



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

**EL PROBLEMA DEL ABONO HETEROGÉNEO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO: ANÁLISIS DOCTRINARIO
Y JURISPRUDENCIAL**

CAMILA ESTEFANÍA PALMA SÁEZ

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Santiago Sebastián Fernández Collado

Santiago, Chile

2019

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	4
2.	CAPITULO 1: ABONO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LA PENA.....	5
2.1	El abono homogéneo.....	7
2.1.1	Principio vicarial.....	7
2.1.2	Identidad de hecho.....	8
2.2	Regulación legal del abono homogéneo.....	9
3.	CAPITULO 2: ABONO HETEROGÉNEO.....	13
3.1	Casos en los que procede el abono heterogéneo.....	13
3.2	Posiciones doctrinarias en relación al abono heterogéneo.....	14
3.3	Doctrina a favor de su aplicación en nuestro derecho.....	14
3.4	Doctrina en contra de su aplicación en nuestro derecho.....	18
3.5	Procedencia de la acción indemnizatoria, como solución al problema de las privaciones de libertad cautelares sin justificación en una pena posterior.....	27
4.	CAPITULO 3: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL ABONO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LA PENA EN CAUSA DIVERSA.....	36
4.1	Artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, norma que regula la unificación de penas y en que se basa la jurisprudencia mayoritaria para hacer procedente el abono en causa diversa.....	40
4.2	Antecedentes de la norma.....	41
4.3	Finalidad del artículo 164 COT.....	42

4.4	¿Es aplicable la unificación de penas en el actual sistema procesal penal?.....	45
4.5	Requisitos para la aplicación del artículo 164 COT.....	48
4.5.1	Pluralidad de sentencias condenatorias.....	48
4.5.2	Que las sentencias condenatorias que refieran a hechos diversos.....	49
4.5.3	Posibilidad de juzgamiento conjunto.....	50
4.5.4	Que sea posible la aplicación de una regla concursal más favorable para el imputado.....	52
4.6	Rechazo de la doctrina a la justificación jurisprudencial predominante.....	53
5.	CAPITULO 4: DERECHO COMPARADO, ESPAÑA.....	56
6.	TOMA DE POSICIÓN.....	60
7.	CONCLUSIONES.....	64
8	BIBLIOGRAFÍA.....	71

1. INTRODUCCIÓN

Ante el problema de imponerse a una persona una medida cautelar privativa de libertad como la prisión preventiva o el arresto domiciliario total o parcial cuando el tiempo de privación de libertad ha excedido de aquel a que fue condenado el imputado, o bien cuando no es condenado por los cargos por lo que se acusó, por diversas hipótesis, surgen varias posibles soluciones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que, a pesar de responder de la misma manera, es decir, permitiendo el abono de la medida cautelar a una pena impuesta en causa diversa, se llega a esa respuesta por diversos caminos. En este trabajo se analizarán los argumentos sostenidos por la doctrina que se podría llamar dominante, para entender por qué es procedente el llamado abono heterogéneo, además de los argumentos de la postura contraria, más actual, que propone una solución completamente distinta, es decir, no hacer aplicable esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, sino que dar respuesta mediante una institución extrapenal, en particular la indemnización de perjuicios que debe el Estado a quien se ha visto perjudicado por la privación de libertad cautelar que ha excedido del tiempo a que ha sido efectivamente condenado.

Por otra parte, también se analizará la jurisprudencia en tal sentido, los fundamentos legales por los que justifica su –muy extendida- aplicación, especialmente en virtud del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT) que regula, en principio, otra institución pero ha servido de base interpretativa para dar legitimidad legal a la solución planteada y la crítica que hace la doctrina a dicha forma en que se llega a la misma conclusión.

Finalmente, se mencionará la solución establecida en el derecho español, la cual previó las eventuales dificultades e incentivos perversos a que podría dar lugar una aplicación sin restricciones de un principio que busca favorecer al imputado.

2. CAPÍTULO 1: ABONO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LA PENA

En términos generales, la doctrina plantea diversas aproximaciones sobre lo que debe entenderse por el abono de las medidas cautelares a la pena. Así, por ejemplo, Guzmán Dálbora lo define como el cómputo de los efectos jurídicos de ciertas providencias, adoptadas durante el proceso penal con fines de aseguramiento de la persona del inculpado, en la extensión o medida concretas de la pena impuesta por la sentencia condenatoria.¹

Rodrigo Carvajal también define esta institución, señalando que el abono es el descuento a la pena de privaciones de libertad soportadas por el condenado.²

Para efectos de este trabajo, adoptaré la primera de estas definiciones como la más completa, y en base a ella se desarrollarán las siguientes páginas.

Guzmán Dálbora sostiene que el abono tiene su origen ya en un pasaje del Digesto, obra ordenada por el emperador Justiniano que se remonta al año 533 d.C, destacando que “si alguno hubiese estado largo tiempo en calidad de reo, hay que aliviar un tanto su pena ya 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”.³ Respecto del origen de la institución en comento, Carvajal concuerda con Guzmán Dálbora expresando que en caso que la condición de reo se prolongase, la pena se debería ver reducida de modo de no perjudicar al reo por dilaciones excesivas del proceso. Agrega que ante una extensa privación de libertad, pese a entrañar una circunstancia ajena a la pena, debe incidir en su determinación final.⁴

¹ GUZMÁN DALBORA, José Luis. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Argentina: Editorial Bdf, 2009. 381. p.

² CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *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): 16, 2014.

³ GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Op. cit.* p.389.

⁴ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 14.

En cuanto a la naturaleza jurídica del abono, Jaime Salas Astrain analiza el debate generado en doctrina, en cuanto a las visiones que se tienen sobre este tema. “Para unos se trataría de una regla administrativa de ejecución de pena que debe ser aplicada automáticamente por la autoridad competente, entre nosotros, Gendarmería de Chile”,⁵ sin necesidad de declaración judicial.⁶ La segunda postura, a la cual adhiere la doctrina mayoritaria, señala que “el abono constituye una regla de determinación judicial de la pena”.⁷ Otros, por su parte, desestiman ambas tesis, Guzmán Dálbora respecto a la primera, sostiene de forma clara y sucinta que “el abono debe ser ubicado dentro del marco de determinación de la pena, en la que le cabe un rol exclusivo al juez de la causa. Por lo tanto, la autoridad administrativa encargada de la ejecución solo puede limitarse a acatar el fallo”.⁸ En cuanto a la tesis mayoritaria, este autor argumenta que dicha interpretación también yerra debido a que “las medidas cautelares son por completo extrañas a los factores determinante de ese iter, a saber, la extensión del injusto y la gravedad de la culpabilidad retratados en el hecho”.⁹

Por su parte, Salas predica que el abono “se ubica en el ámbito de las reglas de determinación de la pena, desde que su procedencia constituye un mandato explícito impuesto por el legislador al juez en el artículo 26 del Código Penal (en adelante CP) y en el inciso 2° del artículo 348 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), con el propósito de graduar la intensidad de la sanción de la que es merecedor el condenado”.¹⁰ Y agrega que, a pesar de tener razón Guzmán Dálbora en que el tiempo de privación de libertad cautelar nada tiene que ver con el contenido del injusto, dada la identidad de hecho, lo que no se pudo considerar pena anticipada, al haber, luego, una condena que establece una sanción penal que destruye la presunción de inocencia, necesariamente esta

⁵ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Abono de la prisión preventiva en causa diversa: Desconstrucción de una teoría dominante*. Chile: Librotecna, 2017.31. p.

⁶ GUZMÁN DALBORA, José Luis. Op. cit. p. 388

⁷ SALAS ASTRAIN, Jaime. Op.cit. p. 31.

⁸ GUZMÁN DALBORA, José Luis. Op. cit. p.387-388.

⁹ *Id.*

¹⁰ SALAS ASTRAIN, Jaime. Op.cit. p.32.

privación de libertad cautelar opera retroactivamente como sanción penal. De este modo, sí es una regla de determinación de la extensión de la pena.¹¹

2.1 El abono homogéneo

2.1.1 Principio vicarial

Al dictar el juez penal competente una sentencia condenatoria contra el acusado que, durante el proceso ha sido sometido a la medida cautelar de prisión preventiva, surge entre la mencionada medida cautelar y la pena impuesta una relación jurídica penal compleja, denominada en doctrina Principio Vicarial.¹²

Es necesario hacer presente que el “principio vicarial”, en tanto implica que la pena no se suma a la medida cautelar de privación de libertad sino que ha de contabilizarse para la determinación del quantum de pena impuesta por el juez¹³ está asociado desde su inicio al llamado “abono homogéneo” o abono estricto o propio y está reconocido por texto legal expreso, lo que permite que no haya cuestionamientos al respecto,¹⁴ de este modo, ambos conceptos son tratados indistintamente debido a que tienen su justificación en el nexo existente entre la privación de libertad cautelar y la pena aplicada en una misma causa en razón de unos mismos hechos.¹⁵

“El abono propio o estricto, es aquel tiempo de prisión preventiva sufrido en un mismo procedimiento por el que luego resulta condenado a una pena privativa

¹¹ *Id.*

¹² *Ibíd.* p. 26.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Ibíd.* p. 27.

¹⁵ *Ibíd.* p. 39.

de libertad. En este caso, resulta lógico que aquel tiempo de prisión preventiva se aplique como condena cumplida a cuenta de la pena posteriormente impuesta”.¹⁶

Carvajal analiza esta institución haciendo alusión a la jurisprudencia práctica española, específicamente al proceso de liquidación de condenas que compete al juez de vigilancia penitenciaria y señala al respecto que el término abono, en relación con las sanciones temporales, se traduce en sustraer de la pena determinadas magnitudes, incluso hasta llegar a determinar la pena sin que quede contenido punitivo alguno, lo que supone una aproximación valorativa al paso previo del qué y el cuánto de los rubros a que se debe recurrir.¹⁷

2.1.2 Identidad de hecho

El Principio Vicarial y el abono homogéneo se fundan en la “identidad de hecho”, motivo por el cual, como señalé precedentemente, en doctrina se denominan indistintamente. Algunos autores proponen una definición y señalan que “consiste en una compensación equitativa en que únicamente debe abonarse la prisión preventiva que se irrogó por el mismo hecho objeto de la condena”.¹⁸ La consecuencia que se deriva, entonces es que “el abono homogéneo se hace cargo de que los hechos conforme a los cuales se decretó la privación de libertad cautelar y aquellos por los que se condenó a alguien, son unos mismos, por lo que debe ser realizada una homologación del efecto producido a causa de ellos (la afectación a la libertad individual del imputado condenado)”.¹⁹

Conforme a la identidad de hecho, “una vez ejecutoriada la condena la presunción de inocencia que amparó al imputado desaparece con lo que de conformidad a esta tesis, no puede considerarse pena anticipada bajo el influjo de

¹⁶ UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. *Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario* [en línea] España: [fecha de consulta: 25 de febrero de 2019]. Disponible en: <<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/normativa/abono.htm>>

¹⁷ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 15.

¹⁸ GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Op. cit.* p .390.

¹⁹ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 29.

tal principio, ahora debe calificarse –retroactivamente- como sanción penal, ya que el tiempo que duró la prisión cautelar ahora se encuentra validado por una sentencia ejecutoriada que estableció la culpabilidad del sujeto”.²⁰

2.2 Regulación legal del abono homogéneo

En nuestro país, al igual que en la mayoría de las legislaciones, el abono homogéneo goza de regulación legal expresa, fundamentalmente a través de 4 normas. La institución debe ser interpretada desde el derecho penal sustantivo pero sin dejar de lado las normas procesales, ya que son estas últimas las que simplifican su correcta comprensión.²¹

La primera norma que hace referencia al abono homogéneo es el artículo 20 del Código Penal, según el cual “no se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales...”.

Este precepto está planteado en términos negativos, es decir, define aquello que, para los efectos del Código, no se reputa pena y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación del mismo.²² El objeto de esta norma es “regular las consecuencias jurídicas que importan ciertas restricciones de derechos como la prisión preventiva, que no se consideran pena”²³ y “hacer efectiva la presunción de inocencia y remarcar la distinta naturaleza jurídico penal de la restricción o privación de libertad antes de la condena, respecto de la que se deriva del cumplimiento de una pena privativa de libertad, pero que no puede interpretarse de algún modo que importe una restricción o lesión del derecho a la libertad

²⁰ *Ibíd.* p. 32.

²¹ *Ibíd.* p. 36-37.

²² COUSO SALAS, Jaime. *Código Penal Comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*. Chile: Legal Publishing Chile, 2011.445. p

²³ VARGAS PINTO, Tatiana y PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio (ed.). *Código Penal*. Chile: Legal Publishing Chile, 2012.82. p.

personal”.²⁴ En este punto cobran especial relevancia las demás normas de articulación del abono homogéneo, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 20 del CP en relación a que no se reputan penas, las medidas cautelares personales que se imponen en el marco del proceso penal [...] conforme al artículo 26 CP y al 348 CPP, el tiempo en que estuvo sometido a ellas pueda imputarse luego a una eventual pena privativa de libertad en caso de condena.²⁵ En efecto, las medidas cautelares personales al tener un carácter netamente procesal²⁶ en tanto se encuentran amparadas por el principio de inocencia, no pueden ser consideradas penas pues no existe sentencia ejecutoriada en contra del acusado que establezca su culpabilidad.²⁷

El segundo precepto que regula esta institución es el artículo 26 CP que señala: “la duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado”. En este orden de ideas, esta disposición debe interpretarse como un complemento necesario al artículo 20 CP,²⁸ porque mientras existe un proceso vigente debe regir el art. 20 CP, mientras que si ya se ha dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada se aplica el art. 26 CP, pues sólo esta resolución judicial puede establecer una pena, antes de ello y mientras pende el proceso, no estamos en presencia de una pena sino sólo de una medida cautelar que no puede tener por fin sino exclusivamente salvaguardar los fines del procedimiento.

Héctor Hernández entiende que el artículo 26 CP es una disposición sustantiva, de principio ordenador, que se complementa por normas procedimentales, pero en sí mismo es una norma limitativa de la duración de las penas privativas de libertad,²⁹ añade además que este artículo “tiene por fundamento el respeto a la libertad de las personas”.³⁰ En relación a la presunción

²⁴ COUSO SALAS, Jaime.. *Op.cit.* p. 477.

²⁵ VARGAS PINTO, Tatiana y PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio *Op.cit.*p.445.

²⁶ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 37.

²⁷ *Id.*

²⁸ COUSO SALAS, Jaime. *Op.cit.* p. 477.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

de inocencia, Salas Astrain, señala que el artículo 26 CP parte del supuesto de la existencia de una sentencia ejecutoriada, en ese contexto, este principio “se encuentra esfumado”.³¹

En tercer lugar, el artículo 4 del Código Procesal Penal señala: “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

“Una persona es inocente para el derecho hasta que se dicta una sentencia condenatoria en su contra, es decir, con el juicio de afirmación de la culpabilidad de la condena”.³² La presunción de inocencia establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente hasta que no se declare lo contrario.³³ Este derecho fundamental del imputado, elevado a rango constitucional, subsiste durante todo el proceso, por lo tanto, el periodo en que se encuentra privado de libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva, es decir, una privación de libertad sin que un tribunal haya dictado una sentencia condenatoria, no puede obviar esta presunción, que tiene como límite temporal, por consiguiente, el pronunciamiento de la sentencia condenatoria al haberse adquirido por el tribunal, certeza de la culpabilidad mediante la valoración de la prueba exclusivamente y jamás mediante la arbitrariedad o la duda. Este principio encuentra apoyo en el artículo 4° CPP, disposición legal de vital importancia para la justificación del abono vicarial, ya que esta norma establece la conexión entre el sistema penal y el procesal penal, permitiendo asimilar la privación de libertad cautelar a la pena, si, y sólo si, el imputado es condenado mediante sentencia firme.³⁴

³¹ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 37.

³² VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan. *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): 61-62, 2011.

³³ REYES MOLINA, Sebastián. *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*. Revista de Derecho. XXV (2): 233, 2012.

³⁴ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 37.

Por último, el precepto que fundamenta el marco legal del abono homogéneo es el artículo 348, inciso segundo CPP que prescribe que la sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará este a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta de 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. En palabras de Troncoso, “este artículo alude a uno de los pronunciamientos que debe contener la sentencia definitiva que impone una pena temporal. Así la sentencia definitiva debe fijar con precisión el lapso que ha de descontarse de la condena, del que resulta en definitiva el tiempo que al condenado le resta por cumplir de la sanción impuesta”.³⁵ Por su parte, Salas complementa que “su fundamento también descansa en la existencia de una sentencia condenatoria que hace posible el abono de la privación de libertad cautelar tras desaparecer los efectos derivados del principio de inocencia”.³⁶

En este acápite no ahondaré más sobre este punto, ya que esta norma se desarrollará detalladamente en el siguiente capítulo.

³⁵ TRONCOSO MORENO, Max. *El abono a la pena de las privaciones de libertad provisionales o parciales*. Revista de la Justicia Penal. (7): 160,2017.

³⁶ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 38.

3. CAPÍTULO 2: ABONO HETEROGÉNEO

El abono heterogéneo, llamado en doctrina abono en causa diversa o abono impropio,³⁷ es definido con claridad por Hernández, quien sostiene que “consiste en abonar a una condena el tiempo de privación de libertad sufrido en un procedimiento distinto de aquél en el que dicha condena se impone”.³⁸

3.1 Casos en los que procede el abono heterogéneo

Héctor Hernández, enumera una serie de casos en que el abono heterogéneo es procedente y refiere: a) casos en que el condenado ha sufrido con anterioridad en un procedimiento diverso una privación de libertad no constitutiva de pena de acuerdo con el artículo 20 CP, específicamente una detención, prisión preventiva o arresto domiciliario, conforme al artículo 155 CPP, pero también cualquier otro tipo de privación de libertad asociada a un procedimiento penal como la internación provisoria, y que ésta privación de libertad no ha sido íntegramente abonada a la pena porque el imputado fue absuelto o sobreseído definitivamente; b) cuando la pena impuesta al condenado se tuvo por cumplida en exceso por el mayor tiempo de privación de libertad; c) casos en que el sujeto ha sido condenado y que a pesar de haber comenzado a cumplir la pena privativa de libertad, luego es dejada total o parcialmente sin efecto, esto por varios motivos, en particular por aplicación del artículo 18 CP, por revisión de la condena firme, por amnistía o por indulto.³⁹

³⁷ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 17.

³⁸ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *Abono de prisión preventiva en causa diversa* [en línea] Chile: Departamento de estudios, Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública. p.2 [fecha de consulta: 12 de Marzo de 2019]. Disponible en: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/4185-2.pdf>>.

³⁹ *Id.*

3.2 Posiciones doctrinarias en relación al abono heterogéneo

En las siguientes páginas se analizarán las diversas posiciones doctrinarias al respecto, ya que, aunque gran parte de nuestros autores lo acepta, los motivos son variados, además, un sector que pareciera ser minoritario rechaza la idea extendida de su procedencia. Por último, y en un capítulo diferente, se expondrá los motivos que la jurisprudencia ha desarrollado para darle aplicación a la institución en comento.

3.3 Doctrina a favor de su aplicación en nuestro derecho

Dentro de los partidarios de la procedencia del abono heterogéneo en el ordenamiento jurídico chileno, destaca José Luis Guzmán Dálbora, quien limita su aplicación a una privación de libertad posterior a los hechos por los que se le condena. En opinión de Rodrigo Carvajal, el referido autor se inclina por un criterio de temporalidad para determinar la procedencia del abono en causa diversa. Guzmán Dálbora sostiene que se deben distinguir dos hechos, primero aquel por el que se condena y posteriormente debe ser cometido el segundo hecho, que es aquel por el que se priva de libertad provisionalmente al individuo, este tiempo de privación de libertad, es el que puede ser abonado a la pena impuesta por el primer hecho.⁴⁰

Guzmán Dálbora sustenta su tesis en la unidad político jurídica entre el ordenamiento penal y procesal penal, de modo que sus fines terminan por converger, de este modo para considerar lo que es una pena, de debe atender también a lo que le ha precedido en cuanto a contenido punitivo.⁴¹ Para él, los artículos 20 y 26 CP en relación al artículo 348 CPP son los relevantes en la materia, ya que el artículo 20 CP impide que las restricciones de derechos de naturaleza administrativa o disciplinaria se consideren penas y las otras dos

⁴⁰ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 33.

⁴¹ GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Op. cit.* p. 386.

normas se hacen cargo de establecer qué es lo que la ley entiende positivamente por penas.⁴²

Otro partidario de la procedencia del abono heterogéneo en nuestro sistema penal es Héctor Hernández Basualto, quien desarrolla su posición dogmática en base al artículo 26 del CP, señalando de manera categórica que “es la norma fundamental sobre la materia en el derecho chileno”,⁴³ añade que la trascendencia de este precepto legal radica en que es “la disposición sustantiva que sienta el principio ordenador en el derecho chileno”⁴⁴ ya que en relación con la aplicación del abono de las privaciones de libertad en causa diversa, la cuestión es sustantiva y no procesal, siendo estas últimas normas un complemento.⁴⁵

Este precepto legal establece “los límites de las penas restrictivas de libertad o privativas de libertad que viene a establecer el derecho a abonar a la condena el tiempo previo de restricción o privación de libertad”⁴⁶ en términos amplios, privación de libertad “sufrida con anterioridad por el condenado [...], sin que la ley establezca ningún tipo de límite a dicha consideración o abono”.⁴⁷ Hernández señala que a pesar de que no exista un precepto legal que condicione o prohíba la procedencia del abono heterogéneo, esta norma solo tiene el “límite lógico inherente consistente en que no se puede considerar para estos efectos el tiempo de cumplimiento legítimo de una condena que no ha sido modificada o dejado sin efecto”.⁴⁸

Este autor sostiene que el fundamento de su posición y, por lo tanto, del artículo 26 CP recae en “un profundo respecto por la libertad de las personas”,⁴⁹ se trata de una “garantía explícita – no una vaga directriz – destinada a evitar la

⁴² *Ibíd.* p. 394.

⁴³ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *Op.cit.* p. 2.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ COUSO SALAS, Jaime. *Op.cit.* p. 476-477.

⁴⁷ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *Op.cit.* p. 2-3.

⁴⁸ *Ibíd.* p. 3.

⁴⁹ *Id.*

extensión ilegítima de la privación de libertad, o privaciones de libertad gratuitas”.⁵⁰ En tal sentido, es una vía de limitación del *ius puniendi* estatal que contrarresta una privación de libertad no justificada, no es una mera concesión graciosa del Estado.⁵¹

En el mismo sentido, Guzmán Dalbora citando a Zaffaroni expone de manera bastante clara que “la razón última del abono heterogéneo no es la equidad, sino estrictamente jurídica, ya que en lo procesal, no puede admitirse que la absolución pueda perjudicar al procesado y porque “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 solo por imperio del respeto al juez designado por la ley antes del hecho de la causa, pero el mantenimiento de esa garantía no puede volverse en contra del procesado”.⁵² Así las cosas para Guzmán Dalbora el abono impropio no se justifica en la equidad sino en la ley, y por el contrario, una indemnización de perjuicios como posible solución, carece de este estándar jurídico y busca sustento en la equidad.⁵³

Otro antecedente relevante de analizar es que a partir de la reforma procesal penal, la institución en estudio tuvo un vuelco relevante al incorporarse a nuestro ordenamiento el artículo 348 CPP y como consecuencia de ello, perder su vigencia el antiguo artículo 503 del Código de Procedimiento Penal que, en términos generales, permitía el abono en causa diversa “cuando esta se acumulaba con la causa en que recaía la condena”.⁵⁴ Hernández se toma de este cambio legislativo para sustentar su postura en cuanto a la procedencia en todo evento del abono en causa diversa, sin limitaciones, como las establecía antiguamente el Código de Procedimiento de Penal, refiere que “el art. 348 inciso 2 CPP, ya no sugiere de ningún modo la posible restricción de la privación de

⁵⁰ COUSO SALAS, Jaime. *Op.cit.* p. 77.

⁵¹ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *Op.cit.* p. 3.

⁵² GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Op. cit.* p. 391-392.

⁵³ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 49.

⁵⁴ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *Op.cit.* p. 5.

libertad relevante para los efectos del abono a aquella sufrida durante el mismo proceso, sino que, en plena sintonía con el artículo 26 CP, vuelve a ordenar al abono en términos amplios”.⁵⁵

En la misma línea, Guzmán Dálbora postula al respecto que “en parte alguna del Derecho y proceso penal chilenos demandan que la medida cautelar se haya decretado en la misma causa en que resulto condenado el individuo, muy por el contrario, los artículos que comentamos están provistos de una natural fuerza expansiva, que permite considerar en el abono la medida ordenada en el mismo procedimiento materia de la condena, por cualquiera de los hechos comprendidos en la acusación o el requerimiento, como también aquellas que surgieron en causas distintas donde el sujeto fue sobreseído definitivamente o absuelto”,⁵⁶ esto claro, con las limitaciones temporales que se mencionaron y que no comparte Hernández. Esta postura, ante las críticas de no haber una disposición legal que señale expresamente que es procedente la aplicación del abono en causa diversa, ha respondido a través de Hernández que en nuestro ordenamiento jurídico penal no existe una norma que limite los artículos 26 CP y 348 CPP, que establecen en términos amplios la procedencia del abono heterogéneo.⁵⁷ Agrega, justamente que “es la negativa al abono lo que vulnera la prohibición del artículo 80 CP en cuanto a que “tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma prescrita por la ley [en este caso la forma prescrita por la ley son los artículos 26 CP 348 CPP], ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”, y no lo contrario”.⁵⁸

En suma, podemos concluir que, conforme lo expresa de manera tajante Hernández, el abono en causa diversa es siempre procedente y encuentra su reconocimiento legal en el artículo 26 CP, que esta norma no encuentra limitación por otro precepto legal y que el artículo 348, inciso segundo, viene en reafirmar su

⁵⁵ *Ibíd.* p. 6.

⁵⁶ GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Op. cit.* p. 396.

⁵⁷ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *Op.cit.* p. 8.

⁵⁸ *Id.*

tesis. El único límite al abono es el lógico, de no poder abonarse más de una vez en un mismo período y que cualquier restricción vulnera también otras disposiciones legales, en particular el artículo 5° CPP, ya que se estaría aplicando una interpretación sobre la privación de libertad que perjudica al imputado. Finalmente, manifiesta que esta interpretación es la que mejor se adecua al espíritu general del nuevo sistema procesal penal, ya que busca limitar al máximo las privaciones de libertad,⁵⁹ al que no hay norma alguna que limite, según Hernández, la procedencia del abono en causa diversa, en atención a la amplitud de los artículos 26 CP y 348 inciso 2 CPP. En consecuencia el abono heterogéneo es obligatorio, según el autor en virtud de la normativa legal vigente y cualquier restricción, a parte de la mencionada anteriormente, contradice el texto legal.⁶⁰

3.4 Doctrina en contra de su aplicación en nuestro derecho

Jaime Salas Astrain es uno de los detractores de la procedencia del abono heterogéneo, señala en primer lugar, que no existe un marco legal en nuestra legislación que consagre esta institución, por lo que de aceptarse su aplicación, como se verá más adelante, se estaría en contra de la concepción retributiva de la pena, que requiere previo a imponer una pena un juicio de culpabilidad.⁶¹

Añade que los partidarios del abono en causa diversa, fundamentan su postura en gran medida en “una concepción equivocada de la relación prisión preventiva – pena”.⁶² Señalando al respecto: “Me parece equívoco proclamar que toda privación de libertad deba siempre ser considerada como una pena, ya que, no obstante puedan las medidas cautelares personales producir un efecto práctico análogo, su imposición no es el resultado de un juicio de culpabilidad en el que

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Ibíd.* p. 13.

⁶¹ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 54.

⁶² *Ibíd.* p. 50.

se haya establecido la responsabilidad penal del individuo, más allá de toda duda razonable, como lo exige el artículo 340 del Código Procesal Penal”.⁶³ En otras palabras, Salas se hace cargo también de la diferente naturaleza de la prisión preventiva como medida cautelar, a lo que se puede incluir otras medidas cautelares como las del artículo 155 letra a) CPP, pues a pesar de ser similar en sus efectos prácticos a una pena privativa de libertad, mantiene su independencia en cuanto a su fundamento y naturaleza, haciendo notar lo que él entiende como un yerro en la tesis postulada por Hernández y Guzmán Dálbora.

Salas no sólo critica la tesis que acoge la procedencia del abono heterogéneo, sino que controvierte los fundamentos que utilizan los referidos autores para desestimar su tesis, pues ellos estiman que una indemnización estatal no es procedente porque es un tema de equidad, lo que Salas estima erróneo,⁶⁴ sino que entiende que la indemnización de perjuicios que debe el Estado tiene una justificación estrictamente jurídica.⁶⁵ Agrega Salas que si no puede imputarse el tiempo de la privación de libertad cautelar al tiempo de la privación de libertad como pena, pasa a tratarse de un tema de imputación de tiempo que el Estado deberá resarcir conforme a las reglas de la reparación civil.⁶⁶

En el caso que un individuo sea privado de libertad dentro del proceso, como consecuencia de la imposición de una medida cautelar personal, específicamente prisión preventiva, y no resulta condenado, este tiempo de privación de libertad, eventualmente puede ser objeto de una reparación estatal, siempre que se cumplan los requisitos que establece ley, y esta reparación es eventual y no a todo evento debido a que el solo hecho de ausencia de condena no implica que sea procedente tal reparación, ello se explica por las “reglas del juego” que lleva implícita la prisión preventiva, las que nos permiten evidenciar la

⁶³ *Ibíd.* p. 51.

⁶⁴ *Ibíd.* p. 49.

⁶⁵ *Ibíd.* p. 50.

⁶⁶ *Ibíd.* p. 49-50.

concepción equivocada que sostienen los partidarios del abono heterogéneo de la relación prisión preventiva – pena, y con ello fundamentar la improcedencia de esta clase de abono.⁶⁷ Es este el centro de la discusión según Salas que, plantea que “la responsabilidad civil ha de mirarse como el simple restablecimiento de una situación patrimonial alterada”,⁶⁸ y que esta reparación debe referirse tanto al daño material que comprende el daño emergente y lucro cesante, como el daño moral.⁶⁹

Uno de los argumentos relevantes para sostener la improcedencia del abono en causa diversa, es la legitimación político - criminal de la prisión preventiva. El fundamento de la mencionada medida cautelar, se relaciona con “una necesidad de orden puramente procesal y, si bien existe un nexo con la pena eventual a imponer al condenado en la causa en la que fue decretada, su justificación es autónoma”.⁷⁰ En este orden de ideas, es importante destacar la “regla de trato” amparada por la presunción de inocencia, señalada por Jonatan Valenzuela, que consiste en que “durante el proceso penal el imputado debe ser tratado como si fuera inocente, hasta no arribar a una decisión concreta que nos permita decidir la sustitución de este trato de inocente por el trato de culpable”.⁷¹ Es decir, mientras no se declare mediante una sentencia firme la culpabilidad de una persona, debe ser tratado como inocente, y esto se extiende también, naturalmente, al tiempo que pase esa persona privado de libertad mientras pende el proceso penal, bajo la medida cautelar de prisión preventiva. Asimismo, “que el imputado sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva deba tener un “trato de inocente” no significa que, verdaderamente, lo sea”,⁷² por consiguiente, “los inocentes pueden ser encerrados en la medida que existan razones de orden procesal [...] para justificarlo”.⁷³

⁶⁷ *Ibíd.* p. 55.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 114.

⁶⁹ *Ibíd.* p. 113.

⁷⁰ *Ibíd.* p. 79.

⁷¹ VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan. *Op.cit.* p. 59.

⁷² *Ibíd.* p. 80.

⁷³ *Ibíd.* p. 56.

La presunción de inocencia, y en particular el trato de inocente que protege al imputado durante el proceso penal, es de vital importancia debido a que no permite otorgar el carácter de pena al tiempo que el imputado permaneció privado de libertad por encontrarse sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva en el caso de que no sea condenado, debido a que no se logró acreditar en el juicio, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del imputado.⁷⁴ Así las cosas, la prisión preventiva mal podría considerarse una pena anticipada pues el estándar de prueba de la culpabilidad que es propio del juicio y que legitima una pena no se da en el marco de una medida cautelar personal.⁷⁵

En este orden de ideas, la conclusión obvia es que admitir la procedencia del abono en causa diversa, significaría desconocer la presunción de inocencia que ampara al imputado sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva, en el caso que no sea condenado por sentencia firme, ya que por el hecho de abonar este tiempo de privación de libertad como pena, se estaría tratando como culpable a quien durante esta privación de libertad fue tratado como inocente.⁷⁶

Conforme a lo expuesto, existe una muy estrecha relación entre la medida cautelar de prisión preventiva y la pena, fundada en el principio vicarial, según el cual, en el caso que el imputado privado de libertad sujeto a prisión preventiva sea condenado por una sentencia firme, el tiempo de privación provisional de libertad es considerado pena, de conformidad al efecto relativo de las sentencias condenatorias, desapareciendo por este motivo, el referido trato de inocente que correspondía al imputado durante el proceso.⁷⁷

Dicho lo anterior, otro aspecto de gran relevancia para sustentar la improcedencia del abono en causa diversa, dice relación con la “finalidad que se

⁷⁴ *Ibíd.* p. 80.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 80-81.

⁷⁶ *Ibíd.* p. 81.

⁷⁷ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 93.

le asigna a la prisión preventiva y a la pena desde la óptica de la política criminal”.⁷⁸

Salas Astrain, sostiene que “solo desde una perspectiva retribucionista es posible evidenciar la real diferencia existente entre la prisión preventiva y la pena, ya que admitiendo que a lo menos una parte de la fundamentación legal de aquella se halla en criterios peligrositas y prospectivos –peligro para la seguridad de la víctima y de la sociedad-, en caso alguno lo anterior resulta compatible con el carácter retrospectivo de la pena retributiva”.⁷⁹ En tal sentido, “la cautelar personal subsistirá como medio procesal provisional destinado a garantizar el esclarecimiento de los hechos y a asegurar la persona física de un individuo “presuntamente peligroso” y la pena, en cambio, cumplirá 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”.⁸⁰ Es decir, el fin de la prisión preventiva y el fin de la pena son completamente diferentes, por tanto, el fundamento de su legitimidad también lo es, así como su propia naturaleza.

La sola circunstancia que la prisión preventiva y la pena formen parte de un mismo contexto de intervención provoca que entre ambas puedan surgir relaciones recíprocas, incluso ciertas confusiones, sin embargo, se trata de dos instrumentos que concurren en forma separada a satisfacer los objetivos del sistema penal.⁸¹

En opinión de Jaime Salas, lo señalado en atención a las relaciones recíprocas entre la prisión preventiva y la pena solo puede afirmarse en el ámbito del abono homogéneo, debido a que en el caso que un imputado sujeto a prisión preventiva no sea condenado, no existe un vínculo que justifique la mencionada

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Ibíd.* p. 94.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Ibíd.* p. 95.

medida cautelar y la sentencia que declara la absolución del imputado o el sobreseimiento definitivo.⁸²

En este entendido, es necesario resaltar como fundamento para la tesis de improcedencia del abono heterogéneo, la gran diferencia existente entre los elementos que configuran el abono, por una parte, la medida cautelar de prisión preventiva en el marco del principio de inocencia que no ha sido desvirtuado por un juicio de culpabilidad y la pena declarada judicialmente a través de una sentencia condenatoria.⁸³ Por un lado, la prisión preventiva, nunca podrá ser entendida como pena, debido a que por su carácter cautelar, solo puede decretarse durante el curso del proceso penal en contra del imputado que se encuentra amparado por la presunción de inocencia, en cambio, la pena atendida su naturaleza sancionadora, solo puede aplicarse, cuando se encuentra firme la sentencia condenatoria que la establece, motivo por el cual, el trato de inocente que le correspondía al imputado durante el proceso desaparece.⁸⁴

En relación al límite entre las medidas cautelares y la pena, Garrido Montt sostiene que la diferencia entre ambas radica en que la pena encuentra su fundamento en la culpabilidad.⁸⁵ No obstante lo anterior, Salas Astrain señala que, si bien las medidas cautelares no se fundamentan en la culpabilidad, sí se encuentra presente en el debate de determinación de su procedencia, la necesidad de indicios, al menos, de culpabilidad.⁸⁶ Con todo, como consecuencia de la presencia del principio de inocencia en nuestro sistema penal, para que el Estado puede aplicar una pena, requiere una sentencia condenatoria que declare la culpabilidad,⁸⁷ lo que no obsta a que se pueda imponer una privación de libertad cautelar, con fines cautelares y mediante una valoración que atiende a aquellos fines, y no un estándar más exigente como lo merece el juicio mediante

⁸² *Id.*

⁸³ *Ibíd.* p. 96.

⁸⁴ *Ibíd.* p. 97.

⁸⁵ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general*. Tomo I. 2da ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 81 p.

⁸⁶ SALAS ASTRIN, Jaime. *Op.cit.* p. 97.

⁸⁷ *Id.*

el cual se ha de imponer una pena. En definitiva, la distinción señalada es muy importante, debido a que “cuando se habla de abonar pena, en realidad lo que se quiere decir es que solo resulta posible imputar a ella las consecuencias provenientes de un juicio de reproche basado en la culpabilidad del hechor que conste en una sentencia condenatoria ejecutoriada”.⁸⁸

El abono heterogéneo es incompatible varios principios fundamentales del derecho penal, especialmente en lo que se refiere al principio de culpabilidad. Esto en el sentido de que la pena que se impone es con base al juicio de reproche que un tribunal hace de la persona, por tanto, la pena al ser retribución por el delito cometido, también es expresión de la culpabilidad de esa persona,⁸⁹ en otras palabras, la pena es retribución equivalente a la culpabilidad, al reproche. El juicio de reproche por su parte, es referido siempre exclusivamente a hechos específicos, lo que impide que el abono se haga efectivo respecto de otros hechos en los que ni siquiera ha habido sentencia condenatoria.⁹⁰ En este orden, el fin retributivo de la pena es de trascendental importancia, ya que permite imponer una pena justa, una pena impuesta por el Estado que no constituya una intervención abusiva se parte de este, lo que no es más que la expresión del garantismo a favor del imputado,⁹¹ de este modo el principio de culpabilidad se torna en el más importante principio limitador del *ius puniendi* estatal.⁹² En palabras de Carnelutti no hay pena sin juicio,⁹³ ambos son dos caras de una misma medalla.⁹⁴

Por consiguiente, si los antecedentes que se tuvieron en consideración para decretar la prisión preventiva de un individuo que debe ser tratado como

⁸⁸ *Ibid.* p. 98.

⁸⁹ *Ibid.* p. 104-105.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ DURAN MIGLIARDI, Mario. *Teorías Absolutas de la pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual.* Revista de Filosofía. 67: 133-134, 2011.

⁹² DURAN MIGLIARDI, Mario. *Op.cit.* p. 133.

⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal.* México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002. 2v. 168 p.

⁹⁴ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p.105.

inocente son diferentes a las pruebas que posteriormente servirán de base para condenarlo en un proceso distinto, es de toda lógica estimar que el periodo de tiempo que se encontraba sujeto a prisión preventiva respecto de la primera causa, no puede considerarse pena, ni tampoco puede asimilarse a la sanción que corresponde aplicar “en retribución al efectivo quebrantamiento de la norma”,⁹⁵ pues la medida de la culpabilidad del sujeto y el juicio de reproche es diferente para cada caso.

Según Salas Astrain, la perspectiva adoptada en esta postura, también se encuentra amparada en el sistema de individualización judicial de la pena, en virtud del cual la ley encomienda al juez la realización del acto de determinación judicial de la pena,⁹⁶ que consiste en “constatar el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena”.⁹⁷ Uno de los principios que rigen la determinación de la pena es el principio de proporcionalidad, el cual “supone que las reducciones de la pena [aquello en que consiste el abono heterogéneo] deben poder explicarse [por el juez] racionalmente mirando al tipo (o en el caso de la pena concreta al hecho delictivo cometido) [...] El argumento a favor del reo no puede convertirse en un argumento a favor de la irracionalidad de la ley”.⁹⁸ Así cosas, Salas aclara que la individualización de la pena se enmarca en el principio de reserva legal, de modo que los intentos del juez de sustentar e abono heterogéneo en razones de justicia material “convierte este ejercicio en discrecional y por lo mismo, en ilegal”.⁹⁹

Dicho lo anterior, es importante señalar que, conforme la tesis de Salas, no existe una disposición legal en Chile que otorgue facultades explícitas al juez para

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Ibíd.* p. 106.

⁹⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. [en línea] España: Revista para el análisis del derecho Indret (2) [fecha de consulta: 20 de marzo 2019]. 5p. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf>.

⁹⁸ NAVARRO FRIAS, Irene. *El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿Principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?* [en línea] España: Revista para el análisis del derecho Indret (2) fecha de consulta: 21 de marzo 2019]. 26 p. Disponible en: <<http://www.indret.com/pdf/724.pdf>>

⁹⁹ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 106.

aplicar el abono heterogéneo.¹⁰⁰ Conforme a esto, el artículo 20 CP, al establecer que no se reputan penas las restricciones o privaciones de libertad cautelar, excluye expresamente a estas últimas del ámbito de las penas. El citado artículo tiene directa relación con el principio de culpabilidad, por cuanto, para que el Estado pueda sancionar a un individuo aplicando una pena, requiere la existencia de una sentencia condenatoria firme, precedida de un juicio de culpabilidad. Para Salas, sólo existe una excepción a esta regla, consistente en el abono homogéneo, establecido en los artículos 26 CP y 348 inciso segundo CPP, explicado en virtud del efecto retroactivo de las sentencias condenatorias que consiste en que no puede ser desconocido el tiempo de privación de libertad cautelar por los mismos hechos respecto de los cuales posteriormente se condena al individuo e impone una pena, evitando de esta manera la vulneración del principio *ne bis in ídem*.¹⁰¹ En efecto, el abono heterogéneo no tiene respaldo legal, ocasionándose de esta manera una confrontación entre los principio de legalidad y proporcionalidad de las penas, lo que trae como consecuencia la arbitrariedad judicial.¹⁰²

En definitiva, según Salas Astrain, respecto al abono heterogéneo existe un “problema de errada técnica de interpretación normativa”,¹⁰³ en este entendido, siguiendo a Carvajal, cuando una norma de conducta no tiene consecuencias para el destinatario, no es capaz de comunicar nada ni tampoco permite al juzgador acceder a la culpabilidad, pues el sujeto no ha infringido una norma de comportamiento sancionada penalmente. Si se aplica el abono a una causa diversa, porque estuvo privado de libertad en otra causa de manera injustificada, ese abono operaría como un crédito de pena que el infractor ya cumplió, lo que le habilitaría a cometer nuevos delitos sin recibir una sanción por tales infracciones – precisamente porque ya ha cumplido la pena-. De este modo, la función del abono no es hacer efectiva una pena –que se cumplió por adelantado-, sino reparar al

¹⁰⁰ *Ibíd.* p. 106-107.

¹⁰¹ *Ibíd.* p. 107.

¹⁰² *Ibíd.* p. 108.

¹⁰³ *Ibíd.* p. 110.

individuo por aquella privación de libertad por un período de tiempo injustificado, esto con las “graves consecuencias en el control de la violencia del delito”.¹⁰⁴

3.5 Procedencia de la acción indemnizatoria, como solución al problema de las privaciones de libertad cautelares sin justificación en una pena posterior

Tal como se ha venido diciendo, no cabe duda alguna que si un individuo se encuentra privado de libertad, sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva o arresto domiciliario total o parcial y posteriormente es condenado, este tiempo de privación de libertad provisional debe descontarse de la pena a imponer. La situación descrita es procedente en el marco del abono homogéneo, conforme a los artículos 26 CP y 348 inciso segundo CPP y al respecto no existe discusión alguna de su procedencia dado el tenor literal de las disposiciones. Desde otro punto de vista, esta situación puede ser entendida como una verdadera “reparación indemnizatoria”, que se satisface no con dinero, sino con el descuento del quantum de la pena declarada judicialmente, produciéndose como consecuencia de ello el efecto relativo de la sentencia condenatoria. No ocurre lo mismo, respecto al abono en causa diversa, debido a que el preso no condenado no puede considerarse culpable, ni tampoco ocurre lo señalado respecto al abono homogéneo ya que en este contexto no tiene justificación el tiempo de privación de libertad cautelar. Sin embargo, esto no quiere decir que la privación de libertad provisional en el marco de un proceso sin condena, libere al Estado de toda responsabilidad.¹⁰⁵

¹⁰⁴ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 61.

¹⁰⁵ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 112-113.

Por otra parte, es evidente que el individuo sujeto a prisión preventiva que posteriormente es absuelto, sufre un daño personal, que puede ir más allá de la afectación de su derecho a la libertad e implicar un daño indemnizable, tanto moral como materialmente, que debiera comprender tanto el daño emergente y el lucro cesante, como daño material, así como el daño moral, correspondiendo al Estado repararlo a través de la indemnización de perjuicios. Dicho lo anterior, Jaime Salas sostiene que en el caso de las privaciones de libertad cautelar sin condena, se dan las condiciones óptimas para la eventual procedencia de la acción indemnizatoria en contra del Estado, conforme al artículo 2314 del Código Civil que establece que “el que ha cometido delito o cuasidelito [civil] que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”. De esta manera, lo referido es de gran importancia para la postura que se viene desarrollando, ya que, si bien se ha señalado que no existe norma expresa que autorice la aplicación del abono heterogéneo en nuestro ordenamiento jurídico, nada obsta a la procedencia de la reparación de daño civil a través de la indemnización de perjuicios, establecida con el objeto de restablecer el menoscabo no sólo patrimonial sufrido por el individuo, esto como solución al problema planteado para este trabajo.¹⁰⁶ Esto como solución, conforme a la reglas generales del derecho, para restablecer a una persona que ha sido perjudicada injustamente, a la situación en la que estaba sin que se haya producido el daño, vale decir, reparar.

Esta solución logra delimitar dos aspectos que con frecuencia son confundidos por la jurisprudencia del abono en causa diversa.¹⁰⁷ Esta delimitación es destacada por Eduardo Novoa quien aclara que “las penas están precisa y determinadamente señaladas por la ley, para cada delito [...] [mientras que] la reparación del daño queda entregada a la libre regulación del tribunal en cada caso en que ilícita y reprochablemente se infiera daño a otro”.¹⁰⁸

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 113-114

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*. Tomo I. 3ª edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. 433 p.

Así las cosas, la indemnización de perjuicios de naturaleza civil, como posible solución al problema del individuo privado de libertad por imposición de una medida cautelar cuando posteriormente no es condenado, dice relación con el carácter subsidiario del derecho penal, por lo que sería incorrecto conferirle a este la atribución de restablecer al sujeto a la situación anterior al daño causado o repararlo por dicho daño, ya que existe un mecanismo en el ordenamiento jurídico al que le corresponde tal rol, y no es el derecho penal el llamado a ello.¹⁰⁹

En la actualidad, no es discutida en Chile la responsabilidad que tiene el Estado de reparar los daños causados a los particulares cuando actúa en razón del interés público. Esta obligación comprende, además, reparar a los particulares los perjuicios provocados por la acción u omisión de sus agentes. En nuestro país, dicha obligación se encuentra contenida en los artículos 6°, 7° y 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República. Las primeras dos normas, establecen el principio general de responsabilidad de Estado por los perjuicios provocados a los particulares con su actividad, y la última disposición, habilita a los particulares para accionar ante los tribunales de justicia en el caso de sufrir un daño a causa de la actividad estatal. Además del señalado régimen general, nuestro ordenamiento jurídico contempla un régimen especial de responsabilidad del Estado, aplicable a ciertas actividades u organizaciones administrativas, entre ellas el Ministerio Público y el Poder Judicial. Respecto del primero, establecido en artículo 5 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y sobre el segundo, dispuesto en el artículo 19 n° 7 letra i) de la Carta Magna.¹¹⁰

Por otra parte, Salas Astrain señala que si se sostiene que una posible solución al problema del individuo privado de libertad que posteriormente no es condenado es la reparación estatal a través de la indemnización de perjuicios por error judicial y no el abono heterogéneo, previamente se debe determinar si dicha reparación es procedente en todos los casos o solo cuando se cumplen ciertos

¹⁰⁹ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 114-115.

¹¹⁰ VODANOVIC SCHNAKE, Natalio. *Aspectos de las indemnizaciones por error judicial y por conductas erróneas del ministerio público, con el nuevo sistema procesal penal.* Revista de Derecho. (13): 209- 210, 2005.

requisitos. Parte de la doctrina sostiene que la indemnización estatal tiene un carácter excepcional, por cuanto exige para su procedencia que la prisión preventiva sea decretada de manera infundada. Como se verá más adelante esta postura es la adoptada en el ordenamiento jurídico nacional. Por otro lado, otros no exigen ningún requisito adicional más allá de que el individuo preso sea absuelto o sobreseído.¹¹¹

El marco regulatorio nacional del cual se extrae la procedencia de la acción indemnizatoria respecto del individuo privado de libertad que posteriormente no es condenado emana de dos disposiciones legales. En primer lugar, del artículo 5° inciso primero de ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público que establece que “el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público”.¹¹² En consecuencia, se ha entendido que para la procedencia de la reparación Estatal se requiere una actuación dolosa o negligente del Ministerio Público. Asimismo, la mencionada responsabilidad del Estado no se encuentra sujeta a calificación previa de admisibilidad de la Corte Suprema. En otras palabras, la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado podrá ser interpuesta directamente por el afectado ante el tribunal competente.¹¹³ Luego, el artículo 19 N° 7 letra i) CPR, regula expresamente el error judicial al establecer que “una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declara injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido”.¹¹⁴

Un problema muy relevante en torno a la interpretación tradicional sostenida por la Corte Suprema, dice relación con la altísima exigencia de los requisitos para hacer procedente la responsabilidad del Estado, motivo por el cual

¹¹¹ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 115-116.

¹¹² *Ibíd.* p. 119-120.

¹¹³ VODANOVIC SCHNAKE, Natalio. *Op.cit.* p. 210 – 211.

¹¹⁴ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 120.

son muy pocos los casos en que se verifica la indemnización por error judicial, debido a que de conformidad al artículo 19 N° 7 letra i) CPR se requiere que la resolución no solo sea errónea o equivocada sino también injustificada. El mismo estándar exige nuestro máximo Tribunal para hacer procedente la referida indemnización por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.¹¹⁵

Dicho lo anterior, la jurisprudencia tradicional, no ha sido categórica en cuanto a establecer si la indemnización por error judicial es aplicable “solo al enjuiciamiento penal de una persona antecedido de un déficit en los elementos de cargo suficientes para formular acusación o condena o si además es posible fundar acción indemnizatoria con especial énfasis –o exclusivamente- en la privación de libertad cautelar infundada a propósito de un proceso sobreseído o en el que existió absolución”.¹¹⁶ A pesar de que no exista un criterio jurisprudencial definido para resolver el asunto en estudio, ello no quiere decir que el ordenamiento jurídico chileno no tenga una solución al problema. Solución que se encuentra en el ámbito de los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigentes, en virtud de la remisión que hace el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental. Por tanto, es necesario determinar si estas normas complementan o amplían el espectro de protección constitucional y, para esto, juega un rol relevante el derecho internacional de los tratados.¹¹⁷

Tal como se señaló en los apartados anteriores, en Chile el marco regulatorio referido a la indemnización por error judicial se encuentra comprendido por los artículos 19 N° 7 letra i) CPR y el artículo 5° de la ley N° 19.640. Esta normativa puede entenderse complementada por el artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante Pacto de San José de

¹¹⁵ *Ibíd.* p. 121.

¹¹⁶ *Ibíd.* p. 125.

¹¹⁷ ZUÑIGA URBINA, Francisco. *La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia.* Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. (2): 37, 2008.

Costa Rica que dispone que “toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial” y por el artículo 14.6 del Pacto de San José de Costa Rica que establece que “cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse relevado oportunamente el hecho desconocido”,¹¹⁸ por consiguiente, se deduce que de estas disposiciones se consagra el derecho de toda persona a ser indemnizada por los errores que cometa el Estado en la esfera de la administración de justicia , vale decir, por error judicial. Cabe señalar que las citadas normas internacionales se encuentran directamente vinculadas con el artículo 9.5 del Pacto de San José que señala “toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. Esta disposición es de gran importancia debido a que, como señala Salas, “regula de forma manifiesta la consecuencia que se deriva para el Estado cuando un individuo ha sido sometido a encarcelamiento preventivo sin ser satisfechas a su respecto las exigencias que la ley contempla para ello”.¹¹⁹ En definitiva, la reparación Estatal que establece la normativa expuesta debe consistir necesariamente en una indemnización pecuniaria y no en otra cosa. Se añade además que el Estado no es obligado a indemnizar a un individuo cuando la prisión se hubiere decretado conforme a la ley, es decir, en los casos en que la ley dispone, así como los requisitos que el tribunal debe verificar para imponerla, todo esto debidamente justificado en la resolución respectiva, vale decir, habiéndola decretado de conformidad a la ley. Dicho lo anterior, se concluye que al Estado no le es exigible automáticamente la reparación pecuniaria por el solo

¹¹⁸ Las normas de tratados internacionales transcritas en concordancia con el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la Republica. DEFENSORIA PENAL PÚBLICA. *Compendio penitenciario concordado*. Chile. 2011, p. 181.

¹¹⁹ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 126.

hecho de haberse decretado el sobreseimiento o la absolución del individuo preso.¹²⁰

En cuanto a la hipótesis de procedencia de la indemnización por error judicial, cabe señalar, que el artículo 19 N°7 letra i) CPR comprende los casos en que una persona hubiera sido 1°) sometida a proceso o 2°) condenada. En ambos casos señala la Carta Fundamental que el imputado debe luego ser absuelto o sobreseído definitivamente en cualquier instancia. Respecto al primer caso, parte de la doctrina interpreta este supuesto de manera restringida, al sostener que se hace referencia a la dictación del auto de procesamiento, resolución propia del sistema procesal penal antiguo, consecuencia de lo anterior es que este caso no tiene aplicación actual debido a que en el nuevo sistema no se encuentra comprendida tal resolución, por lo tanto, sólo procedería la indemnización estatal en el segundo supuesto, es decir, respecto de las personas condenadas en alguna instancia y luego absueltas o sobreseídas. Otros, por su parte, entre los que se cuentan Mauricio Duce, abogan por una interpretación más amplia, entendiendo que es legitimado activo para ejercer esta acción de reparación estatal aquella persona que fue perjudicada por una decisión de un tribunal injustificadamente errónea o arbitraria. Aplicado a la situación descrita Duce da el ejemplo del individuo sujeto a prisión preventiva que posteriormente no es condenado. Vale decir, quien puede ejercer la acción en comento es aquel que ha sido objeto de un proceso judicial de carácter penal en su contra.¹²¹

Desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal hasta mediados del año 2014, la Corte Suprema adoptó la primera postura, sosteniendo que el primer supuesto del artículo 19 N° 7 letra i) no tenía aplicación en el actual sistema acusatorio debido a que tal como se señaló, no se contempla una

¹²⁰ *Ibíd.* p. 127.

¹²¹ DUCCE JULIO, Mauricio. *La indemnización por error judicial y las medidas cautelares personales: la consolidación de una nueva doctrina de parte de la Corte Suprema.* [en línea] Chile: El Mercurio Legal. [fecha de consulta: 16 de abril 2019]. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/12/04/La-indemnizacion-por-error-judicial-y-las-medidas-cautelares-personales-la-consolidacion-de-una-nueva-doctrina-de-parte-de-la-Corte-Suprema.aspx>>.

resolución equivalente al auto de procesamiento. Es por este motivo que se rechazaron múltiples solicitudes de declaración previa de indemnización por error judicial presentadas por personas que fueron privadas de libertad durante el proceso y posteriormente fueron absueltas o sobreseídas. A mediados del año 2014, la Corte Suprema dio un vuelco muy relevante en relación al criterio adoptado hasta ese momento, al sostener que el primer supuesto del artículo 19 N° 7 letra i) CPR, no podía restringirse solo al auto de procesamiento, resolución propia del sistema inquisitivo, aceptando que la expresión “sometido a proceso” tiene aplicación actual, incluyendo de esta manera a los imputados que han sido objeto de medidas cautelares personales. Sin embargo, el máximo tribunal rechazó la solicitud de indemnización por error judicial, debido a que estimó no se cumplían los demás requisitos establecidos en la Constitución, considerando que la decisión del juez que decretó la medida cautelar personal no era injustificadamente errónea o arbitraria.¹²²

A mediados del año 2015, la Corte Suprema consolidó este criterio,¹²³ pero además marcó un hito al haber acogido la indemnización por error judicial por haberse decretado la prisión preventiva y luego el arresto domiciliario habiendo sido absuelto posteriormente el imputado.¹²⁴

En opinión de Salas, lo relevante de esta sentencia es que la Corte Suprema analizó todos los antecedentes de la investigación invocados por el Ministerio Público en la audiencia en que solicita la prisión preventiva del imputado, estimando que son insuficientes para cumplir los requisitos dispuestos en el artículo 140 letras a) y b) CPP, es decir, la Corte analiza la suficiencia de los antecedentes que acreditan los presupuestos materiales que exige el artículo 140 CPP. Este fallo añade que la resolución que da lugar a la solicitud del Ministerio Público “simplemente expresa de manera vaga y genérica que se haya suficientemente acreditado el delito, silencio que precisamente se explica por la

¹²² DUCCE JULIO, Mauricio. *Op.cit.*

¹²³ Corte Suprema, 8 de Julio de 2015, sentencia rol N° 1579 – 2015.

¹²⁴ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 134-136.

imposibilidad de construir tal determinación con los antecedentes que fueron aportados”.¹²⁵ Así las cosas, ni el Ministerio Público contaba con antecedentes que razonablemente justificaran la medida cautelar privativa de libertad, ni el tribunal hizo lo propio al omitir exponer su razonamiento en la resolución respectiva de modo de justificar adecuadamente su decisión. Esta sentencia atribuye a las falencias del órgano persecutor y del juzgado de garantía, el mérito de satisfacer los requisitos exigidos para determinar que la resolución del tribunal fue injustificadamente errónea.¹²⁶

De esta manera, expresa Salas, que se afianza el criterio según el cual, la resolución que impone una medida cautelar privativa libertad del artículo 150 o 155 letra a) CPP debe dar cuenta detallada de los antecedentes que permitieron al juez arribar a su decisión, así como la reproducción del razonamiento que llevó a cabo pues es la única forma de satisfacer las exigencias de una “sospecha de culpabilidad”, cuestión que es imprescindible para mantener la vigencia del principio de presunción de inocencia, y al mismo tiempo legitimar la privación de libertad cautelar, de modo compatible.¹²⁷ Esto lleva a concluir, según Duce, una jurisprudencia inequívoca de nuestra Corte Suprema en orden a exigir que las resoluciones que imponen una privación de libertad cautelar deben cumplir con un alto estándar de evidencia inculpatoria y justificar adecuadamente su imposición, y de no hacerlo, es procedente la declaración de una indemnización estatal por error judicial.¹²⁸ Esta situación en palabras de Salas, marca un enorme avance en comparación al criterio anterior del Supremo Tribunal y refuerza su tesis, en el sentido de que la solución una privación de libertad cautelar injustificada es la indemnización estatal de perjuicios y no el abono en causa diversa.¹²⁹

¹²⁵ Corte Suprema, 8 de Julio de 2015, sentencia rol N° 1579 – 2015, considerando decimo.

¹²⁶ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 135.

¹²⁷ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 136.

¹²⁸ DUCCE JULIO, Mauricio. *Op.cit.*

¹²⁹ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 136.

4. CAPÍTULO 3: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL ABONO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LA PENA EN CAUSA DIVERSA

La jurisprudencia de la Corte Suprema, desde el año 2006 hasta la actualidad, ha adoptado uniformemente el criterio de admitir la procedencia del abono heterogéneo, debiendo reunirse determinados requisitos. Hoy en día, como se verá más adelante, se exige que entre los diversos procesos en que se imponen privaciones de libertad cautelar, exista una vinculación temporal, la que se circunscribe a la potencial tramitación simultánea, de conformidad al artículo 164 COT. No obstante lo anterior, es posible distinguir desde el año 2006 en adelante dos tendencias jurisprudenciales adoptadas por el Máximo Tribunal.¹³⁰

La primera tendencia se desarrolla entre los años 2006 y 2009, en estas sentencias se sostenía que el problema del abono heterogéneo debía resolverse de conformidad a lo establecido en el artículo 348 inciso segundo CPP, señalando además el rechazo de cualquier distinción no prevista por el legislador. Por lo tanto, como la norma no señala distinción alguna para su procedencia, es decir,

¹³⁰ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 25.

entre el abono homogéneo y heterogéneo, el máximo tribunal realiza una interpretación extensiva adoptando un criterio más favorable para el imputado.¹³¹

En relación a la potencial acumulación de los procesos regulada en el artículo 164 COT, Carvajal sostiene que es un argumento coadyuvante a la procedencia del abono heterogéneo, debido a que el artículo 348 inciso segundo CPP, no la exige como requisito para su procedencia.¹³²

Así lo refleja la sentencia de la Corte Suprema Rol 6945-2008: “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 investigados”.¹³³

La segunda tendencia jurisprudencial, comienza en el año 2009 y se mantiene hoy en día como postura dominante. Esta tendencia, a diferencia de la anterior, exige como requisito para la procedencia del abono heterogéneo la acumulación potencial de las causas de conformidad al artículo 164 COT.¹³⁴ Esta exigencia se encuentra plasmada en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de Abril de 2010, Rol 2221-2010 que expresa que “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”.¹³⁵ Así las cosas, en el año 2015 el Máximo Tribunal

¹³¹ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 57.

¹³² CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 27.

¹³³ En el mismo sentido, Corte Suprema, 11 de Octubre de 2006 rol N° 5156-26; Corte Suprema, 6 de Diciembre de 2006 rol N° 6212-2006.

¹³⁴ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 28.

¹³⁵ En el mismo sentido, Corte Suprema 8 de Octubre de 2014 rol N° 24915-2014; Corte Suprema 7 de Agosto de 2012 rol N° 5936-2012.

complementó el criterio que había venido sosteniendo y aclara que el único supuesto determinante para admitir la procedencia del abono heterogéneo es la acumulación potencial de los procesos de conformidad al artículo 164 COT, agregando en forma expresa que el artículo 348 CPP sólo regulaba el abono homogéneo y que, por lo tanto, esta norma no puede ser considerada como un sustento para reconocer la procedencia del abono en causa diversa.¹³⁶

Lo señalado anteriormente se desprende de la sentencia de la Corte Suprema Rol 10583 -2015 de fecha 17 de Agosto de 2015, que expresa “Que lo que cautelan las normas contenidas en los artículos 348 [...] del Código Procesal Penal, en relación al artículo 24 del Código Penal [debió decir artículo 26], es el reconocimiento del tiempo de privación de libertad que se hubiere producido con ocasión del proceso en que se dicta el fallo que reconoce el abono. Pero en tales preceptos no se hace referencia a periodos preexistentes”.

En cuanto a las sentencias de las Cortes de Apelaciones, no existe un criterio uniforme. La tendencia predominante admite la procedencia del abono heterogéneo, siguiendo el criterio actualmente adoptado por la Corte Suprema, es decir exige la acumulación potencial de los procesos en virtud del artículo 164 COT.¹³⁷

En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 1623-2007 de fecha 3 de Agosto de 2007, manifiesta, tal vez de manera más clara “Que el derecho que se invoca tiene como supuesto el que se haya producido la acumulación de investigaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 CPP, norma similar a la establecida para las causas regidas por el Código de Procedimiento Penal y que se regulaba en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, hoy derogado. Esta normativa que admite la separación o desacumulación y tramitación por separado de causas en contra de un mismo imputado y ante un mismo tribunal, permitía la eventual unificación de penas y

¹³⁶ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 59.

¹³⁷ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 29.

considerar para el cómputo de una condena los tiempos de privación de libertad que existieren en cualesquiera de las causas acumuladas, declaraciones que debían hacer en la última de las sentencias que se dictare. El supuesto esencial era la acumulación de todas las causas seguidas contra una persona, por lo que la aceptación de lo pedido siempre ha de tener por motivo el incumplimiento del deber de acumular”.¹³⁸

En relación a las posturas minoritarias, las Cortes de Apelaciones, han adoptados criterios disímiles, aceptando algunas y rechazando otras el abono en causa diversa. Un grupo de fallos estiman la improcedencia de todo abono heterogéneo, sustentado su argumento en que el artículo 348 CPP no señala expresamente la procedencia de tal abono.¹³⁹

Corroborar lo señalado, el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 108-2008 de fecha 30 de Octubre de 2008, en los siguientes términos: “[...] 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 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. De esta forma, el juez de Garantía, al resolver que no se daba lugar a los abonos solicitados por el defensor de la sentenciada y decretar orden de detención en su contra, ha actuado conforme a derecho, por lo que el recurso de amparo debe ser rechazado”.¹⁴⁰

Por otra parte, continuando con el análisis de las posturas minoritarias de nuestras Cortes de Apelaciones, destaca un criterio opuesto al señalado precedentemente, que admite la procedencia del abono en causa diversa sin

¹³⁸ En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Rancagua, 10 de Noviembre de 2006, sentencia rol N° 547-2006; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de Junio de 2009, sentencia rol N° 276-2009.

¹³⁹ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 29.

¹⁴⁰ En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Valdivia, 4 de abril de 2009, sentencia rol N° 86-2009; Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de abril d 2009, sentencia rol N°623-2009.

exigir requisitos respecto a la específica antigüedad del abono impropio,¹⁴¹ argumentando que el artículo 348 CPP no realiza distinción alguna sobre este punto,¹⁴² vale decir, se aplica el abono heterogéneo o impropio sin atender a la antigüedad del hecho en que se impuso la medida cautelar en relación con el otro hecho al que se pretendía abonar esa medida cautelar a la pena de este otro hecho.

Lo expuesto, se encuentra reflejado en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 343-2010, de fecha 11 de Noviembre de 2010, que señala “Que esta interpretación de la orden contenida en el artículo 348 del Código Procesal Penal [Esta norma no distingue respecto al proceso en el cual se produjo la detención o prisión preventiva que habilita para declarar el correspondiente abono], resulta más acorde con la regla del artículo 5° inciso 2° de ese mismo cuerpo legal y con la garantía que reconoce el artículo 19 N° 7 de la Constitución, porque el abono no es un beneficio para el imputado, sino que, por el contrario, es un derecho, a objeto de evitar privaciones de libertad innecesarias, injustas o más allá de lo previsto por la ley, como en el presente caso, en que la privación de libertad por 143 días resultaría ser una pena anticipada por un delito que el amparado no cometió, lo que no es racional ni justo, en suma, contrario al debido proceso”.

4.1 Artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, norma que regula la unificación de penas y en que se basa la jurisprudencia mayoritaria para hacer procedente el abono en causa diversa

El artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales (COT) es relevante de comprender en su integridad para poder entender por qué la jurisprudencia lo ha

¹⁴¹ En este sentido Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de Diciembre de 2008, sentencia rol 510-2008; Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de junio de 2010., sentencia rol N°1876-2010.

¹⁴² CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 30.

utilizado como base para determinar la procedencia del abono de causa diversa, así como las limitaciones que impone para su aplicación.

Esta norma legal regula la llamada unificación de penas y establece requisitos de procedencia para ello, y más allá de las críticas que la doctrina hace a la forma en que ha interpretado y aplicado el precepto nuestros tribunales, lo relevante es que al establecer criterios para poder “unificar” las penas que se han dictado en varias sentencias cuando pudieron haberse juzgado conjuntamente, nuestros tribunales han entendido que si se han podido juzgar todos esos hechos en un solo proceso, el tiempo de las medidas cautelares impuestas en ese –posible único- proceso deben abonarse a todos aquellos hechos que pudieron ser parte de aquel, por lo tanto, sólo se puede abonar el tiempo de una privación de libertad cautelar a hechos diversos cuando estos pudieron haber sido objeto de un juzgamiento común, y no sólo se puede, sino que se debe proceder de esa manera.

El artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, regula la llamada unificación de penas, el cual señala en su primer inciso que “Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren 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”.

El inciso segundo dispone que “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”.

4.2 Antecedentes de la norma

El artículo 164 COT vigente en la actualidad, tiene como antecedente el derogado artículo 160 del citado cuerpo legal,¹⁴³ que era aplicable al antiguo sistema de juzgamiento criminal. Este antiguo artículo 160 COT disponía que “El culpable de diversos delitos será juzgado por todos ellos en un solo proceso, para lo cual se acumularan las causas iniciadas o por iniciarse en su contra; y las personas que en ellas figuren como reos quedarán sometidas a la jurisdicción del tribunal a quien corresponda conocer los procesos acumulados”.

Agrega el inciso segundo que “Sin perjuicio de la regla anterior, el juez podrá ordenar por medio de un ato motivado la desacumulación de los procesos o su sustanciación por cuerda separada, cuando éstos tengan una tramitación diferente o plazos especiales para su tramitación, o la acumulación determine un grave retardo en la sustanciación de las causas. Los procesos separados seguirán tramitándose ante el mismo juez a quien correspondía conocer de ellos acumulados y al fallarlos deberán considerar las sentencias que hayan sido dictadas con anterioridad en estos procesos. Si procediere unificar las penas, el tribunal lo hará al dictar la última sentencia. Con todo, este último fallo no tomará en consideración las sentencias anteriores para apreciar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal”.

Hechas las referencias anteriores, es preciso señalar que el artículo 164 COT es similar al antiguo artículo 160, pero presentan diferencias sustanciales. En primer lugar la norma vigente impone una obligación al tribunal que dicta una sentencia condenatoria posterior, que consiste en adecuar esta sentencia, para aplicar una pena que, sumada a las anteriores, exceda de la que hubiera correspondido aplicar si todos los delitos se hubieran juzgado conjuntamente. De lo señalado se desprende que ambos artículos comparten el mismo fundamento, en cuanto a no perjudicar al imputado al aplicar las reglas de determinación de la pena, especialmente las relativas a concursos y reiteración de delitos, así como las agravantes de reincidencia que, por el hecho de haberse juzgado en procesos

¹⁴³ El artículo 160 COT fue derogado por la ley 19.665, el 09 de marzo del año 2000.

diferentes perjudiquen al imputado. No obstante lo anterior, la forma de aplicarse la norma vigente es completamente al derogado artículo 160 COT.

4.3 Finalidad del artículo 164 COT

El Código Penal Chileno regula la reiteración o concurso material de delitos, siendo el artículo 74 del Código Punitivo el que consagra “el sistema de acumulación aritmética o material de las penas, el cual se caracteriza por el hecho de que cuando un sujeto ha cometido varios delitos, se le deben imponer las sanciones asignadas a cada uno de ellos”.¹⁴⁴ Este precepto, que se constituye como la regla general en materia concursal, se ve morigerada por otras reglas de determinación de la pena referidas a los concursos y reiteración de delitos, como los artículos 351 y 397 CPP y los artículos 75 y 451 CP. Estas normas constituyen excepciones a la regla general establecida en el mencionado artículo 74 CP, que se han incorporado en el ordenamiento jurídico nacional para atenuar los eventuales efectos perjudiciales para el imputado por la aplicación estricta del artículo 74 CP, evitando de esta manera la aplicación de penas desproporcionadas.¹⁴⁵

El antiguo sistema de enjuiciamiento penal señalaba como regla general la acumulación de los procesos, que consistía en el juzgamiento conjunto en un solo proceso de todos los delitos imputados a una misma persona y excepcionalmente establecía la desacumulación de los respectivos procesos por las causales establecidas en la ley, entre ellas tramitación diferente, plazos especiales o grave retardo en la sustanciación de las causas. Todo lo anterior, regulado en el derogado artículo 160 COT.¹⁴⁶

¹⁴⁴ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Aproximación a la unificación de penas*. Revista Política Criminal. 7 (14): 251, 2012.

¹⁴⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op.cit.* p. 222.

¹⁴⁶ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Op.cit.* p. 252.

Asimismo, el antiguo artículo 160 COT, pretendía que, en caso que se dictaran diversas sentencias condenatorias cuando los varios hechos debieron haberse juzgado en un solo proceso -y por tal motivo haberse dictado un único fallo condenatorio-, el juez dictara en forma obligatoria una sentencia que unificara todas las penas con el objeto de no aplicar una pena superior a la que hubiera correspondido si se hubieran tramitado conjuntamente los procesos, es decir, aplicando las reglas sobre concursos o reiteración de delitos más favorable que la regla de la suma aritmética regulada en el artículo 74 CP.¹⁴⁷

En el sistema actual la situación es diferente debido a que no necesariamente la regla general es la tramitación conjunta, y tampoco se podría decir, a priori, que es la situación opuesta, sino que lo que busca el Legislador es simplemente que el fiscal determine si investiga agrupadas o separadas las causas que tenga a su cargo, pero ya no es la tramitación conjunta como lo establecía el antiguo artículo 160 COT. Conforme a lo anterior, el Ministerio Público, en virtud del artículo 185 CPP y del principio de conveniencia se encuentra facultado para agrupar investigaciones, o bien el Juez de Garantía al dictar el auto de apertura de juicio oral, unir dos o más acusaciones en un solo proceso, de conformidad al artículo 274 CPP.¹⁴⁸ En este orden de ideas, no es compatible con el actual sistema penal la posibilidad de dictar una única sentencia, teniendo en cuenta, además, que un tribunal no puede dejar sin efecto una sentencia de otro tribunal pasada en autoridad de cosa juzgada. No obstante lo anterior, para no perjudicar al imputado por la aplicación del artículo 74 CP, al haber distintas condenas dictadas en procesos separados, se incorporó al ordenamiento jurídico nacional el artículo 164 COT. Esta norma permite modificar el fallo que dicta el tribunal posterior para no imponer una pena más alta que la que le habría correspondido al imputado, por el hecho de haberse dictado varias condenas en distintos procesos y no una única sentencia, como si se hubieran juzgado conjuntamente los respectivos delitos.

¹⁴⁷ VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. *Unificación de las penas: la regla del artículo 160 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales*. Revista de Derecho, Universidad de Concepción. (207): 55, 2000.

¹⁴⁸ OLIVER CALDERÓN, *Op.cit.* p. 253.

En consecuencia, de lo expuesto se desprende que ambas normas comparten la misma finalidad: dar aplicación a las reglas sobre concursos y reiteración de delitos, a lo que se puede agregar que tampoco se pueden tomar en consideración circunstancias modificatorias que de haberse juzgado conjuntamente no se hubieran podido tomar en cuenta, de modo que la pena a imponer sea menor que la simple suma aritmética de cada una de las condenas dictadas por separado pero cuando los procesos pudieron ser tramitados conjuntamente, evitando de esta manera, como se señaló, efectos perniciosos para el imputado consistentes en la aplicación de penas desproporcionadas o excesivamente altas. Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre ambas normas en relación a la forma de hacer el ejercicio para calcular la pena total a imponer. En términos generales en el antiguo sistema el tribunal debía juzgar todos los delitos de una misma persona en el mismo proceso y, por tanto, debía concluir con una única sentencia condenatoria (en caso de ser condenado), si no era efectivo ese juzgamiento conjunto, el tribunal debía tomar todas las sentencias condenatorias y dictar una nueva sentencia, que unificara todas esas otras condenas en una sola, tal como si se hubiesen juzgado conjuntamente esos delitos. En cambio en el actual sistema procesal esa situación no es posible, ya que la ley no habilita a ello, sino que el mandato del artículo 164 COT es que un tribunal que dicte una sentencia posterior a la primera, cuando aquellos delitos pudieron juzgarse en un solo proceso, debe regular este fallo posterior para que la pena a imponer, en conjunto con aquella impuesta en el fallo precedente, no exceda de la que hubiera correspondido si se hubieran -hipotéticamente- juzgado conjuntamente. Y esto debe ocurrir cada que vez que un tribunal, cualquiera sea, dicte una sentencia condenatoria, pero siempre y cuando haya sido posible el juzgamiento conjunto. Lo expuesto nos lleva al acápite siguiente, que se formulará como interrogante.

4.4 ¿Es aplicable la unificación de penas en el actual sistema procesal penal?

Hoy en día existe un problema en cuanto a la correcta aplicación del artículo 164 COT debido a una equivocada comprensión por parte de nuestros tribunales del sentido actual de la unificación de penas.¹⁴⁹

Tal como se ha señalado, el antiguo artículo 160 COT, regulaba una auténtica unificación de penas, debido a que esta norma fue creada en concordancia con el espíritu del antiguo sistema procesal penal. Para llegar a este resultado, es decir, unificar la pena, el tribunal al dictar el último fallo, luego de haber él mismo dictado sentencia en los procesos anteriores¹⁵⁰ debía imponer una única pena por todos los delitos.

No ocurre lo mismo en la actualidad, la situación del artículo 164 COT es diferente debido a que, como se expuso *supra*, un tribunal, bajo el amparo del Nuevo Código Procesal Penal, no se encuentra facultado para modificar ni dejar sin efecto una sentencia dictada con anterioridad, ni menos por otro tribunal con competencia en lo penal por el hecho de condenar al mismo imputado en un fallo posterior, cuando los delitos pudieron haberse juzgado conjuntamente.¹⁵¹

La ley impone una obligación al tribunal que dicta el fallo posterior, la que surge del propio tenor del artículo 164 COT, y consiste en que este de oficio o a petición del afectado, debe adecuar o modificar su propio fallo en cuanto a la imposición de la pena, para no exceder de los límites establecidos por la reglas de determinación de pena que rigen para los concursos o reiteración de delitos, evitado los efectos perniciosos para el inculpado de la suma aritmética del artículo 74 CP de todas las condenas impuestas. Por lo tanto, según lo expresa Oliver, “no puede [el tribunal] unificar las penas anteriormente impuestas por otros tribunales con la que imponga el”.¹⁵²

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 54.

¹⁵⁰ VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. *Op.cit.* p. 57.

¹⁵¹ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Op.cit.* p. 255.

¹⁵² *Id.*

Así las cosas, acorde con la literalidad del artículo 164 COT, su inciso segundo señala que “en el caso 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”. De lo señalado se puede entender que lo que la ley ha querido establecer es una norma que haga aplicables las reglas de determinación de penas de concurso material y reiteración de delitos, distintas al artículo 74 CP. El artículo 164 COT ha establecido un sistema diferente al del antiguo artículo 160 COT, facultando al tribunal sólo para modificar su propio fallo al establecer la pena a imponer por el delito que juzga, para que esta pena, al sumarse con las anteriores, en caso de que los delitos pudieran haberse juzgado conjuntamente, no sea superior a la que hubiere correspondido si efectivamente se hubieren juzgado de la manera señalada, y por consiguiente, haberse un único fallo condenatorio. No obstante lo anterior, esta norma que pareciera ser clara, no ha sido entendida de este modo –que es el que ha desarrollado la doctrina- por los tribunales con competencia en lo penal, aún hasta nuestros días.¹⁵³

En efecto, los tribunales siguen dictando una pena unificada, conforme al criterio que imperaba con el derogado artículo 160 COT, modificando lo dispuesto por un fallo dictado anteriormente, y como consecuencia de ello, dejando sin efecto la pena impuesta para luego establecer una nueva pena, que según el criterio del tribunal que dicta el fallo posterior sería la que correspondería aplicar en el evento de haberse juzgado conjuntamente los diversos hechos.

En definitiva, es muy probable que desde un comienzo los tribunales no distinguieran el real sentido de artículo 164 COT, asumiendo que la facultad otorgada por esta disposición al tribunal era igual a la del antiguo artículo 160 COT, apartándose del tenor literal de la norma y de la lógica del nuevo sistema de enjuiciamiento penal. Tal vez motivados por los efectos prácticos de la aplicación del actual precepto, entendiendo que la regulación del antiguo sistema era más eficiente o por su facilidad de solucionar el problema, es decir, por economía

¹⁵³ Así lo refleja, 3º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 28 de junio de 2018, rit N°510-2017.

procesal podría ser mejor dictar una única pena por todos los delitos que se han juzgado por separado.

En relación a lo dicho, parte de la doctrina¹⁵⁴ y de la jurisprudencia continúan utilizando el término “unificación de penas”, denominación propia del derogado artículo 160 COT para referirse al mecanismo de regulación de penas de artículo 164 COT, vigente en la actualidad que, como se ha señalado, son mecanismos distintos, lo que se desprende de la literalidad de la nueva disposición y también por una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico penal actual. En síntesis, a pesar que comparten el mismo fundamento, sus efectos en materia de determinación de pena son diferentes. Por lo tanto, la denominación “unificación de penas sólo debería ser utilizada para hacer alusión a la antigua regulación del artículo 160 COT y referirse de otra manera el mencionado mecanismo de regulación de penas que establece el artículo 164 COT.¹⁵⁵

4.5 Requisitos para la aplicación del artículo 164 COT

4.5.1 Pluralidad de sentencias condenatorias

Este supuesto se encuentra señalado de manera explícita en el inciso primero: “Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias...”. Sin embargo, surgen algunas situaciones relativas al origen de las sentencias, que es preciso analizar.

En primer lugar, que las diversas sentencias provengan de tribunales del antiguo sistema penal y otras del actual, en este caso se aplica el artículo 164 COT, en virtud de lo señalado por el artículo transitorio del Código Procesal

¹⁵⁴ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *La unificación de penas contemplada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales*. Revista de la Justicia Penal. (2) 187-208, 2008.

¹⁵⁵ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. N *Op.cit.* p. 256.

Penal, correspondiendo resolver el asunto al tribunal que dicte la última sentencia.¹⁵⁶

En segundo lugar, otra interrogante se relaciona con las sentencias emanadas de tribunales con competencia criminal de diferente índole, como Juzgados de Garantía, Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, Cortes de Apelaciones o incluso la Corte Suprema. En este sentido se ha entendido por la unanimidad de la doctrina¹⁵⁷ que no hay inconveniente en aplicar el artículo 164 COT, debido a que la norma actualmente vigente alude genéricamente a los tribunales, sin señalar ninguna distinción.

En relación al título de castigo de las diferentes condenas, es decir, crimen, simple delito o falta, el grado de desarrollo o forma de participación, así como también si el delito es doloso o culposo, al igual que en el caso anterior, no hay distinción alguna, ya que el artículo 164 COT no establece ningún tipo de diferencia.¹⁵⁸ En definitiva, la norma no distingue ninguna de estas ni otras situaciones, sólo se refiere en términos generales a una sentencia condenatoria.

Sin embargo, en materia de procedimientos se podría plantear un problema relacionado los procedimientos especiales como el abreviado o el simplificado con admisión de responsabilidad debido a la distinta forma de determinación de penas. En estos casos el Ministerio Público negocia una pena con el imputado y en base a una serie de consideraciones, se impone una pena que a su vez tiene un límite determinado por la norma.¹⁵⁹ La situación planteada es relevante para los efectos de la aplicación del artículo 164 COT, específicamente para establecer el límite de la pena a imponer en estos casos. La doctrina¹⁶⁰ plantea que los límites deben ser considerados por el tribunal que dicta la sentencia posterior,

¹⁵⁶ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Op.cit.* p. 190.

¹⁵⁷ En el mismo sentido, OLIVER CALDERÓN; CERDA SAN MARTIN; MORALES ESPINOZA.

¹⁵⁸ MORALES ESPINOZA, Eduardo. *La regulación de la pena en conformidad con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales*. Revista de Estudios de la Justicia. (14): 204, 2011.

¹⁵⁹ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Op.cit.* p. 191.

¹⁶⁰ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Op.cit.* p. 257-258. En el mismo sentido, MORALES ESPINOZA, Eduardo. *Op.cit.* p. 204; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Op.cit.* p. 191.

quien debe atenerse a los acuerdos entre el fiscal y el imputado, debido a que este último perdería la atenuación de la pena que tuvo en consideración al acogerse a alguno de esos procedimientos y haber renunciado, por tanto, al juicio oral.

4.5.2 Que las sentencias condenatorias se refieran a hechos diversos

Si bien este requisito no se establece de forma expresa en el artículo 164 COT, es evidente que para aplicar esta norma, se requiera que las sentencias condenatorias dictadas en contra de un mismo imputado recaigan sobre hechos distintos. Este supuesto se desprende de del artículo transitorio CPP que alude expresamente a hechos distintos.¹⁶¹ Distinto es el caso de la tramitación de más de un proceso respecto a los mismos hechos, en este caso no procede la aplicación del artículo 164 COT, sino las excepciones de litis pendencia o cosa juzgada, según corresponda.¹⁶²

Una situación que merece duda respecto a este requisito dice relación con el delito continuado. En primer lugar, es necesario tener presente que el objetivo del artículo 164 COT es morigerar el efecto de la aplicación del artículo 74 CP, posibilitando la aplicación de los artículos 75 y 451 CP y 351 CPP, no encuadrando el delito continuado en ninguna de estas disposiciones. Por lo tanto, si el tribunal considera que el hecho que juzga después es parte de un delito continuado, debe adecuar su fallo posterior a los otros anteriores, imponiendo la pena respectiva conforme a lo establecido en el artículo 164 COT, ello se explica según Morales debido a que “de haberse juzgado conjuntamente las distintas acciones que integran el delito debieron castigarse como un solo hecho punible y

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 262.

¹⁶² MORALES ESPINOZA, Eduardo. *Op.cit.* p. 205.

no como hechos diferentes, es decir, se configura la hipótesis del inciso primero del artículo 164”.¹⁶³

4.5.3 Posibilidad de juzgamiento conjunto

Este requisito es quizá el más problemático y se encuentra implícito en el artículo 164 COT, al señalar “...de haberse acumulado los procesos...” y “de haberse juzgado conjuntamente los delitos...” Un asunto de muy importante en torno a este supuesto, dice relación con determinar en qué casos existe la posibilidad de juzgamiento conjunto, en este sentido se han señalado 3 planteamientos:¹⁶⁴

- a) Planteamiento restrictivo: exige que los diversos procesos se hayan tramitado al menos en parte, simultáneamente, debido a que sólo de esta manera se podrían haber acumulado.
- b) Planteamiento intermedio: considera que para ser posible el juzgamiento conjunto, entre cada hecho no debe mediar una sentencia condenatoria firme.
- c) Planteamiento extensivo: exige una cercanía temporal entre cada uno de los hechos juzgados separadamente, incluso cuando respecto de alguno de los hechos ya se haya dictado sentencia condenatoria.

Respecto a los planteamientos expuestos, la jurisprudencia¹⁶⁵ ha adoptado un planteamiento extensivo, que “consiste en exigir cierta cercanía temporal entre cada uno de los hechos juzgados en forma separa, aun cuando respecto de alguno de ellos se haya dictado sentencia condenatoria.”¹⁶⁶ Y en base a esta, ha

¹⁶³ *Ibíd.* p. 206.

¹⁶⁴ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Op.cit.* p. 262.

¹⁶⁵ Segundo Tribunal de Juicio oral en lo penal de Santiago, 18 de Febrero de 2011, causa RUC 1000325554-4, RIT 218-2010 y 31 de Marzo de 2011, causa RUC 0700811709-2, RIT 125-2009.

¹⁶⁶ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Op.cit.* p. 258-259.

determinado que, por analogía, la norma que permite el abono de causa diversa es esta disposición legal, pues si se permite que se dicte una sola pena por diversos hechos que se juzgan en el mismo proceso, la prisión preventiva decretada en ese proceso se abona a la pena impuesta por todos aquellos hechos, de modo que si se dictaron varias penas en procesos separados, pero que se debieron haber juzgado conjuntamente, es lógico que la prisión preventiva se pueda abonar a las penas que se dictaron en otros procesos pero que pudieron haberse juzgado en uno solo. Esta interpretación ha sido criticada por toda la doctrina, tanto a favor como en contra de la procedencia del abono heterogéneo. Por otro lado, parte de la doctrina¹⁶⁷ han adoptado una postura intermedia, es decir, que entre los hechos juzgados separadamente no debe mediar sentencia condenatoria firme. Ello debido a que permite aplicar las reglas concursales y sobre reiteración de delitos más beneficiosas para el condenado. Por ejemplo, si un individuo comete dos delitos de la misma especie, no podrían ser sancionados conforme al artículo 351 CPP si entre ellos mediare una sentencia ejecutoriada, de este modo no podrá aplicarse el artículo 164 COT, sin embargo, podría eventualmente estimarse la agravante de reincidencia para el segundo delito que se juzga. En cambio, si no media sentencia ejecutoriada entre ambos hechos, existe posibilidad de juzgamiento conjunto, “aun cuando el hecho se descubra después de dicha sentencia, y a pesar de que en este último caso ya no sea posible una tramitación conjunta de los procesos”.¹⁶⁸

Oliver aclara, además, que en el actual sistema sólo existen dos posibilidades por las dos o más causas de pueden tramitar conjuntamente. La primera, por aplicación del artículo 185 CPP, en que el fiscal decide si agrupa dos o más investigaciones, que además debe hacerlo mientras estas estén aún vigentes. La otra posibilidad es la que permite el artículo 274 CPP que autoriza al

¹⁶⁷ En este sentido, OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Op.cit.* p. 261; MORALES ESPINOZA, Eduardo. *Op.cit.* p. 206 y ss.

¹⁶⁸ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Op.cit.* p. 261.

juez de garantía a unir acusaciones, dictando un solo auto de apertura de juicio oral para más de un hecho acusado.¹⁶⁹

En relación a este requisito, se ha discutido si las penas impuestas en las sentencias ya cumplidas pueden ser consideradas para la aplicación del artículo 164 COT. Frente a esta interrogante, parte de la doctrina sostiene que si la condena se encuentra cumplida, se extingue la responsabilidad penal del individuo y por lo tanto nada habrá que unificar.¹⁷⁰ En sentido contrario, se señala que el artículo 164 COT no establece explícita ni implícitamente que las penas anteriores no estén cumplidas, además, esta es una norma en beneficio del imputado, por lo que se deben tomar en cuenta las penas cumplidas, pues de no hacerlo se puede caer en un exceso penológico que se trata de evitar.¹⁷¹

4.5.4 Que sea posible la aplicación de una regla concursal más favorable para el Imputado

El artículo 74 CP, establece la regla general en materia de concursos y reiteración de delitos. Sin embargo, existen excepciones a esta regla que tienden a morigerar los efectos gravosos de su aplicación al imponer penas excesivamente extensas. En este entendido, los artículos 75 y 451 CP, al igual que el 351 CPP regulan una forma más beneficiosa de sancionar concursos y reiteración de delitos. No obstante lo anterior, si de la aplicación de alguno de estos artículos resultare una pena mayor a la que correspondería si se aplicara el artículo 74 CP, se aplicará este último, conforme a lo dispuesto en el artículo 351 CPP. Por lo tanto, se debe hacer efectiva la regla de determinación que resulte más beneficiosa para el imputado.

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 259.

¹⁷⁰ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Op.cit.* p. 193.

¹⁷¹ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Op.cit.* p. 262.

En relación al artículo 164 COT, al igual que los artículos 75 CP, 451 CP y 351 CP, tiene por objeto evitar los efectos perniciosos del artículo 74 CP en materia de concursos y reiteración de delitos. “Por lo tanto, tiene como presupuesto de aplicación que si se hubieran acumulado los procesos, la condena única habría sido inferior a la suma de las condenas separadas. Si no es así, nada hay que modificar en la sentencia posterior”.¹⁷²

4.6 Rechazo de la doctrina a la justificación jurisprudencial dominante

Tal como se señaló, el criterio jurisprudencial predominante actualmente en Chile dice relación con admitir la procedencia del abono heterogéneo, siempre que entre los diversos procesos en que se imponen privaciones de libertad cautelar, exista una vinculación temporal, la que se circunscribe a la potencial tramitación simultánea, de conformidad al artículo 164 COT.¹⁷³ Sin embargo, la doctrina nacional rechaza de manera unánime la referencia al artículo 164 COT como fundamento normativo del abono en causa diversa.¹⁷⁴ Tanto los autores que defienden como los que rechazan la aplicación en nuestro derecho del abono impropio critican la fundamentación que hace la jurisprudencia mayoritaria del artículo 164 COT como normal legal que permite dicha institución.

Olivier, al referirse al tomar postura en relación a la posibilidad de juzgamiento conjunto de que se trató previamente y los distintos planteamientos, refiere que algunos fallos se basan en uno extensivo del 164 COT para hacer aplicable el abono heterogéneo, pero él no está de acuerdo con tal planteamiento, por lo que se infiere que no es una interpretación correcta de la norma mencionada y de este modo, rechaza la aplicación del abono en causa diversa en virtud de este artículo.¹⁷⁵ Complementando esto, critica esta interpretación ya que conduce precisamente a un abono en causa diversa sin límites, y que genera

¹⁷² MORALES ESPINOZA, Eduardo. *Op.cit.* p. 208.

¹⁷³ CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *Op.cit.* p. 25.

¹⁷⁴ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 62.a

¹⁷⁵ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Op.cit.* p. 260.

específicamente el “crédito delictual”, lo que para él no es aceptable, salvo que haya norma expresa.¹⁷⁶ En síntesis, para Oliver, la interpretación que ha hecho la jurisprudencia mayoritaria del artículo 164 COT para justificar el abono en causa diversa se basa en un planteamiento extensivo de la posibilidad de juzgamiento conjunto que lleva a un abono heterogéneo sin sustento legal.

Morales, concuerda con Oliver en el sentido de que la aplicación jurisprudencial obedece a una confusión con el sentido y alcance del actual artículo 164 en relación con el antiguo 160 COT y acota que en virtud del artículo 348 inciso segundo CPP se permite únicamente el abono vicarial.¹⁷⁷

Por su parte Salas, siguiendo a Oliver,¹⁷⁸ agrega que el criterio de los tribunales se basa en una confusión de la regla del derogado artículo 160 COT, que en concordancia con el también derogado artículo 503 del Código De Procedimiento Penal, permitía la unificación de penas. Y que hoy en día, los tribunales han entendido el artículo 164 COT de la misma manera que lo hacían con el artículo 160 COT, pero sin una norma legal como el artículo 503 del antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal. De este modo, Salas, en sintonía con Carvajal, rechaza la tesis de la Corte Suprema y otros fallos de Cortes de Apelaciones,¹⁷⁹ pues se basa en el artículo 164 COT y es tajante al expresar que “esta doctrina [...] no ofrece ninguna respuesta institucional para explicar por qué el Estado debe imputar a pena el tiempo de privación de libertad sufrida por el individuo en un proceso diverso al que fue condenado”.¹⁸⁰ Salas continúa y hace el distingo de los abonos vicarial e impropio y analiza que si los procesos se han tramitado conjuntamente en virtud del artículo 185 o 274 CPP, el abono de la medida cautelar a la pena no es heterogéneo, sino precisamente vicarial y luego

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ MORALES ESPINOZA, Eduardo. *Op.cit.* p 212.

¹⁷⁸ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 63-64.

¹⁷⁹ Ejemplos de sentencias de esta posición y otras, *supra*.

¹⁸⁰ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 64.

de la audiencia de preparación de juicio oral ninguna acumulación sería posible, por lo que el artículo 164 COT tampoco sería aplicable.¹⁸¹

En sentido contrario, Hernández expone que el abono heterogéneo, tal como se señaló en los capítulos anteriores, se fundamenta legalmente en el artículo 26 CP en relación al 348 inciso segundo y, por lo tanto, el artículo 164 COT es absolutamente intrascendente para esta clase de abono, debido a que en el actual sistema procesal penal, la “unidad procesal” no constituye un requisito del abono en causa diversa¹⁸² y además porque el legislador al no establecer ninguna limitación al abono de la medida cautelar a la pena, no le es lícito al intérprete limitar de modo alguno este abono, y el artículo 164 COT de una forma u otra, lo que hace es limitar esa aplicación. De este modo sería una analogía *malam partem*, que no es permitida.¹⁸³

5. CAPÍTULO 4: DERECHO COMPARADO, ESPAÑA

La regulación del abono de la prisión provisional en la legislación española, previa al Código Penal de 1995, sólo contemplaba de manera explícita el abono propio, es decir, solamente se abonaba el tiempo de privación de libertad cautelar a la pena finalmente impuesta en virtud del principio vicarial. Sin embargo, el Tribunal Supremo Español, apartándose de la normativa que regulaba esta institución, “creó la figura jurisprudencial del llamado «abono impropio», conforme

¹⁸¹ *Ibíd.* p. 62-63.

¹⁸² HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *Op.cit.* p. 6-7.

¹⁸³ *Ibíd.* p. 12.

al cual el periodo de tiempo sufrido de manera cautelar en una causa que, por las razones que fuera, no hubieran culminado en una sentencia condenatoria o dicha sentencia hubiera condenado con una pena inferior al tiempo de prisión preventiva, podría utilizarse para ser descontado del cómputo de las penas impuestas en otros procedimientos”,¹⁸⁴ estableciendo como requisito la coetaneidad en la tramitación de ambos procesos, con el objeto de “no generar una especie de «saldo» positivo «a cuenta» de un futuro delito”.¹⁸⁵

Posteriormente, la legislación española incorporó en el nuevo Código Penal de 1995, la doctrina jurisprudencial señalada precedentemente, estableciendo el límite temporal en que las medidas provisionales serán abonables a una causa diferente a la que las dispuso.¹⁸⁶

Dicho lo anterior, la norma actualmente vigente que regula el abono de las medidas cautelares es el artículo 58¹⁸⁷ del Código Penal español que dispone:

“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 que dicha privación fue acordada.

El abono de la 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.

¹⁸⁴ SANCHEZ TOMAS, José Miguel. Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: crónica del espejismo de un conflicto que era un problema de calidad de ley. *Revista Española de Derecho Constitucional* (95): 353, 2012.

¹⁸⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis. “et. al”. *Comentarios al código penal. España*: lustel, 2007. 203 p.

¹⁸⁶ LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio, MENDOZA BUERGO, Blanca y MENDOZA MOURULLO, Gonzalo. *Código penal*. España: Civitas, 2004. 475 p.

¹⁸⁷ Este artículo fue modificado por la ley 15/2003, de 25 de noviembre.

Solo 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.

Las reglas anteriores se aplicaran también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”.

La regulación del abono heterogéneo se encuentra contenida en el segundo y tercer apartado del artículo transcrito, los que señalan los siguientes requisitos para su procedencia:¹⁸⁸

- a) Que se haya decretado una prisión provisional en una causa en la que posteriormente se dicte sentencia firme absoluta;
- b) Que el penado hay sufrido otra causa diferente de la anterior;
- c) Que se solicite por este el meritado abono a esta otra causa, a efectos de practicar la oportuna liquidación incluyendo tal abono, o bien se acude de oficio;
- d) Que se pase la solicitud a informe del Ministerio Fiscal;
- e) Que el juez que debe acordar tal abono es el juez de vigilancia penitenciaria correspondiente a la jurisdicción de que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado;
- f) Que la prisión provisional debe haberse acordado con fecha posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretenda abonar.

El legislador del nuevo Código Penal al incorporar en la normativa vigente el abono heterogéneo, entendiendo por tal el abono a la pena de las privaciones de libertad cautelar impuestas en otra causa, consolida el criterio adoptado en esta materia por el Tribunal Supremo Español,¹⁸⁹ a la vez que establece requisitos de procedencia que se estiman razonables y necesarios para evitar los problemas

¹⁸⁸ SANCHEZ MELGAR, Julián. *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*. 2da ed. España: Sepín, 2006. 424-425 p.

¹⁸⁹ LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio, MENDOZA BUERGO, Blanca y MENDOZA MOURULLO, Gonzalo. *Op.cit.* p. 475.

que genera el llamado “crédito delictivo”, que en palabras sencillas implica que un sujeto que ha cumplido una privación de libertad cautelar y luego ésta, por algún motivo no ha sido condenado y no se puede imputar ese período a la pena, habrá cumplido de manera adelantada una pena para futuros delitos. El reconocer sin límite alguno la aplicación del abono de una privación de libertad cautelar por delitos posteriores, podría convertirse en un factor criminógeno, para los individuos que tuvieran un conocimiento anticipado del cumplimiento total o parcial de la pena a imponer en el caso que cometieran un nuevo delito, “podrían actuar deliberadamente en el futuro sin freno o inhibición que representara la conminación de una pena legal”.¹⁹⁰ Dicho con otras palabras, con la limitación temporal que establece la mencionada norma se trata de evitar una especie de “crédito o saldo positivo de días a cuenta para un futuro delito, que repugna a la lógica y a los fines preventivos de la pena”.¹⁹¹ Solución que en Chile, como se mencionó en el apartado respectivo, comparte Guzmán Dálbora.

En otras palabras, la solución actual de España permite el abono impropio sólo para delitos que se cometieron antes de la privación de libertad cautelar, si el hecho es posterior a dicha medida cautelar el abono no es procedente porque implica que se podría dar lugar al crédito delictivo, lo que se quiere evitar.

La doctrina chilena se ha manifestado en cuanto a hacer aplicable la forma de resolución del problema del abono heterogéneo adoptado por la jurisprudencia y la legislación española. Héctor Hernández sostiene que la restricción establecida en la norma española “no (se encuentra) prevista por la ley chilena, de modo que sólo puede plantearse como alternativa de lege ferenda, no como una efectiva limitación del abono preceptivo en los términos de los arts. 26 CP y 348 CPP”.¹⁹²

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ Sentencias Tribunal Supremo Español, 30 de Octubre de 1992 y de 29 de Junio de 1993.

¹⁹² HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *Op.cit.* p. 12.

Por otra parte, Salas Astrain señala que la norma chilena actual no soluciona el problema del abono heterogéneo sino que es más similar a la regulación española anterior al Código Penal de 1995, por lo tanto, la solución dada por la jurisprudencia española anterior a la actual codificación es meramente interpretativa y no de texto expreso, y en ese sentido es una de las tantas posibles soluciones¹⁹³ y, como se expuso con detalle en el apartado respectivo, este autor no comparte. Por otro lado, también destaca la solución del español Casabó Ruiz planteada con anterioridad a la reforma del Código Penal español que es precisamente una indemnización estatal.¹⁹⁴ Vale decir, Salas ve el actual panorama chileno muy similar al antiguo escenario español y no hace sino entregar una interpretación que no es nueva para un modelo como el que tenemos en Chile, sustentando su postura tanto en otros autores como en una serie de preceptos legales y principios que interpreta para fundamentar su tesis.

6. TOMA DE POSICIÓN:

En primer lugar debo destacar que según mi opinión, el problema de las privaciones de libertad cautelares injustificadas, entendiendo por justificación la

¹⁹³ SALAS ASTRAIN, Jaime. *Op.cit.* p. 49.

¹⁹⁴ *Id.*

condena impuesta posteriormente, está resuelto en Chile solamente en virtud del principio vicarial, vale decir, que se debe imputar el tiempo de privación de libertad cautelar a la pena impuesta en el mismo procedimiento en que fue establecida dicha cautelar, lo que se conoce como abono homogéneo, pero no está solucionado por la legislación el problema del abono de la medida cautelar en una causa diversa a aquella en que se impuso.

Habiendo dicho lo anterior, puedo decir que discrepo en parte y entiendo como correctas también parcialmente, y para ciertos casos, algunas de las posturas planteadas y otras las considero totalmente equívocas.

A saber, respecto de la tesis de Héctor Hernández, que ve en el artículo 348, inciso segundo CPP, la norma que a todas luces permite el abono heterogéneo sin establecer ninguna limitación, debo ser clara en que discrepo totalmente. Ya que esa interpretación implica una decisión de política criminal que debe ser establecida por el legislador exclusivamente, coincidiendo en este punto con Oliver. Esto ya que las repercusiones son inimaginables, pues da lugar sin dudas al llamado “crédito delictual”, lo que se transforma en un incentivo perverso para el delincuente, por lo que en este punto entiendo como correcta la fundamentación de la doctrina y jurisprudencia española para establecer límites a dicho abono en causa diversa.

Respecto de la opinión de Guzmán Dálbora, tiendo a compartir su criterio en orden a imponer límites a la aplicación del abono impropio, y en principio me parece razonable el planteamiento por él propuesto, pues parte de la base de asimilar la solución que se dio en España antes de la codificación de 1995 a nuestro actual panorama legislativo en materia de abono de las medidas cautelares a la pena, pero no termina de convencerme el hecho de no existir una norma que permita extraer esa conclusión. Por otra parte, la justificación que dio el Tribunal Supremo español no necesariamente es aplicable a nuestro sistema procesal penal, pues ellos tienen un sistema inquisitivo morigerado y nosotros uno acusatorio, por lo que, sin entrar en profundidad en los fundamentos de ese

tribunal, creo que debería descartarse, tal vez no la solución, mas sí los fundamentos.

La opinión que más me merece adhesión es la de Salas Astrain, ya que identifica el problema desde una perspectiva más normativa. Salas hace énfasis en que la prisión preventiva en tanto medida cautelar es absolutamente diferente a la pena impuesta y tiene razón, pero sus argumentos me parecen excesivamente formalistas y no mira el problema de fondo, que sí identifica Hernández y Guzmán Dálbora: la prisión preventiva, en la práctica, es decir, materialmente, es una pena. Un sujeto que está en prisión preventiva, en palabras sencillas, está “preso” y repugna el sentido común que esto no sea considerado como una pena. Por otra parte, Salas sostiene que a pesar de no ser una pena la privación de libertad cautelar es necesario dar una solución a aquel que sin justificación, en los términos que expusimos al inicio de este apartado, ha sido puesto en prisión preventiva, pues implica que se le ha causado un daño que ha de ser reparado de alguna manera y, desde este punto de partida, elabora su tesis de la indemnización de perjuicios por parte del Estado por el daño causado. Creo que Salas tiene el mérito de dar una solución jurídica y no de simple equidad, como él mismo defiende, ya que la solución la busca en normas legales, pero enmarcada fuera del derecho penal, lo que hasta cierto punto podría entenderse como una debilidad. Sin perjuicio de ello, mi parecer es que esa principal debilidad es que sólo solucionaría casos manifiestamente plausibles, como la falta de fundamentación de una resolución que, además, se basa en antecedentes aportados por el ente persecutor que no gozan de la suficiencia que exige el mismo legislador y que debe ponderar el juez. Es decir, sólo soluciona casos en que tanto el Ministerio Público como el juez han obrado de modo injustificadamente erróneo o arbitrario, casos que, en la práctica, no son para nada habituales. Pero siendo una solución no demasiado satisfactoria resuelve con un estándar jurídico un problema que claramente existe y que es bastante frecuente.

En relación a la solución propuesta por la jurisprudencia mayoritariamente uniforme, en orden a hacer aplicable el abono impropio pero con ciertas limitaciones, también me parece, en parte acertado, especialmente desde la óptica de la labor de un tribunal: impartir justicia dentro del marco de la ley, pero, y en primer lugar, impartir justicia. De este modo, al no haber una norma que prevea el problema y regule una solución, los tribunales, entiendo, han hecho justicia para el caso concreto y han buscado, luego, una norma que interpretada de algún modo, permita dar solución a un problema. En este sentido, a pesar de no regular el artículo 164 COT el abono en causa diversa de modo directo, sí se hace cargo de una situación análoga, vale decir, imponer una única pena para los diversos delitos cometidos y que han sido juzgados en diversos procesos. Sobre este punto debo aclarar que discrepo de la forma en que la judicatura ha entendido y aplicado este precepto para unificar penas y no para regular las sentencias posteriores para aplicar, en total, la pena que habría correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos. Pero partiendo de la base de la unificación de penas, es relativamente lógico pensar que si se han juzgado en un solo proceso varios hechos, ese proceso terminará con una única sentencia que considere todos los delitos y de este modo, si se impuso una medida cautelar privativa de libertad, ésta se imputará a la pena única de todos esos delitos, de modo que la prisión preventiva fundada en un hecho sería aplicable a los demás. Esto pareciera tener asidero, pues se puede aplicar analógicamente el artículo 164 COT a casos que no se juzgaron en conjunto pero que pudieron haberse tramitado de esa manera de modo que –no dictando una única condena- es posible abonar la prisión preventiva de uno de los varios hechos juzgados por separado, pues el resultado es el mismo. En otras palabras, primero el tribunal toma una decisión de justicia y luego la encuadra en una norma que debe interpretar de una manera a lo menos cuestionable para dar sustento jurídico a su decisión. Como señalé, la solución mayoritaria de nuestros tribunales pareciera ser correcta, pero la crítica que se puede hacer es básicamente que la interpretación que se hace del artículo reseñado es sólo una de las varias posibles y es justamente aquella que no pareciera ser muy coherente con el

espíritu de la norma, como manifiesta Oliver. Esto sin considerar que, como expliqué, la forma de entender y aplicar el artículo 164 COT no se aviene con el nuevo sistema de juzgamiento criminal, sino que pareciera ser más una pervivencia del derogado artículo 160 COT.

7. CONCLUSIONES

7.1 La doctrina concuerda en que, en el caso que las privaciones de libertad cautelares se prolongasen durante el proceso, la pena se debería reducir, ya que el condenado se podría ver perjudicado por las dilaciones excesivas del proceso.

En este sentido, el principio vicarial está asociado desde su inicio al llamado “abono homogéneo” y está reconocido por texto legal expreso en los artículos 20 y 26 CP y en los artículos 4º y 348 CPP, lo que permite que no haya cuestionamientos respecto a su procedencia, de este modo, ambos conceptos son tratados indistintamente debido a que tienen su justificación en el nexo existente entre la privación de libertad cautelar y la pena aplicada en una misma causa en razón de unos mismos hechos lo que se denomina identidad de hecho. Y en esto consiste el principio vicarial, precisamente en abonar el tiempo de privación de libertad cautelar a la pena efectivamente impuesta en razón de los mismos hechos, juzgados en el mismo procedimiento.

7.2 La doctrina chilena se encuentra dividida en cuanto a admitir la procedencia del abono heterogéneo.

7.2.1 Dentro de los partidarios de la aplicación de esta institución, destaca José Luis Guzmán Dálbora quien limita su aplicación a una privación de libertad posterior a los hechos por los que se le condena. Este autor sustenta su tesis en la unidad político jurídico entre el ordenamiento penal y procesal penal, de modo que sus fines terminan por converger, por lo que para considerar lo que es una pena, se debe atender también a lo que le ha precedido en cuanto a contenido punitivo. Si aquello que le ha precedido a la pena, en este caso, una privación de libertad cautelar, como materialmente tiene también un contenido punitivo, entonces ha de ser considerado pena para efectos del tiempo de cumplimiento de esta, por lo cual esa privación de libertad cautelar debe ser abonada al cumplimiento de la pena a la que efectivamente fue condenado un imputado.

7.2.2 Otro partidario de la procedencia del abono heterogéneo en nuestro sistema penal es Héctor Hernández Basualto, quien desarrolla su posición

dogmática en base al artículo 26 CP, sosteniendo al respecto que el fundamento de su posición y del mismo artículo 26 CP es el respeto por la libertad de las personas. Este autor admite siempre la procedencia del abono heterogéneo, conforme a los artículos 26 CP y 348 inciso 2 CPP debido a la amplitud de estas disposiciones, y por lo tanto, la aplicación del abono heterogéneo la entiende obligatoria en virtud de las citadas normas y cualquier restricción de esta institución contradice texto legal, existiendo solamente un límite lógico que consiste en no poder abonarse más de una vez en un mismo período. Sostiene que estas normas al no distinguir si el abono aplica solamente para la misma causa en que fue decretada la medida cautelar, debe entenderse, en virtud del respeto del ordenamiento jurídico por la libertad de las personas y dado el corte garantista de nuestro nuevo sistema procesal penal, que se extiende también a todo otro proceso en que se aplicó una pena, vale decir, el abono heterogéneo debe aplicarse sin límites de proceso o hechos, sin perjuicio del límite lógico señalado.

7.3 Jaime Salas Astrain es uno de los detractores de la procedencia del abono heterogéneo, para sustentar su postura señala que no existe un marco legal en nuestra legislación que consagre esta institución y sostiene, además, que los partidarios del abono en causa diversa, fundamentan su postura en gran medida en una concepción equivocada de la relación prisión preventiva – pena.

7.3.1 Uno de los argumentos relevantes para sostener la improcedencia del abono en causa diversa, es la legitimación político - criminal de la prisión preventiva. La justificación de la mencionada medida cautelar es autónoma, responde a una necesidad procesal, independiente de la eventual vinculación que pueda tener con la pena. En este orden de ideas, es importante destacar la “regla de trato” amparada por la presunción de inocencia que protege al imputado durante el proceso penal. Esto es de vital importancia debido a que no permite otorgar el carácter de pena al tiempo que el imputado permaneció privado de libertad por encontrarse sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva en el caso de que no sea condenado, debido a que no se logró acreditar en el juicio,

más allá de toda duda razonable, y con todas las garantías del proceso penal, la culpabilidad del imputado. Así las cosas, la prisión preventiva mal podría considerarse una pena anticipada pues el estándar de prueba de la culpabilidad, que es propio del juicio y que legitima una pena, no se da en el marco de una medida cautelar personal.

7.3.2 Por otra parte, Salas Astrain sostiene que solo desde una perspectiva retribucionista de la pena se puede constatar la diferencia existente entre la prisión preventiva y la pena, debido a que el fin de la prisión preventiva y el fin de la pena son completamente diferentes, por tanto, el fundamento de su legitimidad también lo es, así como su propia naturaleza. En este orden de ideas, la medida cautelar subsiste como un medio procesal provisional destinado a garantizar el esclarecimiento de los hechos y a asegurar la persona física de un individuo “presuntamente peligroso” en el proceso y, la pena, en cambio, cumplirá 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.

7.3.3 Señala Salas que es evidente que el individuo sujeto a prisión preventiva que posteriormente es absuelto, sufre un daño personal que puede ir más allá de la afectación de su derecho a la libertad, y puede implicar un daño indemnizable, por lo que nada obsta a la procedencia de la reparación civil del daño a través de la indemnización de perjuicios establecida con el objeto de restablecer el menoscabo no sólo patrimonial, sino también moral sufrido por el individuo preso no condenado.

7.3.4 Una posible solución al problema del individuo preso no condenado es la reparación estatal a través de la indemnización de perjuicios por error judicial de conformidad al artículo 19 N°7 letra i) y no el abono heterogéneo. Esta solución se encuentra en el ámbito de los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigentes, en virtud de la remisión que hace el artículo 5° inciso segundo de la Carta

Fundamental y, por tanto, es una solución de carácter jurídico y no de equidad, a diferencia del abono heterogéneo que no tiene asidero legal.

7.3.5 Sobre la evolución de la jurisprudencia sobre la solución propuesta por Salas, a mediados del 2015 se afianza el criterio de la Corte Suprema en orden a exigir que la resolución que impone una medida cautelar privativa libertad, debe dar cuenta detallada de los antecedentes que permitieron al juez arribar a su decisión, así como la reproducción del razonamiento que llevó a cabo pues es la única forma de satisfacer las exigencias de una “sospecha de culpabilidad”, pues de no hacerlo, es procedente la declaración de una indemnización estatal por error judicial, aún en caso que el individuo no sea condenado posteriormente. Esta situación refuerza la tesis de Salas Astrain, en el sentido de que la solución a una privación de libertad cautelar injustificada es la indemnización estatal de perjuicios y no el abono en causa diversa.

7.4 La jurisprudencia de la Corte Suprema, ha adoptado uniformemente el criterio de admitir la procedencia del abono heterogéneo pero no en virtud de los argumentos de texto legal que ha dado la doctrina, sino que basándose en el artículo 164 COT.

7.4.1 Esta norma regula la llamada “unificación de penas” y tiene como origen el artículo 160 COT, ya derogado. Este antecedente disponía que cuando, por algún motivo, los procesos que debían tramitarse conjuntamente, concluyeron por separado, cada uno con una sentencia condenatoria, el juez debe dictar una única pena que unifique todas las demás, tal como si los diferentes hechos se hubieran juzgado en un solo proceso, esto en concordancia con el también derogado artículo 503 del antiguo Código de Procedimiento Penal. Pero el artículo 164 COT dispone otra cosa y mandata al tribunal que ha dictado una sentencia posterior a la primera, modificarla de modo de que la pena que imponga –que se suma a la anterior- no exceda, esta sumatoria, de la pena que hubiera correspondido si esos hechos se hubieran juzgado en el mismo proceso. Pero nuestros tribunales han entendido esta nueva norma en el sentido del antiguo

artículo 160 COT, de modo que han unificado penas. El principal requisito que establece el artículo 164 COT es la posibilidad de juzgamiento conjunto de los hechos cuyas penas se pretende “unificar”, pero sin señalar qué se debe entender por esta posibilidad de tramitación conjunta. De este modo, la doctrina ha dado diversas opciones interpretativas, una extensa, otra intermedia y otra más restringida, todas ellas relativas a un vínculo temporal entre aquellos hechos. La doctrina se inclina por una interpretación intermedia, que consiste en exigir que entre los hechos juzgados en forma separada no medie una sentencia condenatoria firme, ya que solo de esta manera podría ser aplicada alguna regla sobre concurso de delitos que sea más favorable para el imputado y la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales ha optado por una extensiva, y en base a este planteamiento, ha determinado que, por analogía, la norma que permite el abono de causa diversa es esta disposición legal, pues si se permite que se dicte una sola pena por diversos hechos que se juzgan en el mismo proceso, la prisión preventiva decretada en ese proceso se abona a la pena impuesta por todos aquellos hechos, de modo que si se dictaron varias penas en procesos separados, pero que se debieron haber juzgado conjuntamente, es lógico que la prisión preventiva se pueda abonar a las penas que se dictaron en otros procesos pero que pudieron haberse juzgado en uno solo.

7.4.2 Por una parte, Salas critica la interpretación que ha hecho la jurisprudencia mayoritaria debido a que se basa en un planteamiento extensivo de la posibilidad de juzgamiento conjunto que lleva a un abono heterogéneo sin sustento legal. Por otra parte, existe una confusión de la regla del derogado artículo 160 COT, que en concordancia con el también derogado artículo 503 del Código De Procedimiento Penal, permitía la unificación de penas, y que hoy en día, los tribunales han entendido el artículo 164 COT de la misma manera que lo hacía con el artículo 160 COT, pero sin una norma legal como el artículo 503 del antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal.

7.4.3 Hernández, por su parte, señala que el artículo 164 COT es absolutamente intrascendente para esta clase de abono, debido a que en el

actual sistema procesal penal, la “unidad procesal” no constituye un requisito del abono en causa diversa, y además debido a que el legislador al no establecer ninguna limitación al abono de la medida cautelar a la pena, no le es lícito al intérprete limitar de modo alguno este abono, ya que el artículo 164 COT de una forma u otra, lo que hace es limitar la aplicación del abono heterogéneo. De este modo sería una analogía *malam partem*, que no es permitida.

7.5 La solución legislativa actual de España permite el abono impropio sólo para delitos que se cometieron antes de la privación de libertad cautelar, si el hecho es posterior a dicha medida cautelar el abono no es procedente porque implica que se podría dar lugar al crédito delictivo, lo que se quiere evitar. Esta decisión, a su vez, encuentra su antecedente en una creación jurisprudencial del Tribunal Supremo español que acoge el abono en causa diversa pero con esta misma limitación que luego fue plasmada en la ley en el Código Penal de 1995. En nuestro medio, una solución similar propone Guzmán Dálbora, básicamente con los mismos fundamentos españoles, y además porque nuestro ordenamiento legal actual es similar al ibérico antes de 1995.

7.6 En relación a la toma de posición personal, reafirmo lo señalado en el acápite anterior, en cuanto a que discrepo en parte y estimo como correctas también parcialmente, y para ciertos casos, algunas de las posturas planteadas y otras las considero totalmente equívocas.

7.6.1 La opinión que más me merece adhesión es la de Salas Astrain, ya que identifica el problema de abono heterogéneo desde una perspectiva más normativa, sin embargo, sus argumentos me parecen excesivamente formalistas y no mira el problema de fondo, que sí identifica Hernández y Guzmán Dálbora: la prisión preventiva, en la práctica, es decir, materialmente, es una pena.

7.6.2 En relación a la solución planteada por la jurisprudencia predominante, también me parece, en parte acertado, especialmente desde la perspectiva de la labor de un tribunal: impartir justicia dentro del marco de la ley,

pero, y en primer lugar, impartir justicia. Así las cosas, la solución mayoritaria de nuestros tribunales pareciera ser correcta, no obstante puede ser criticada debido a que básicamente la interpretación que se hace del artículo 164 COT es sólo una de las varias posibles y es justamente aquella que no pareciera ser muy coherente con el espíritu de la norma.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, Luis. "et. al". *Comentarios al código penal. España*: lustel, 2007. 1214 p.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, et al". *Texto y comentario del código penal chileno. Comentario Miguel Cillero*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. 493p.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002. 2v. 377 p.
- CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo. *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, 2014.
- CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. *La unificación de penas contemplada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales*. *Revista de la Justicia Penal*. (2) 187-208, 2008.
- COUSO SALAS, Jaime. *Código Penal Comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*. Chile: Legal Publishing Chile, 2011. 739 p.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA DE CHILE, *Compendio Penitenciario Concordado*. Chile, 2011. 250 p.
- DUCCE JULIO, Mauricio. *La indemnización por error judicial y las medidas cautelares personales: la consolidación de una nueva doctrina de parte de la Corte Suprema*. [en línea] Chile: El Mercurio Legal. [fecha de consulta: 16 de abril 2019]. Disponible en:

<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/12/04/La-indemnizacion-por-error-judicial-y-las-medidas-cautelares-personales-la-consolidacion-de-una-nueva-doctrina-de-parte-de-la-Corte-Suprema.aspx>.

- DURAN MIGLIARDI, Mario. *Teorías Absolutas de la pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y criticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual*. Revista de Filosofía. 67: 123-144, 2011.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general*. Tomo I. 2da ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 81 p.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bdf, 2009. 412 p.
- HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *Abono de prisión preventiva en causa diversa* [en línea] Chile: Departamento de estudios, Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública. [fecha de consulta: 12 de Marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/4185-2.pdf>.
- LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio, MENDOZA BUERGO, Blanca y MENDOZA MOURULLO, Gonzalo. *Código penal*. España: Civitas, 2004. 2871 p.
- MORALES ESPINOZA, Eduardo. *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, 2011.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Aproximación a la unificación de penas*. *Revista Política Criminal*. 7 (14): 248-275, 2012.

- NAVARRO FRÍAS, Irene. *El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿Principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?* [en línea] España: Revista para el análisis del derecho Indret (2) fecha de consulta: 21 de marzo 2019]. Disponible en: <<http://www.indret.com/pdf/724.pdf>>

- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*. Tomo I. 3º edición .Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. 571 p.

- SALAS ASTRAIN, Jaime. *Abono de la prisión preventiva en causa diversa: Desconstrucción de una teoría dominante*. Chile: Librotecnia, 2017. 152 p.

- REYES MOLINA, Sebastián. *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*. Revista de Derecho. XXV (2): 229-247, 2012.

- SANCHEZ MELGAR, Julián. *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*. 2da ed. España: Sepín, 2006. 1437 p.

- SANCHEZ TOMAS, José Miguel. *Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: crónica del espejismo de un conflicto que era un problema de calidad de ley*. Revista Española de Derecho Constitucional (95): 347-375, 2012.

- SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. [en línea] España: Revista para el análisis del derecho. [fecha de consulta: 20 de Marzo de 2019]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf>.

- TRONCOSO MORENO, Max. *El abono a la pena de la de las privaciones de libertad provisionales o parciales*. Revista de la Justicia Penal (7): 159-172, 2017.

- UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. *Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario* [en línea] España: [fecha de consulta: 25 de febrero de 2019]. Disponible en: <<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/normativa/abono.htm>>

- VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan. *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, 2011.

- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. *Unificación de las penas: la regla del artículo 160 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales*. Revista de Derecho, Universidad de Concepción. (207): 55-58, 2000.

- VARGAS PINTO, Tatiana y PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio (ed.). *Código Penal*. Chile: Legal Publishing Chile, 2012. 772 p.

- VODANOVIC SCHNAKE, Natalio. *Aspectos de las indemnizaciones por error judicial y por conductas erróneas del ministerio público, con el nuevo sistema procesal penal*. Revista de Derecho. (13): 209- 214, 2005.

- ZUÑIGA URBINA, Francisco. *La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia*. Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. (2): 15-48, 2008.