20.

Semejante alcance de dicha disposición también es defendido por el profesor Cury, cuando aborda la distinción entre medidas gubernamentales (también mencionadas en el mismo artículo) y la pena, concluyendo que la distinción entre ambas es cuantitativa, y no cualitativa. Para ello trae a colación el artículo 20 del Código Penal, y el alcance de la voz “*no se reputan*” que emplea⁴²⁰, a lo que añade un segundo precepto, que viene a ser la norma de cierre que fundamenta nuestra postura: el propio artículo 26 del Código Penal, que a su juicio, viene a complementar el artículo 20, en el siguiente sentido:

Ahora bien, parece indudable que si la privación de libertad del procesado puede imputarse (abonarse) a la pena que se le imponga, a pesar de no reputarse tal, ello se debe a que su naturaleza es semejante y a que, en consecuencia, la diferencia consagrada por el art. 20 no está fundada en bases cualitativas. Pues, de otra manera, *incurriríamos*

⁴¹⁹ *Ibíd.*, pp. 102-103.

⁴²⁰ CURY, E. (2005), *op. cit.*, pp. 106-107.

*en el absurdo de aceptar que la sentencia condenatoria tiene la virtualidad sorprendente de mudar retroactivamente la naturaleza de la detención sufrida por el afectado con anterioridad a su dictación... o que cosas distintas pueden ser sustraídas las unas de las otras*⁴²¹.

Es así como una interpretación conjunta de los artículos 20 y 26 del Código Penal permite concluir que la institución misma del abono es una confirmación, proveniente del legislador, de que la privación de libertad (instituida como cautelar) comparte el mismo contenido que la pena privativa de libertad en que ha de ser abonada, y que ese contenido no desaparece en una medida como la prisión preventiva, cuando el proceso en que se ha decretado –y por los hechos que la motivaron- ha culminado con la dictación de una sentencia absolutoria, o con el sobreseimiento definitivo. Sólo así pueden interpretarse armónicamente ambas normas. De lo contrario, se aplicarían para supuestos distintos: el artículo 20, cuando ha habido absolución o sobreseimiento definitivo, y el artículo 26 cuando ha habido condena. Como ninguno de los dos preceptos entra en esa clase de distinciones⁴²², dicha interpretación debe ser descartada.

En vista de lo antedicho, el profesor Mañalich menciona los artículos 26 del Código Penal y 348 del Código Procesal Penal como manifestaciones de lo que él también ha calificado como una continuidad latente entre pena y medida cautelar, existente por debajo de toda diferenciación nominal⁴²³. Fuera de nuestro país, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni va más allá, sosteniendo abiertamente que el artículo 54 del Código Penal colombiano y las análogas disposiciones existentes en casi todos los códigos del mundo, al disponer el cómputo de la prisión preventiva como parte de la ejecución de la pena privativa de libertad, reconocen implícitamente el carácter punitivo de esta medida, “aunque la doctrina trate de ocultarlo bajo una nebulosa apelación de la ‘equidad’, *que no parece tener en caso de absolución*”⁴²⁴⁻⁴²⁵.

⁴²¹ (Las cursivas son nuestras). *Ibíd.*, p. 108.

⁴²² Así lo ha sostenido José Raimundo del Río (véase capítulo II, subcapítulo 3º, apartado 4º).

⁴²³ MAÑALICH, J. P. (2011), *op. cit.*, p. 21.

⁴²⁴ (Las cursivas son nuestras). ZAFFARONI, E. R. (1996). “Las penas crueles son penas”. *Revistas y Ensayos, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires*, (66), 13-28, p. 26.

Si el cuestionamiento a todo lo expuesto, sigue fundándose en la invocación de la presunción de inocencia como regla de trato, con el fin de reducir esta continuidad entre medidas cautelares y pena a una coincidencia fenomenológica, podemos resumir nuestra réplica en la sincera expresión de Hélie, acerca de la compatibilidad de este principio con la prisión provisional:

“(L)a prisión provisional no *es* (realmente) una pena sólo porque (jurídicamente) no *debe serlo*”⁴²⁶.

Con ello se está aceptando la evidencia, como sostiene Ibáñez, de que entre una y otra se da una clara comunidad de naturaleza, hallándose su única diferenciación posible en un dato externo: su función formal-procesal⁴²⁷. Por otro lado, también evidencia el yerro en que ha incurrido la postura que nos hemos propuesto criticar: elaborar premisas a partir del *deber ser* que impone un principio como la presunción de inocencia, descuidando el *ser* concreto de las normas que se proponen interpretar. En este caso, afirmando que la prisión preventiva es una medida meramente cautelar, por cuanto a la luz de la presunción de inocencia, *debe serlo*.

En síntesis, todo lo anteriormente esbozado nos hace arribar a la conclusión de que *el verdadero fundamento del artículo 26 del Código Penal, y por tanto, de la institución misma del abono de la medida cautelar personal a la pena privativa de libertad, yace en el mismo contenido punitivo que ambos institutos comparten “per se”, en vista de la normativa procesal y sustantiva actualmente vigente, y que no se encuentra condicionado por la dictación de una sentencia condenatoria en que se impone la pena, fundada en los mismos hechos por los que se ha privado de libertad cautelarmente al condenado*. Esto permite sostener que la conversión retroactiva de la privación de libertad preventiva en privación de libertad expiativa, no se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la sentencia condenatoria no puede transformar retroactivamente en pena lo que es, por sí mismo, pena, no obstante estar designado nominativa y formalmente como una figura de índole cautelar. Con ello, descartamos el principio vicarial y el *ne bis in ídem* como

⁴²⁵ No en vano, el profesor Valenzuela califica el caso del cómputo de la prisión preventiva a la pena como el más “complejo”, en su ejercicio de separar completamente la lógica que inspira a ambas instituciones. VALENZUELA, J. (2011), op. cit., pp. 65-66.

⁴²⁶ Citado en IBÁÑEZ, P. A. (1997), op. cit., p. 9.

⁴²⁷ *Ibídem*.

fundamentos del artículo 26 del Código Penal, y la “identidad del hecho” entre pena y medida, como un requisito para su aplicación.

4.3.2. Limitación del abono en causa diversa a partir de la unidad procesal

Descartada la posibilidad de subordinar la procedencia del abono a la “identidad” que debe concurrir entre los hechos que han motivado la dictación de una medida cautelar personal y la futura condena a una pena, persiste la posibilidad de comprender en la voz *aprehensión* privaciones de libertad cautelares decretadas en virtud de hechos distintos.

Un último obstáculo interpretativo a que debe enfrentarse la postura que aboga por la procedencia del abono en causa diversa, dice relación con la concurrencia de “unidad procesal” que debe (ría) concurrir entre la medida cautelar y la pena para hacer aplicable el descuento en la extensión de ésta, lo que elimina la posibilidad de abonar privaciones de libertad padecidas en procesos diversos. Más allá de que el artículo 26 del Código Penal no exija que la aprehensión deba haber tenido lugar en el mismo proceso en que se ha impuesto la pena, nos haremos cargo de esta supuesta exigencia, mediante los argumentos a través de los cuales defenderemos nuestra postura: la procedencia del abono en causa diversa en el ordenamiento jurídico.

4.4. Argumentos que justifican la procedencia del abono en causa diversa

Recapitulando lo sostenido hasta acá, la figura del abono de la medida cautelar personal a la pena privativa de libertad, consagrada en el artículo 26 del Código Penal (y en su correlato procesal, el artículo 348 del Código Procesal Penal), tiene su fundamento en el idéntico contenido del que ambas instituciones están dotadas. Tal correlato, lejos de constituir una coincidencia fáctica o práctica, se encuentra implícitamente reconocido por diversas disposiciones legales, tanto a nivel procesal como penal sustantivo. Dentro de éstas se encuentra precisamente el artículo 26, en que se ha manifestado la voluntad del legislador de considerar el contenido punitivo de una medida decretada durante el proceso –más allá de

estar legitimada bajo la forma de un instituto procesal, de índole cautelar-, en el *quantum* de la pena temporal a la que ha sido posteriormente condenado el sujeto que la padeció, reduciéndola o incluso suprimiéndola cuando la extensión de la medida ha sido igual o superior a la extensión de la pena.

Mediante dicha operación compensatoria, de carácter preceptiva para el tribunal, el legislador está confirmando lo que también se halla implícito en otras normas: que las *aprehensiones* cautelares, por debajo de toda diferenciación nominal, procesal y funcional, comparten un contenido *per se* análogo al de la pena, que no desaparece en el evento de la absolución del imputado, o del sobreseimiento definitivo. Se trata, por lo demás, de una operación compensatoria también existente en supuestos donde el componente compensable es una pena en sentido sustancial y nominal (abono de pena a pena), como en el caso de aquel que ha sido condenado en Chile por un hecho por el cual ha sido previamente condenado por sentencia extranjera (artículo 13 del Código Procesal Penal)⁴²⁸, o en el supuesto de abono del tiempo de ejecución de penas sustitutivas en casos de revocación a la pena inicial (artículo 26 de la Ley N° 20.603, que modifica la Ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad)⁴²⁹. En todos estos asuntos, el fundamento de la institución del abono parece ser el mismo: la existencia de un contenido punitivo, tanto en penas propiamente tales como en medidas cautelares personales, que el legislador ordena considerar en la determinación de la extensión de una pena futura.

Por todo aquello, discrepamos con lo sostenido por Llobet, para quien la figura del cómputo es una manifestación del “sacrificado especial indemnizable” en que se constituye la persona que ha sufrido de la prisión preventiva, ya que lo contrario significaría concebirla

⁴²⁸ Artículo 13. Efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros. *Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente* (inciso primero). *En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado* (inciso segundo)

⁴²⁹ Artículo 26.- *La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas.*

como una violación de la presunción de inocencia (por cuanto se está reconociendo que dicha medida es una pena anticipada), como ha sostenido Zaffaroni⁴³⁰⁻⁴³¹. Reiterando los argumentos ofrecidos en el subcapítulo anterior sobre el particular⁴³², a estos podemos añadir que la figura del abono no es de carácter indemnizatoria y sujeta a las reglas resarcitorias propias del derecho civil. En este sentido, concordamos con las observaciones de Carvajal cuando sostiene que concebir el abono de esa forma, importa marginarlo de su verdadero rol: una regla que integra el *íter* de sanción penal, susceptible de dar lugar al “estrechamiento” de la determinación de la pena⁴³³, para situarlo en una sede completamente diversa, esto es, de reparación de daños irrogados por el Estado al sujeto cuando lo ha privado de libertad cuya relación con la determinación de la pena es sólo casual⁴³⁴.

No se abona para reparar prejuicios o para asumir la reprochabilidad de una conducta por parte del Estado cuando se ha privado injustamente de libertad a un sujeto. Tal pretensión debe sujetarse a los presupuestos de la responsabilidad del Estado juez, contemplada en el numeral 7º, letra i) del artículo 19 de la Constitución Política. Esta norma, por lo demás, hace improcedente en nuestro sistema la reparación para aquel que pretende verse compensado por la privación de libertad sufrida cautelarmente: sólo procede en casos de privación de libertad ordenada en virtud de una sentencia judicial condenatoria o sometimiento a proceso⁴³⁵.

⁴³⁰ LLOBET, J. (2009). “Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, (1), 161-220, p. 188.

⁴³¹ ZAFFARONI, E. R. (1996), op. cit., p. 26.

⁴³² En resumen, que un principio como la presunción de inocencia no puede condicionar la naturaleza que *tiene* la medida, a la luz de disposiciones legales más específicas. Que la prisión preventiva *deba ser* una medida puramente cautelar y ajena a todo contenido punitivo, no significa que efectivamente lo sea. Y aun cuando persiguiera fines meramente asegurativos, en nuestro sistema tiene como presupuesto la culpabilidad del imputado (en grado de sospecha), también presente en la pena (en grado de convicción).

⁴³³ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 54.

⁴³⁴ *Ibíd.*, pp. 57-58.

⁴³⁵ Incluso bajo una interpretación extensiva del precepto, a través de la cual se entiende comprendida en la expresión “sometido a proceso” al privado preventivamente de libertad, la acción indemnizatoria emanada del numeral 7º del artículo 19 de la Constitución, no deja de constituir una solución insatisfactoria para compensar al privado de libertad en un proceso, si la comparamos con la solución ofrecida por el abono en causa diversa, al contrario de lo que sostiene Salas. SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., pp.111-136. Principalmente, porque la reparación presupone la absolución o sobreseimiento definitivo del que ha sido previamente condenado o sometido a proceso, lo que excluye la compensación del que ha sido condenado, pero ha permanecido privado de libertad por un período superior al de la pena por la que ha sido condenado (hipótesis de cumplimiento en exceso de la pena, por aplicación del abono homogéneo). En segundo lugar, porque se requiere que la resolución por medio de la cual se ha privado de libertad sea calificada previamente como “manifiestamente errónea o arbitraria” por la Corte Suprema. Regla estricta y poco garantista, que ayuda a entender las escasísimas

Así las cosas, nuestra postura sobre la concepción de la figura del abono más bien coincide con la ya señalada por el profesor Guzmán Dalbora, para quien su verdadera raíz yace en una *relación jurídico-penal en que comparece el individuo ante el Estado*, donde derecho y proceso penal forman una unidad político-jurídica, con la consiguiente conjunción de sus fines, de lo que se desprende que, cada vez que haya de imponerse una pena, “resulta ineludible *considerar en su extensión o medida concretas aquella que la precedió con contenidos punitivos, por más que sus formas nos lo presenten como un instituto procesal*”⁴³⁶. Mirado desde esa perspectiva, con el abono cobra expresión una determinada manera de concebir ese vínculo⁴³⁷, que varía según la medida en que el Estado se encuentra facultado para disponer del derecho de la libertad personal del individuo. En el caso de un estado liberal, donde la entidad estatal no puede disponer soberanamente de los bienes jurídicos del justiciable, la figura del abono debe ser lo más extensa posible; situación contraria a la ocurrida en los sistemas autoritarios, que se caracterizan por concebir a las personas como cosas al servicio del grupo, y donde existen facultades discrecionales sobre el Estado en el particular⁴³⁸. Todo lo anterior dependerá, antes que del análisis sistemático de normas legales que incidan en la libertad del individuo, de las limitaciones constitucionales a que se sujeta el Estado en sus relaciones con los sujetos.

En definitiva, hablar de abono es hablar de libertad. No es más que una regla de atenuación o estrechamiento de la potestad sancionadora del Estado, fundada en la existencia de una privación de libertad, con contenido punitivo, que de manera previa a la legitimación de dicha potestad sancionadora (mediante la sentencia condenatoria), ha debido padecer el ajusticiado. En el caso de un Estado que se encuentra obligado a respetar la *dignidad* del ser humano, individualmente considerado, es mediante este estrechamiento que se asegura la vigencia del derecho fundamental a la libertad personal, viniéndose a confirmar la capacidad del legislador para mantener a raya privaciones de libertad carentes de un motivo consolidado

oportunidades en que el máximo tribunal ha acogido la solicitud de declaración de “error judicial”. ZÚÑIGA, F. (2008), op. cit., p. 17.

⁴³⁶ (Las cursivas son nuestras). GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 307.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ *Ibid.*, pp. 307-308.

o definitivo, que viene a ser indispensable para la legitimidad de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho⁴³⁹.

En el caso chileno, tal imperativo proviene del llamado *bloque constitucional de derechos fundamentales*, conformado, en palabras del profesor Nogueira, “por los *atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales*, asegurados directamente por la Constitución Política y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al derecho internacional convencional, constituyendo así un *bloque de derechos* que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributo”⁴⁴⁰. Como bien es sabido, las normas internacionales a que nos referimos tienen rango supralegal y plenamente vinculante para nuestro ordenamiento jurídico (artículo 5º, inciso segundo de la Constitución)⁴⁴¹, siendo la libertad personal uno de los derechos fundamentales comprendidos en este bloque.

En el caso de la Constitución, la libertad personal se encuentra consagrada como derecho fundamental en su artículo 19, cuyo número 7º señala que “*La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual*”. Por su parte, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político lo contempla en los siguientes términos: “*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 Convención Americana de Derechos Humanos lo consagra en términos similares en su artículo 7º, titulado “Derecho a la libertad Personal”: *1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*

⁴³⁹ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., pp. 61-62.

⁴⁴⁰ NOGUEIRA, H. (2015). “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia”. *Estudios Constitucionales, Universidad de Talca*, (2), 301-350, p. 312.

⁴⁴¹ *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

En términos aún más genéricos, la Declaración Universal de Derechos Humanos consolida la libertad como derecho humano, en su artículo 3º: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”. En cuanto a su base, la misma Declaración señala que, junto con la justicia y la paz, ésta consiste en el “reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Refiriéndose con esto a la *dignidad humana*, concebida como “la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal... la que es asegurada en sus atributos por los derechos fundamentales y la que debe ser asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico”⁴⁴².

Como advierte Garzón Valdés, siendo una característica definitoria atribuida a todo ser humano viviente, la *dignidad humana* sólo puede ser salvaguardada en la medida que la democracia como recurso político, pueda a su vez ser teórica y prácticamente justificada, a partir de la incorporación constitucional de derechos humanos, y su vigencia efectiva⁴⁴³. De esta forma, la dignidad tiene un carácter adscriptivo, lo cual presupone la identificación de un ser viviente como perteneciente a la especie humana, “algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o heterodeshumanización”⁴⁴⁴. Por otro lado, Maihofer ha señalado que la garantía de la *dignidad humana* puede constituir la base de una construcción e interpretación sistemática de los principios del Estado de Derecho, del Estado social y de la democracia, factible de desplegar la concepción jurídica de democracia liberal, propia de un Estado social de Derecho⁴⁴⁵.

El carácter vinculante y adscriptivo de la dignidad humana también se encuentra reconocido por el bloque constitucional de derechos fundamentales chileno, constituyendo, en

⁴⁴² NOGUEIRA, H. (2015), op. cit., p. 302.

⁴⁴³ GARZÓN VALDÉS, E. (2001). *Dignidad, Derechos Humanos y Democracia* [en línea]. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia> [2017, 20 de diciembre], p. 1.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁴⁵ MAIHOFFER, W. (2008). *Estado de derecho y Dignidad Humana*. (Trad. de J. L. Guzmán Dalbora). Montevideo - Buenos Aires: B de F, p. 40.

palabras de Nogueira, la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional, a partir del artículo primero de la Constitución⁴⁴⁶, en los siguientes términos:

(Inciso 1º) *Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

(Inciso 4º) *El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*

Lo que debe decirse respecto al ordenamiento constitucional, debe decirse aun con mayor razón respecto al resto del ordenamiento jurídico, en particular respecto del derecho penal, llamado a regular las condiciones que legitiman la operatividad de la potestad punitiva del Estado. Vale decir, a legitimar el uso de la fuerza empleada por el Estado para irrogar males a los sujetos, tornándose así en un área del derecho particularmente sensible, desde el punto de vista del respeto y vigencia prescriptiva de los derechos fundamentales, como la libertad personal. Es por esto que la *dignidad de la persona* ha sido reconocida, por sobre principios como la necesidad de intervención (última ratio) y de la protección de los bienes jurídicos, como el último y fundamental límite material al *ius puniendi*⁴⁴⁷. Este límite se materializa, como sostiene el profesor Juan Bustos, en el reconocimiento de la persona como tal dentro del sistema estatal, y en el establecimiento de límites en la intervención estatal, en cuanto el Estado no puede cosificar ni manipular a la persona, sino reconocerle su autonomía ética. Lo que a la larga termina por deslegitimar progresivamente dicha intervención, cuando implique una contradicción con la autonomía ética de la persona⁴⁴⁸.

Las reflexiones anteriores, lejos de ser referentes lejanos, vagos e inaplicables al asunto que nos ocupa, terminan por resolverlo. En definitiva, la *dignidad humana* en tanto fuente sustantiva de todos los derechos fundamentales (entre ellos, la libertad personal), valiéndonos nuevamente de las palabras de Nogueira, “irradia con ello todo el ordenamiento jurídico, el que debe *interpretarse* y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice

⁴⁴⁶ NOGUEIRA, H. (2015), op. cit., p. 304.

⁴⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J. (1989). *Manual de derecho penal: parte general* (3ª ed.). Barcelona: Ariel, pp. 43-56.

⁴⁴⁸ *Ibíd.*, p. 57.

de mejor forma, lo cual ha sido asumido jurisprudencialmente tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema⁴⁴⁹. Así las cosas, respetar la dignidad humana por parte de un sistema legal implica no sólo el reconocimiento constitucional de derechos humanos que de ella emanen, y la existencia de normas acordes a su vigencia. También incluye el deber de dar a los preceptos ya vigentes una interpretación acorde a su máxima realización de la dignidad humana. Vale decir, a la máxima realización de los derechos fundamentales, cuya vigencia y extensión se encuentra en juego. Es así como el concepto adscriptivo de dignidad humana (Garzón), somete al Estado a una conformación conceptualmente previa al individuo y dispuesta a la mayor expresión de sus derechos y en especial de su libertad, como sostiene Carvajal⁴⁵⁰.

La anterior consideración nos acerca a otro de los principios claves del bloque constitucional de derechos fundamentales: el *principio favor persona o pro homine*, que también tiene fundamento en el ya referido artículo primero de la Constitución (incisos primero y cuarto), y en la norma de reenvío del artículo 5º inciso segundo, comprendiendo con ello tratados y convenciones de derechos humanos, dentro de los cuales contiene este principio el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵¹, y el artículo 29 literal b) de la Convención Americana de Derechos Humanos^{452 453}. En su vertiente hermenéutica, este principio exige que “la interpretación de los derechos se realice en aquella versión que les otorgue el máximo de potencialidad y ejercicio efectivo por parte de las personas, como asimismo que sus limitaciones o restricciones legítimas solo pueden ser entendidas en sentido estricto”⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ (Las cursivas son nuestras). NOGUEIRA, H. (2015), op. cit., p. 304.

⁴⁵⁰ CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 50.

⁴⁵¹ Artículo 5º. 1. *Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.* 2. *No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*

⁴⁵² Artículo 29º. Normas de interpretación. *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*

⁴⁵³ NOGUEIRA, H. (2015), op. cit., p. 314.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*, p. 326.

Consiste, por tanto, en una consideración interpretativa que ha de tenerse en cuenta en toda norma legal que tenga incidencia en la vigencia y extensión de los derechos fundamentales integrantes del bloque constitucional. Tal es el caso del artículo 26 del Código Penal, cuya interpretación extensiva en la voz *aprehensión*, permite la comprensión de las privaciones de libertad previas a la imposición de la pena, independientemente del proceso en que han sido decretadas, para efectos de su reducción temporal. Lo cual permite una vigencia de la libertad personal del que ha sido condenado a dicha pena, y privado de libertad en un proceso distinto, más amplia que aquella que tendría bajo un criterio restrictivo, en virtud del cual debe existir una unidad procesal entre medida y pena, o una identidad entre los hechos que han motivado una y otra, terminando por consolidar las privaciones de libertad padecidas en un proceso distinto, que ha culminado con la absolución del sujeto, el sobreseimiento definitivo, o con su condena a una pena que se ha cumplido en exceso por aplicación de las normas del abono homogéneo, sin posibilidad de compensación. A la luz de los principios de *respeto por la dignidad humana*, y el *principio pro homine*, claramente *debe* preferirse una interpretación extensiva del precepto. Lo anterior, tomando en cuenta que tanto la privación de libertad cautelar padecida en el marco del proceso que se condenó al sujeto, como la padecida en el marco de otro distinto, son componentes con igual contenido punitivo.

Formuladas estas observaciones, la pregunta crucial que debe formularse es: ¿Son directamente aplicables estos principios al artículo 26 del Código Penal, para efectos de su interpretación extensiva? A nuestro juicio, la respuesta es y debe ser afirmativa. Desde el punto de vista de los criterios de interpretación aplicables al precepto, habiéndose mencionado previamente la falta de idoneidad del solo elemento gramatical de interpretación para dar por procedente o descartar definitivamente la procedencia del abono heterogéneo (artículos 19 inciso primero, 20 y 21 del Código Civil), lo mismo puede sostenerse respecto al elemento teleológico (artículo 19, inciso segundo), al no constar su “intención o espíritu” en la norma misma, ni en la historia fidedigna de su establecimiento –en las actas del código nada consta sobre las fuentes en que sus redactores pudieron haberse inspirado, como tampoco existen anotaciones ni discusiones acerca de su conveniencia o alcance-. Así, sólo resta recurrir al *método sistemático* de interpretación para desentrañar si espíritu, contemplado en el artículo 22 del Código Civil en los siguientes términos: *El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida*

correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Siguiendo este criterio, como ha sostenido el profesor Etcheberry, la norma no debe ser considerada aisladamente y el derecho penal no es tampoco un islote dentro del ordenamiento jurídico⁴⁵⁵. Los preceptos jurídicos objeto de interpretación forman parte de un sistema, que requiere una interpretación armónica⁴⁵⁶, que en la especie no sólo está integrado por normas de carácter penal, sino que además por normas de carácter supralegal (principio de supremacía constitucional). Más concretamente, por las normas integrantes del bloque constitucional de derechos fundamentales a cuyo respeto debe sujetarse la interpretación de preceptos legales relacionados con estos derechos, como hemos visto (principio *pro homine*)⁴⁵⁷.

Así las cosas, una interpretación extensiva del artículo 26 del Código Penal, en orden a la inclusión de privaciones de libertad cautelares padecidas tanto dentro como fuera del proceso en que se ha impuesto la pena objeto del descuento en la voz *aprehensión*, resulta más armónica con las exigencias impuestas por el constituyente, y con las limitaciones materiales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Teniendo a la vista un criterio sistemático de interpretación de la norma, tal interpretación extensiva nos parece aplicable.

De esta forma, *el –para nosotros, mal llamado- “abono impropio”, es plenamente procedente en nuestro ordenamiento jurídico*. En su virtud, la prisión preventiva, detención y privación de libertad domiciliaria, padecidas en un proceso que ha culminado con la dictación de una sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o de una sentencia condenatoria que ha impuesto una pena que se ha cumplido en exceso, *deberán servir* de abono para el

⁴⁵⁵ ETCHEBERRY, A. (1998) Derecho penal. Parte general, Tomo I (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 106.

⁴⁵⁶ POLITOF, S., MATUS, J. P. & RAMÍREZ, M. C. (2004), op. cit., p. 111.

⁴⁵⁷ Concordamos con Salas en criticar la impropiedad en que algunos tribunales han incurrido al interpretar la ley penal en conformidad a un *principio pro reo*, por cuanto el llamado *in dubio pro reo* es más bien una regla procesal que “sólo concierne a la comprobación de los hechos que sustentan la imputación penal pero no al derecho aplicable”. SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 75. Pero lo anterior no impide que la ley penal pueda y deba ser interpretada de un modo favorable al imputado, cuando su interpretación en uno u otro sentido termine por repercutir en la extensión y vigencia de sus derechos fundamentales. En otras palabras, la inexistencia de un *principio pro reo* no puede obstar a la existencia del *principio pro persona*, de rango constitucional (artículos primero incisos 1º y 4º, y quinto inciso 2º de la Constitución Política), concerniente a la interpretación de un precepto en un sentido que asegure mejor la vigencia de derechos fundamentales de los individuos,

cumplimiento de la sentencia condenatoria dictada en un proceso distinto (artículo 348 del Código Procesal Penal).

Como el legislador no ha impuesto ni exigido límites en el orden temporal, es irrelevante si dichas privaciones de libertad han sido padecidas antes o después del hecho que ha motivado la condena. En este sentido, discrepamos de Guzmán, al señalar que el abono sólo puede comprender las medidas adoptadas después del hecho que ha motivado la condena, para evitar que el abono devenga en la *apertura de un crédito* de días de libertad debidos por el Estado al individuo, que incentive a éste a delinquir⁴⁵⁸. Tal exigencia, amén de no estar preceptuada en la ley -contraviniendo así una interpretación favorable a la máxima vigencia de los derechos fundamentales del individuo-, parte del supuesto en virtud del cual, cada vez que se ha decretado una medida cautelar que ha privado de libertad en un proceso previo a los hechos que han motivado la futura condenación, y que ha culminado con absolución, sobreseimiento definitivo o cumplimiento en exceso, el sujeto *per se* adquiere un incentivo a delinquir, porque sabría de la existencia de medidas cautelares pendientes de abono, y que pueden reducir la extensión de la pena que se le impondría si es que comete otro delito. Ello constituye una inadmisibles ficción de conocimiento de una regla, respecto de la cual ni siquiera hay acuerdo entre los operadores del sistema penal. Si lo hubiera, o si el abono en causa diversa estuviera reconocido por el legislador expresamente, la elaboración misma del presente trabajo de tesis no tendría mayor sentido⁴⁵⁹.

Esta solución interpretativa, plenamente respetuosa y armónica con otros preceptos legales y en particular con el bloque constitucional de derechos fundamentales, ha sido en parte también seguida por la jurisprudencia argentina que ha debido afrontar un dilema similar al ofrecido por el artículo 26 del Código Penal (artículo 24 del Código Penal Argentino)⁴⁶⁰, y la jurisprudencia española que otorgó una amplia interpretación al artículo 33 del antiguo código de 1932⁴⁶¹. Respecto a la jurisprudencia chilena, de los fallos que hemos registrado,

⁴⁵⁸ GUZMÁN, J. L. (2008), op. cit., p. 315.

⁴⁵⁹ En palabras de Carvajal, “el fundamento de reconocer o denegar el abono, no puede adoptar como punto de partida la ficción sobre que el agente ha elaborado su resolución delictiva, considerando cálculos sobre la reducción o ausencia de pena aplicable, por encontrarse esta ya cumplida en todo o en parte con el abono preexistente”. CARVAJAL, R. (2014), op. cit., p. 42.

⁴⁶⁰ Capítulo III, subcapítulo 4°.

⁴⁶¹ Capítulo III, subcapítulo 3°.

sólo uno, dictado por la Corte de Apelaciones de Temuco, ha declarado la procedencia del abono en causa diversa sobre la base de la dignidad entendida como un “principio de principios”, que obliga a interpretar las normas pertinentes de un modo extensivo⁴⁶².

Como se ha intentado demostrar esmeradamente a lo largo de este capítulo, nuestra propuesta interpretativa dista bastante de estar sólo inspirada en fines de justicia material⁴⁶³, benignidad, equidad o reparación. Viene a responder a una necesidad de vigencia extensiva del derecho a la libertad personal del individuo, vinculante para el legislador en la medida que se ha obligado a respetar su dignidad.

⁴⁶² Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte de Apelaciones de Temuco, 15 abril 2016, Rol 376-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre] (reproducido en el Capítulo II, Subcapítulo 2º, apartado 2º). El fallo, erróneamente, también invoca los artículos 164 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 19 número 7º de la Constitución Política, como normas cuya interpretación extensiva puede justificar la procedencia del abono en causa diversa. Nos remitimos a lo ya señalado anteriormente, en orden a la impertinencia de ambos preceptos, sobre el particular.

⁴⁶³ SALAS ASTRAIN, J. (2017), *op. cit.*, p. 111.

CONCLUSIONES

En todos los sistemas en que se encuentra consagrada la institución del abono o cómputo de las medidas cautelares a la pena, ésta apela a la reducción de la extensión de la pena impuesta, cuando el sujeto condenado ya ha sido afectado por providencias que han limitado o restringido los mismos bienes jurídicos que serán limitados o restringidos como consecuencia del castigo penal.

Su evolución histórica puede resumirse en su transición desde una concesión discrecional y humanitaria de los jueces hacia su constitución en una operación consagrada legalmente, de carácter preceptiva y obligatoria, propia de los sistemas que pretendieron regular cuidadosamente los límites legales a que debía sujetarse el ejercicio de la actividad punitiva del Estado frente a la vulnerabilidad del individuo que ha debido soportar el sometimiento a privaciones de libertad previas y distintas del castigo penal.

Tanto la justificación como la naturaleza jurídica del abono han sido objeto de discusiones en la doctrina, en las cuales se percibe la importancia del dilema sobre la procedencia del llamado abono en causa diversa. Responder a la pregunta acerca de la concepción que justifica su procedencia, o acerca de su naturaleza jurídica, demanda analizar previamente la operatividad de la institución tratándose de providencias adoptadas en procesos distintos de aquel en que se impone la condena objeto de reducción.

En el derecho positivo chileno, la base legal de la procedencia del abono de las medidas cautelares personales a la pena, se encuentra en dos normas: el artículo 26 del Código Penal, y su correlato procesal, contenido en el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal. Las medidas cautelares personales susceptibles de dar lugar el abono son la prisión preventiva, la detención y la privación de libertad domiciliaria -artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal-, y las penas a las que puede aplicarse deben ser divisibles y temporales, sean privativas o restrictivas de libertad (aunque hemos limitado nuestro análisis al abono sobre las primeras). El cómputo debe ser íntegro y la fijación del tiempo de privación de libertad que deberá servir como abono es una mención de carácter obligatoria para el

tribunal que dicta la sentencia condenatoria, de lo cual se sigue la posibilidad de impugnarla cuando el descuento ha sido omitido total o parcialmente, o se yerra en su cálculo.

Siendo un punto indiscutible en doctrina que el abono debe tener por fundamento, al menos, la existencia de medidas cautelares personales adoptadas en el mismo proceso en que se dicta la sentencia condenatoria que impone la respectiva pena (abono propio u homogéneo), en diversas legislaciones, jurisprudencia y doctrina de otros países, y en la mayoría de la jurisprudencia y doctrina de nuestro país, se ha propugnado la procedencia del “abono heterogéneo” o “abono en causa diversa”, entendido como el descuento aplicable en la extensión de una pena privativa de libertad impuesta por sentencia condenatoria, del tiempo de privaciones de libertad que la persona condenada ha sufrido, en virtud de medidas cautelares personales decretadas en el marco de un proceso distinto de aquel en que dicha condena se expidió. Este otro proceso debió haber culminado con la absolución del sujeto, el sobreseimiento definitivo, o con la condena a una pena que se ha entendido cumplida en exceso, en conformidad con de las normas del abono homogéneo, respecto a una privación de libertad cautelar por un período superior a la extensión de la pena impuesta.

Sin embargo, la defensa de la procedencia preceptiva de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico no ha estado exenta de serios reparos y dificultades, provenientes tanto del marco legal existente en la materia –por cuanto las normas reguladoras del abono, si bien no rechazan, tampoco consagran ni regulan los presupuestos del abono en causa diversa de manera expresa-, como de su confrontación con premisas en el orden penal sustantivo y procesal, como son la concurrencia de la unidad de la causa y la identidad del hecho, en tanto presupuestos que se exigirían para la procedencia del cómputo, y que vendrían a excluir las privaciones de libertad cautelares padecidas en un proceso diverso o por hechos distintos.

Otra dificultad está relacionada con la diversidad de naturaleza y finalidades que presentarían las medidas cautelares y la pena, lo que resulta particularmente problemático para quien quiera defender la procedencia del abono heterogéneo, ante la falta de pronunciamiento expreso del artículo 26 del Código Penal; disposición que vendría a consagrar una especie de retroactividad que tiene lugar cuando se ha dictado sentencia condenatoria, por medio de la cual se entiende que la privación de libertad sufrida cautelarmente durante el procedimiento forma parte de la pena temporal (y ya no sería constitutiva de una providencia meramente

asegurativa), siempre que los hechos que motivaron la privación cautelar y la pena sean idénticos, lo que vendría a excluir del cómputo las privaciones cautelares padecidas por hechos diversos. Así lo ha sostenido el principal autor detractor de la figura en nuestro país, el profesor Salas Astrain, para quien el precepto sólo se justifica en el *principio vicarial*, siendo una concreción del principio de proporcionalidad en sentido amplio, y del axioma *ne bis in idem*.

No obstante las dificultades expuestas, la postura que aboga por la procedencia legal del abono en causa diversa en nuestro derecho es predominante tanto en la jurisprudencia como la doctrina nacional, aunque a partir de criterios muy diversos en su justificación. En el caso de la mayoría de la jurisprudencia de los tribunales superiores, especialmente de la Corte Suprema, su operatividad se ha justificado en la mal llamada “unificación de penas”, consagrada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales y que debe concurrir entre los procesos involucrados. Aquella solución es sumamente criticable, por cuanto tal precepto no hace más que regular un deber de adecuación de penas por parte del tribunal que dicta una sentencia condenatoria con posterioridad a otras dictadas en contra de un mismo sujeto, de un modo tal que la suma de sanciones impuestas no exceda de aquella que debía aplicarse si se hubieran apreciado en conjunto todos los hechos. Con lo cual, su acotado ámbito de aplicación malamente puede ampliarse a un punto tal que permita justificar la consideración de las privaciones de libertad dispuestas en un proceso, en el cómputo de la pena temporal y divisible impuesta en otro distinto.

Al defender dicha justificación, claramente la jurisprudencia de los tribunales superiores confunde el deber de adecuación de la sentencia condenatoria posterior dispuesto en este artículo con la antigua figura de la acumulación potencial de procesos (artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, ya derogado), inexistente en la legislación procesal penal actualmente vigente, y que en el sistema antiguo permitía la procedencia del abono en causa diversa, aunque de manera restrictiva.

En el caso de la doctrina, que mayoritariamente ha criticado la tesis de la Corte Suprema, la defensa de la procedencia del abono en causa diversa también es mayoritaria, aunque a partir de diversos matices. Nos encontramos así con autores que abogan por su procedencia de manera ilimitada (como Hernández Basualto, cuya postura ha sido seguida

también por cierta jurisprudencia minoritaria), y otros que la subordinan a criterios de índole temporal (Guzmán Dalbora), o bien a su atribución como consecuencia (Carvajal Schnettler). A todos estos se opone el ya mencionado Salas Astrain, quien halla la solución del privado de libertad no condenado durante el proceso en la indemnización por error judicial (artículo 19, número 7º, letra i de la Constitución Política), en atención a la improcedencia legal del abono en causa diversa.

Ante esta diversidad de planteamientos, nuestra propuesta interpretativa parte de la base del verdadero fundamento de la institución del abono de la medida cautelar a la pena, en general: el idéntico contenido del que ambas instituciones están dotadas, y que lejos de consistir en una coincidencia fáctica o práctica, se encuentra implícitamente reconocido por diversas disposiciones legales, tanto a nivel procesal como a nivel penal sustantivo. Dentro de éstas se encuentra precisamente, el artículo 26 del Código Penal, en que se ha manifestado la voluntad del legislador de considerar el contenido punitivo de una medida decretada durante el proceso –más allá de estar legitimada bajo la forma de un instituto procesal, de índole cautelar-, en el quantum de la pena temporal a la que ha sido posteriormente condenado el sujeto que la padeció, reduciéndola o incluso suprimiéndola, cuando la extensión de la medida ha sido igual o superior a la extensión de la pena.

Situada en el marco de una relación jurídico-penal en que comparece el individuo ante el Estado (como ha sostenido Guzmán Dalbora), la extensión de esta institución se encuentra condicionada por la medida en que el Estado se encuentra facultado para disponer del derecho de la libertad personal del individuo. En el caso de un Estado de Derecho como el chileno, el abono permite una atenuación o estrechamiento de la potestad punitiva, que asegura la máxima vigencia del derecho fundamental a la libertad personal, lo que constituye un imperativo proveniente del bloque constitucional de derechos fundamentales. Su fuente sustantiva, la *dignidad humana*, prescribe el deber de dar a las normas legales vigentes, que tengan incidencia en la vigencia y extensión de los derechos fundamentales en que se justifica, la interpretación más acorde a su máxima vigencia y extensión (*principio pro homine o pro persona*). Tal es el caso del artículo 26 del Código Penal, cuya interpretación extensiva en la voz *aprehensión*, permite la comprensión de las privaciones de libertad previas a la imposición de la pena, independientemente del proceso en que han sido decretadas, para efectos de su

reducción temporal. Ello permite una vigencia de la libertad personal del que ha sido condenado a dicha pena, y privado de libertad en un proceso distinto, más amplia que aquella que tendría bajo un criterio restrictivo, que exige la concurrencia de unidad procesal entre medida y pena, o de una identidad entre los hechos que han motivado una y otra.

Resultando aplicables estas consideraciones al artículo 26 del Código Penal, en mérito de un método sistemático de interpretación (artículo 22 del Código Civil), hemos de concluir que el abono heterogéneo es plenamente procedente en nuestro ordenamiento jurídico. En su virtud, la prisión preventiva, detención y privación de libertad domiciliaria, padecidas en un proceso que ha culminado con la dictación de una sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o con una sentencia condenatoria que ha impuesto una pena que se ha cumplido en exceso, deberán servir de abono para el cumplimiento de la sentencia condenatoria dictada en un proceso distinto (artículo 348 del Código Procesal Penal), siendo irrelevante si éstas han sido padecidas antes o después del hecho que ha motivado la condena.

No obstante no constituir una figura de carácter indemnizatoria y sujeta a las reglas resarcitorias propias del derecho civil, la institución del abono, en la medida que comprenda privaciones de libertad padecidas en procesos diversos en su operatividad, deviene en un mecanismo de compensación más eficiente y satisfactorio que el ofrecido por la acción indemnizatoria por error judicial (artículo 19, número 7º, letra i de la Constitución Política), frente al sujeto que ha sido privado de libertad sin condena, o por un tiempo superior del que ha debido corresponder en virtud de la condena finalmente impuesta. En primer lugar, porque no excluye la compensación en este último caso (hipótesis de cumplimiento en exceso de la pena), a diferencia de la vía indemnizatoria, que se limita a casos de absolución o sobreseimiento definitivo. En segundo lugar, por cuanto su operatividad no exige que la resolución por medio de la cual se ha privado de libertad sea calificada previamente como “injustificadamente errónea o arbitraria”. Este estricto y poco garantista delata lo limitada que resulta la figura de la indemnización por error judicial en general, abiertamente improcedente para el condenado a una pena de duración inferior al período por el que efectivamente permaneció privado de libertad, y para todos aquellos privados de libertad cautelarmente que no han logrado satisfacer el estricto margen probatorio exigido para que el máximo tribunal

proceda a declarar que la resolución por medio de la cual se ha dispuesto dicha privación ha sido injustificadamente errónea o arbitraria.

Así las cosas, de excluirse sin más la posibilidad de compensar a este sujeto, mediante la reducción de la sanción punitiva que ha de padecer en un proceso distinto, debemos resignarnos a concluir que, en todos los supuestos referidos, el privado de libertad debe conformarse con las “reglas del juego” que lleva implícita una medida como la prisión preventiva⁴⁶⁴. En definitiva, debe conformarse con las reglas del juego de un sistema que, si bien proclama la presunción de inocencia como una de las principales máximas del proceso penal moderno, en los últimos años ha facilitado indebidamente el uso de esta gravosa providencia, que ha pasado a tener aplicación automática cada vez que se ha formalizado una investigación por uno o más delitos que tienen asignada pena de crimen, sobre la base de una mera sospecha de culpabilidad. Se trata de un sistema que, a la larga, ha terminado por autorizar indiscriminadamente la privación de libertad de numerosas personas que, además de ser jurídicamente inocentes, con posterioridad han pasado a ser derechamente absueltas, o han podido obtener una pena sustitutiva de libertad⁴⁶⁵.

Ante una realidad como la descrita, nuestra respuesta dista de la resignación. Se refleja en nuestra propuesta interpretativa acerca del verdadero alcance que debe tener el artículo 26 del Código Penal, en un Estado de Derecho cuyos ciudadanos no se vean obligados a soportar gratuitamente la “potencial carga” de verse privados de libertad⁴⁶⁶, y puedan contar con mecanismos compensatorios acordes a su dignidad humana, en caso de que ello efectivamente ocurra. La solución contraria conduciría a conformarnos con decirle al privado de libertad cautelarmente, una vez absuelto o sobreseído definitivamente: “*váyase a la casa y le agradecemos su colaboración con el sistema*”, parafraseando a Duce⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ SALAS ASTRAIN, J. (2017), op. cit., p. 55.

⁴⁶⁵ PALMA, R. (2015, 12 de marzo). “Debatamos sobre prisión preventiva”. *Defensoría Penal Pública* [En línea]. Disponible en: http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/6035/debatamos-sobre-prision-preventiva [2017, 14 de diciembre].

⁴⁶⁶ DUCE, M. (2017, 22 de septiembre). “Presos sin condena ni reparación”. *El Mercurio* [en línea]. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/09/22/Presos-sin-condena-ni-reparacion.aspx> [2017, 14 de diciembre].

⁴⁶⁷ *Ibíd.*

Por supuesto que también resulta necesaria una modificación del marco legal de procedencia de la responsabilidad del Estado juez, con el fin de compensar al privado de libertad no condenado, y ampliarla al supuesto en que se ha condenado a una pena inferior al tiempo por el que ha permanecido privado de libertad. Pero en lo que respecta al caso en que aquel ha sido condenado a una pena temporal y divisible en un proceso diverso, una interpretación extensiva de la institución del abono es apta y suficiente para satisfacer dicho fin.

Un último aspecto en que hemos querido llamar la atención a lo largo de todo nuestro trabajo de tesis dice relación con lo nociva que resulta la diversidad de posturas respecto a la procedencia del abono en causa diversa en la jurisprudencia nacional. En los hechos, ha significado que su operatividad ha pasado a depender del particular entendimiento que guardan el juez o los jueces respectivos, sobre el sentido y alcance de preceptos como el artículo 26 del Código Penal, el artículo 348 del Código Procesal Penal y el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales. Es así como nos encontramos con condenados que han visto cerrada la posibilidad de reducción de la extensión de su condena, frente a otros a quienes se les ha concedido dicha solución, a título de privaciones de libertad sufridas en causa diversa.

Lo anterior, junto con constituir un potencial retroceso a la época en que la procedencia del abono quedaba sujeta a la incierta discrecionalidad de los jueces, viene a contravenir un tratamiento igualitario de los individuos ante la ley, en lo tocante a la aplicación de normas, cuya mayor o menor extensión termina repercutiendo en una mayor o menor extensión de un derecho fundamental tan trascendental, como es la libertad personal.

La solución a este inadmisibles estado de cosas, parece muy clara: de *lege ferenda*, resulta necesario el reconocimiento expreso del abono en causa diversa en nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de despejar dudas acerca de su procedencia preceptiva, las medidas y penas a las que se debe extender, la modalidad de cómputo y los límites a los que eventualmente puede sujetarse su aplicación. Resulta una modificación imperiosa que debe ir de la mano con otros cambios legislativos necesarios para asegurar del Estado el mayor de los respetos por la dignidad humana, a que se encuentra obligado por mandato constitucional: principalmente, modificaciones que amplíen el ámbito de aplicación de la acción indemnizatoria por error judicial y otras que restrinjan el ámbito de aplicación de la prisión

preventiva, a fin de transformarla en una medida meramente asegurativa, de aplicación excepcionalísima y ajena a fines preventivos históricamente asignados a la pena.

Lamentablemente, en una época en que el imperante populismo punitivo ha seguido abogando por un sistema procesal menos “liberal” y “garantista” del que tendríamos a partir del año 2000, tales cambios parecen cada vez más lejanos de la agenda legislativa y de las demandas de los propios ciudadanos, cuyos derechos se encuentran potencialmente comprometidos. Ante este escenario, nuestra respuesta sigue siendo la misma que la descrita anteriormente: no resignarnos y seguir defendiendo sin vacilación dichos cambios.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ARGENTI, N. L. (2016). “Conteo de la prisión preventiva: unificación de cómputos por sobreseimiento, absolución y pena en exceso”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP*, (46), 399-408.
- BAIGÚ, D., ZAFFARONI, E. R., TERRAGNI, M. A. & DE LANGHE, M. (1997). *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Volumen I. Buenos Aires: Hammurabi.
- BECCARIA, C. (2014). *De los delitos y las penas: edición 250 años*. (Trad. de S. Sentis y M. Ayerra) (4ª ed.). Medellín - Colombia: Nuevo Foro.
- BENÉYTEZ MERINO, L., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. & DÍAZ MARTÍNEZ, P. (2004). *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, Tomo I (2ª ed.). Barcelona: Bosch.
- BRAVO, B. & GUZMÁN BRITO, A. (1989). *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1989). *Manual de derecho penal: parte general* (3ª ed.). Barcelona: Ariel.
- CAFFERATA NORES, J. I. (2002). *Eficacia del sistema penal y garantías procesales. (¿Contradicción o equilibrio?)*. Córdoba: Mediterránea.
- CARNELUTTI, F. (1994). *Cuestiones sobre el proceso penal*. (Trad. de S. Sentís Melendo) (2ª ed.). Buenos Aires: Librería El Foro.

- CARVAJAL, R. (2014). “El respeto a la dignidad en la determinación judicial de la pena: el caso del abono en causa diversa”. *Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar*, (12), 13-66.
- CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A. & CASABÓ RUIZ, J. (1972). *Comentarios al código penal*, Tomo II. Barcelona: Ariel.
- CURY, E. (2005). *Derecho penal. Parte general* (7ª ed.). Santiago: Ediciones Universidad Católica.
- D` ALESSIO, A. (2005). *Código penal comentado y anotado. Parte general (Artículos 1º a 78 bis)*. Buenos Aires: La Ley.
- DANTI, F. & LAVALLE, A. M. (2016). *Penados: Temas de libertad y Tribunal de Casación Penal* [en línea]. Buenos Aires: Defensoría de Casación, Provincia de Buenos Aires. Disponible en: http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Ejecuci%C3%B3n_penal/documentos_de_trabajo/Actualiza_2016_ejecuci%C3%B3n_en_el_TCP.pdf [2017, 26 de diciembre].
- DE LA RÚA, J. (1972). *Código penal Argentino. Parte general*. Córdoba - Buenos Aires: Lerner.
- DEI VECCHI, D. (2013). “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 26(2), 189-217.
- DEL RÍO CASTILLO, J. R. (1935). *Derecho penal*, Tomo II. Santiago de Chile: Nascimento.
- DUCE M. & RIEGO, C. (2009). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Santiago: Centro de Estudios de la Justicia de las Américas.

- DUCE, M. (2017, 22 de septiembre). “Presos sin condena ni reparación”. *El Mercurio* [en línea]. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/09/22/Presos-sin-condena-ni-reparacion.aspx> [2017, 14 de diciembre].
- DUCE, M. (2017, 11 de octubre). “Retrosos en materia de prisión preventiva en Chile”. *The Clinic* [en línea]. Disponible en: <http://www.theclinic.cl/2017/10/11/columna-mauricio-duce-retrosos-materia-prision-preventiva-chile/> [2017, 1 de diciembre].
- ETCHEBERRY, A. (1998). *Derecho penal. Parte general, Tomo I* (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERNÁNDEZ, M. D. (1983). “El abono de la prisión preventiva en el proyecto de código penal”. *Estudios penales y criminológicos. Cursos y Congresos de la Universidad de Santiago de Compostela*, (6), 85-102.
- FERRAJOLI, L. (1997). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (2ª ed.). Madrid: Trotta. (Colección estructuras y procesos).
- FERRER BELTRÁN, J. (2012). “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 4(1), 1-26.
- FERRER SAMA, A. (1947). *Comentarios al código penal, Tomo II*. Murcia: Sucesores de Nogués.
- FUENSALIDA, A. (1883). *Concordancias i comentarios del Código penal chileno, Tomo I*. Lima: Imprenta Comercial.
- GARRIDO MONTT, M. (2001). *Derecho penal parte general, Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2001). *Dignidad, Derechos Humanos y Democracia* [en línea]. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia> [2017, 20 de diciembre].

- GUZMÁN, J. L. (2008). *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago de Chile: LegalPublishing.
- HASSEMER, W. (2003). *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. (Trad. de P. S. Ziffer,) (2ª ed., 1º reimp.). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- HERNÁNDEZ, H. (2009). *Abono de Prisión preventiva en causa diversa* [en línea]. Santiago: Departamento de Estudios, Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4185-2.pdf> [2017, 20 de diciembre].
- HORVITZ LENNON, M. I & LÓPEZ MASLE, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- IBÁÑEZ, P. A. (1997). “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, (13), 5-18.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2014). “Personas privadas de libertad en prisión preventiva”. *Revista Acceso a la Justicia*, (2), 71-89.
- JESCHECK, H. H. (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general*, Volumen II. (Trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Barcelona: Bosch.
- JESCHECK, H. H. & WEIGEND, T. (1998). *Tratado de derecho penal. Parte general*. (Trad. de M. Olmedo Cardenete) (5ª ed.). Granada: Comares.
- LAUDAN, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (Trad. de C. Vásquez y E. Aguilera). Madrid – Barcelona - Buenos Aires - São Paulo: Marcial Pons.
- LLOBET, J. (2009). “La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, (24), 114-148.

- LLOBET, J. (2009). “Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, (1), 161-220.
- MAIHOFER, W. (2008). *Estado de derecho y Dignidad Humana*. (Trad. de J. L. Guzmán Dalbora). Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- MAÑALICH, J. P. (2007). “La pena como retribución”. *Estudios Públicos*, (108), 117-205.
- MAÑALICH, J. P. (2011). “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”. *Revista de Criminología e Ciências Penitenciárias*, (2), 1-30.
- MATURANA, C. & MONTERO, R. (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo I. Santiago de Chile: AbeledoPerrot.
- MATURANA, C. & MONTERO, R. (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo II. Santiago de Chile: AbeledoPerrot.
- MEYER, M. E. (2007). *Derecho penal: Parte general*. (Trad. de S. Politoff Lifschitz). Montevideo - Buenos Aires: B de F. (Colección Maestros del derecho penal; 25).
- MORALES, E. (2011), “La regulación de la pena en conformidad con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales”. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), 199-216.
- NOGUEIRA, H. (2015). “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia”. *Estudios Constitucionales, Universidad de Talca*, (2), 301-350.
- NÚÑEZ, R. C. (1959). *Derecho penal argentino. Parte general*, Tomo II. Buenos Aires: Biblioteca Omeba.
- OLIVER CALDERÓN, G. (2012). “Aproximación a la unificación de penas”. *Política Criminal*, 7(14), 248-275.
- ORTEGO GIL, P. (2001). “La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII)”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 54(1), 43-70.

- PALMA, R. (2015, 12 de marzo). “Debatamos sobre prisión preventiva”. *Defensoría Penal Pública* [En línea]. Disponible en: http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/6035/debatamos-sobre-prision-preventiva [2017, 14 de diciembre].
- PECO, J. (1921). *La reforma penal argentina de 1917-20*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.
- POLITOF, S., MATUS, J. P. & RAMÍREZ, M. C. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (2ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SALAS ASTRAIN, J. (2017). *Abono de la prisión preventiva en causa diversa. Deconstrucción de una teoría dominante*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- SANGUINÉ, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALENZUELA, J. (2011). “Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), 53-70.
- ZAFFARONI, E. R. (1996). “Las penas crueles son penas”. *Revistas y Ensayos, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires*, (66), 13-28.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. & SKOLAR, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- ZAMBRANA, P. (2005). “Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (27), 197-229.
- ZÚÑIGA, F. (2008). “La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia”. *Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca*, (2), 15-41.

LEGISLACIÓN

1. NACIONAL

Código Civil. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del 2000, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre registro civil; de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley N° 16.618, ley de menores; de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 30 de mayo de 2000.

Código de Procedimiento Penal. Ley N° 1.853. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 19 de febrero de 1906.

Código Orgánico de Tribunales. Ley N° 7.421. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 9 de julio de 1943.

Código Penal. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 12 de noviembre de 1874.

Código Penal de la República de Chile; Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno; Proyecto de Código Penal chileno [Ed. facsimilar]. Santiago de Chile: Imprenta de la República (Grandes textos jurídicos chilenos del siglo XIX). 1873.

Código Procesal Penal. Ley N° 19.696, que establece Código Procesal Penal. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 12 de octubre de 2000.

Constitución Política de la República. Decreto con Fuerza de Ley N° 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de

Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, República de Chile. Santiago de Chile, 22 de septiembre de 2005.

Historia de la ley N° 19.966. Establece Código Procesal Penal [en línea]. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 12 de octubre de 2000. Disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf [2017, 18 de octubre].

Historia de la Ley N° 20.074. Modifica los Códigos Procesal Penal y Penal [en línea]. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 14 de noviembre de 2005. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id.../10221.3/.../HL20074.pdf> [2017, 10 de octubre].

Ley N° 18.216, que establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga las disposiciones que señala. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 14 de mayo de 1983.

Ley N° 18.857, que introduce modificaciones al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 6 de diciembre de 1989.

Ley N° 19.640, que establece Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 15 de octubre de 1999.

Ley N° 19.665, que reforma el Código Orgánico de Tribunales. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 9 de marzo de 2000.

Ley N° 20.074, que modifica los Códigos Procesal Penal y Penal. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 14 de noviembre de 2005.

Ley N° 20.253, que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 14 de marzo de 2008.

Ley N° 20.603, que modifica la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Ministerio de Justicia, República de Chile. Santiago de Chile, 27 de junio de 2012.

2. EXTRANJERA

Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Trad. de Claudia López Díaz, de la versión titulada *Strafgesetzbuch*, 32ª edición, *Deutscher Taschenbuch Verlag*, C. H. Beck, Munich (1998) [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf [2017, 25 de noviembre].

Código Penal de la Nación Argentina [en línea]. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación, 29 de octubre de 1921. Disponible en: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigo-penal-argentina.html> [2017, 26 de noviembre].

Ley Orgánica 10/1995, de Código Penal Español [en línea]. Ministerio de Justicia, 23 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> [2017, 28 de diciembre].

TRATADOS INTERNACIONALES

Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, de 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José, Costa Rica).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 23 de marzo de 1976.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

1. NACIONAL

1.1. Tribunal Constitucional

Requerimiento por inconstitucionalidad (2015): Tribunal Constitucional de Chile, 22 enero 2015, Rol 2765-2015 [en línea]. Buscador de sentencias del Tribunal Constitucional de Chile. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> [2017, 21 de octubre].

1.2. Corte Suprema

Acción Constitucional de Amparo (2006): Corte Suprema, 11 octubre 2006, Rol 5156-2006 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2006): Corte Suprema, 6 diciembre 2006, Rol 6212-2006 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2008): Corte Suprema, 19 noviembre 2008, Rol 6945-2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2009): Corte Suprema, 27 agosto 2009, Rol 5798-2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2010): Corte Suprema, 5 abril 2010, Rol 2221-2010 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2010): Corte Suprema, 23 noviembre 2010, Rol 8818-2010 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2013): Corte Suprema, 21 febrero 2013, Rol 1146-2013 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2014): Corte Suprema, 14 agosto 2014, Rol 22539-2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte Suprema, 16 marzo 2016, Rol 17086-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte Suprema, 14 septiembre 2016, Rol 65299-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte Suprema, 27 marzo 2017, Rol 9350-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte Suprema, 3 julio 2017, Rol 33768-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte Suprema, 7 agosto 2017, Rol 36208-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte Suprema, 13 septiembre 2017, Rol 38738-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

1.3.Cortes de Apelaciones

Acción Constitucional de Amparo (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, 30 octubre 2008, Rol 108-2008 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Recurso de Apelación (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 abril 2009, Rol 623-2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Recurso de Nulidad (2012): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 febrero 2012, Rol 176-2012 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2014): Corte de Apelaciones de Iquique, 4 julio 2014, Rol 55-2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2014): Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 julio 2014, Rol 169-2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Recurso de Nulidad (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 agosto 2014, Rol 2054-2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, 3 agosto 2015, Rol 124-2015 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Recurso de Nulidad (2015): Corte de Apelaciones de Valdivia, 11 diciembre 2015, Rol 840-2015 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte de Apelaciones de Temuco, 15 abril 2016, Rol 376-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Recurso de Apelación (2016): Corte de Apelaciones de Talca, 28 junio 2016, Rol 419-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte de Apelaciones de Chillán, 7 julio 2016, Rol 969-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 18 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 8 noviembre 2016, Rol 69-2016 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Recurso de Apelación (2017): Corte de Apelaciones de Talca, 17 marzo 2017, Rol 116-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte de Apelaciones de Talca, 17 marzo 2017, Rol 279-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

Acción Constitucional de Amparo (2017): Corte de Apelaciones de Talca, 19 junio 2017, Rol 647-2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [2017, 21 de octubre].

2. EXTRANJERA

Corte IDH (2009). Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 noviembre 2009 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf [2017, 18 de octubre].

Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) (1999). Queja constitucional, 116/99, resolución de 15 mayo 1999 [en línea]. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/05/rk19990515_2bvr011699.html [2017, 26 de noviembre].

Tribunal Supremo Español (1992). RJ 16807, 30 octubre 1992 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/> [2017, 14 de noviembre].

Tribunal Supremo Español (1993). RJ 5701, 2 julio 1993 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/> [2017, 14 de noviembre].

Tribunal Supremo Español (1998). RJ 2820, 23 marzo 1998 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/> [2017, 14 de noviembre].

Tribunal Supremo Español (2000). RJ 1279, 11 mayo 2000 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/> [2017, 14 de noviembre].