

EL RESPETO A LA DIGNIDAD EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: EL CASO DEL ABONO EN CAUSA DIVERSA

THE HUMAN DIGNITY IN PUNISHMENT. THE JAIL CREDIT'S FROM OTHER CRIMINAL PROCESS CASE

RODRIGO CARVAJAL SCHNETTLER*

RESUMEN

El abono es el descuento a la pena de privaciones de libertad soportadas por el condenado y este opera en causa diversa cuando tales encierros se han sufrido en otro proceso. La jurisprudencia chilena aborda el descuento heterogéneo a partir del criterio de la acumulación potencial de causas. La doctrina local se debate principalmente entre su tolerancia ilimitada, o su admisión bajo el límite de la sucesión temporal. Frente a la insuficiente fundamentación en la jurisprudencia y la doctrina en nuestro medio, se propugna la procedencia del abono en causa diversa tratándose de privaciones de libertad que puedan ser estimadas consecuenciales al hecho por el que se expide condena, fundado en el significado de la determinación de la pena en lugar de la admisión y cuantificación del resarcimiento de males pretéritos irrogados al justiciable, que determina el alcance de las reglas sobre abono de medidas cautelares en el Derecho chileno.

Palabras clave: Abono, causa diversa, pena, merecimiento.

ABSTRACT

Jail credit for the time that defendant has been in jail for other case is the problem of the heterogeneous discount. Hitherto, chilean jurisprudence criteria has been claimed with varying emphasis their admission onto the potential accumulation cases. The theoretical references are torn between their unlimited tolerance or admission based on the criterion founded in a temporal order of facts. Faced with insufficient theoretical foundation and jurisprudence wrong predicament, we point out that the heterogeneous discount for the day's jail credit, has to be mandatory for the Judge about every days jail's suffer by the convicted that could be deemed as an adjudication matter fact sequel. We based that statement on the limits to law interpretation under the subject of this proceed: determining the penalty instead admission and quantification of damages incurred by the defendant bygone evils, which determines the scope of the rules of jail credit in chilean law.

Key words: Jail credit, diverse case, penalty, deserved.

Fecha de recepción: 8 de agosto de 2014

Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2014

* Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Doctorando en Derecho, Universidad de Chile. rcarvajal@pjud.cl

1. INTRODUCCIÓN Y ALCANCES. EL ABONO HETEROGÉNEO A LAS PENAS TEMPORALES

A efectos contables, la voz abono se refiere al incremento del haber de una cuenta determinada, previa convención contable sobre el conjunto de elementos concernidos por la partida de que se trate y la unidad conforme la cual se mensura su acrecimiento o merma. En tal sentido, abono no es más que una anotación en el haber de una cuenta, previa definición de los rubros imputables a dicha partida y la precisión del parámetro de cuantificación asignado a los mismos¹. Desde el contexto aludido, si tuviésemos que arribar a algún tipo de resultado final pertinente al ejercicio del derecho a la libertad de que un sujeto goza a lo largo de su vida, debiesen considerarse las privaciones de la misma que este debió soportar, donde comprenderíamos como abono a cualquier arbitrio que descontase tiempo a tales encierros o limitantes a su ejercicio. El despliegue del poder punitivo estatal ofrece un escenario de destacada intensidad para inquirir sobre los límites a la libertad personal de los imperados, razón por la cual la noción indicada no resulta ajena al amplio debate sobre la pena, sus fundamentos y alcance. Este despliegue conformado por el uso predominante de la pena temporal y particularmente de la pena privativa de libertad delineó el ascenso histórico del abono².

¹ OMEÑACA GARCÍA, Jesús. *Contabilidad General*. Barcelona, 11 ed. Ed. Deusto, 2008, pp. 25, 29 y ss.

² Basta con repasar brevemente los orígenes históricos del abono, para percatarse que este se cobija al alero de las bondades que en su tiempo se atribuyó a la pena privativa de libertad: en el ocaso del derecho clásico romano, ULPIANO (Digesto 48, 19, 8, 9) predicaba la preservación de la privación de libertad como exclusiva medida de custodia de los reos, orientada a su seguridad, de manera que su aplicación impuesta como castigo, quedaba prohibida. La naturaleza exclusivamente cautelar del encierro, sin embargo, no fue obstáculo para que, en palabras de MODESTINO (Digesto 48, 19, 25), en el caso en que la condición de reo se prolongase, la pena se viera reducida. Se trataba de que la dilatada privación de libertad, pese a entrañar una circunstancia ajena a la pena, incidía en su determinación final. Luego de la edad media, la institución del abono, asciende en relevancia junto a la progresiva generalización de la pena privativa de libertad. En efecto, concebida la privación de libertad desde antiguo como exclusiva medida de custodia del imputado, tanto conforme los textos romanos antes citados, como también por la persistencia del criterio en el concierto de la recepción del derecho común, donde resulta ineludible la referencia incluso en las Partidas de Alfonso X, sobre la cárcel como lugar para la custodia de presos hasta

En lo que nos interesa, el término abono empleado en Derecho penal en relación con las sanciones temporales, adeuda al sentido contable expresado, la descripción de un proceso que se traduce en sustraer de la pena determinadas magnitudes, hasta llegar inclusive a determinarla sin que reste contenido punitivo alguno, y que supone una aproximación valorativa al paso previo del qué y el cuánto de los rubros a que se debe recurrir³. Así, las cuestiones que convoca la insti-

su juzgamiento, y no para el menoscabo, sanción o enmienda de aquellos (Ley 2ª, Tit. II, part. VII en relación con Ley IV, Tit XXXI, part. VII); paulatinamente esta se incorpora desde los albores de la modernidad, por influjo de la reclusión monástica (ORTEGO GIL, P. La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII). ADPCP, t. LIV, 2001, p. 46), al catálogo de penas propiamente tales (ORTEGO GIL, P. La estancia en prisión... pp. 55 y ss.). La relevancia de los principios jurídicos elaborados a partir de la recepción del derecho común en esta materia, estriba en su posterior influjo en el período codificador, en términos que, con sensibles variantes, el lapso de privación de libertad sufrido con ocasión del proceso penal pasó a ser considerado a la hora de determinar el lapso de pena impuesta que debía ser soportado por el justiciable. Al mismo tiempo, la progresiva generalización de la pena privativa de libertad a partir del siglo XVIII, defendida como el relevo de la pena de muerte y la sanción propiamente corporal (ZAMBRANA MORAL, Patricia. Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXVII, 2005, pp. 197-229, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. pp. 198, 203 y ss y 222 y ss), contribuyó a poner de relieve la relevancia del abono en el movimiento codificador (ORTEGO GIL, P. La estancia en prisión... p. 68). Un buen número de los Códigos decimonónicos previeron el abono, pero meramente facultativo, tanto para acogerlo o rechazarlo, incluso sin pronunciamiento, como también discrecional en el cómputo total, parcial y el factor de equivalencia. (GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Santiago, Ed. LegalPublishing, 2008, pp. 309 y 301.) GUZMÁN connota que la pertinaz sombra del Derecho común produjo que únicamente se abonase la prisión que se irrogó por el mismo hecho objeto de la condena. Añade el autor que, con esbozos de superación en los Códigos de la segunda mitad del siglo XIX (el autor cita el belga de 1867 y el italiano de 1889), los ajustes pertinentes al carácter prescriptivo del abono, con o sin culpa, y al cómputo heterogéneo se instalaron definitivamente en los Códigos en la segunda mitad del siglo pasado. (GUZMÁN DÁLBORA. La pena y la extinción... p. 310.)

³ Particularmente gráfico sobre el punto resulta el empleo de la voz *desconto* de que se sirve la sección IV del Libro I del Código penal portugués en la regulación sobre el abono contenida en sus Arts. 80 y ss.; y la alusión en la jurisprudencia práctica española al proceso de “liquidación de condenas” que compete al juez de vigilancia penitenciaria. Solo por citar algunas, así se menciona en las sentencias del Tribunal Supremo español (en adelante STS.) de 15 de enero de 1991; 11 de febrero de 2010; y 18 de mayo de 2011.

tución del abono en relación a las penas temporales pueden enfrentarse distinguiendo los siguientes supuestos.

Un primer grupo atiende al rubro de privaciones de libertad que cabe descontar de la pena temporal a imponer: medidas cautelares personales que impliquen privación de libertad, lapso de pena de privación de libertad cumplida por sentencia anulada en el caso de la revisión, arrestos y apremios, reclusiones sufridas en sustitución de multa y penas sustitutivas quebrantadas. Un segundo ámbito se vincula a la unidad o diversidad de los procesos en que tuvo lugar la privación de libertad y su índole, esto es, el mismo juicio o causa diversa y si corresponde a una causa de la misma o diversa naturaleza (civil, penal, laboral, de familia o infraccional). Estos casos de procesos diversos a efectos del abono, nos lleva a considerar el supuesto fundamental de si esa privación de libertad a la que ahora se recurre para reducir la pena, es anterior o posterior al hecho por el que esta última se impone. Otro enfoque clasificatorio se centra en las penas pasibles de ser afectadas por el abono o bien de ser abonadas unas para con otras, extendiéndose también a la suspensión de licencia de conducir vehículos, inhabilidades, comiso, y penas perpetuas cuando se someten a un límite máximo de duración, o inclusive la procedencia de abonar privaciones de libertad a la cada vez más difundida pena no temporal de multa, bajo el predicamento de que su incumplimiento se resolverá en la aplicación de una pena temporal, razón por la que no hay motivo para prescindir del paso previo de la conversión a esta. Por último, cabe atender a la cuestión sobre el rendimiento de la privación o restricción de libertad u otra limitación de derechos que se trata de abonar, esto es, la fórmula de cómputo a que se recurre para su consideración, esto es, bajo una paridad exacta, reducida, ampliada, o proporcional⁴. En estos casos se trata de asignar, por ejemplo, mayor gravitación a la detención y prisión preventiva, atendida a la imposibilidad en que se encuentra quien las sufre de optar a beneficios para reducir su condena o acceder gradualmente al medio libre, en parangón con el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad.

⁴ La ley 20.603 introdujo para el caso de quebrantamiento el abono del lapso cumplido de penas sustitutivas que no importan privación de libertad, tales como la remisión condicional, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o libertad vigilada, bajo una fórmula proporcional.

De entre todas las constelaciones referidas, solo nos interesa aquella pertinente al “abono en causa diversa”, también denominado “abono impropio” o “abono heterogéneo”⁵. Se trata de la cuestión sobre si el abono ha de operar exclusivamente respecto de la condena que se expida en el proceso con ocasión del cuál se ha soportado una privación de libertad, o bien, que proceda la deducción de tal encierro o restricción de libertad, respecto de cualquier condena a una pena dictada en otros antecedentes. En tal concierto, se impone una distinción capital, originada por la pertinencia de considerar otros procesos seguidos en contra del mismo sujeto, dado que estos pueden ser anteriores, coetáneos o posteriores. Así, la consideración o no de diversas causas seguidas contra un mismo sujeto, conduce necesariamente a responder la pregunta sobre la antigüedad relativa exigida para la privación de libertad sufrida por este en un proceso penal, que se pretende abonar a la condena impuesta en otro proceso penal y especialmente en qué sentido y en relación a quien debe comprenderse tal antigüedad o situación temporal.

Consecuentemente, no será este el lugar en que se abordarán las restantes implicancias del abono a penas temporales, especialmente sobre si este se limita a la gravitación de las medidas cautelares sufridas por el condenado y penas sustitutivas parcialmente cumplidas por este, en la concreta extensión de la pena impuesta; o bien, si cabe también discurrir sobre la consideración como abono para una condena, de cualquier lapso de encierro del que sea predicable algún atributo que permita disponer de él para los referidos efectos. Tampoco se analizarán temas relativos a la gravitación del abono en penas perpetuas o las privativas o restrictivas de derechos diversas a la

⁵ HERNÁNDEZ explica la problemática refiriéndose a los casos en que el condenado ha sufrido cualquier privación de libertad asociada a un procedimiento penal y esta no ha sido íntegramente abonada a una pena, sea porque en ese procedimiento fue absuelto o sobreseído definitivamente, sea porque habiendo sido condenado a pena impuesta se tuvo por cumplida en exceso HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva en causa diversa. Departamento de estudios, Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública, Santiago, 4 de diciembre de 2009. En línea: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4185-2.pdf> (consulta: 8 de febrero de 2013). GUZMÁN limita su análisis a la consideración del abono de medidas cautelares: “(...) llamamos abono de las medidas cautelares a la pena, al 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. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción..., p. 303.

libertad personal, como las multas, el comiso o las inhabilidades, ni las cuestiones relativas al peso o gravitación de la privación de libertad para su cómputo como abono según su índole, acorde el régimen al que se deba someter.

Pese a estas restricciones autoimpuestas, en la base de toda la problemática del descuento a la pena de privaciones de libertad ajenas a aquellas decretadas en el proceso que culmina en condena, mora un conflicto de intereses, cuya elucidación se traduce en determinar, como se indicó al referir la noción contable de abono, la delimitación más exigente o más laxa de la privación de derechos sin sentencia, que cabe considerar pena penal. Las líneas que siguen se orientan a poner de relieve los principales aspectos del mencionado conflicto, a partir de la precisión de los intereses en juego, su articulación cuando se opta por un determinado nivel en la procedencia o negación del abono heterogéneo, las consecuencias de una u otra opción, y las propuestas interpretativas que permitan encauzar la toma de partido del Derecho chileno en la moderación de este conflicto. Tales precisiones, aun cuando no aporten una solución exhaustivamente construida para estos casos, sí aspiran a abrir la discusión y motivar las propuestas críticas que contribuyan a su avance en profundidad y superación de sus imperfecciones.

2. LA PAULATINA RECEPCIÓN DEL ABONO HETEROGÉNEO EN EL ANTIGUO Y NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL CHILENO

La expresión abono viene utilizada en la Ley procesal penal chilena para aludir a uno de los pronunciamientos que debe contener la sentencia definitiva que impone una pena temporal⁶. Así, debe la sen-

⁶ Art. 348, inciso 2º, Código procesal penal (en adelante CPP-2000): "La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará esta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado". Art. 413, inciso 2º, CPP-2000, respecto del procedimiento abreviado: "La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará esta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimen-

tencia definitiva fijar con precisión el lapso que ha de descontarse de la pena temporal, del que resulta, en definitiva, el tiempo que al condenado le resta por cumplir de la sanción impuesta. La norma prevé el abono de las tres medidas cautelares que se ocupa de señalar, esto es, la detención, la prisión preventiva y el arresto domiciliario total o parcial. Para establecer la identidad de las unidades objeto de la referida sustracción, la disposición regula una fórmula de cómputo: equivale a un día de abono a la pena, un día completo o fracción igual o superior a doce horas de prisión preventiva o arresto domiciliario. Tales previsiones legislativas son fruto de una evolución marcadamente local, cuyos principales hitos se intentarán delinear en el presente apartado.

Durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1906 (en adelante CPP-1906), la exigencia legal impuesta por los hoy modificados Arts. 160 y 168 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT.), relativas a la acumulación de los procesos concernientes a todos los responsables de un hecho, como también los relativos a todo delito imputado a los sujetos comprendidos por los procesos referidos; más allá de comprenderse como un arbitrio dirigido a honrar razones de eficiencia, economía procesal y concentración, fue apreciada como la consagración de una garantía en la determinación de la pena⁷. En efecto, dado que el derecho material consagraba el deber de optar en beneficio del sentenciado, entre la acumulación aritmética o jurídica de las penas privativas de libertad, según el régimen de los Arts. 74 del Código Penal (en adelante CP) o 509 del CPP-1906. Al servicio de la cabal vigencia de dicha prerrogativa se subordinaba el deber de acumulación procesal impuesto al juzgador en las indicadas normas del COT⁸. Naturalmente, si la medida de afianzamiento de

to". También se refiere la ley al "abono" al tratar la resolución que decreta la revocación de alguna de las penas sustitutivas reguladas en la ley 18.216., con las modificaciones introducidas a su texto por la antes citada ley 20.603 *supra* en n. marg. 4. En lo pertinente, el Art. 26 de la indicada legislación dispone: "La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas".

⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva... p. 5.

⁸ PAILLAS PEÑA, Enrique. Derecho procesal penal, v. II, Ed. Jurídica de Chile, 1ª ed. Santiago, 1986, pp. 17 y 18.

la garantía indicada no se adoptaba en la práctica, al omitirse la acumulación que sí procedía decretar, con posterioridad se asentó jurisprudencialmente la total pervivencia del derecho del condenado a la unificación de las penas, en cualquier tiempo⁹.

La evolución indicada condujo a que se predicara de la regla de acumulación en comento, el mérito de favorecer el cómputo como abono de privaciones de libertad sufridas en los procesos efectivamente acumulados, pero también en aquellos no agrupados, pero que debieron acumularse al reunirse los requisitos contemplados al efecto. De tal manera que, aun cuando el imputado haya estado privado de libertad en exceso al tiempo de la pena que se le impuso, tal lapso debía abonarse para los efectos de la sanción aplicada en otro proceso, siempre que hayan debido acumularse¹⁰.

Posteriormente, la extensión de la virtud limitativa del *ius puniendi* atribuida a la regla de acumulación de vertiente jurisprudencial, fue introducida por el legislador en el inciso 2° del Art. 503 CPP-1906 mediante la ley 18.857, de 6 de diciembre de 1989. Así, bajo su vigencia, a la regulación del abono homogéneo antes previsto, tratado en el inciso 1° de la antes citada disposición, añade ahora el legislador, en su inciso 2°, el ámbito que tolera del abono heterogéneo. Al efecto, se dispone que en las causas acumuladas o que deban fallarse conforme el Art. 160 COT., la detención o prisión preventiva sufrida en cualquiera de los procesos, habrá de considerarse para el cómputo de la pena, pese a haberse dispuesto absolución o sobreseimiento respecto de alguno de los delitos que motivaron la privación de libertad.

En refuerzo del carácter imperativo que el Art. 503 del CPP-1906 consulta para la consideración de abonos, se introduce el inciso 2° del Art. 55 del CPP-1906 por la misma ley 18.857, estableciendo la procedencia de rectificar en cualquier tiempo la sentencia definitiva, inclusive de oficio, cuando se han cometido errores en la determinación del tiempo que procede considerar como abono. Se denota así el manifiesto interés del legislador en imponer al órgano jurisdiccional

⁹ PAILLAS PENA, Enrique. Derecho procesal penal... p. 18, en nota 3 se indican los fallos de la Corte de Apelaciones (en adelante SCA.) de Santiago de 14 de marzo de 1972, registro de sentencias criminales, fs. 212.

¹⁰ PAILLAS PENA, Enrique. Derecho procesal penal... p. 18, con referencia jurisprudencial en nota 2: Fallos del Mes, 8 de octubre de 1963, n° 59, p. 228. Sentencia también publicada en RDJ. t. LX, 2ª parte, sección 4ª, p. 441.

el deber de hacerse cargo, en cualquier tiempo, de la consideración de los abonos que resultaren procedentes. Luego, aun cuando el juez no tuviere conocimiento de procesos potencialmente acumulables al momento de dictar sentencia condenatoria, debía rectificar posteriormente su fallo en términos de considerar como abono el lapso de privación de libertad que resultare procedente, de haber mediado oportuna acumulación¹¹.

En las condiciones apuntadas, la situación previa a la vigencia de la actual regulación del abono heterogéneo, da cuenta del tránsito iniciado por la aplicación práctica, luego recepcionada por la legislación, dirigida a dotar de consistencia jurídica a la determinación última de la sanción aplicada al sujeto penalmente responsable. En definitiva, dado que el avance operó recurriendo a la potencial acumulación como condición necesaria para la procedencia del abono heterogéneo, la vía elegida honra la exclusión de distinciones relativas a la oportunidad en que, según las luces del juez tramitador y antecedentes que le fueren suministrados, se adopta la resolución respectiva, del todo ajenas a los fundamentos de legitimidad del ejercicio del *ius puniendi*.

Ahora bien, contentarse con la mera procedencia de la acumulación, circunscribe el marco temporal de los sucesos pasibles de entrecruzar sus efectos: el hecho por el que se sanciona penalmente y el hecho por el que se sufrió detención o prisión preventiva y por el que no se condena, deben ser pasibles de cobijarse en el ámbito procesal previsto en el antiguo Art. 160 del COT. al que nos hemos referido en este apartado, esto es, como motivos para el inicio de causas sustanciadas paralelamente respecto de un mismo sujeto. En concreto, deben los hechos permitir que los procesos puedan ser juzgados con-

¹¹ Comentando la disposición desde una aproximación forense, BARROS ALDUNATE expresa que la norma permite solucionar los frecuentes errores en el cómputo del tiempo de detención o prisión que ha de servir como abono; y que, también prevé "(...) el caso que un reo que tiene causas acumuladas; pero que se fallan por separado, según las normas del Art. 160 del COT., cumple tiempo de más". Añade que la última situación se puede corregir en mérito del Art. 160 del COT., que determina que "los tiempos de las causas acumuladas, se reconocen, incluso aquellos en los cuales el reo estuvo privado de libertad y, luego, se dictó absolución o sobreseimiento, en relación con el delito por el cual se termine in condenarle". Finalmente expresa "(...) que lo mismo sucede en el caso en que se deja sin efecto una sentencia de procesamiento; y en caso de amnistía de una o más causas de las acumuladas". ALDUNATE BARROS, Diego. Procedimiento penal al día, explicaciones prácticas. Santiago, Ed. Cedem Ltda., 1990, p. 301.

juntamente, cuestión que se ha comprendido en diversos sentidos. En efecto, la discusión dogmática acerca de cuándo ha existido posibilidad de juzgamiento conjunto, da cuenta de los siguientes supuestos: i) En un sentido restrictivo, se exige tramitación simultánea en el tiempo, al menos en parte, de los diversos procesos. ii) En un sentido moderado la exigencia apunta a que entre los hechos juzgados en forma separada no medie una sentencia condenatoria firme. iii) En un sentido extensivo, la exigencia se conforma con cierta cercanía temporal entre cada uno de los hechos juzgados separadamente, aun cuando respecto de alguno de ellos se haya dictado sentencia condenatoria firme¹². Tal límite temporal, obtenido de los presupuestos a que se subordinaba la acumulación de autos en materia penal, según las normas indicadas, cobrará señalada relevancia en la tesis jurisprudencial más reciente de la Corte Suprema, conforme se expondrá más adelante¹³.

Posteriormente, con la vigencia del CPP-2000, se contempla en el inciso 2º de su Art. 348, el deber del tribunal de determinar, al imponer una pena temporal, el lapso de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento. Con las modificaciones introducidas al referido Código por la Ley 20.074 de 14 de noviembre de 2005, se amplía el ámbito de las medidas cautelares pasibles de abonarse a los arrestos domiciliarios, y se prevé la fórmula general de cómputo del abono de medidas cautelares.

Las fuentes citadas en la tramitación legislativa en relación al mencionado Art. 348 del CPP-2000¹⁴, corresponden a los artículos 503 y 504 del CPP-1906, junto al artículo 326 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica¹⁵. No puede soslayarse al respecto

¹² OLIVER CALDERÓN, Guillermo. "Aproximación a la unificación de penas". Política Criminal, vol. 7, Nº 14, diciembre 2012, (248-275), pp. 258 y 259.

¹³ Como expresa OLIVER y abordaremos *infra*, el criterio restrictivo ha sido formulado en algunas sentencias que se pronuncian conforme la regulación hoy vigente sobre el abono de prisión preventiva en causa diversa, fundados en la exigencia de potencial acumulación que observan como impuesta para su procedencia en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales. OLIVER CALDERÓN, Guillermo. "Aproximación a la unificación...". p. 259.

¹⁴ Boletín nº 1630-07-1. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, p. 272.

¹⁵ En lo pertinente, la norma expresa que "En las penas o medidas de seguridad y corrección divisibles fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza y, en su

que, en lo tocante al abono, este último texto modelo solo exige en relación con las penas y medidas de seguridad divisibles, la expresa mención de la fecha en que finaliza la condena, sin ocuparse de los componentes abonables de cara a su determinación. Regula además la unificación de penas y de condenas, cuestión diversa a la materia que nos convoca.

En relación con las modificaciones introducidas por la Ley 20.074 a la mencionada norma, las fuentes indicadas en el debate parlamentario corresponden a los aportes de los jueces penales citados a las Comisiones parlamentarias, quienes sostuvieron que debía abonarse al tiempo de condena cualquier privación de libertad, total o parcial. Tal propuesta extensiva, refrendada como dimanante de la práctica judicial por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, contó inicialmente con la venia del Senado, pero posteriormente fue modificada por la misma Corporación, al acogerse la observación del abogado Jorge Bofill. Este último connotó la insuficiente delimitación del concepto de privación de libertad en nuestra legislación y cultura jurídica, que pudiese extenderse a los supuestos de toda forma de privación de libertad ambulatoria, como los arrestos o arraigos, máxime si en el estado de avance de la tramitación del proyecto se consideraba una fórmula discrecional del cómputo del abono. Su propuesta, plasmada en la norma en actual vigor, apuntó a precisar que el abono que se introducía junto al de la detención y prisión preventiva, era exclusivamente el de las medidas cautelares previstas en la letra a) del Art. 155 del CPP-2000 (la privación de libertad domiciliaria, total o parcial) y no de cualquier otra medida de la mencionada naturaleza¹⁶. En relación con la fórmula de cómputo, la Cámara optó por un criterio de proporcionalidad al abono de tiempo por los tres conceptos enunciados, siguiendo la propuesta de los representantes del Ministerio de Justicia. Tal planteamiento fue rechazado en el Senado por estimar que se introduciría un margen excesivo para la arbitrariedad judicial. Finalmente, prevaleció en la Comisión mixta la idea de que la ley

caso, la fecha a partir de la cual el condenado podrá requerir su libertad condicional o su rehabilitación; en las penas perpetuas y en las medidas de seguridad y corrección indeterminadas temporalmente, rige la última parte de esta regla (inciso 2°). En su caso, unificará las condenas o las penas, cuando fuere posible (inciso 4°)".

¹⁶ En línea: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20074/HL20074.pdf> pp. 161. 678 y 679.

debía establecer la proporción de los abonos de tiempo, y no dejar entregada su determinación al criterio de cada tribunal¹⁷.

En las condiciones referidas, todo parece indicar que la genética del Art. 348 del CPP-2000 se enraíza con la práctica jurisprudencial, luego reconocida por el legislador a partir del año 1989 mediante la Ley 18.857; junto con la adopción posterior de ciertas nociones sobre la relación entre el individuo y el Estado en el concierto de la denominada “reforma procesal penal”, como también con el desarrollo jurisprudencial del primer lustro de vigencia del CPP-2006, que cristalizó en la ampliación que hoy consulta la norma. Como puede apreciarse, lejos de corresponder a la introducción explícita de preceptos de legislaciones foráneas, el texto del Art. 348 del CPP-2000 cristalizó fruto de una evolución marcadamente local, que culminó con la erradicación, a nuestro juicio, de uno de los principales límites establecidos para la procedencia del abono heterogéneo entre nosotros y en el Derecho comparado, vinculado a la exigencia de unidad procesal de los asuntos que motivan tanto el lapso de privación de libertad abonable, como la condena a la que este se imputa. Pero, al dejar atrás el criterio indicado, la nueva regulación se abstuvo de especificar algún parámetro para acoger o desestimar el descuento de medidas cautelares sufridas en proceso diverso, desde que con la voz “deban servir” a que recurre la norma citada, introduce una señalada apertura. Esta indeterminación no se ve compensada por los debates parlamentarios aludidos, que se abstienen de abordar el punto, ni por los rastros con que se cuenta para pesquisar el origen próximo de la disposición.

Sin embargo, en lo que sigue veremos el modo en que el criterio de la acumulación potencial o unidad procesal hasta aquí aludido, pervive en las más recientes sentencias de la Corte Suprema, pese a las críticas de que por ello son objeto en la doctrina. Naturalmente la posición sustentada en este trabajo discrepa del indicado criterio que reclama a lo menos la potencialidad de la acumulación, dado que por su carácter meramente formal, no ofrece un arreglo institucional adecuado para trazar las líneas básicas que delimitan la relación entre la pena estatal y el individuo considerado en la sociedad de la que es parte y contribuye a conformar.

¹⁷ En línea: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20074/HL20074.pdf> pp. 375, 597 y 678.

3. LA JURISPRUDENCIA PRÁCTICA A PARTIR DE LA REDACCIÓN DEL ART. 348 DEL CPP-2000

La jurisprudencia emanada de las sentencias de la Corte Suprema (SCS. en adelante), desde 2006 a la fecha, se ha uniformado en torno a la procedencia del abono heterogéneo bajo ciertos condicionamientos, en especial, subordinando su procedencia a la existencia de privaciones de libertad impuestas en procesos que postulan determinada vinculación temporal¹⁸. La intensidad de la ligazón temporal circunscrita a la potencial tramitación conjunta, sin embargo, ha cristalizado desde el año 2009 en adelante, como el rasgo evolutivo más relevante de la doctrina de la Corte Suprema en materia de abono heterogéneo. Y esta ligazón ha sido comprendida a partir de tal año, bajo el criterio estricto o restrictivo, conforme el cual se exige tramitación simultánea en el tiempo, al menos en parte, de los diversos procesos comprendidos por la operación de abono.

En efecto, enfáticamente se ha sostenido en las SCS., la procedencia de abonar a una condena temporal privaciones de libertad sufridas en causa diversa¹⁹, sin formular explícita distinción de la naturaleza particular de la privación de libertad de que se trate, pero observando el requisito de la potencial tramitación conjunta de los procesos. Tal exigencia, empero, limita implícitamente el ámbito de los encierros abonables, desde que obsta a la procedencia del reconocimiento como tal, de privaciones de libertad sufridas en procesos no penales o por

¹⁸ Excepcionalmente se ha incorporado como fundamento adicional, la falta de injerencia del imputado en la dilación del proceso en el que se ha visto sometido a la medida cautelar que luego se trata de abonar, en particular, al arresto domiciliario, con miras a obtener con base en determinados cálculos, la extinción de la pena por futuros delitos. El motivo se expone en SCS. rol 6945-2008, de 19 de noviembre de 2008, en términos que “no existe motivo para suponer que haya podido desplegar alguna actividad dilatoria o haya pretendido hacer un cálculo que fuera favorable a la comisión de un nuevo delito, como manifestó el representante del Ministerio Público en estrados”. Todas las SCS., citadas en lo sucesivo pueden consultarse en línea: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/>

¹⁹ SCS. rol 2221-2010: “(...) 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 (...)”.

quien no ha tenido la condición de imputado en un proceso penal²⁰, precisamente por la imposibilidad manifiesta de acumulación en los términos del Art. 164 del COT. En definitiva, podría sustentarse junto a las cautelares de detención, prisión preventiva y privación de libertad domiciliaria, la procedencia del abono del lapso de cumplimiento efectivo de pena que se hubiere sufrido por virtud de una sentencia declarada posteriormente nula fruto de la solicitud de revisión, a la que sucede una decisión absolutoria de reemplazo, según lo dispuesto por los Arts. 478 y 479 del CPP-2006.

Sobre la vinculación entre los procesos, como se anticipó, se alude a la improcedencia del abono si estos no han estado en situación de acumularse, según la disposición transitoria única del CPP-2000 y el Art. 164 del COT., al que aquella se remite, o exclusivamente al tenor de esta última norma, cuando ambos procesos se han sustanciado conforme al CPP-2000²¹. Así, se sostiene que la última disposición citada, mediante el empleo de las expresiones “de haberse acumulado los procesos” o “de haberse juzgado conjuntamente”, exige, desde un punto de vista temporal, que ambas causas hayan podido tramitarse o juzgarse conjuntamente²². El criterio restrictivo aludido *supra* en el apartado 2 i), ha sido el sustentado en los fallos que se suceden a partir del 2009 en la comprensión de lo que se entiende por tramitación o juzgamiento conjunto²³.

Ahora bien, debe destacarse que la introducción del argumento referido es derivación de una formulación diversa, vertida en un primer grupo de fallos, dictados principalmente entre los años 2006 y 2009. En estos se exponía que, tratándose de procesos penales sustanciados todos conforme al CPP-2000, el asunto debe decidirse, sin más, a partir de su Art. 348, inciso 2º; rechazando así cualquier distinción no prevista expresamente por el legislador²⁴. En los fallos

²⁰ Piénsese en el sujeto que es detenido por error, o peor aún, ingresado a cumplir pena privativa de libertad por persistir el error que motivó su detención, atinente a que su identidad fue suplantada por quien efectivamente cometió el ilícito y fue oportunamente condenado.

²¹ SCS. rol 2407-2009, rol 7779-2009; rol 5798-2009, y rol 8818-2010, entre otras.

²² SCS. roles 5798-2009, 2221-2010 y 3307-2010.

²³ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Aproximación a la unificación...” p. 259. El autor cita como ejemplos en n. marg. 35 las SCS. roles 5798-2009 y 2221-2010.

²⁴ Se trata de un predicamento sustentado en el ámbito teórico por HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva... p. 12.

que conforman esta tendencia, expedidos con mayor profusión entre los años 2006 y 2009, como se acaba de indicar, el peso de la variable temporal es apreciado con referencia a la relevancia de la tramitación meramente próxima en el tiempo de los procesos respectivos. Se sostiene, pero solo a mayor abundamiento, que tal proximidad temporal hubiese permitido la acumulación de los procesos, y de haberse verificado esta, habría obligado a considerar toda privación de libertad a título cautelar como abono. Pero dista mucho de estar presente en esta reflexión, como condición necesaria para abonar, la procedencia normativa de la mencionada acumulación²⁵.

El argumento de la potencial acumulación, vertido como una razón meramente coadyuvante de la ausencia de distinción predicable del Art. 348, inciso 2º, del CPP-2000, sucumbe a partir del año 2009, dando lugar a la segunda tendencia, hoy dominante²⁶. En estas

²⁵ SCS. rol 5156-2006 y rol 6212-2006: "(...) teniendo para ello presente que de las fechas en que aparecen investigadas ambas causas fluye que fueron muy próximas en el tiempo una de la otra, tramitándose incluso –en algún tiempo– en forma paralela, sin que fuera materialmente posible obtener una acumulación de ambas investigaciones; y finalmente, el que los ilícitos investigados en una y otra aparecen como de la misma especie". SCS. rol 6945-2008: "(n)aturalmente, 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".

En una reciente SCS., dictada en causa rol 1.146-2013 el 21 de febrero de 2013, se retoma en parte el argumento inicial sobre el carácter meramente coadyuvante del criterio de la acumulación potencial. Así, el fallo en referencia sostiene como argumentos principales, que las causas postularon tramitaciones paralelas durante algún tiempo, de manera que existió posibilidad de juzgamiento conjunto (Considerando 4º), y que para establecer los límites del abono que consulta el artículo 348 del CPP. debe atenderse a la "maximización de las garantías", evitando castigos excesivos, que comporta la Reforma procesal penal, junto a la vigencia del principio *in dubio pro reo*, con su incidencia en la interpretación de la ley (Considerandos 5º y 6º). Respecto de la acumulación se añade que "el aserto señalado anteriormente se ve corroborado por la disposición del Art. 164 del COT. (...) es de toda evidencia que de haberse agrupado los procesos, los tiempos de prisión de libertad (...) 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 (Considerando 8º).

²⁶ Ya en SCS. rol 2409-2009, de 16 de abril de 2009, pese a que el voto de minoría consignado en ella honra aún la doctrina inicialmente expuesta.

últimas resoluciones²⁷, conformadoras de la que hemos denominado segunda tendencia, el factor temporal reducido a la potencial tramitación conjunta es erigido como una seria limitante a la procedencia del abono heterogéneo: resulta particularmente ilustrativa sobre el punto, la exigencia explicitada en términos que el Art. 348 del CPP-2000 permite abonar privaciones de libertad soportadas en causa diversa tratándose de procesos “respecto de los cuales hipotéticamente sea procedente la unificación de penas” acorde el artículo 164 del COT²⁸.

Tal como se expresa en SCS. de 25 de Abril de 2010²⁹, la segunda doctrina en referencia, al subordinar la procedencia del abono a la denominada acumulación potencial de los procesos, plasma la pervivencia jurisprudencial plena de las limitaciones que consultaba el derogado CPP-1906, las que se fundamentan al tenor del Art. transitorio del CPP-2000, como determinante de la aplicación del Art. 164 del COT,

²⁷ SCS. roles 7779-2009, 2221-2010, 5941-10, 8818-10 y 11.620-11.

²⁸ SCS. rol 7779-2009, de 2 de noviembre de 2009. Curiosamente añade el fallo que tal interpretación “resulta más acorde” con la regla del Art. 5º, inciso 2º, del CPP-2000 y con la garantía del Art. 19 Nº 7 de la CPE.

²⁹ En SCS., rol 2221-2010, se 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 (...)”. Tal aserto, al que sucede la referencia a los Arts. transitorio del CPP-2000 y el 164 del COT, viene formulado, en términos generales, precisamente porque la referencia a “cualquier tribunal”, naturalmente comprende a Juzgados de Garantía, Tribunales Orales en lo Penal o Juzgados del Crimen, cualquiera sea el estatuto procesal que deban aplicar en los asuntos de su competencia.

Particularmente ilustrativo sobre el punto es el considerando único de la SCS. rol 312-2013 de 15 de enero de 2013, que se lee: “Atendido el mérito de los antecedentes y en especial lo informado por el Juzgado de Garantía (...), se desprende que la investigación correspondiente a la causa seguida contra el amparado (...) del Tribunal Oral en lo Penal (...), donde se dictó sentencia absolutoria, no estuvo en condición de tramitarse conjuntamente con aquella por la que actualmente ha sido condenado (...) del Juzgado de Garantía de Chiguayante. En efecto, el Juez de Garantía informante de este último tribunal ajustó su decisión a los términos del artículo 348 del Código Procesal Penal, considerando el tiempo de privación de libertad como abono al cómputo de la pena que le fuera impuesta, sin que resulte procedente considerar, además, la prisión preventiva correspondiente a la causa del Tribunal Oral en lo Penal (...), pues ninguna relación tiene, en el orden temporal, con aquella por la que actualmente ha sido condenado, de manera que no es procedente dar aplicación al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, en relación al artículo transitorio del Código Procesal Penal, como postula la defensa”.

o bien en esta última disposición exclusivamente; según se trate de abonar privaciones de libertad sufridas en procesos sustanciados bajo el imperio del primer cuerpo legal aludido, o soportadas una vez en vigor el CPP-2000³⁰. Un atisbo de superación, sin embargo, se advierte en SCS. de 21 de febrero de 2013, rol 1.146-2013, por cuanto estima que no cabe distinguir entre privaciones de libertad sufridas en un mismo o diversos procesos en la incidencia de abono, según el Art. 348 del CPP-2000. Estima el fallo que tal comprensión se ve corroborada por el artículo 164 del COT., sin perjuicio que la extensión de la pena privativa de libertad de que trata dicha disposición y los abonos que puedan imputarse a ella, son cuestiones distintas. Connota la sentencia que, no obstante tal diferencia en la materia regulada, es de toda evidencia que de haberse agrupado los procesos, los tiempos de privación de libertad cautelar 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. Naturalmente, esta última resolución singular no consigue restablecer la tendencia inicial o primera, de la que es feligrés, y que se conforma principalmente con los fallos dictados entre 2006 y 2009 que nos hemos ocupado de citar *supra*.

A nivel de sentencias de Cortes de Apelaciones, la situación es disímil, sin perjuicio que impera la tendencia que sostiene la procedencia del abono heterogéneo, con la limitante de la acumulación potencial de los procesos sustentada por la Corte Suprema³¹.

Como posturas minoritarias a nivel de Cortes de Apelaciones, cabe mencionar aquel grupo de fallos que estima la improcedencia de todo abono en causa diversa, fundada en que el Art. 348 del CPP-2000, no autoriza expresamente su consideración³², y aquella situada en el

³⁰ Ilustrativa resulta ser la invocación en SCS. rol 3.977-09 del artículo 503 del CPP-1906, cuando se trataba de determinar la procedencia del abono en una condena expedida bajo las reglas del CPP-2000, y ante la negativa del Juez de Garantía ejerciendo competencia en materia de ejecución penal, se recurrió de amparo en su contra.

³¹ Solo por citar algunos ejemplos a nivel nacional, se cuenta con las SCA. de Rancagua, rol 547-2006, de 10 de noviembre de 2006; SCA. de Santiago, rol 1623-2007, de 3 de agosto de 2007; SCA. de Valparaíso, rol 276-2009, de 2 de junio de 2009. Las SCA. Citadas aquí y en lo sucesivo pueden consultarse en línea: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>

³² SCA. de Concepción, rol 108-2008, de 30 de octubre de 2008; SCA. de Valdivia, rol 86-2009, de 4 de abril de 2009; y CA. de Santiago, rol 623-2009, de 29 de abril de 2009. Excepcionalmente se reconoce en SCA. de Santiago, rol 1876-2010, de 8

extremo opuesto, que estima la procedencia sin límites relativos a la específica antigüedad del abono impropio, fundada en la falta de toda distinción que sobre el punto emana de la citada norma³³.

En definitiva, asilándose en la regulación inmediatamente anterior a la vigencia del CPP-2000, el predicamento sustentado por la Corte Suprema en los fallos que se enmarcan en la segunda tendencia, hoy dominante, reclama límites para la procedencia del abono en causa diversa que privilegian una aproximación objetiva, con el déficit de hurgar en parcelas jurídicas instrumentales, incluso bajo una comprensión analógica de los insumos obtenidos de las mismas, cuando la solución radica en la sustancia a cuyo servicio debiesen comprenderse las formas del Derecho procesal. Dilucidemos inmediatamente porque la comprensión de las reglas sobre agrupación de investigaciones y acumulación de procesos concierne a supuestos diversos del abono y porque su utilización analógica conduce a un angostamiento de los derechos que el condenado puede oponer al estado en la determinación de la pena.

Tanto el actualmente vigente Art. 164 del COT., como su antiguo Art. 160, derogado por la Ley 19.708 de 5 de enero de 2001, buscan evitar que por determinaciones vinculadas a la tramitación separada de hechos que pudieron juzgarse conjuntamente, el condenado se vea privado de la aplicación de reglas concursales más beneficiosas, de circunstancias atenuantes, o bien se vea sometido a los efectos de agravantes que la tramitación conjunta hubiese impedido configurar³⁴. La acumulación preceptiva y oficiosa prevista en el derogado Art. 160 del COT. con miras a juzgar al culpable de varios delitos en un mismo proceso, dio paso con la Reforma procesal penal a las facultades

de junio de 2010, el abono en causa diversa respecto de una privación de libertad sufrida por el imputado en causa en que resultó absuelto, de una antigüedad superior a 10 años, en relación a la perpetración del hecho por el que se le condenó en un proceso distinto.

³³ En particular, SCA. de Concepción, rol 343-2010, de 11 de octubre de 2010 y SCA. de Concepción, rol 510-2008, de 1 de diciembre de 2018. Excepcionalmente se reconoce en SCA. de Santiago, rol 1876-2010, de 8 de junio de 2010, el abono en causa diversa respecto de una privación de libertad sufrida por el imputado en proceso en que resultó absuelto, de una antigüedad superior a 10 años, en relación a la perpetración del hecho por el que se le condenó en un proceso distinto.

³⁴ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. "Aproximación a la unificación..." p. 253. El autor cita como ejemplos de atenuantes para tales efectos a la irreprochable conducta anterior o la reparación del daño causado, y de agravante, a la reincidencia.

privativas que asisten al Ministerio Público para agrupar o separar investigaciones acorde el Art. 185 del CPP-2000 y a las atribuciones del Juez de Garantía para disponer la unión o separación de acusaciones según el Art. 274 del CPP-2000, siempre que un compromiso entre razones de eficiencia, procedimiento y respeto del derecho de defensa lo permita. En tal escenario nuevo, sin una disposición procesal que vinculase los diversos hechos a un mismo juzgamiento, el Art. 164 del COT. conjuró la extralimitación punitiva que las facultades estratégicas o procesales de unir o separar investigaciones o acusaciones, pudiese irrogar al sentenciado³⁵. Ahora, los límites que consulta el procedimiento de unificación o limitación de penas de que trata el mencionado Art. 164 del COT., comprendidos mayoritariamente bajo el paradigma restrictivo aludido *supra* en el apartado 2 i), culminan por introducir por vía analógica una cortapisa de raigambre adjetiva que también limita, pero no limita a la pena, sino a la libertad de quien debe someterse al ejercicio de potestades punitivas. A eso nos referimos cuando sostenemos que se busca la solución al abono heterogéneo en parcelas jurídicas instrumentales y bajo una comprensión analógica del procedimiento de unificación de penas.

Ahora bien, cuando sostenemos la referencia a aspectos objetivos en materia jurisprudencial, tendencialmente se aspira a poner de relieve que se recurre a hechos externos para zanjar con precisión cuestiones que bien pueden comprenderse referidas al conocimiento o la incertidumbre del justiciable acerca de que si contaba a su favor con un crédito de días de cárcel, del que se prevalió a la hora de afectar la esfera jurídica ajena sin granjearse consecuencias adversas. Tales connotaciones serán expuestas más adelante, pero los límites que enmarcan la acumulación potencial de procesos, vertidos como persistente criterio jurisprudencial, obstan a que un sujeto respecto de quien se ha dictado absolución o sobreseimiento, tenga a su disposición para futuros delitos y en los procesos a que estos dieren origen, un crédito penal por la prisión sufrida, lo que comporta una aproximación que inquiere en el ámbito de la exterioridad más visible, que fija un criterio de certeza ostensible, residenciado en las formas procesales, pero que tendencialmente apunta a una variable interna sobre cuya dilucidación minimiza cualquier riesgo: el uso de un “crédito penal”. En un Derecho en que el Estado no se interesa más en sí mismo que en las relaciones indivi-

³⁵ OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Aproximación a la unificación... pp. 253 y ss.

duales y sociales que ha creado, la consideración de tal variable interna de prevalimiento del delincuente del crédito de días de cárcel, ha de solucionarse según el tipo de dato exterior al que se recurre y las reglas probatorias pertinentes propias de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. El límite entre lo interno y lo externo determinado por la piel del ser humano al que en su momento aludió JAKOBS³⁶, para todo Derecho penal no totalitario, lo suscribimos en plenitud, pero esta inhibición no puede blindarnos en torno a presupuestos formales.

Pese a los criterios de certeza subyugadora del individuo, que se reflejan en las sentencias enmarcadas en la segunda tendencia de la Corte Suprema a que se ha aludido, debe destacarse que las que les precedieron (2006 al 2009 principalmente) ponen de manifiesto un cambio significativo en la forma de comprender la relación entre el individuo y el Estado en lo pertinente a la determinación de la pena, la que es apreciada desde la óptica de la maximización de las garantías y la evitación de castigos excesivos. Esta comprensión, en cuanto sostienen que lo verdaderamente necesitado de intensa justificación es la negativa al abono heterogéneo, guiará las proposiciones de este estudio: su norte es delinear los límites del abono en causa diversa teniendo como punto de partida su procedencia. Más que de las condiciones se trata de los límites de su admisión asentada inicialmente.

4. LAS RÉPLICAS DESDE LA DOCTRINA

En nuestro medio, GUZMÁN define el abono de las medidas cautelares 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 medida concreta de la pena impuesta por la sentencia³⁷. En dicho cómputo propugna la procedencia para el Derecho chileno del “cómputo heterogéneo”, pero limitado a una privación de libertad posterior a los hechos por los que se condena³⁸. Se decanta el autor por un criterio de estricta temporalidad que concierne a la sucesión de hechos, donde primero debe situarse el hecho

³⁶ JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. En: *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Edit., Civitas, Madrid, 1997 (293 a 324), pp. 295 y ss.

³⁷ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción...* p. 303.

³⁸ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción...* pp. 307 y ss.

por el que se condena y luego debe verificarse el segundo hecho por el que se sufre privación de libertad, la que resulta disponible para ser abonada a la condena por ese primer hecho.

Sobre este tipo de abono, connota GUZMÁN la relevancia histórica del principio de la identidad del hecho, como el más difundido fundamento para el rechazo del abono heterogéneo, esto es, que tal abono procedería únicamente por la prisión sufrida por el mismo hecho objeto de la condena y no por otros. El autor cita como esbozos de superación, al Código penal belga de 1867 y el italiano de 1889, en cuanto establecen el abono como un deber del tribunal para toda detención y prisión, sin importar que el reo la hubiera padecido con o sin culpa³⁹.

En el panorama comparativo, GUZMÁN distingue tendencias restrictivas y expansivas en materia de abono. La primera, del área germana, hoy limitada al Código Penal alemán de 1974 (1975), regula el abono de cautelares para la pena privativa de libertad con carácter obligatorio, pero limitado por la conducta del condenado posterior al delito, esto es, subordinando su procedencia a que no haya dilatado el proceso; y siempre que se trate de una cautelar sufrida con motivo del o de los hechos que fueron objeto de un mismo enjuiciamiento. En tales términos se plasma la exigencia de la “unidad procesal”, que impide descontar la privación de libertad que se decretó en otras causas. De la misma raigambre, pero con regulaciones que tomaron un rumbo diverso, los Códigos Penales suizo y austriaco, ordenan el abono con independencia de la causa en que se pronuncia la condena, insertándose en la tendencia opuesta, esto es, la expansiva, que también integran países como España, Italia y Portugal, en virtud de una declaración legal que proclama la procedencia del abono heterogéneo, o Brasil y Argentina, donde su procedencia se concluye a partir de una interpretación amplia de los textos vigentes⁴⁰.

Desarrollando su planteamiento sobre la procedencia del abono heterogéneo en nuestro sistema jurídico, GUZMÁN cita como punto de partida las disposiciones de los Arts. 20 y 26 del CP., en relación al Art. 348 del CPP-2000⁴¹. El autor ve en el citado Art. 20 del CP., la

³⁹ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción... p. 310.

⁴⁰ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción... p. 311.

⁴¹ Para HERNÁNDEZ, la norma fundamental en relación con la problemática del abono heterogéneo es el artículo 26 del CP., meramente complementada por reglas procesales HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva... pp. 2 y ss.

previsión de los límites externos establecidos para lo que puede llegar a ser considerado pena en la condena, y en las restantes disposiciones, la regulación preceptiva de su alcance o sus límites internos. Así, la primera disposición se haría cargo de impedir que se consideren penas las restricciones de derechos de naturaleza administrativa o disciplinaria; y las restantes normas, determinarían la integración positiva de lo que ha de ser considerado pena, esto es, la afectación de bienes jurídicos durante el proceso, que “alcanza todas las características de una pena”⁴².

Para GUZMÁN, el fundamento del abono heterogéneo se obtiene de los términos en que se conforma la relación entre Estado e individuo. En este escenario, propio del Estado liberal y democrático de Derecho, los ordenamientos penal y procesal penal, conforman una “unidad político jurídica” cuyos fines convergen, de manera que en la imposición de la pena resulta ineludible considerar, para su concreta extensión, todo aquello que le precedió en contenidos punitivos, sin que sea obstáculo al efecto que se presenten como un instituto procesal⁴³. En definitiva, el carácter instrumental del proceso obsta a que este pueda subvertir los límites que pesan sobre el Estado, a la hora de preguntarse sobre la legitimidad de la afectación de bienes del justiciable para la maximización de los intereses del grupo⁴⁴.

GUZMÁN destaca que, con la fórmula empleada en el Art. 26 antes citado, la Comisión Redactora del CP. se apartó del modelo español, donde se ordenaba contar la pena desde la ejecutoria de la sentencia, con la consiguiente estimación del tiempo de prisión preventiva como una simple necesidad del procedimiento. Con la apertura hacia el pasado, a los sucesos previos a la expedición y ejecutoria de la sentencia de condena, GUZMÁN ve un diversificado rendimiento, que en lo que

⁴² GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción... p. 313.

⁴³ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción... p. 307. Como indica el autor: “(E)n síntesis, el abono de las medidas cautelares viene impuesto por los mismos motivos políticos y jurídicos que impiden fulminarlas al dictado de reclamos ajenos a proceso y delito. Por eso, en fin, la índole procesal de ellas es perfectamente compatible con la naturaleza penal de la regla que manda contarlas en el castigo”. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción... p. 308. En plena convergencia, para HERNÁNDEZ “se trata de una cuestión sustantiva, atinente a los límites de las penas privativas de libertad en nuestro derecho”. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva... pp. 2 y ss.

⁴⁴ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción... pp. 307 y 308.

nos interesa, admite limitadamente el abono de encierros preventivos en causa diversa a aquella por la que se condena⁴⁵.

En particular, GUZMÁN aduce que el Art. 348 del CPP-2000, no requiere para el cómputo la identidad del hecho ni la unidad procesal, de manera que el abono procede respecto de medidas originadas en causas distintas donde el sujeto fue sobreseído definitivamente o absuelto⁴⁶, siempre y cuando se trate de medidas adoptadas después del hecho que las motivó⁴⁷. Tal cortapisa bien puede estimarse corolario de la exigencia de que las limitaciones de derechos tengan las mismas características de una pena, antes vertida por el autor, pero adolece de un déficit de distinción que intentaremos superar.

Disiente de esta severa limitación temporal HERNÁNDEZ cuando predica que es formulada de *lege lata*, pero careciendo del más mínimo apoyo en letra de la ley vigente⁴⁸. Pese a que HERNÁNDEZ la estima fundada en las razones expuestas en su momento por el Tribunal Supremo español, para evitar un “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” o una “compensación en pena futura como si de una invitación a delinquir se tratara”, sostiene que la discusión no puede centrarse en determinar el mejor sistema de abonos de privaciones previas de libertad para nuestro medio, sino cual es la solución del Derecho chileno vigente⁴⁹.

⁴⁵ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción... pp. 313 y ss. Para el autor, “(L)a cláusula representó un tríplice adelanto para su época, por mentar toda pena temporal, no exigir que la detención del sujeto haya operado en la misma causa por la que se condena y hacer uso de un término –“aprehensión”, ausente en la codificación ibérica– deliberadamente concebido para dar entrada al abono y en toda la extensión del encierro preventivo. Por eso mereció el encendido elogio del primer comentarista del Código”. pp. 313 y 314.

⁴⁶ Lúcidamente, HERNÁNDEZ agrega la situación en que el sujeto es condenado, pero la pena privativa de libertad impuesta es inferior al lapso en que permaneció en prisión preventiva. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva... p. 2.

⁴⁷ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción...p. 314 y ss. El autor cita en nota marginal 37 a ROMANO, GRASSO y PADOVANI. Comentario (...). p. 343, para quienes el delito no puede haber sido perpetrado durante o después del cumplimiento de la medida porque ello implicaría abrir un “crédito” de pena ya satisfecha, que incentivaría al preso a delinquir sin temer consecuencias penales. Tal argumento, ampliamente utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, será abordado en el apartado siguiente.

⁴⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva... pp. 2, 3 y 8.

⁴⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva... p. 13.

HERNÁNDEZ expone su discrepancia asentando la procedencia del abono con total indiferencia de la antigüedad relativa de la privación de libertad, a partir de la ausencia de toda distinción legal sobre el punto, conclusión que afina en la convergencia de los principios que inspiran los órdenes sustantivo y procesal en la materia. Así, aduce que la norma central, esto es, el citado Art. 26, se inserta en el carácter liberal y humanitario de nuestro CP., de manera que la amplitud de sus términos, feligrés de tal impronta, sirve a los fines de evitar y reparar privaciones de libertad gratuitas. A su turno, la regla procesal aplicable, participe del espíritu general del CPP-2000 de elevar estándares de garantía y restringir al máximo posible la privación de libertad durante el proceso, se decanta por el abono como arbitrio remedial frente al fracaso de los resguardos previstos para prevenir tales amagos. Así, connota que el Art. 348 del CP-2000, ha contribuido a superar la situación previa a su vigencia, culminando el ritmo evolutivo iniciado con el texto original del CPP-1906, donde el abono comprendía solo privaciones de libertad sufridas en el mismo proceso, al que sucedió la cristalización del precedente jurisprudencial sobre su admisión heterogénea en la reforma legal de 1989, que dio un primer gran paso al consagrar su aplicación con limitaciones vinculadas a la acumulación de los procesos. A su juicio, la actual norma procesal emprendió el segundo paso, al permitir el abono en causa diversa sin consideración a tales limitantes, de tal manera que exigirlas importaría la aplicación de un texto derogado⁵⁰. Debe precisarse al respecto, sin embargo, que tal como se indicó *supra* en la parte final del apartado 3., la aplicación jurisprudencial enmarcada por la que hemos denominado segunda tendencia de la Corte Suprema chilena, no lo es burdamente de un texto derogado, sino que corresponde al apoyo con mayor o menor énfasis en un criterio procedimental previsto para la unificación de penas y no para el abono heterogéneo. Por su sentido equivocado tal aplicación la hemos calificado de analógica *in malam partem*. Ahora, el aserto de HERNÁNDEZ en cuanto apunta a un contenido normativo que pervive se estima fundado porque la comprensión de las exigencias antes previstas para la acumulación bajo la vigencia del CPP-1906 y hoy contempladas para la unificación de penas bajo la vigencia del CPP-2000, permanecen inalterables según el criterio jurisprudencial que se objeta.

⁵⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva... p. 3 y ss. 5 y 6, 8 y 13.

En suma, el escaso debate en el ámbito local convoca opiniones que se sitúan en torno a los criterios pergeñados en los entornos en que se acepta el abono heterogéneo y sus críticas, uno de cuyos referentes característicos es el Derecho español. Contemplarlo en el breve análisis sucesivo, nos permitirá avanzar en una mirada crítica a los fundamentos de los referentes dogmáticos aquí convocados.

5. ANÁLISIS CRÍTICO GENERAL

En el ámbito de la jurisprudencia práctica española, al igual como advertimos respecto de la chilena, no es de extrañar que se recurra a similares argumentaciones que conducen al rechazo del abono heterogéneo incluso de privaciones de libertad sufridas con anterioridad a los hechos por los que se condena. Con independencia del sentido de la decisión adoptada según el caso, sus déficits pueden agruparse en dos rubros. En primer lugar, recurren de modo ubicuo a la exigencia de una tramitación potencialmente conjunta de los procesos implicados (del que se obtiene el abono y aquel por el que se condena) como requisito para fundamentar su procedencia. En segundo lugar, desprecian toda connotación superadora de un llano objetivismo.

En la jurisprudencia chilena analizada *supra* en el apartado 3, tal exigencia surgió como un argumento coadyuvante de la procedencia de todo abono heterogéneo, hasta consolidarse en las sentencias dictadas a partir del año 2009 en una razón suficiente y necesaria para decidir sobre su admisión. Los reparos formulados a tal criterio, fundados en la aplicación del derogado Art. 503 del CPP-1906, en relación a las exigencias que el estatuto procesal orgánico consulta para la acumulación de procesos, se ven lastrados por la eminencia formalista de la aproximación crítica. Bien puede sostenerse, por el contrario, que la jurisprudencia nacional ha mantenido, con independencia de las modificaciones en el ámbito procesal, el criterio sustentado desde mediados del siglo XX sobre la procedencia de todo abono, pero condicionado a la potencial acumulación de los procesos, que por algún tiempo (desde 1988 hasta la gradual entrada en vigor del CPP-2000) obtuvo reconocimiento positivo explícito. Ahora bien, lo verdaderamente problemático de tal comprensión es que las normas centrales que regulan el abono, tantas veces citadas, postulan una apertura en su dicción, que reclama argumentos interpretativos que han de centrarse en la materia regulada para atribuirles sentido, esto es, la aplicación y determinación de la pena, más no en las reglas procesales

orgánicas enderezadas a que los juzgamientos por diversos delitos imputados a un mismo sujeto, se ajusten a los criterios sobre la penalidad de los concursos y la procedencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, según hemos indicado.

En la jurisprudencia peninsular, pese a los avatares de la evolución legislativa⁵¹, las sentencias del Tribunal Supremo español (en adelante

⁵¹ El Código penal español (en adelante CPE.) de 1822, regulaba el abono en su Art. 98, que en lo pertinente disponía "(E)n las penas que tengan tiempo determinado se empezará á contar este desde el día en que se notifique al reo la sentencia que cause ejecutoria; pero el tiempo que hubiere estado preso, le será contado como parte del de la pena (...)". El CPE-1848 (1850), se conformó con fijar en su Art. 28 el punto inicial para contar la duración de las penas en la ejecutoria de la sentencia. Su silencio en materia de abono fue colmado por el Decreto de 9 de octubre de 1853, cuyo artículo 1º dispuso que los sentenciados a penas correccionales y penas de multa sustituidas por privación de libertad, gozarán de abono para el cumplimiento de su condena, la mitad del tiempo que hubieran permanecido presos. El CPE-1870, mantiene la situación anterior con una referencia en su Art. 31 al abono de la prisión preventiva, estableciendo que si se interpusiere y desechare recurso de casación por el sentenciado, este se verá privado del abono del tiempo transcurrido desde la sentencia de que recurrió hasta la sentencia que desechó el recurso. Una ley de 17 de enero de 1901, derogatoria del Real Decreto de 9 de octubre 1853, antes indicado, extendió el abono a favor de los condenados a penas correccionales, a aquellos que lo fueren a penas afflictivas. El CPE-1928, en su Art. 114, amplió el abono a toda clase de penas privativas de libertad, cualquiera sea su gravedad, y al efecto estableció que "(p)ara el cumplimiento de las penas de privación de libertad será de abono toda la prisión preventiva sufrida por el reo durante la tramitación de la causa hasta la sentencia firme, cualquiera sea la naturaleza y duración de la pena impuesta".

El CPE-1932, estableció una sensible ampliación a la índole de las penas descontables por abono, en términos que "(L)a prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad, cualquiera sea la índole de la pena a que fuere condenado". Tal contenido normativo se mantuvo en el Art. 33 del CPE-1944, desde que este expresaba "(e)l tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta"; y permaneció inalterado, inclusive hasta el CPE-1973 (texto refundido del anterior). El CPE-1995, en actual vigor, regulaba inicialmente el abono en su Art. 58, según la cual "[e]l tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión". Adicionalmente se establece en el numeral 2º de la disposición que del mismo modo se abonarán para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

STS.) sustentaron la procedencia del abono heterogéneo incluso frente a la ausencia de explícita consagración legal, bajo la vigencia del Código Penal español (en adelante CPE.) de 1944, con miras a obtener fines de justicia material atribuidos a su Art. 33, dando vigor conforme una interpretación “amplia”, basada en el “espíritu de amplitud y generosidad a favor del reo que inspira la finalidad del precepto”⁵².

Posteriormente, con la vigencia de la ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, el Art. 58 se desglosó el cinco ordinales: el n° 1 preceptúa que el abono completo de toda privación de libertad sufrido provisionalmente, corresponderá disponerlo al juez sentenciador, en tanto que, conforme su ordinal 2°, el abono de *prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el juez de vigilancia penitenciaria. Más allá de las modificaciones en materia de competencia, postula particular relevancia la supresión de la referencia en el mencionado n° 1, a la prisión preventiva sufrida “durante la tramitación de la causa”, que se contemplaba la regulación anterior, con lo que queda plenamente sustentada la procedencia del abono heterogéneo en el ámbito legal. El numeral 3°, también de particular interés para el presente estudio, se ocupa de puntualizar que 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, fijando el contexto de procedencia del abono en causa diversa admitido. Finalmente, el último numeral de la disposición extiende la aplicación de las reglas anteriores a las privaciones de derechos impuestas cautelarmente.*

Según la ley 5/2010 de 22 de julio, como respuesta a la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional español, 57/2008, seguida por las sentencias del Tribunal supremo peninsular 1391/2009, 82/2010, 227/2010, 331/2010, 412/2010, 414/2010, 551/2010 y 667/2010, el legislador español precisó, en términos de una verdadera ley interpretativa, que el abono de la prisión provisional procederá en la causa en la que fue acordada, salvo que se hubiera abonado en otra y nunca un mismo período de privación de libertad puede abonarse en más de una causa. Cfr., PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código penal concordado y comentado*. Madrid, Imprenta de D. Santiago Saunaque, 1848, p. 324 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Comentarios al Código penal*. Madrid, 2ª ed. Ed. Revista de Derecho privado, 1966 pp. 324 y ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Abono de prisión preventiva...* pp. 9 y ss.

⁵² Así se expresa el STS. de 15 de enero de 1991, donde se establecen como antecedentes diversas resoluciones del mismo tribunal, entre las que cabe connotar las STS de 30 de enero de 1906, 26 de noviembre de 1946, 13 de noviembre de 1958, y 24 de febrero de 1984; todas las que reconocen como abono para la pena impuesta al condenado por quiebra culpable o fraudulenta, el lapso que sufrió de arresto durante el procedimiento civil previo atinente a la quiebra. Contrariamente, sostenía que solo puede aplicarse al proceso en que se sufría la misma, la STS. de 26 de febrero de 1943. Las STS. que conforman esta destacada tendencia, además de la mencionada al inicio de la presente nota, corresponden a las dictadas el 6 de marzo de 1991, 12 de septiembre de 1991, 13 de marzo de 1993, 2 de julio de 1993 y 26 de abril de 1994.

En este destacado grupo de sentencias, libradas a principios de la última década del pasado siglo, se atribuye un carácter auxiliar y sistemático al argumento referido a la norma orgánica que permite la acumulación jurídica de la pena para determinados delitos, aunque hayan sido impuestas en distintos procesos, en la medida que a la condena conjunta se restarían todas las posibles prisiones preventivas sufridas en las diversas causas acumuladas.

Pero, pese a tal carácter coadyuvante atribuido a la regla sobre acumulación, se prevé por la mencionada jurisprudencia como limitante al abono en causa diversa, la exigencia de la “coincidente tramitación”, o cuando menos, que se trate de procesos que estén pendientes simultáneamente. Resulta una vez más llamativo cómo este argumento procesal avanza hacia el predominio en las fundamentaciones para este tipo de decisiones. Se aduce para la improcedencia del mencionado tipo de abono heterogéneo, la falta de base legal para transmitir la prisión preventiva sufrida en un proceso finalizado años antes, sin perjuicio que se explicita como razón de fondo, precaver el otorgamiento de una patente de impunidad para cometer futuros delitos, en términos que:

“(l)a prisión preventiva no abonada en una causa (...) no puede permanecer en expectativa de futuro (...) y aplicarse a los posibles delitos que puedan cometerse; debe exigirse un paralelismo o coetaneidad en la tramitación de las causas para no generar, en quién tiene a su favor un tiempo de prisión preventiva, un 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”⁵³.

Una vez en vigor el CPE-1995, se sostiene uniformemente por el TS., en relación a la exigencia ahora legal, atinente a que la privación de libertad haya tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión⁵⁴, que ampliar su aplicación a hechos posteriores, incentivaría al preso preventivo a delinquir, ya que su responsabilidad penal se vería compensada y anulada por el tiempo que permaneció en prisión pre-

⁵³ STS de 15 de enero de 1991, cuya doctrina se replica en STS. de 6 de marzo de 1991, 12 de septiembre de 1991, y 2 de julio de 1993, que se dictan al amparo del CPE-1944 (1973).

⁵⁴ STS. de 26 de marzo de 1998; y 24 de diciembre de 1999.

ventiva, en otra causa anterior por la que fue absuelto o condenado a una pena inferior a su privación de libertad en dicho proceso.

A su turno, los múltiples argumentos de las STS. hasta aquí citadas, bien pueden comprenderse en base a las posiciones antagónicas de la doctrina tradicional española sobre la procedencia del abono heterogéneo. Así, por su admisión se inclinó destacadamente CASABÓ, para quien, desde la interpretación extensiva con criterios de justicia material que enarbolaron posteriormente las citadas STS., debía proveerse a la reparación del mal sufrido por quien soportó prisión preventiva y luego resultó absuelto en dicha causa, cuando menos admitiendo el abono de pretérita privación cautelar a la condena en un nuevo proceso⁵⁵. Por su rechazo se decantó FERRER, quien asentando la relevancia capital de la “unidad del procedimiento”, aduce que las razones preventivas que han motivado la privación de libertad cautelar obstan a que esta pueda ser utilizada para la pena impuesta por futuros delitos⁵⁶. Pese a lo escueto del último argumento indicado, este puede comprenderse atendiendo a que los fines correccionales de las penas en boga a la época de la formulación de tales postulados, fuerzan a una tajante distinción entre los propósitos de control de riesgos que orientan la prisión preventiva, centrados en la mera defensa social, versus los objetivos reeducadores asignados a las penas.

Coordinando los intereses antagónicos de que dio cuenta tal debate teórico, la jurisprudencia española trazó el rumbo de la evolución legislativa posterior sobre abono heterogéneo, plasmada en el CPE-1995 y sus posteriores modificaciones en la materia. Sin embargo, desde la materia de la regulación deben cuestionarse varios aspectos que las argumentaciones de las STS. aquí convocadas, ponen al servicio de la improcedencia del abono heterogéneo a la condena por hechos posteriores a la prisión que se trata de computar.

En primer término, deben rechazarse los argumentos que sustentan la apertura de un crédito o el otorgamiento de una patente de *corso* para delinquir, teniendo para ello en consideración que la pena no se impone o excluye por fines preventivos referentes a la peligrosidad del sujeto desligada del hecho que perpetró, sino que por la

⁵⁵ CASABÓ RUIZ, José *et al.* Comentarios al Código penal. Barcelona, Ed. Ariel, t. II, 1972, pp. 156 y ss.

⁵⁶ FERRER SAMA, Antonio. Comentarios al Código penal. Murcia, Ed. Sucesores de Nogués, t. II, 1947, p. 203.

intensidad del injusto (proporcionalidad) y del juicio personalizado de reproche por el injusto cometido (culpabilidad), evidenciados con su comportamiento externo. En modo alguno se trata que tales propósitos preventivos no deban ser considerados, sino que el momento valorativo que ha necesariamente de acogerlos, no es otro que el de la elaboración de la norma que establece un patrón de comportamiento con refuerzo punitivo. El fundamento de reconocer o denegar el abono, no puede adoptar como punto de partida la ficción sobre que el agente ha elaborado su resolución delictiva, considerando cálculos sobre la reducción o ausencia de pena aplicable, por encontrarse esta ya cumplida en todo o en parte con el abono preexistente.

El juicio debe formularse, más bien, sobre las procedencia e implicancias dogmáticas de mantener a cierto grupo de individuos en la sociedad –cuyo coeficiente se obtiene del perenne dato estadístico de quienes sufren privaciones de libertad en que la medida provisional o en apariencia definitiva que las justificó⁵⁷, resulta deslegitimada por causa sobreviviente⁵⁸ fuera del alcance del Derecho penal, vale decir, en un régimen abolicionista parcial o total según el ilícito de que se trate conforme su penalidad, sin límite temporal superior a la vida que les reste.

En segundo lugar, debe también discreparse sobre el lugar asignado a la reparación, la que es situada como uno de los intereses que se debe honrar en la determinación de la pena⁵⁹. La reparación no es

⁵⁷ Piénsese por un lado en las medidas cautelares, esencialmente provisionales, pero también por otro lado en la revisión de sentencias firmes, cuya procedencia acarrea la anulación del fallo que por imponer pena privativa de libertad pudo dar lugar a un encierro del afectado en su ejecución.

⁵⁸ Sobre su cuantificación en nuestro medio, consúltese en sitio www.inocentes.cl; portal que da cuenta del Proyecto inocentes de la Defensoría penal pública chilena, implementado con miras a la evitación y reparación de privaciones de libertad injustas, que individualiza 38 acaecidos entre 2003 y 2014 y sus causas detalladas bajo los rubros identificación injusta, declaración falsa, falsa confesión, error pericial o ciencia limitada, mala conducta de agentes del Estado y mala conducta del defensor. Consulta 7 de agosto de 2014.

⁵⁹ La STS. de 2 de julio de 1993, valora al momento de aceptar el abono heterogéneo, la satisfacción de “un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que solo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, solo cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia

sustentada en este estudio como una de las tensiones pasibles de ser colacionadas en el proceso de aplicación y determinación de la pena, sin perjuicio del rendimiento secundario o de externalidad positiva que la consideración preceptiva de todo lo que deba ser estimado pena acarree en el ámbito resarcitorio, en su sentido como efecto de privación de derechos consecuencial a un comportamiento previo defectuoso. El rol de la reparación está en los límites establecidos desde la materia objeto de regulación, hacía el sentido que se atribuye a las normas que la rigen. Si estamos hablando de la determinación de la pena, toda privación de derechos que pueda ser considerada consecuencia del hecho tachado en la conclusión del proceso como defectuoso, debe ser considerado pena. Si de ello se sigue la satisfacción de un propósito reparador, el orden jurídico penal provee casualmente a la satisfacción de un interés privado, al ejercer el órgano jurisdiccional sus deberes de componer un litigio público. Para satisfacer un interés resarcitorio, como el que convoca el tipo de abono heterogéneo que se rechaza como comprendido en la regulación del Derecho chileno, o se deben modificar las normas respectivas, ampliando los linderos de lo que debe comprenderse en el proceso de aplicación o determinación de pena en el sentido de comprender expresamente un fin reparatorio de intereses del propio condenado, una especie de oportunidad para ajustar pasadas cuentas, o debe recurrirse a cualquiera de las vertientes del ejercicio del derecho estatal de gracia⁶⁰. Cualquiera de estas decisiones comporta, sin embargo, un costo intenso, cuya mención para el caso de la inclusión de fines reparatorios no escapará a las líneas que siguen.

Desde otro punto de vista, el abono no es más que la convalidación de una consecuencia pasible de ser considerada pena, que al momento en que se resuelve su imputación se encontraba sin referente de legitimidad. Resulta inherente a los límites al *ius puniendi* su rendimiento en la evitación de daños, pero es precisamente de eso de

naturaleza”. En STS. de 16 de marzo de 1998 se razona sobre la procedencia prioritaria de la reparación en forma específica, relegando a un rol subsidiario la indemnización pecuniaria.

⁶⁰ Así, por lo demás, se expone en STS. de 16 de marzo de 1998, al mencionar las prerrogativas que asisten al sujeto que no puede ser beneficiado con el tipo de abono heterogéneo que se rechaza en este estudio: “(...) solo cabe la vía indemnizatoria o también la posibilidad de que sea compensado por la vía de aplicación de algún beneficio de gracia como el indulto parcial que esta Sala estima equitativo”.

lo que se trata el abono, de evitar la extralimitación de la pena, mas no de reparar daños, alterando la pena en su índole consecuencial. El problema es, sin embargo, precisar a qué nos referimos al aludir al carácter consecuencial que debe exhibir la pena, según veremos más adelante.

Y finalmente, se discrepa también del criterio de la “unidad procesal”, “acumulación potencial” o “coetánea tramitación”, referido siempre a la exigencia de algún nivel de paralelismo en la sustanciación de los procesos judiciales o investigaciones, abarcados por la problemática de que trata el abono heterogéneo. Tal exigencia oculta la verdadera razón para abonar o no hacerlo, de la que resultan sus límites concernientes a la antigüedad relativa de la privación de libertad para servir de descuento: honrar lo que es la pena, obviando llevarla a un plano que le resulta ajeno al privarla de su carácter consecuencial. El riesgo de suplantar la verdadera razón del abono heterogéneo radica en que las nociones de “privación de libertad posterior al hecho por el que se condena” y “tramitación conjunta de procesos” no dan cuenta de un mismo fenómeno. En efecto, lejos de tratarse de un mero nominalismo, son situaciones perfectamente diferenciadas y que pudiesen no coincidir en un determinado supuesto de hecho, de suyo ordinario. Así, por ejemplo, antes que un abuso sexual se denuncie, al sujeto activo del mismo se le imputa nuevo y posterior delito, por el que permanece en prisión preventiva por un año y resulta finalmente absuelto; posteriormente la víctima del primer ilícito, de acción penal previa instancia particular, denuncia el hecho, resultando condenado el mencionado sujeto activo a una pena privativa de libertad, sin que los procesos seguidos en su contra se hubiesen tramitado conjuntamente, ni estuviesen en situación de serlo. Pero el fondo del problema surge porque el carácter consecuencial de la pena, según veremos, es un denotado de la precisa relación que concierne al justiciable con el Estado, la que puede no responder a los criterios procedimentales de agrupación o acumulación. Esta relación postula en la escena penal particulares connotaciones que nos ocuparemos de mencionar.

Por consiguiente, estimar que el abono que regulan los artículos 26 del CP. y 348 del CPP-2000, autoriza la consideración de cualquier lapso previo al hecho por el que se castiga, requiere de una formulación normativa expresa, que no contempla ninguna de las disposiciones aplicables. Los términos en que debe comprenderse el vocativo “deberá servir” de que se vale la 1ª parte del inciso 2º del Art. 348 del CPP-2000, como llave de apertura de aquello admisible

como abono, alcanza a todo lo que participe de la índole consecuen- cial que precisaremos más adelante. En lo que toca al Art. 26 del CP, la cuestión radica en determinar qué aprehensión se considera. Naturalmente, un predicamento que deje huérfano de toda conside- ración a los intereses que confluyen en el enunciado normativo de la mencionada disposición, no vacilará en recurrir a la más antigua apre- hensión de aquellas que el sujeto que ahora es condenado, hubiere su- frido en el pasado. Tal predicamento debe ser rechazado, sustentando en su lugar que las aprehensiones que marcan el inicio de privaciones de libertad anteriores al hecho por el que posteriormente se condena, no quedan cubiertas, en base a los argumentos siguientes.

En primer término porque la disposición en referencia se ocupa de los límites de las penas, y no de la extensión e intensidad de la re- paración que deba dispensarse al condenado, como en su momento latamente preceptuaron los Arts. 179 a 181 del CPE-1822⁶¹ y muy discretamente los Arts. 419 y 508 del CPP-1906⁶². En definitiva, la

⁶¹ Art. 179. Todo el que, después de haber sufrido un procedimiento criminal, fuese declarado absolutamente inocente del delito culpa sobre que se hubiere procedido, será inmediata y completamente indemnizado de todos los daños y perjuicios que hubiere sufrido en su persona, reputación y bienes, sin exigírsele para ello costas ni gasto alguno; y si lo apeteciere, se encargará de representar sus veces en la demanda de indemnización un promotor fiscal, como si se procediese de oficio. Sin embargo, siempre que no haya alguna imposibilidad que lo estorbe, se hará la indemnización en la misma sentencia que declare absolutamente inocente al procesado. Si esto no pudiere verificarse, se declarará y hará la indemnización por el orden' prescrito en el código de procedimientos.

Art. 180. Si el procedimiento criminal hubiere sido en, virtud de acusación particu- lar, el acusador hará la indemnización; y en el caso de que el juez hubiere cooperado, por malicia, ignorancia ó negligencia á la injusticia del procedimiento, sufrirá igual responsabilidad mancomunadamente con el acusador.

Art. 181. Si el procedimiento hubiere sido de oficio, causado por malicia o culpa del juez, hará este la indemnización íntegramente; pero si el juez hubiere procedido con arreglo á las leyes, aunque después resultase la absoluta inocencia del tratado como reo, será este indemnizado por el Gobierno, ya pecuniariamente, ya con alguna honra ó merced, según las circunstancias de la persona y lo que se determine en la senten- cia; debiendo verificarse siempre que la indemnización sea efectiva y capaz de com- pensar todos, los daños, perjuicios y molestias sufridos por el inocente.

⁶² Si pudiese conceptuarse en este último caso como reparación poner en libertad al inculpado y restituirle sus bienes libres de los gravámenes impuestos en el proceso, como orden las mencionadas disposiciones para los casos de sobreseimiento definiti- vo y absolución, respectivamente al orden en que se las ha citado.

disposición del Art. 26 CP. se inserta en la regulación de los límites de las penas, donde para la acogida de la reparación, se requiere una declaración expresa, del todo ausente en el enunciado en análisis. Sin embargo tal apertura terminaría por alterar la propiedad consecencial de la pena con serios efectos en la categoría de la culpabilidad y en la estructura de la norma penal, según veremos.

En segundo lugar, porque son las orientaciones del CP., calificadas de liberales y humanitarias por HERNÁNDEZ⁶³; las que lo llevan a extender la interpretación del precepto con miras a evitar y reparar privaciones de libertad “gratuitas”. Tal predicamento debe ser relativizado en la medida que desde una observación más distante, se ha destacado el carácter defensivo y desproporcionado del CP. tanto por privilegiar los intereses del Estado en las puciones por sobre los de los ciudadanos, como por la generalizada y directa previsión de la pena privativa de libertad, con inusitada severidad⁶⁴. En tales términos, el peso de la libertad como atributo del hombre se ve severamente amenazado por el propósito de salvaguardar indiferenciadamente la mayor parte de los bienes jurídicos, y especialmente aquellos que interesan a la seguridad del propio Estado, de las formas más tenues de perturbación, mediante el encierro del responsable. La impronta clásica de nuestro Código lo es tal apreciada en su contexto, al esforzarse por reducir el arbitrio judicial que campeaba a la época de su dictación, pero en caso alguno llega a dotar a sus disposiciones del grado de respeto a la libertad individual que cree ver HERNÁNDEZ, llegando a confundir pena con resarcimiento. Claramente hoy, cuando el rumbo futuro del derecho penal apunta a dejar paulatinamente atrás dos siglos de predominio de la pena privativa de libertad⁶⁵, debe repasarse la virtud atribuida al CP. a la época de

⁶³ “(...) debe destacarse que la solución consagrada en el art. 26 CP y la notable amplitud de sus términos es una nota muy característica del carácter liberal y humanitario del viejo Código Penal chileno”. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Abono de prisión preventiva..., p. 3.

⁶⁴ SANZ MULAS, Nieves. Sistema de sanciones en España y en Chile. Alternativas a la prisión. Edición en Chile de un extracto de su obra “Alternativas a la pena privativa de libertad”. Madrid, Colex, 2000, pp. 21 y ss.

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras Completas. Lima, Ediciones Jurídicas de Santiago. 2007. t. II, pp. 362 y ss.

su promulgación⁶⁶, no por resultar injustificada, sino porque el signo de los tiempos es la tendencia a superar la “pena mater” que por igualitaria, el más que centenario CP. estableció bajo fórmulas de exhaustiva previsibilidad. Conforme tales reflexiones, la voluntad histórica del legislador apunta, de una parte, a dejar atrás la crueldad, arbitrariedad e incertidumbre de las penas, pero, por la otra, no tiene reparos en subyugar al individuo frente a los intereses estatales asociados a la pena, sin siquiera la posibilidad de ser morigerada por la reparación al penado,

⁶⁶ En circunstancias que entre nosotros la pena de azotes es suprimida solo por Decreto de 14 de julio de 1823, en Decreto de 18 de diciembre de 1846, el Presidente nombra una comisión destinada a preparar un proyecto de Código penal y de procedimiento penal. En lo tocante a las orientaciones que deben guiar al primero, se expresa la necesidad de fijar el máximo y mínimo de las penas asignadas a cada delito, para que tomando en consideración las circunstancias atenuantes y agravantes, “se guarde, en todo caso, la proporción del castigo, alejando en lo posible la arbitrariedad”. Además, se instruye sobre la especial atención que debe prestarse a los crímenes más comunes “sin pretender extirparlos por una desproporcionada severidad de las penas”, teniendo presente que la cárcel ofrecerá un medio eficaz de corrección para los grandes criminales, en desmedro de la pena de muerte. DE RIVACOVA Y RIVACOBIA, Manuel. *Evolución histórica del Derecho penal chileno*. Valparaíso, Ed. Edeval, 1991, pp. 19, 31 y 32.

Luego, conforme las intenciones plasmadas por el ejecutivo, no es de extrañar que el CP. se inscriba en el período que suele denominarse clásico en materia de codificación penal, que discurre desde los códigos napoleónico de 1810 y bávaro de 1813, hasta el italiano de 1889, siendo sus principales influencias los códigos español de 1848, y el belga de 1867. DE RIVACOVA Y RIVACOBIA, Manuel. *Evolución histórica...* pp. 48, 49, 60 y 71. Así, en el naciente Código, la coordinación de esencias clásicas, de índole utilitarista y preventiva, con notas absolutas que incardinan el derecho a castigar con el restablecimiento de un orden moral, se logra siguiendo las ideologías de BENTHAM plasmadas en el modelo belga, tributario del francés; y los planteamientos eclécticos de PACHECO y ROSSI, que en mayor medida cristalizaron en el Código español de 1848. DE RIVACOVA Y RIVACOBIA, Manuel. *Evolución histórica...* p. 61. Como apunta el autor, este crisol de ideas se traduce en la adopción de una perspectiva ecléctica: la inspiración retribucionista se plasma, al “disponer de *numerosísimas* penas, diferentes entre sí por su diversa naturaleza y duración, para castigar cada delito con la condigna según su distinta entidad y gravedad”, las que se aplican atendiendo a las escalas graduales de las penas, circunstancias modificatorias y las numerosas reglas dispuestas al efecto. El principio antagónico, esto es, de carácter utilitario y preventivo, se traduce “en la publicidad de la pena capital, las penas para los que delinquen de nuevo y, de manera muy notoria, en múltiples excusas”. DE RIVACOVA Y RIVACOBIA, Manuel. *Evolución histórica...* pp. 63 y 64.

El autor que aquí seguimos destaca, en la valoración del CP. la “amplitud con que se admite el principio de culpabilidad, tanto como carácter o elemento esencial de las infracciones criminales, cuanto en su función mensuradora de la pena. DE RIVACOVA

solo dejando a salvo los límites políticos al ejercicio del *ius puniendi*, aplicados pocos años antes de su entrada en vigor frente a la crueldad de las reacciones penales.

Contribuye a tal conclusión considerar, además, que el mencionado Art. 26, coexistió desde sus inicios con una muy precaria vigencia del derecho a la libertad personal en las normas pertinentes de procedimiento, y sin un texto constitucional que avalase la libertad provisional como garantía, sino solo hasta el año 1925⁶⁷; de manera que vinculada a sus orígenes, distante se encontraba la norma en comento de apreciar las cautelares de detención y prisión preventiva como excepcionales y provisionales, con lo que ninguna violencia se hacía a la pena privativa de libertad que se impusiere en el proceso respectivo, si esta se contaba desde que el sujeto ingresó a la prisión. En efecto, una vigencia precaria de la libertad personal en el ámbito del proceso penal, no ve obstáculo para la asimilación en la ley sustantiva de toda medida detentiva a la pena de privación de libertad, cuestión que, si bien obsta a que se superen los límites de la pena, mal puede comprenderse como un polo de atracción de privaciones de libertad preteritas y necesitadas de justificación por un dilatado lapso que viene a legitimar la condena a que se abonan.

En definitiva, el tantas veces citado Art. 26 del CP, mal pudo establecer, tratándose de regular los límites de las penas, una cláusula que

Y RIVACOBA, Manuel. Evolución histórica... p. 69. DE RIVACOBA Y RIVACOBA pone de relieve la consideración de elementos extraños a la responsabilidad por el hecho en el establecimiento de las atenuantes reguladas en los ordinales 6° a 9° del CP, las que suponen la inclusión "en un Derecho penal de acto, consideraciones referentes a la personalidad del autor y ajenas a su actividad criminal". DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. Evolución histórica... p. 66. Inclusive en la determinación más cercana a la pena exacta, a juicio de RIVACOBA, el art. 69 del CP. "invita y proporciona la pauta para graduarlas proporcionalmente a la gravedad de cada delito individual y concreto, estimando los dos caracteres o elementos valorativos y, por consiguiente, graduables por su naturaleza en la infracción penal, lo injusto y la culpabilidad". DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. Evolución histórica... p. 70.

⁶⁷ La Constitución Política chilena de 1833 en su artículo 12 N° 4 aseguraba la libertad ambulatoria a todos los habitantes de la República y aunque establecía la legalidad de toda detención, prisión o destierro, no contemplaba la garantía de la libertad provisional. En su Art. 143 establecía que el aseguramiento de la persona del inculgado, solo obstaría a su privación de libertad tratándose de penas no afflictivas ni infamantes. En línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535> (consulta 4 de agosto de 2014).

en tal concierto determinara una situación privilegiada para quien comete nuevo delito, versus aquel que se abstiene. El primero, obtendría una satisfacción del daño causado por privaciones de libertad previas, carentes de antecedente que las funde. El segundo, conservaría, de no haberse extinguido por prescripción, la acción civil que proceda impletar contra el Estado a fin de obtener el mencionado resarcimiento, vale decir, un derecho eventual, sujeto a los avatares del proceso privado.

Son cuestiones muy distintas para nuestro Derecho, que el sujeto que sufrió una injustificada privación de libertad deba ser reparado bajo ciertas condiciones, a que la actividad punitiva estatal, por siempre y para todo caso en que se condene, se encuentre dispuesta para colmar el mencionado deber de reparación bajo el expediente del abono heterogéneo.

Finalmente, en el extremo opuesto y complementando la respuesta que ya hemos dado a los planteamientos de GUZMÁN, cabe sostener que la ilación temporal que este exige para la procedencia del abono heterogéneo, se efectúa conforme referencias doctrinarias que discurren sobre la necesidad de evitar el prevalimiento de un saldo a favor de privación de libertad, en el sentido de excluir el efecto político criminal desfavorable de promover la comisión de ilícitos. Su nivel de seguridad por preservar, siempre y en todo caso, el carácter consecuencial de la pena, conspira en contra de los criterios limitativos del *ius puniendi*, en particular soslaya aspectos subjetivos de que la sistemática se ocupa principalmente en la culpabilidad. Bajo este objetivo y con independencia de la formas tras la que se oculta la deliberación de fondo de la jurisprudencia predominante en Chile y España, coincide esta con GUZMÁN en el desvelo por la certidumbre, pero desatendiendo que la pena es merecida por una conducta y que esta representa, a su turno, un corte de realidad con fuerte sentido de atribución de reproche personal. En la correcta ilación de lo que para el sujeto pasivo de diversos procesos penales, concluidos o no, debe considerarse antecedente y consecuencia, ha de primar por sobre la objetividad simplificadora, una observación interesada en las connotaciones individuales que se representan en la conducta externa.

6. APROXIMACIÓN VALORATIVA

En lo que sigue se aspira a delinear los cauces principales para orientar la elucidación del supuesto que motiva este estudio. Se trata de aproximaciones formuladas con miras a centrar el debate, más que

a fundar exhaustivamente una determinada solución como la correcta. Proveer una solución dogmática de tal índole exige el análisis y la coordinación de los diversos supuestos vinculados al abono de privaciones de libertad y otras restricciones de derechos, a fin de dar con un enfrentamiento consistente y con el nivel adecuado de profundización. En tal contexto, este estudio solo pretende abrir la discusión y motivar las propuestas críticas.

La adscripción valorativa a que se alude en el título del presente apartado puede motivar algún nivel de confusión. Al efecto precisemos que tal alusión no apunta en modo alguno a dar cuenta de algún compromiso *ius fundamentalista*, sino que mira a contextualizar la propuesta materia de este estudio, reflejando plena conciencia de su inserción en el concierto de determinada relación entre el individuo y el Estado delineada por los aspectos del sistema de los Derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Luego, esta vertiente valorativa apunta a las referencias al contexto constitucional y específicamente el bloque constitucional de derechos en que nuestra comprensión se asienta. Este entendimiento supone que el concepto adscriptivo de la dignidad humana en el que reparase GARZÓN, somete al Estado a una conformación conceptualmente previa al individuo y dispuesta a la mayor expresión de sus derechos y en especial de su libertad⁶⁸.

6.1. La pena como consecuencia merecida y su potencial tensión con la justicia correctiva

La pena penal es privación o perturbación de derechos fundamentales. Consiste en la “irrogación de un mal como expresión de desaprobación por un comportamiento previo defectuoso”⁶⁹. La pena siempre expresa un reproche formulado bajo ciertas condiciones por un comportamiento previo al que sobreviene como consecuencia. De la pena cabe predicar, en razón de las condiciones necesarias para la

⁶⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho, ética y política. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.

⁶⁹ KINDHÄSER, Urs. “Personalität, Schuld und Vergeltung”. 1989 p. 493. Citado por MAÑALICH, Juan Pablo. En: Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH R., Juan Pablo. Lima, Ara Editores, 2009 (41-71), p. 44.

mencionada formulación de un reproche, el atributo de merecida⁷⁰. Para satisfacer la condición de merecimiento la pena debe, en todo caso, responder a una índole consecuencial. Ahora, el reproche que esta exige lo es de culpabilidad y en cuanto tal origina la pena merecida. Este reproche penal no puede ser reducido a un reproche moral: se trata de un reproche jurídico, merecido por el quebrantamiento de una norma jurídica, que a diferencia del reproche moral postula neutralidad respecto de los motivos que albergó el sujeto para seguir la norma de conducta o quebrantarla⁷¹. Resulta plenamente tolerado en el plano jurídico, en consecuencia, un seguimiento puramente estratégico de la norma⁷². Una infracción estratégica no merece más que la pena, pero la pena que conserve siempre la propiedad consecuencial.

La pena es consecuencia que hace efectiva un tipo de responsabilidad jurídica⁷³. En general la responsabilidad jurídica se sitúa en el ámbito de las medidas preventivas y reparadoras⁷⁴, pero solo algunas de tales medidas jurídicas que previenen o reparan daños, se encuadran bajo el término responsabilidad⁷⁵: se trata de aquellas que imponen consecuencias jurídicas gravosas, tales como sufrir una pena o reparar el daño causado, operando como reacción frente a un hecho antijurídico⁷⁶. En general, la ponderación de intereses que justifica la reacción que se desencadena en el ámbito de la responsabilidad jurídica, plasmada en una determinada convención normativa, observa el parámetro básico de la maximización del interés objeto de protección,

⁷⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. *Revista de Estudios Públicos*, CEP. N° 108, 2007 (117-205), pp. 140 y 141.

⁷¹ MAÑALICH, Juan Pablo. *La pena como retribución...*, p. 183.

⁷² MAÑALICH, Juan Pablo. *La pena como retribución...*, p. 185.

⁷³ Su función preventiva se asocia necesariamente al carácter de consecuencia: "(...) nos interesa mirar al pasado, a los antecedentes del hecho desvalorado que da origen a la responsabilidad jurídica (...)" para obtener una explicación del hecho, porque "nos sirve para aumentar nuestra experiencia y así poder prevenir situaciones futuras semejantes (...)". MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Presupuestos de la responsabilidad jurídica*. ADPCP, VOL. LIII, 2000 (169-283), pp. 200 y 201.

⁷⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Presupuestos...* pp. 194 y 195.

⁷⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Presupuestos...* p. 188: Las medidas que imponen y desarrollan la educación obligatoria, las ayudas a los damnificados por grandes catástrofes, o las normas que regulan el tráfico rodado, por ejemplo, cumplen finalidades preventivas o reparadoras, pero no son medidas de responsabilidad jurídica.

⁷⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Presupuestos...* pp. 177, 188 y 189

al menor daño posible: este se irroga solo en el grado necesario para la preservación del bien preponderante⁷⁷.

Para la satisfacción de sus fines, atinentes a la protección de bienes jurídicos, el Derecho se sirve de normas que fijan responsabilidades, desplegando una estrategia social preventiva enderezada primeramente a la evitación del daño, y frente a su producción, a la evitación parcial o total de sus efectos adversos a través de medidas reparadoras. A su vez, para este objetivo, la norma se vale de medidas clasificables como lesivas y no lesivas, según se opte por la irrogación de cierto daño o no al infractor. En las lesivas, el efecto producido es dual: protector y lesivo. En las no lesivas el resultado es siempre positivo, y lograrlo no contempla la imposición de males: previenen o reparan males sin causar otros. En lo que nos interesa, ejemplo paradigmático de medidas lesivas es la imposición de una pena criminal. En la pena penal necesariamente se redistribuyen males como en todas las medidas lesivas. Esta forma de redistribución que tiene lugar en las medidas sancionadoras, implica que estas solo añaden un nuevo mal al mal ya producido: oponen al mal del delito, el mal de la pena. Los problemas de justificación tan ampliamente debatidos en relación con la pena, son motivados en buena medida por el carácter particularmente gravoso de las cargas que esta convoca, que en nada contribuyen al resarcimiento de la víctima a diferencia de la reparación civil⁷⁸.

La imposición y determinación de una pena importa la resolución de un conflicto público, que en cuanto tal es plasmación eminente de criterios de utilidad cuantitativos, que permiten una mayor protección en el conjunto de los bienes jurídicos de los coasociados, mediante la prevención de nuevos y mayores daños. Su norte es honrar la recíproca renuncia de libertades en beneficio de la maximización del bienestar de todos y cada uno. La evitación o reparación de daños que inspira el abono heterogéneo, satisface criterios distributivos que permiten una mejor asignación de los males que comporta al indi-

⁷⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Presupuestos... pp. 191 y 192. En definitiva, si un mal es inevitable, que sea el menor posible. "(S)e trata de la plasmación de un principio elemental de racionalidad en la solución de conflictos: en situaciones en las que la preservación de ciertos intereses jurídicos dependa de la lesión de otros, el ordenamiento debe inclinarse por aquellos que preponderen conforme a su propio esquema de valores. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Presupuestos... pp. 191 y 192.

⁷⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Presupuestos... pp. 187, 188, 202 y 203.

viduo la organización social⁷⁹. Se trata de la colisión entre derechos individuales con el interés general de prevención que importa la verificación de la amenaza penal abstracta⁸⁰. Veremos porque este interés del individuo (del imputado específicamente) se ve limitado al intentar cobijarse en la pena penal.

Debe ser precisado para avanzar acerca de los límites del abono heterogéneo que, tal como reitera GUZMÁN, todo abono o descuento conduce con su consideración misma, al *quantum* de la pena que debe cumplir el condenado, de manera que en el marco de la teoría de la pena “(...) pertenece al capítulo de las penas en general, como apéndice relativo al cómputo de sus miembros susceptibles de división”⁸¹. Así, se sostiene que el abono integra el ámbito sustantivo propio del cómputo de las penas divisibles, de manera que en el amplio ámbito de la teoría de la determinación de la pena, no opera en su reducción o la prescindencia de su ejecución, con o sin medidas sustitutivas, sino derechamente participa de la afirmación de un contenido punitivo por ejecutar⁸², esto es, comporta en definitiva la determinación del castigo penal, sin que sea relevante que habitualmente se le advierta como una reducción de la pena determinada antes de su consideración. El contenido del abono es el de la pena, porque comporta la misma afectación al mismo derecho o porque tratándose o no de derechos diversos el amago resulta equiparable; y su ilación temporal debe corresponder también a la de la pena: debe tratarse de una consecuencia en el sentido preciso en que el Derecho penal exige tal secuencia, según veremos.

⁷⁹ En específico, el sujeto ahora condenado perdió derechos en otro proceso anterior por mor de las necesidades de aquel, en el que no resultó condenado.

⁸⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Presupuestos...* p. 193

⁸¹ Citando a DÍAZ, Jorge de Figueredo. *Direito penal português*, parte geral, II, As consecuencias jurídicas do crime, Notícias, Lisboa, 1993, p. 299. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción...* pp. 308 y 309.

⁸² GUZMÁN connota que en la imposición de la pena resulta ineludible considerar, para su concreta extensión, todo aquello que le precedió en contenidos punitivos, sin que sea obstáculo al efecto que se presenten como un instituto procesal. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción...*p. 307. En plena consonancia, para HERNÁNDEZ la cuestión del abono se trata de algo sustantivo, concerniente a los límites de las penas privativas de libertad. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Abono de prisión preventiva...* p. 2.

Con lo expresado, no se afirma en modo alguno que la procedencia del abono mismo deba fundarse en criterios de merecimiento u otras determinaciones concernientes a la conducta del imputado durante el proceso⁸³. No son la extensión del injusto, la gravedad de la culpabilidad representados en el hecho, o la obsecuencia del imputado en desmedro de sus garantías procesales, criterios admisibles para determinar la procedencia del abono. Ahora, cuestión diversa es que determinada la pena conforme el procedimiento respectivo según la extensión del injusto y la gravedad de la culpabilidad retratada en el hecho, tal determinación sea objeto de un estrechamiento incluso hasta desaparecer por virtud del abono. El referido cómputo (negativo o de exclusión) integra el *íter* de sancionar penalmente, de manera que debe hacerse partícipe necesario de la propiedad consecucional de la pena.

Por otra parte, la determinación y ejecución de la pena conminada, en cuanto plasmación en la realidad del reproche expresado en la sentencia, son momentos analíticamente distinguibles en el concierto de su régimen institucional de garantía, pero no por ello ajenos a su índole funcional. Pretender que la pena se conforma con un acto expresivo sin representación en la realidad, es confiar en que un effluvio inundará la conciencia ética del destinatario estabilizando la expectativa de acatamiento recíprocamente impuesta por todos los coasociados. Una claridad antropológica de tal naturaleza me parece insostenible y reclama una íntima adhesión al resultado del proceso judicial del todo inexigible⁸⁴. La posible ejecución real de una pena determinada en su naturaleza y extensión acorde reglas previas, la conforma y la hace aparecer como una consecuencia en cierne, vale decir, como un evento potencial serio y apto para su utilización por la

⁸³ Tal restricción vinculada al buen comportamiento procesal se mantiene en el Código Penal alemán de 1974 y se la interpreta en el sentido que el imputado no haya dilatado intencionalmente la duración del proceso. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La pena y la extinción... pp. 310 y 311.

⁸⁴ “El Estado debe buscar la protección del orden jurídico mediante las penas; en relación al moral solo podemos tener esperanza en la fe (...). El Derecho (...) se encuentra unido a la facultad de actuar con violencia frente al que quiere deteriorarlo (...)”. FEUERBACH, Anselm. *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1796, citado por JAKOBS, Günter. La pena estatal alcance y finalidad. Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 118 y 119.

norma secundaria⁸⁵. Una pena asociada a un delito sin posibilidad *ex ante* de ejecución es impunidad del mismo, esto es, ausencia de pena.

La primera exigencia para el abono heterogéneo, vinculada al contenido propiamente punitivo, escapa al objeto de este estudio según hemos delimitado su alcance, desde que apunta a la índole de la limitación de derechos de que se trate, muchas veces subordinada a la sede en que esta se origina. Tal problemática combina las taxonomías aludidas *supra* en el punto 1., concernientes al primer grupo, que atiende al rubro de privaciones de libertad que cabe descontar de la pena temporal a imponer, junto al tercer grupo, centrado en las penas pasibles de ser afectadas por el abono o bien abonables a la privación de libertad cuando comportan meras limitaciones de derechos de libertad o de otros derechos. La consideración que surge al asentar que con el abono se trata siempre de tener entre manos una misma o diversas penas penales, es que lo problemático desde el punto de vista constitucional es la delimitación del umbral de la afectación de derechos que reviste características de una pena penal y cuya preterición o consideración meramente discrecional, infringiría la garantía de legalidad consagrada en el n° 3, inciso 8°, del Art. 19 de la Constitución Política⁸⁶. De esta disposición emana el deber del legislador y también del juez, de considerar como preceptivo el abono cada vez que estén en juego contenidos punitivos. Sobre esta aplicación preceptiva tratándose de privaciones de libertad se encuentra conteste la doctrina nacional, pero solo como un deber impuesto al nivel legal y por tanto limitado al adjudicador.

La segunda exigencia, central para este estudio, mira al carácter consecuencial de aquel contenido punitivo. Pero ¿en qué sentido con-

⁸⁵ Ya que no se pueden extirpar totalmente las “inclinaciones incívicas (antijurídicas)” mediante educación, sigue siendo necesario, para aquellos que mantienen malas intenciones “reaccionar contra lo sensual con lo sensual, y neutralizar las inclinaciones con inclinaciones opuestas, los impulsos sensuales a realizar el hecho con otros impulsos sensuales”, y este efecto de la compensación de la mala inclinación mediante un temor mayor se consigue “cuando cada ciudadano sabe con seguridad que a la infracción seguirá un mal mayor a aquel que corresponde a la insatisfacción de la necesidad de realizar la acción”. FEUERBACH, Anselm. *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1796, citado por JAKOBS, Günter. La pena estatal... pp. 119 y 120.

⁸⁶ Cuyo texto expresa: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

vocamos tal exigencia? La respuesta a esta cuestión enmarca la idea fuerza que desarrollaremos, esto es: la pena es consecuencia si así resulta para el sujeto a quien se le impone. No se trata de una sucesión de hechos en términos que aquel generador del abono sea posterior a aquel generador de la condena en el sentido que apunta GUZMÁN, sino de que el lapso considerado como abono escape a las circunstancias conocidas por el sujeto activo al perpetrar el delito.

En la decisión penalmente relevante del sujeto a favor del derecho y en contra del injusto, la propiedad coactiva del primero resulta imprescindible. El dato que nos interesa en relación con la culpabilidad es la desactivación de la norma dado lo que esta ha dejado de tener para motivar su seguimiento. Cuando no hay pena en todo o en parte frente a determinada conducta injusta, una de esas condiciones desaparece o concurre solo parcialmente. De tal manera, si se considera el abono sin la limitación que aquí se postula, se sitúa a uno o más sujetos con plena capacidad de culpabilidad, con conocimiento del carácter antijurídico de su acción, y no amparados por un estado de necesidad exculpante, fuera del alcance de la exigencia de culpabilidad. Sin poder reprocharle al agente la infracción de un patrón de conducta, pierde fundamento la pena y su comportamiento deviene en impune. Aquí, a pretexto de amparar la libertad del justiciable, se ha abolido total o parcialmente la vigencia del derecho penal en relación a uno o más sujetos determinados por el lamentable hecho de haberse visto injustamente privado de libertad. En efecto, con tal propósito correctivo se ha llevado a la pena a un ámbito que le es completamente ajeno según detallaremos. Se trata esta de una decisión política compleja, que reclama una declaración normativa expresa, que dista mucho de corresponder a la voz “deberá servir” de que se sirve el Art. 348 del CPP-2000.

En definitiva, la cuestión indicada en el párrafo precedente apunta a si el abono heterogéneo que nos ocupa abre la puerta para que al determinar el remanente de la pena aplicada que deba ejecutarse, se disponga de una modalidad de reparación de determinados daños irrogados al condenado por el Estado al ejercer sus potestades en el pasado. De no tolerarse tal apertura a la reparación, el abono queda reducido a uno de los componentes de lo que cabe estimar pena, como lo hemos considerado, y se inserta en el concierto de los límites tradicionales de su determinación, imposición y ejecución. Frente a su admisión, el abono impropio se erige como un límite diverso al ejercicio del *ius puniendi* estatal, a saber, el constreñimiento impuesto por el deber de reparación (a los intereses previamente lesionados del condenado). Se

debe resolver, en consecuencia, si a partir de la institución del abono hemos de insistir en preservar los contenidos de la pena, o bien, si emprenderemos un camino diverso, ampliando sus rendimientos al plano de la reparación de las privaciones de derechos injustas, sufridas por quien ahora resulta condenado: ya no se ejerce el derecho subjetivo del Estado a penar, sino que con ocasión de su ejercicio se aspira a minimizar o excluir el daño mediante su reparación. Privado de su carácter de consecuencia oponible al autor por su hecho, el abono deja de ser una imputación de tiempo a la pena y pasa a ser una imputación de tiempo a lo que el Estado debiese reparar según las reglas resarcitorias pertinentes que consuman fines de justicia correctiva.

Estimamos que, pese a la oclusión de las vertientes jurídicas que debiesen proveer los medios para obtener esa reparación, visible entre nosotros con la interpretación predominante de los límites previstos en el Art. 19 N° 7 letra i) de la Constitución chilena, y su abortada modificación en la reforma de 2005⁸⁷; importa un problema resi-

⁸⁷ Tales límites conciernen a un doble nivel. El primero, relativo al régimen exclusivo de resarcimiento previa declaración positiva de la Corte Suprema como requisito de procesabilidad, excluyendo a aquel que consulta el Derecho común respecto de cualquier hecho que cause daño, a diferencia de lo acontecido con el desarrollo de la responsabilidad administrativa. En este primer nivel se residencia el carácter limitado y al mismo tiempo anacrónico de una de las dos hipótesis de procedencia de la indemnización: solo mantiene actualidad la condena y no así el sometimiento a proceso, que desapareció con la derogación del CPP-1906. El procesado como sujeto activo de la indemnización que prevé el texto constitucional ya no existe, salvo en las exiguas causas aún en tramitación del sistema penal antiguo, prontas a concluir. El imputado, sujeto pasivo del proceso penal en actual vigor, no es contemplado en la norma. Por otro lado, fuera de las hipótesis de la disposición en comento no procede indemnización alguna, como lo sostuvo la SCA. de Santiago de 2 de junio de 1983 (Gaceta Jurídica N° 37, p. 87), en relación con la demanda de indemnización deducida en contra del Estado por sujeto condenado en proceso contravencional, seguido ante el Primer Juzgado de Policía Local de Concepción, pese a haber sido acogida en primer grado.

El segundo nivel se configura por la comprensión restrictiva de la exigencia interna capital del Art. 19 N° 7 letra i) de la Constitución: la expresión “injustificadamente errónea o arbitraria”, demanda que, además de ser contradictoria con la razón, se haya decretado de manera irregular o caprichosa. No es de extrañar, en consecuencia, que solo en cuatro casos que tuvieron lugar en los años 1985, 1989, 1990 y 1999 se haya determinado la procedencia de la indemnización en toda nuestra historia republicana. Califica este sistema como cauteloso y restrictivo por la exigencia de la mencionada declaración de la Corte Suprema, por limitarse al proceso penal, y por lo limitado del plazo que establece el Autoacordado al que debe subordinarse su tramitación PEREIRA ANABALÓN, Hugo. Curso de Derecho Procesal. Santiago, Ed. Jurídi-

denciado en una sede diversa, esto es, la reparación de daños, o el escenario de ajuste de cuentas, cuya relación con la determinación de la pena es solo casual. Sin perjuicio, no puede soslayarse el riesgo que comporta para el surgimiento de un caso difícil o trágico, en que el sacrificio de un valor fundamental aconseje una solución diferenciada, siempre en vista de una satisfactoria confrontación de convencionalidad. Nuestro esfuerzo comprende, sin embargo, los supuestos ordinarios o comunes de abono heterogéneo, abarcados por una propuesta dogmática general.

En suma, sea que se estime al merecimiento como condición necesaria y suficiente o solo necesaria de la imposición de la pena, su incidencia como requisito previo determina una de las notas definitorias de la pena, que puede representar un obstáculo a la reparación de males pretéritos. Opciones tales que lleven a excluir la justificación de la pena en su merecimiento conspiran en contra de la base de toda construcción teórica que verse sobre el comportamiento del otro concebido como igual y libre⁸⁸. No se trata de que a la sede penal repugne cualquier rendimiento que minimice daños de aquellos que justificaría una reparación civil, sino de que la pena lo haga traicionando su carácter de consecuencia en cuanto merecida.

6.2. La pena como consecuencia en la norma penal

El énfasis consecuencial de la pena penal resulta de su índole de efecto previsto para ser aplicado a quien no honre los límites a la liber-

ca ConoSur, p. 289. Connota el autor, adicionalmente, el contraste del derecho local con la apertura que ofrece el Art 10. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prevé el derecho de toda persona a ser indemnizada conforme la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial, sin limitar tales pretensiones a los supuestos enmarcados por un proceso penal. PEREIRA ANABALÓN, Hugo. Curso de Derecho Procesal... pp. 290 y ss. También sobre los constreñimientos de esta vía de resarcimiento y las razones que aconsejaban su modificación fallida en la reforma constitucional de 2005, *vid.* ZÚÑIGA URBINA, Francisco. La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia. Estudios constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca, Año 6, Nº 2, 2008 (15-41), *passim*.

⁸⁸ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal. *En*: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.), Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid, Ed. Akal, 2005, p. 71.

tad recíprocamente reconocidos: su sentido funcional o compensatorio, si se quiere, lo es por la falta de observancia a la renuncia recíproca de los coasociados del ejercicio irrestricto de sus libertades en mayor provecho recíproco⁸⁹. Dicho en otros términos, en la definición como propiamente penal de un mandato o prohibición, subyace la solución universalizada de un conflicto de libertades según parámetros jurídicos, que viene a legitimar la limitación de la libertad de cada uno de los coasociados, bajo un horizonte de racionalidad, integrando el ámbito recíprocamente reconocido de protección de bienes jurídicos⁹⁰. En correspondencia con lo indicado, los bienes jurídicos son entendidos como determinadas propiedades de cosas o personas, dispuestas al servicio del libre desenvolvimiento individual y que resultan merecedoras de protección bajo el principio de la coexistencia de libertad ventajosa para todos⁹¹. Pero el reproche penal no se articula desde la perspectiva de la víctima y la afectación que ha sufrido en alguno de sus bienes, sino que se origina en la defraudación de la confianza recíproca de los coasociados en relación al seguimiento de las normas aceptables para todos y no directamente en la lesión de un bien jurídico⁹².

La pena se enlaza como consecuencia a la realización misma de la hipótesis de hecho prevista en el enunciado normativo, de lo que no se sigue en modo alguno la necesidad de que a tal verificación deba anudarse siempre la imposición y ejecución de una pena. Múltiples arreglos institucionales y procedimientos pueden dispensar una legítima solución alternativa al conflicto penal o una respuesta a la falta de necesidad preventiva de la pena. Sin embargo, todas las decisiones en torno a tales soluciones que compiten con la pena, siempre la presuponen. El carácter subyacente de la pena les sirve de fundamento y permite destacar las virtudes que ofrecen en parangón con esta.

El punto de partida de toda decisión sobre el conflicto penal pondera los méritos y desventajas de la pena o de su renuncia, sea con o sin sustituto. Así, todo el ámbito de las alternativas al proceso penal

⁸⁹ KINDHÄUSER, Urs. "Personalidad, culpabilidad y retribución". *En*: Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH R., Juan Pablo. Lima, Ara Editores, 2009, (17-36). p. 17.

⁹⁰ KINDHÄUSER, Urs. "Personalidad, culpabilidad...". p. 19.

⁹¹ KINDHÄUSER, Urs. "Personalidad, culpabilidad...". pp. 17 y ss.

⁹² MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. *Revista de Estudios Públicos*, CEP. N° 108, 2007 (117-205), p. 166.

y a la pena juega con la alternancia de los principios de legalidad y oportunidad. El primero, fundado en la igualdad ante la ley, enfatiza la limitación a la arbitrariedad en la decisión estatal de perseguir o no criminalmente a un individuo. El segundo, amparado en fines de prevención que en el caso concreto cabe colmar con medidas menos incisivas que la pena, ofrece cierto grado de discrecionalidad en la persecución penal, habitualmente limitado por requisitos disciplinados legalmente⁹³. En la faz aplicativa, pagar el precio de la pena frente a un autor concreto o buscar una alternativa es el dilema que enfrenta el adjudicador cuando tiene entre manos la aplicación de la norma secundaria. Lo problemático de estas decisiones es la exigencia de legitimidad que se impone a las mismas en razón de su potencialidad para disponer de la pena. Nuevamente es esta última la que impone señalada profundidad a la deliberación sobre estos sustitutos y limita las competencias judiciales para cercenar o excluir la pena⁹⁴.

Luego, fuera del condicionamiento que se propone en estas líneas para el abono en causa diversa, la norma penal decae como instrumento que, en su relación con el destinatario antes y después del hecho, proporciona el material necesario para la solución penal mediante la pena o prescindiendo de aquella, en el sentido de asumir el costo de tal prescindencia en parangón con sus virtudes⁹⁵. En otras

⁹³ HORWITZ L., María Inés, y LÓPEZ M., Julián. *Derecho procesal penal chileno*. 1ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, t. I., pp. 47 y ss.

⁹⁴ Lo expresado se funda en una concepción personal que separa los momentos valorativos y procedimentales en el ámbito de la justificación del Derecho penal. La presencia de fines importa un momento con acento valorativo, a cargo del legislador, que, sin perjuicio de ceñirse a los principios, valores y normas constitucionales, entre ellas las procedimentales. En el plano de la aplicación de la norma penal al autor concreto, el momento valorativo cede frente al procedimental, con una preminencia del contenido retributivo bajo un horizonte trazado por la proporcionalidad por el injusto y la culpabilidad individual. Sobre algunas de las bases de tal predicamento, *Vid.* HASSEMER, Winfried y LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en derecho penal*. Madrid, Ed. Tecnos S.A., 1997, pp. 41 y ss.

⁹⁵ La decisión político-criminal fundamental y la más rica en efectos preventivos-generales es la decisión de prohibir bajo amenaza de pena. Junto a ella, la decisión de castigar o no castigar desempeña un papel secundario y no incide del mismo modo. Lo anterior aparece contrastado si se considera la moderna proliferación de institutos político-criminales, en los que se renuncia a la condena, "confiándose en que la subsistencia de la prohibición penal y la celebración del proceso, en el que se subrayará que el sujeto ha infringido las normas penales, sean suficientes para garantizar la prevención, sin preci-

palabras, sin pena carece de sentido que la norma prevenga la comisión del hecho que su enunciado contiene y nada ofrece al adjudicador para fundar un reproche de culpabilidad. La estrategia que consume la norma penal, incluso proyectada a las alternativas a la pena, privativa o no de libertad, sufre un debilitamiento que la conduce a la dilución parcial o completa de su capacidad funcional.

Una norma despojada frente a su destinatario de toda o parte de sus consecuencias, no concreta estrategia comunicativa alguna a su respecto, ni ofrece al adjudicador acceso a la culpabilidad como dato residenciado en el autor concreto, dado que este no infringió un patrón de comportamiento externo afianzado penalmente. Aplicar como abono heterogéneo el lapso que en la comprensión del sujeto imperado opera como crédito de pena a cuenta de nuevos delitos no es penar, no es aplicar la norma secundaria, es reparar con graves consecuencias en el control de la violencia del delito y en respuesta informal a este que el Derecho penal persigue contener. Con ello pasamos a un Derecho penal que se ve privado de la norma en cuanto medio capital enderezado a la protección de bienes jurídicos, frente a sujetos imperados concebidos como agencias racionales y motivables, apta para la realización potencial de criterios *ex ante* y *ex post*.

7. REFLEXIONES FINALES

La limitación, control y aún utópica exclusión de las privaciones de libertad gratuitas, esto es, carentes de un motivo consolidado o definitivo y válido⁹⁶, comporta un serio referente de legitimidad del sis-

sarse de modo absoluto la operatividad plena de la norma secundaria con la imposición de la pena". SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación... p. 408. La concepción de la norma penal como un imperativo que trata de incidir sobre la conducta de sus destinatarios es la más coherente con la misión preventiva y de garantía atribuida al Derecho penal, en la medida que tal cometido de prevención no se satisface en la sanción efectiva, sino, ante todo, en la amenaza, esperando que esta resulte eficaz, con la virtud de una menor intensidad en la limitación a la libertad. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación... p. 352. En definitiva, el autor destaca que "(...) la limitación que implica la imposición de una pena concreta es superior a la de la amenaza abstracta. Ello explica que el ámbito de lo prohibido pueda y deba ser más amplio que el ámbito de lo efectivamente castigado". SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación... p. 383.

⁹⁶ En el sentido indicado encontramos a la detención o prisión preventiva o el cumplimiento de pena por virtud de sentencia anulable por la acción extraordinaria de revisión.

tema penal en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. De la capacidad del Estado para proveer de normas y procedimientos que permitan mantener a raya tales privaciones de libertad depende, en gran medida, la vigencia de los derechos fundamentales de libertad. Luego, uno de los referentes necesarios del ejercicio de la función judicial en este escenario, ha de apuntar a dar vigor, con mayores o menores herramientas normativas y arreglos institucionales, a la garantía de la libertad.

La creciente evitación de privaciones de libertad gratuitas es el punto de partida, determinado por la impronta o componente liberal clásico del sistema Constitucional. Ahora, su límite o complemento viene, naturalmente de la vertiente social del Constitucionalismo, que en su aspiración de proveer a los sujetos lo necesario para llevar una vida digna, mira a las prestaciones que el Estado debe dispensar para la vigencia de los derechos fundamentales. El amparo penal, es decir, la protección mediante el instrumento de la pena y su engarce con la norma penal, concierne a una de tales prestaciones.

Nuestra propuesta en materia de abono heterogéneo rescata como única cortapisa de su admisión, en lo concerniente a la antigüedad relativa de la privación de libertad sufrida en proceso diverso a descontarse, la exigencia siguiente: su atribución como consecuencia. Tal atribución preserva lo que la categoría denominada culpabilidad y la norma penal como instrumento de tutela de bienes jurídicos requieren de la pena. Ambas aparecen constituidas en torno a la noción consecuencial de la sanción penal, que en cuanto tal no puede renunciar a la exigencia de merecimiento. Este último ha de fundarse en un juicio personalizado, que verse sobre la conducta del individuo concreto en la situación en que incumplió la respuesta activa u omisiva ajustada a Derecho. Una norma sin pena en todo o en parte, no orienta ni guía la conducta humana en todo o en parte, de manera que impide la formulación de predicados de exigibilidad, salvo aquellos que escapen al ámbito penal o derechamente se internen en el reproche moral.

Con la fractura del paradigma distributivo de males sociales que provee la solución universalizada de un conflicto de intereses recurriendo a la pena, se altera una política preventiva llevada adelante a través del Derecho penal y sus normas como herramientas comunicativas. Así, tolerar el abono sin la limitante que aquí sustentamos, introduce el riesgo de la impunidad sin siquiera dispensar a los coasociados advertencia sobre el delito en particular que sobrevendrá, ni de las modalidades comisivas que esta alcanzará, como acontecería

frente a una hipótesis de decaimiento en la protección de intereses fundamentales por abrogación de las prestaciones normativas que para su preservación proveía el ordenamiento, o de hipótesis de despenalización de ciertas modalidades comisivas para el ataque de algún bien jurídico determinado. Esta tolerancia comporta una plasmación extrema del paradigma clásico en materia de derechos fundamentales, que desconoce la imbricación social de estos.

La perspectiva de la reparación en sentido amplio, poniendo fin a una lesión de derechos fundamentales o como resarcimiento, entraña un propósito o fin que exige al Estado diversos cometidos prestacionales. Ahora, frente a la insuficiencia de tales cometidos positivos o de acción, llevar la pena criminal a un plano que le es enteramente ajeno con miras a compensar el déficit que pueda presentarse en el ámbito de la reparación en sentido amplio, expone al Derecho penal y a todo lo que este pretende dejar atrás en cuanto control de la violencia arbitraria frente al fenómeno criminal, en un escenario de desestabilización intenso. En sede penal, la reparación de privaciones de libertad carentes de fundamento, puede aparecer y resultar bienvenida por maximizadora de los intereses en juego, pero siempre como un rendimiento casual de la determinación de abonos, que en cuanto tal no modula el carácter mayor o menor de la pena como consecuencia. Entre nosotros tal cometido resulta, además, del todo preceptivo para el adjudicador, en la medida que los fines mencionados resultan de la actividad que regulan los artículos 26 del CP. y 348 del CPP-2006, pero cuando se cobijan al alero de la pena entendida como consecuencia. Fuera de tal exigencia, el abono no es el cauce. Tal es precisamente el sentido de la voz “deberá servir”, como indicativa del abono de procedente consideración, en los términos de la 1ª parte del inciso 2º de la última disposición citada.

Nuestra comprensión del abono heterogéneo impide la apertura a una suerte de abolicionismo total o parcial limitado a un conglomerado de sujetos injustamente privados de libertad en alguna época pretérita de sus vidas. Esta vía para evitarlo exige una postura subjetiva no disputada en el proceso, de haber actuado el sujeto activo sabiendo que su conducta, pese a ser antijurídica, no era punible. En la vinculación penal entre el justiciable y el Estado puede este reclamar que su indiferencia frente al Derecho por considerar que no arriesgaba pena a cumplir en todo o parte, sea demostrada.

La tensión que genera una opción a favor de la justicia correctiva en relación con la impunidad subsecuente, resulta cuestionable desde

el punto de vista de su constitucionalidad, inclusive en un examen abstracto. Al prescindir de la pena como consecuencia merecida en el nivel legal, y por tanto de su engrane en la operatividad de la norma penal, indiferenciadamente respecto de cualquier perturbación a bienes jurídicos y vías típicas de su afectación, las que quedan sin más en manos de un grupo de sujetos afectados por el persistente margen de error en el sistema penal, se abre la puerta a una seria dilución de las prestaciones que los derechos fundamentales que subyacen a ambas categorías reclaman del Estado⁹⁷. Quedan así expuestos a su infracción los deberes constitucionales de incriminación, y de tipificación moderados y extremos; junto a las prohibiciones de afectación y los deberes de protección impuestas en el texto constitucional⁹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE BARROS, Diego. *Procedimiento penal al día, explicaciones prácticas*, Santiago, Editorial Cedem Ltda., 1990.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BASCUÑÁN R, Antonio, “Derechos fundamentales y derecho penal” en: *Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas*, Tomo II, Lima, Ediciones Jurídicas de Santiago. 2007.
- CASABÓ RUIZ, José *et al. Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona, Editorial, 1972.
- DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso, Editorial Edeval, 1991.

⁹⁷ Sobre el discurso de los derechos fundamentales como derechos a prestaciones, entre las que se cuentan aquellas de carácter normativo y de ejecución de normas, *vid.* ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 194 y ss.

⁹⁸ Sobre la descripción de los deberes de incriminación, y de tipificación moderados y extremos en función de la mayor o menor amplitud de discreción del legislador, *vid.* BASCUÑÁN R, Antonio. “Derechos fundamentales y derecho penal”. *En*: AA.VV. *Los Derechos fundamentales*. Buenos Aires, Ediciones del puerto, 2003, pp. 329 y ss. Sobre las prohibiciones de afectación y los deberes de protección de origen constitucional, *vid.* ALEXY. *Teoría de los Derechos...* pp. 446 y 447.

- FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Murcia, Editorial Sucesores de Nogués, 1947.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Santiago, Editorial LegalPublishing, 2008.
- HASSEMER, Winfried y LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en derecho penal*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Abono de prisión preventiva en causa diversa (en línea) en: *Departamento de estudios, Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública*, Santiago (2009) [citado el 8 de septiembre de 2013] <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4185-2.pdf>
- HORWITZ L., María Inés, y LÓPEZ M., Julián, *Derecho procesal penal chileno* Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en: *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- JAKOBS, Günter, *La pena estatal alcance y finalidad*, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2004.
- KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución” en: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Lima, Ara Editores, 2009.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “La pena como retribución” en: *Revista de Estudios Públicos, CEP*. N° 108, 2007.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Presupuestos de la responsabilidad jurídica” en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 53, 2000.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Aproximación a la unificación de penas” en: *Política Criminal*, vol. 7, N° 14, diciembre 2012.
- OMEÑACA GARCÍA, Jesús, *Contabilidad General*, 11ª edición, Barcelona, Editorial Deusto, 2008.
- ORTEGO GIL, P. *La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII)*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. LIV, 2001.
- PAILLAS PEÑA, Enrique, *Derecho Procesal Penal*, 1ª edición, volumen II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo. *Curso de Derecho Procesal*. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1993.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Editorial Akal, 2005.

SANZ MULAS, Nieves, “Sistema de sanciones en España y en Chile. Alternativas a la prisión”, en su: *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Madrid, Editorial Colex, 2000.

ZAMBRANA MORAL, Patricia, “Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales” en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 27, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional Regulación infraconstitucional y jurisprudencia” en: *Estudios constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, N° 2, 2008.