El abono del tiempo sufrido en detención, prisión preventiva o privación de libertad del artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal, impuesto en una causa diversa

Constanza Cadin Flores

I. INTRODUCCIÓN

En materia penal y procesal penal, la expresión «abono» es utilizada para aludir a una de las disposiciones que debe tener la sentencia definitiva que fija la pena temporal. Para estos efectos, el término «abonar» según la RAE significa computar en favor de alguien el tiempo que ha pasado en una determinada situación[1]. Esto, traducido a la materia que convoca el presente trabajo, se refiere al descuento en la determinación de la pena equivalente a los días sufridos bajo alguna medida cautelar. En Chile, la figura del abono está contemplada expresamente en los artículos 413 y 348 del Código Procesal Penal chileno (en delante CPP), los cuales distinguen las privaciones de libertad susceptibles de ser abonadas. Estas son, en caso detención, prisión preventiva y la medida cautelar de arresto domiciliario parcial o total.

A pesar de que el término abono se encuentra expresamente mencionado en las normas anteriores, esta figura fue reconocida y aplicada incluso antes de su consagración. Esto sucedió porque, eventualmente, los órganos aplicadores de la pena consideraron proporcional y lógico descontar el tiempo pasado en encierro material a la sentencia condenatoria del mismo proceso. En concreto, esto ocurrió debido a que las medidas cautelares más restrictivas de la libertad ambulatoria presentan efectos similares a la pena de prisión para la persona, y es una situación apreciable a simple vista. En la actualidad, este tipo de abono es denominado doctrinalmente como «homogéneo» o «propio».

Superada la admisión del abono homogéneo en la legislación nacional, surge la problemática que estructura el presente trabajo. Esta se cuestiona si es posible o no hacer uso del abono en una condena de causa diversa a aquella que dio lugar a la medida cautelar, es decir, con diferentes hechos delictivos y líneas procesales. Ejemplificando esta situación, una persona

[1] https://dle.rae.es/?id=08K8Rrm|08LLnU2 revisado por última vez en fecha 14/07/2020.

podría quedar bajo prisión preventiva por el delito de homicidio, pero luego puede ser dejada en libertad acreditando en juicio que es inocente. La prisión preventiva sufrida por la persona es notoriamente indebida y, a modo de reparación, se propone que el tiempo sufrido bajo esta cautelar le sea abonado en una posterior condena por un delito diferente, en caso de ocurrir. Este tipo de abono es conocido por la doctrina como «heterogéneo» o «impropio», y opera en caso de absolución, sobreseimiento definitivo, y por pena cumplida en exceso por la misma cautelar.

Ahora bien, ahondando aún más en el supuesto de abono en causa diversa, es correcto afirmar que la figura también puede operar de forma posterior al hecho por el que se impone la condena. Para ilustrar esta situación, una persona puede cometer el delito de aborto, y mientras este hecho se encuentra en la etapa de cumplimiento procesal, la misma persona es imputada por el delito de homicidio. Por este último hecho la persona sufre prisión preventiva, sin embargo, es absuelta antes de que se dicte sentencia condenatoria por el primer hecho de aborto. Así, es del todo razonable que la indebida privación de libertad sufrida por el delito de homicidio sea compensada en la condena por el delito de aborto, el cual efectivamente se comprueba.

La figura de abono impropio está lejos de ser un tema sin complejidades, y por eso su estudio requiere considerarlo desde sus raíces en la normativa nacional. Como ya se indicó, su inicio fue incluso anterior a su consagración explicita, por esta razón también es necesario hacer una revisión de la jurisprudencia nacional la cual dio forma a la misma figura. A modo de dialogo, la jurisprudencia se encuentra en constante retroalimentación con la doctrina, instancia que también será revisada en este trabajo. Finalmente, se debe señalar que no solo será examinada la doctrinal nacional, sino también la extranjera, ya que siempre es esclarecedor contar con herramientas que han servido para solucionar una circunstancia similar en otra realidad social[2].

[2] ATIENZA, 2001, pp. 251-262. El autor desarrolla una caracterización de la ciencia o dogmática jurídica, en cuanto a su objeto, método y funciones. Tal análisis da cuenta de cómo la dogmática jurídica se diferencia de otros saberes jurídicos, y también permite explicar por qué se denomina ciencia a la referida actividad.

A grandes rasgos, de todo este análisis podrá verificarse que la única solución que ofrece la legislación vigente es la admisión del abono impropio sin ninguna limitación, debido a que la normativa no distingue entre tipos de abono. Además, la doctrina nacional demostrará la oportunidad de aplicar el abono heterogéneo ocurrido con anterioridad al hecho de la condena, y también luego de esta. La jurisprudencia nacional junto con la historia de la institución, demostrarán que el abono tiene un marcado desarrollo local, creando caso a caso una situación que el legislador termina materializando en el texto legal. Por su parte, la comparación con el derecho extranjero proporcionará las soluciones tomadas por cada país, siempre teniendo en cuenta que cada respuesta obedece a principios propios de cada legislación.

Fuera de todo el análisis técnico que se puede realizar en base a la normativa, no hay que perder de vista que la figura del abono aparece porque es la solución más adecuada a un problema social concreto. Las razones de lógica y proporcionalidad que tuvieron en mente los primeros jueces para aplicar el abono sin regulación expresa, esconden en el fondo la afectación de los derechos fundamentales de los individuos. Una forma compensar a las personas que sufren un privación de libertad indebida, con efectos patentemente similares a la pena de prisión, es el abono de la forma más amplia. Por esto, cualquier otra interpretación de la figura que la restrinja no será coherente con los principios que guían la unidad penal y procesal penal.

Expresión de la urgencia de solución son las altas cifras de casos de privaciones de libertad erróneas, y la misma creación del Proyecto Inocentes por la Defensoría Penal Pública del país. Según estadísticas de esta institución, entre enero y diciembre del año 2018, 661 personas estuvieron en prisión preventiva o internación provisoria por más de seis meses antes de ser absueltas o sobreseídas[3]. Según la psicóloga Carolina Villagra lo que se presenta con frecuencia en estas situaciones son cuadros ansiosos, depresivos y mucha ideación suicida. Además, indica que en los casos de personas que son inocentes, junto con toda la experiencia de la privación de libertad, se suma una mucho más fuerte, que es la sensación

[3] Disponible en http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/7c01bb847dc611dbebec499ca8d6e179.pdf

de injusticia[4]. Teniendo en cuenta esta información, parece evidente que la figura de abono impropio tiene que ser considerada como un medio de reparación, dentro de los muchos otros que necesita la legislación nacional en la materia.

II. DERECHO NACIONAL

1. *Normativa*

Para llevar de forma adecuada el desarrollo de la problemática expuesta, es necesario redirigirse a toda la normativa nacional vigente que pueda tener implicancia para determinar si procede o no el abono heterogéneo. El primer cuerpo normativo pertinente es el Código Penal (en adelante CP), el cual en su artículo 20 señala que no pueden considerarse penas las privaciones de libertad que no correspondan propiamente tal a penas de prisión, como lo son la detención y las medidas cautelares personales. Por su parte, el artículo 26 del mismo cuerpo legal establece que la duración de las penas temporales comienza a contarse desde el día de la aprehensión o captura del imputado. Como se verá, esta última norma es el primer fundamento para la existencia del abono impropio en el ordenamiento jurídico chileno, ya que no indica si dicha aprehensión debe darse o no en el marco de la misma causa en la que se imponga la pena.

Luego, se encuentran los ya mencionados artículos 413 y 348 del CPP los cuales consagran expresamente la figura del abono[5]. Estas normas establecen que el abono operará respecto del tiempo sufrido en detención, prisión preventiva o en arresto domiciliario (total o parcial). Además, el artículo 348 detalla la forma de computar el tiempo abonado en las cautelares, evitando dejar tal ejercicio en manos del juez. En este punto, también resulta necesario hacer referencia al 164 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT), ya que esta norma es considerada relevante en materia de abono impropio por los tribunales nacionales. No

[4] Artículo de periódico online The Clinic, disponible en https://www.theclinic.cl/2019/06/13/prision-preventiva-indiscriminada-en-chile-inocentes-encarcelados/

[5] El artículo 348 del CPP está consagrado para el procedimiento ordinario y contempla las tres medidas cautelares del título de este trabajo. Por su parte, el artículo 413 del CPP está contemplado acerca del procedimiento abreviado y solo expresa la detención y prisión preventiva. No obstante, a esta última norma se le pueden aplicar las reglas del procedimiento ordinario con carácter supletorio vía artículo 415 del CPP.

obstante, se demostrará en el desarrollo de este trabajo, que el artículo 164 regula algo completamente diferente al abono, conocido en la actualidad como «unificación de penas».

Por último, hay que tener presente algunas nomas que presentan cierta conexión con la regulación del abono, y que serán de utilidad para entenderlo a cabalidad. En primer lugar, el artículo 19 número 7 letra i) de la Constitución (en adelante CPR) y, por aplicación del artículo 5 inciso segundo de la misma, el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y el artículo 9 número 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), todas reglas que consagran el derecho que tiene toda persona a ser indemnizada cuando ha sido erróneamente condenada. En segundo lugar, el principio de legalidad contemplado en el artículo 18 del CP y en el artículo 5 del CPP. En tercer lugar, el principio de dignidad de la persona humana reconocido en el artículo 1 de la CPR y el artículo 11 número 1 de la CADH. Finalmente, el artículo 19 Nº 3 inciso sexto de la CPR, el artículo 4 del CPP, y el artículo 8º numeral 2º de la CADH, relativos al principio de presunción de inocencia.

2. *Doctrina*

El siguiente apartado dará cuenta del carácter híbrido de la dogmática, en cuanto ciencia y técnica. Así, no solo se presentarán razones para admitir la aplicación del abono heterogéneo, sino también para resolver la grave afectación a los derechos fundamentales de las personas que requieren su aplicación[6]. El fenómeno del abono impropio tiene diversas recepciones en la doctrina nacional, no constituyéndose ninguna mayoría. De este modo, están quienes aceptan su admisión de forma completamente amplia, otros que lo aceptan con ciertas limitaciones y, finalmente, están aquellos rechazan tajantemente su incorporación en el derecho vigente.

[6] CALSAMIGLIA, 1986, pp. 76, 83 y 87. El autor alude al carácter híbrido de la dogmática jurídica como una de las conclusiones de su trabajo, el cual está dirigido a desafiar aquella idea que considera que el dogma y la ciencia son irreconciliables. Así, estima que la dogmática jurídica tiene aspectos cognoscitivos y prácticos, ya que no solo intenta persuadir a sus destinatarios de la coherencia del análisis, sino también de su oportunidad para resolver conflictos sociales.

Uno de los primeros autores chilenos en realizar un estudio íntegro del abono es Héctor Hernández, quien estima que la figura del abono heterogéneo tiene consagración expresa en los artículos 26 del CP y 348 del CPP. Este autor se posiciona al favor del abono impropio en su forma más amplia, ya que considera que la literalidad de las normas no solo permite admitir el abono heterogéneo, sino además admitirlo sin ninguna limitación. Para Basualto lo que se discute no es cuál sería el mejor sistema de abono, sino cuál es la solución que entrega el derecho vigente. En consecuencia, imponer cualquier límite no previsto por la ley vulneraría la prohibición del artículo 80 del CP y el mandato de interpretación restrictiva (y prohibición de analogía) del artículo 5 inciso 2 del CPP[7].

En una esquina doctrinal diferente, José Luis Guzmán afirma que, a pesar de estar a favor de la existencia del abono impropio en el ordenamiento jurídico nacional, este requeriría de cierta limitación para ser aplicado. Según el autor, el abono heterogéneo debe aplicarse siempre y cuando el tiempo de privación de libertad haya sucedido con posterioridad al hecho por el que se impone la condena. Este límite es conocido en derecho comparado como la creación del «crédito penal», y hace referencia a que la persona se vea incentivada a delinquir por los días de libertad que quedan a su favor. Para Guzmán, esta postura restrictiva se presenta como la más apropiada para el buen funcionamiento del sistema penal y procesal penal chileno[8].

Siguiendo esta línea, Rodrigo Carvajal desafía el argumento de creación de un «crédito penal» propuesto por Guzmán. Según el autor, las características y fines propios de la pena serían incompatibles con la resolución mental de delinquir de la persona. En este sentido, la pena, como elemento desarrollado en la teoría del delito, estaría siempre ligada al principio de proporcionalidad en cuanto a la intensidad del injusto, y al principio de culpabilidad según merecimiento. Por esto, según Carvajal, no competería tener en cuenta la supuesta resolución mental del imputado para delinquir al momento de la determinación de la pena, ya que ello implicaría situar a la pena en un contexto que le es del todo ajeno[9].

[7] HERNÁNDEZ, 2009, pp. 109-120.
[8] GUZMÁN, 2008, pp. 303-313.
[9] CARVAJAL, 2014, pp. 13-66.

A modo de dialogo, Hernán Ferrera estima que la limitación temporal es lo más adecuado para la aplicación del abono en causa diversa, ya que la creación de un «crédito penal» podría cercenar a la norma de su estrategia comunicacional. Es decir, según este autor, se crearía un mensaje contrario al fin preventivo perseguido no solo por la norma penal, sino que por el derecho penal en general. Aquella persona que resuelve delinquir teniendo en mente que cuenta con una menor penalidad o, incluso, con una impunidad, es expresión de cómo la procedencia del abono impropio dejaría vacío de contenido al tipo penal y a la misma pena. Ferrera señala que la Corte Suprema (en adelante CS) ha resuelto el problema del «crédito penal» con la aplicación del artículo 164 del COT y que, en todo caso, sería una solución correcta[10].

Al respecto, Guillermo Oliver dedica todo su trabajo doctrinal en analizar el actual artículo 164 del COT conocido en la actualidad con el nombre de «unificación de penas». Según el autor, para aplicar el abono impropio los tribunales nacionales han utilizado el artículo 164 en su sentido más restrictivo, este es, exigir que las causas se hayan sustanciado simultáneamente en el tiempo, al menos en parte. Siguiendo la reglamentación vigente, las causas se pueden acumular solo en dos circunstancias, mientras las dos investigaciones se mantengan abiertas (artículo 185 del CPP), o únicamente en la audiencia del juicio oral (artículo 274 del CPP). Para Oliver, creer que el artículo 164 contiene la figura de abono impropio, conduce al absurdo de estimar que el nuevo sistema procesal penal permite la imposición de penas de forma más desproporcionada que el antiguo procedimiento inquisitivo. Esto, porque en el Código de Procedimiento Penal de 1906 (en adelante CdPP 1906) eran mucho más flexibles las instancias para acumular procedimientos[11].

Finalmente**,** Jaime Salas forma parte de aquella doctrina que rechaza concluyentemente el abono en causa diversa. El autor afirma que tal abono no tiene fundamento legal en los artículos 26 CP y 348 CPP, los cuales solo distinguen el abono homogéneo. Para Salas es patente la diferencia que existe entre pena y cualquier otra privación de libertad, por ello señala que el carácter retrospectivo de la pena es incompatible con el carácter prospectivo de

[10] FERRERA, 2018, pp. 9-21.
[11] OLIVER, 2012, pp. 248-254.

la prisión preventiva (como privación de libertad). La cautelar mira hacia el futuro, en base al supuesto peligro de que el imputado dificulte o anule la posibilidad de esclarecimiento de los hechos y, por su parte, la pena mira hacia el pasado, estableciendo una reacción punitiva al ya materializado quebrantamiento de la norma penal.

A partir de lo anterior, Salas concluye que sus razones no suponen que una errónea privación de libertad exonere de responsabilidad al Estado. Sostener aquello significaría desconocer un daño patrimonial y personal enorme para la persona, debido a que se vería obligado a soportar el gravamen pese a ser inocente. Para el autor, la respuesta al problema del abono heterogéneo estaría en la acción civil indemnizatoria por error judicial, la que tiene cabida constitucional en el artículo 19 N°7 letra i) de la CPR, e internacional en el artículo 9 número 5 del PIDCyP y el artículo 10 de la CADH. Agrega, que esta solución es concordante con la jurisprudencia de la CS, que ya ha resuelto casos de privaciones de libertad indebidas en el marco del error judicial[12].

3. *Jurisprudencia*

Como ya se mencionaba a propósito del trabajo doctrinal de Ferrera y Oliver, las sentencias de la CS (en adelante SCS) están por admitir la aplicación del abono heterogéneo. No obstante, el desarrollo jurisprudencial a la largo del tiempo presenta argumentaciones disímiles para la admisión de este tipo de abono. En una primera tendencia, entre los años 2006 y 2009, las SCS admiten el abono impropio en base a la no distinción sobre tipos de abono del artículo 348 del CPP. Luego, desde el año 2009 en adelante la tendencia en los fallos de la Corte es admitir la aplicación del abono impropio en base a lo dispuesto por el artículo 164 del CPP.

De este modo, el primer grupo de fallos de la CS sigue lo sostenido por Basualto, y las conclusiones que intenta arribar este trabajo doctrinal. De la lectura de estas sentencias se puede concluir que el abono heterogéneo es consagrado implícitamente por el artículo 348 del CPP y, gracias a su terminología amplia, es posible aplicarlo sin limitación alguna. No

[12] SALAS, 2017, p. 26-37.

obstante, es importante mencionar que la CS igualmente alude en estos fallos al criterio acumulación de causas del artículo 164 del CPP, pero solo como un argumento auxiliar[13]. Por el contrario, en las sentencias del año 2009 en adelante, el tribunal utiliza como argumento principal el artículo 164 del CPP, exigiendo que las causas diversas se hayan tramitado de forma paralela, al menos en parte[14].

Luego, en el año 2013 aparece una sentencia que regresa al argumento inicial de la CS, o sea, al carácter auxiliar de una posible tramitación paralela de las causas. De esta forma, el fallo de 15 de enero de 2013 afirma que para resolver el conflicto que deriva de la no distinción del artículo 348 del CPP, se debe tener en cuenta que el caso se rige por reglamentación del nuevo CPP. Este nuevo sistema se diferencia del anterior, ya que maximiza las garantías de los actores involucrados en el proceso, manteniendo plena vigencia el principio *in dubio pro reo* en cuanto a la interpretación de la ley (considerando 5° y 6°). En síntesis, el fallo expresa que no cabe distinguir entre abono propio e impropio, ya que de la interpretación de la norma se entiende a ambos[15].

Por su parte, la Corte de Apelaciones (en adelante CA) exhibe fallos que son diversos, pero existe una mayoría asentada que admite la aplicación del abono heterogéneo. Se puede apreciar, que entre los años 2006 y 2009 toman como criterio la posible tramitación conjunta de las causas diversas[16]. Luego, a partir del año 2009 se encuadran aquellos fallos que están por admitir el abono impropio en base a la no distinción del artículo 348 del CPP [17]. La conducta análoga a la CS que sigue la CA responde a la predisposición que tienen las instancias inferiores a lo fallado por la máxima instancia judicial. A pesar de no encontrarnos en una sistema de precedentes, todo indica que seguir a la autoridad puede provocar un desvió

[13] Sentencias Corte Suprema, 11.10.2006, rol 5156-2006; 6.12.2006, rol 6212-2006; y 19.11.2008, rol 6945-2008.
[14] Sentencias Corte Suprema, 27.8.2009, rol 5798-2009; 5.4.2010, rol 2221-2010; 5.12.2011, rol 11.620-2011; y 7.6.2011, rol 2409-2009. En esta última sentencia, el voto de minoría sustenta su argumentación de forma similar a la seguida en la primera corriente.
[15] Sentencia Corte Suprema, 15.1.2013, rol 312-2013.
[16] Sentencias Corte de Apelaciones, Rancagua rol 547-2006, Santiago rol 1623-2007, Valparaíso rol 276-2009.
[17] Sentencias Corte de Apelaciones, Concepción rol 510-2008, Concepción rol 343-2010, Santiago rol 1876-2010. Esta última sentencia es excepcional, ya que reconoce un abono heterogéneo procedente de una causa con una antigüedad superior a 10 años, en la que el imputado resulta absuelto.

en la decisión que, consideradas las circunstancias especiales del caso, puede no ser la mejor[18].

Por último, es preciso referirse a la sentencia de 22 de agosto de 2002 sobre error judicial, para esclarecer aquello planteado por Salas como el medio más idóneo para solucionar el problema que supone el abono heterogéneo. En este fallo ante la CS, se solicita una declaración de error judicial por una persona absuelta en segunda instancia, relativo a una acusación en la cual la persona resultaba autora de parricidio por omisión. Así, por la argumentación redactada por el profesor Enrique Cury, se demuestra que la indemnización por parte del Estado solo es posible si se trata de una decisión injustificadamente errónea o arbitraria. En sus palabras, una decisión es injustificada cuando los argumentos utilizados no son convincentes o racionales, agregando un criterio amplio al referirse a aquellas razones contrarias a la lógica, experiencia o conocimientos más difundidos sobre la materia[19].

4. *Recapitulación*

Ahora bien, luego del recorrido realizado por diferentes posturas respecto a la procedencia o no del abono heterogéneo, es preciso sostener que este tipo de abono debe ser aceptado y sin limitaciones. Los artículos 413 y 348 del CPP reconocen el abono impropio de forma implícita, ya que utilizan el término «abono» a secas, por ello, debe entenderse que el legislador quiso contemplar todo tipo de abono sin ninguna restricción. Si la norma no distingue, una postura apegada al principio de legalidad no debería estimar que solo cabe el abono homogéneo, más aún si se trata de una distinción que opera en contra del reo. Como se logra entrever, también se infringiría el principio rector en la materia, *in dubio pro reo*.

En este sentido, aunque el argumento de la creación de un «crédito penal» es viable, ello no tiene relevancia en la práctica. Tener en cuenta la resolución delictiva al momento de

[18] SCHAUER, 2013, pp. 22-24. El autor considera que aquello que crea lo que denominamos «razonamiento y argumentación jurídica» es la especial forma contraintuitiva de guiar una decisión. Esta se orienta en base a cosas como la autoridad o los precedentes, lo cual conduce a un resultado que puede que no sea el mejor para el caso concreto, pero si el más acertado para una mayoría de casos.
[19] Sentencia Corte Suprema, 2.12.2002, rol 4576-2002.

determinar si procede o no el abono heterogéneo en la determinación de la pena, no es propio del ámbito penal y procesal penal, unidad que solo debe tener en cuenta los principios y reglas concernientes a la materia. Por otro lado, materializando la situación en el caso concreto, el hecho de que se presente para una persona el abono de una futura condena, no parece motivación suficiente para que esta vuelva a delinquir. Es decir, sería excesivo atribuir a los efectos sociológicos del abono impropio, la creación de un incentivo para delinquir sobre una persona que resulta ser inocente.

Respecto de la procedencia del error judicial como el medio correcto para la reparación de la persona que sufre una indebida privación de libertad, parece acertado como medio, pero no como el más adecuado. La reparación de la errónea privación de libertad es más coherente si tiene lugar en un momento procesal penal de la misma naturaleza, esto es, en la imposición una condena anterior o posterior. Además, como se pudo comprobar en el apartado de jurisprudencia, la figura de error judicial en la mayoría de los casos no se materializará, ya que tiene que tratarse de un error que haya sido injustificado. Teniendo en cuenta que para decretar una medida cautelar se requieren una serie de exigencias legales del todo razonables, muy rara vez una sentencia podrá ser declarada injustificadamente errónea.

Por último, se deben tener en cuenta las garantías que guían la unidad penal y procesal penal, las cuales legitiman y a la vez limitan el *ius puniendi* estatal. Estas deben estar presentes tanto a nivel de creación de la norma penal como a nivel de su aplicación, y por eso los órganos aplicadores de la pena deben siempre respetar y promover los derechos fundamentales de los imputados[20]. En el caso del abono impropio, aunque se trate de una privación de libertad formalmente justificada, la persona igualmente sufrirá una vulneración a sus derechos fundamentales. Fuera de ahondar en una discusión sobre la legitimidad de la prisión preventiva, resulta claro que infringe la garantía de presunción de inocencia como regla de trato, ya que toma medidas que pueden llegan a confundir los roles de imputado y culpable. En algunos casos, puede llegar incluso a quebrantar la dignidad humana de la persona, al instrumentalizarla para conseguir determinados fines probatorios.

[20] BUSTOS Y HORMAZÁBAL, 2012, p. 125.

III. DEVENIR HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN DEL ABONO

En Chile, la institución del abono tiene sus raíces en el año 1874 con la dictación del Código Penal, específicamente, en el artículo 26[21]. Esta norma es conocida por establecer los límites de las penas privativas de libertad, ya que plantea que la pena debe considerar toda privación de libertad al momento de computarse. A pesar de que la literalidad del artículo 26 no ofrece otro mecanismo para aplicar el abono, es evidente que la norma apunta a la admisibilidad de este[22]. Expresión de aquello es el comentario de la norma realizado en el año 1883 por Robustiano Vera, quien consideraba lógico y natural que la prisión preventiva sirviera de abono para la condena de un mismo proceso[23]. La jurisprudencia también corrobora lo anterior, ya que bajo la vigencia de la norma se falló a favor del abono a la condena todo el tiempo que el condenado gozó de libertad, pero bajo la sujeción policial[24].

Luego, la entrada en vigor del CdPP 1906 vino a consagrar de forma explícita la figura del abono, ratificando lo que la doctrina y jurisprudencia ya habían vislumbrado en el artículo 26. Particularmente, el artículo 531 del CdPP 1906, que luego terminaría siendo el 503, dispuso que tanto la detención como la prisión preventiva debían servir de abono para quienes hubieran salido en libertad durante la instrucción del proceso. La terminología usada por el artículo sugería que el abono procedía si se trataba de la misma causa, ya que solo aludía a privaciones de libertad ocurridas en la etapa de investigación de un mismo proceso. Por esto, se generó la convicción de que el abono solo era admisible si tenía carácter homogéneo, lo que fue exigido por tribunales durante la vigencia de la norma.

---

[21] COING, 1982, p. 249. El autor afirma que la realización de una consideración histórica de una norma o categoría jurídica puede llevar a la revisión de largos periodos, y también puede que posean antecedentes muy recientes. Así, por cercana que parezca la fecha de origen de la figura del abono, es pertinente que nazca con el primer Código Penal, dado que en cualquier ordenamiento jurídico este debería contener los presupuestos para el cómputo de una pena.

[22] El artículo 26 formaba parte de un proyecto presentado por el comisionado Ramón Renjifo Cárdenas, el cual fue aprobado el 15 de junio de 1873. Es relevante destacar que en la sesión 169 se reemplazó, por razones técnicas, la voz «prisión» por «aprehensión» finalmente aprobada, lo que consta en página 306 de las actas de la comisión redactora del Código Penal.

[23] VERA, 1883, pp. 179.

[24] Sentencia Corte de Concepción, Gaceta de los tribunales 1884, N° 152, p.100, se trataba del caso de un condenado que fue liberado bajo fianza para los efectos del tratamiento médico de una enfermedad contagiosa.

A partir de la confusión lingüística que generó el artículo 503 (531) en los fallos de los tribunales de la época, el legislador vino a zanjar la disputa con la introducción de un nuevo inciso segundo a la norma. Este inciso fue agregado por la Ley 18.857 de 6 de diciembre de 1989, y no dejó dudas sobre la admisión del abono en causa diversa en el ordenamiento jurídico nacional[25]. Sin embargo, junto con ello agregó una limitación antes no considerada, esta es, permitir el abono de causas diversas siempre y cuando se cumpliera con el requisito de acumulación del artículo 160 del COT. En otras palabras, esta modificación legislativa es el origen de la errónea vinculación entre la figura del abono con la regla sobre acumulación de procesos, hoy denominada unificación de penas.

Los tribunales nacionales permanecieron un largo periodo exigiendo el requisito de acumulación que les ordenaba el referido inciso del artículo 503, el cual llega a su fin con la reforma procesal penal del año 2000. Con esta modificación legal se vuelve a los orígenes de la regulación del abono, debido a que nuevamente se plantea en términos amplios y sin ninguna limitación especial en el artículo 348 del CPP. Por su parte, el artículo 160 del COT es reemplazado por el actual 164 para adaptar su estructura a los principios del nuevo proceso penal, y de ahí en adelante seguir una línea normativa completamente diferente del abono. Con esto, pareciera ser que el legislador rectifica su error y separa dos instituciones que, a pesar de tener cierta conexión, versan sobre cosas distintas[26].

Es oportuno recalcar el impacto que tuvo la reforma procesal penal en la regulación normativa no solo del abono, sino también de las cautelares sujetas a él. Esta reforma marcó el cambio de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, lo que se tradujo en una preponderancia de garantías fundamentales como, por ejemplo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a la prueba y, en general, el debido proceso. Las medidas cautelares deben conjugarse con estas garantías, las cuales permiten reconocer al imputado como sujeto de derechos. Conforme a esto, se debe asegurar al imputado el goce de todos sus derechos al momento de aplicar las cautelares, con mayor razón si se trata de mecanismos que tienden a

[25] Disponible en http://bcn.cl/1wbpk
[26] Boletín N° 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.

limitar los mismos. Pues bien, la institución del abono es justamente un derecho que posee la persona que ha sufrido una privación de libertad que no ha terminado en una condena[27].

En la actualidad, la figura del abono está consagrada de forma expresa en el artículo 413 del CPP sobre procedimiento abreviado, en el artículo 26 de la Ley 18.216 acerca de la revocación de penas sustitutivas, y en el artículo 348 del CPP que convoca el presente trabajo. Es preciso mencionar que el artículo 348 fue redactado usando como fuentes el antiguo artículo 503 del CPP 1906, y el artículo 326 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica[28]. Esta última fuente regula la unificación de penas, pero en lo relativo al abono no aporta nada sustancial, ya que solo exige la mención expresa de la fecha en que finaliza la condena sin contemplar el abono en el cómputo de esta. Hasta el momento, la norma ha sido modificada solo una vez por la Ley 20.074 en el año 2005, la cual introdujo la cautelar de la letra a) del artículo 155 del CPP para ser objeto de abono, y estableció la forma de cómputo que hoy ostenta[29].

1. *Recapitulación*

En primer lugar, es necesario reparar en que la anterior reconstrucción histórica denota la relevancia que tuvo la experiencia resultante de la aplicación de un derecho dado. Es decir, solo a partir de los conflictos sociales que derivaron de la puesta en práctica de un sistema penal, es que se pudo observar la laguna normativa que existía en materia de abono. De esta forma, el primer Código Penal vigente en Chile no poseía una norma que utilizara la voz «abono» o algún término similar, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia solo podían recurrir al artículo 26. A partir de esta regla se evidencia un desarrollo marcadamente

[27] COING, 1982, p. 255. Una de la conclusiones del autor sobre la importancia de la historia del derecho para la dogmática jurídica, es que la consideración histórica no solo esclarece cuál era el problema de orden que se había planteado antes, sino también nos muestra los puntos de vista éticos sobre los que se basó la solución. En este punto, puede plantearse que la institución del abono recibe directa influencia de la reforma procesal penal del año 2000, lo cual explica su regulación en términos amplios y sin ninguna restricción.
[28] Boletín N° 1630-07-1, p. 272.
[29] Boletín Nº 3465-07, disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5562/ pp. 678-679.

local de la figura del abono, alejado de modelos extranjeros y en una construcción dependiente de las necesidades de la sociedad[30].

En segundo lugar, la anterior reconstrucción normativa esclarece la conexión entre el artículo 26 del CP aún vigente, y el artículo 348 del CPP. A pesar de la gran distancia entre sus fechas de dictación, la similitud de las normas es evidente, ya que ambas plantean el abono en términos generales, sin establecer límites o mecanismos para su aplicación. Esta amplitud es la que ha generado confusión al momento de su aplicación por parte de los tribunales, pero también es la que permite la inclusión del abono impropio sin ninguna limitante. Se llega a esta conclusión al considerar la normativa dentro de un sistema jurídico, el cual está guiado por principios que proponen la privación de libertad como último recurso sancionatorio.

En tercer lugar, el desarrollo histórico de la regulación del abono entrega herramientas para comprender por qué la jurisprudencia nacional ha tomado tal rumbo. La primera vez que el legislador considera consagrar el término «abono» lo hace a través del artículo 503 del CdPP 1906, el cual termina por estipular el requisito de acumulación de causas para la admisión del abono. A pesar de estar erradicada en la actualidad, es claro que los tribunales siguen aplicando tal exigencia en sus fallos, muchas veces, invocando el artículo 164 del COT. Es comprensible esta situación porque, por un lado, los jueces no tienen mecanismos precisos para la aplicación del abono y, por otro, durante un largo periodo la ley exigió un requisito propio de otra institución.

Por último, debe atenderse a la maximización de garantías que comporta la reforma procesal penal del año 2000, la cual propone una nueva relación entre el individuo y el Estado, junto con la incidencia de la presunción de inocencia en la aplicación de las cautelares. Con la llegada de esta reforma, el legislador contempla de forma explícita una regla dirigida al abono, distinguiéndola de la llamada unificación de causas, y erradicando con ello la

[30] COING, 1982, pp. 246-254. El autor señala que la forma de vigencia del derecho requiere cumplir con la finalidad de ordenación de la paz social, y para ello debe ser efectivo en el sentido de intentar superar la tensión entre el deber ser y la realidad. La vigencia del derecho va a depender del constante dialogo que existe entre este y su aplicación práctica, por lo tanto, la jurisprudencia y la doctrina cumplen un papel esencial en la institución del abono o cualquier otra categoría jurídica. Por esto, según el autor, el derecho será aquello que recoge el resultado de las experiencias sociales.

exigencia de la acumulación. Sin embargo, al dejar atrás este requisito, el legislador se abstuvo de especificar algún otro parámetro para admitir el abono, quedando en la espera de una futura complementación normativa. Teniendo en cuenta que es una institución aún en construcción, es indudable que su desarrollo debe guiarse por los principios y fines que propuso la reforma que le dio lugar.

IV. DERECHO COMPARADO

El estudio del derecho comparado presenta un carácter instrumental respecto del estudio de determinadas áreas del ordenamiento jurídico, por esto, resulta oportuno realizar un análisis microcomparativo respecto de la institución del abono. De este modo, podrán ponerse en evidencia las semejanzas y diferencias entre los países, para llegar, a lo menos, a una solución lo más racional posible. Debido a que el desarrollo tanto jurisprudencial como doctrinal del abono es muy escaso en comparación con otras áreas, el mayor desarrollo de tal institución lo presentan países europeos. Por este motivo, el primer país por analizar será Alemania, el cual se encuadra dentro de la tendencia restrictiva en materia de abono[31].

Alemania regula el abono de privaciones de libertad de forma obligatoria, y siempre que se trate de una medida cautelar sufrida con ocasión del hecho que es o ha sido objeto del procedimiento que se pretende abonar. En estos términos, se consagra expresamente la exigencia de unidad procesal en el artículo 51.1 del Código Penal (§51 I StGB), lo que impediría que se descuente la privación de libertad decretada en una causa diversa. Esta norma también presenta un límite concreto para la aplicación del abono homogéneo, el cual exige que la conducta posterior al delito por parte del condenado no vaya dirigida a dilatar el proceso. Además, es necesario agregar que el ordenamiento jurídico alemán admite el abono de cualquier privación de libertad, dejando en manos del juez la decisión.

[31] PIZZORUSSO, 1987, pp. 83, 89-92. En el desarrollo del texto, el autor distingue la macrocomparación de la microcomparación, en el sentido de que la primera intenta identificar líneas de tendencias en sistemas nacionales, y la segunda presenta un análisis limitado a instituciones jurídicas particulares. Pizzorusso se centra en entregar elementos para una macrocomparación, y para ello presenta como presupuesto diversas clasificaciones de los sistemas jurídicos o familias de derecho. Así, es pertinente utilizar aquellas para los efectos del presente trabajo, ya que servirá para entregar una solución más coherente si se recurre a países de la misma familia jurídica. Ejemplo de esto es que Alemania se encuentra dentro de la misma familia jurídica que Chile, particularmente, el *civil law* en la clasificación realizada por el autor francés René David.

A pesar de que la norma es bastante restrictiva, la tendencia jurisprudencial alemana está guiada a ampliar al máximo el sentido de la exigencia de unidad procesal. Expresión de aquello es la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia (BGHSt) de fecha 26 de junio de 1997, en la cual el recurrente apeló la sentencia que desestimó su solicitud de libertad condicional. Esta solicitud fue desestimada porque se señaló que no había cumplido aún con la mitad de la condena y, en ese caso, no era computable el tiempo sufrido en prisión preventiva en una causa distinta, al no cumplir con el requisito de unidad procesal. Esta sentencia es muy relevante en la jurisprudencia alemana, ya que, a pesar de no ser la primera que trata el requisito de unidad procesal, si se presenta como la más completa y detallada.

A propósito, el tribunal consideró una aplicación analógica del §51 I, ya que las causas no fueron vinculadas formalmente, pero sí existió una posibilidad de conexión procesal entre ellas. Es decir, el tribunal admitió el abono de causas diversas, pero apegado al requisito de unidad procesal en el sentido de poder acreditar que una causa tuvo un efecto concreto en el curso o conclusión de otra. A través de la norma, el juez afirmó que el legislador quería la mayor deducción posible de las medidas cautelares, por eso era coherente sostener que el acusado no debería estar en desventaja por el hecho de no presentarse una unidad procesal formal. Por lo tanto, se amplía extraordinariamente los alcances del requisito, considerando que existe una unidad funcional y no formal de las causas[32].

Walter Stree, en la edición del conocido comentario del Código Penal alemán de Schönke y Schröder, sostiene la tesis de la cual se sirve el tribunal alemán para este fallo. En el comentario se asegura que el §51 I efectivamente ha establecido la unidad procesal como un requisito rector en la materia. No obstante, se estima que se trataría de una exigencia abierta a interpretación, y no sería necesario aplicarla como un concepto formal. El autor sostiene que es apropiado interpretar la disposición a favor de los condenados, ya que incluso en la segunda disposición del §51 la pena total debe computarse con la liquidación de la detención previa, sin que exista previamente una unidad entre ambas causas. Por estos motivos, parece

[32] BGHSt 43, 112, de 26 de junio de 1997. Se trata del caso de una persona sancionada, entre otras cosas, por intento de asesinato. Por tal delito se le impuso una condena de 9 años y, una vez que considera haber cumplido la mitad de esta condena, la persona solicita el beneficio de libertad condicional.

necesario aceptar la aplicación del abono, incluso si el procedimiento relativo a la detención provisional siempre fue formalmente separado del otro procedimiento que condujo a la condena[33].

El segundo país por analizar es España, el cual desarrolló una interesante evolución del abono, insertándose en la tendencia expansiva de esta institución[34]. La figura del abono fue incorporada tempranamente en el Código Penal de 1822, para luego ser suprimida durante toda la vigencia del Código de 1850. Nuevamente, el legislador lo incorpora en la reforma de 1932, y ella solo es modificada con la llegada del nuevo Código de 1973[35]. En este último cuerpo legal, la figura del abono estaba consagrada en el artículo 33.1, el cual señalaba que debía ser abonado el tiempo de prisión preventiva sufrido durante la tramitación de la causa. Debido a esta redacción surgió la interrogante de si la norma aceptaba o no el abono con carácter impropio, por lo que la jurisprudencia no tardó en estar a favor de él, aunque siempre exigiendo el requisito de tramitación simultánea que señalaba el artículo.

Ejemplo de lo anterior es la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de enero de 1991, la cual indica uno de los argumentos más patentes en la actualidad para limitar la aplicación del abono impropio. En este fallo, el tribunal exigió un paralelismo en la tramitación de las causas, ya que, en caso contrario, se generaría un crédito para delinquir. De la misma forma, en la STS de 21 de septiembre de 1991, se consideró pertinente exigir que las privaciones de libertad hayan sido respecto de delitos conexos. Para ello, se utilizó lo descrito en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual contemplaba diferentes causales para

[33] STREE, 2006, § 51 marginal 10.
[34] PIZZORUSSO, 1987, p. 92, 94. Es importante rescatar que España comparte la misma familia jurídica que Chile en el sistema de *civil law* planteado por René David, y en la división romanista de la clasificación propuesta por Arminjon, Nolde y Wolf.
[35] PIZZORUSSO, 1987, p. 81. El autor plantea la tesis de individualizar el derecho comparado como una disciplina autónoma y diferenciable de otras. Considera que el derecho comparado, a pesar de tener ciertas conexiones con otras disciplinas, se distingue tanto en su fin principal como en sus presupuestos. Esto sucede al contrastarlo con la historia del derecho, ya que el derecho comprado tendría un carácter fundamentalmente sincrónico, a diferencia del diacrónico usado en historia del derecho. Sin embargo, Pizzorusso hace la precisión de que nada impediría que ambos caracteres de mezclen, especialmente, en trabajos relativos a un área determinada o periodo circunscripto. Esto es precisamente lo que se realiza en el presente informe, delimitándose a la institución del abono de tipo heterogéneo.

establecer conexión entre delitos como, por ejemplo, el concierto entre los sujetos para cometer el delito y los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos[36].

De igual modo, la doctrina española dominante se encontraba a favor del abono impropio. Así lo demuestra José Casabó Ruiz, quien comprendió que el abono en causa diversa era un mecanismo idóneo para reparar el mal sufrido por una persona, ya que se daba en casos donde se declaraban prisiones preventivas erróneamente. Por esto, el autor utilizó una interpretación extensiva del artículo 33.1, recurriendo a criterios de justicia material que fueron usados de forma similar por la jurisprudencia[37]. En cuanto al límite temporal, la doctrina presenta posiciones antagónicas, por un lado, se encontraban quienes no veían ningún fundamento legal para defender tal restricción, como Borja Mapelli y Juan Terradillos[38]; y por otro, estaban autores como Antonio Ferrer, que defendía el requisito de tramitación conjunta por razones preventivas de futuros delitos[39].

Debido a la creciente discusión, en el año 1995 el legislador decide incorporar de manera explícita la figura del abono impropio en el Código Penal. Este se encuentra en el artículo 58, y es importante destacar que desde un inicio contempló un requisito para solucionar la formación del «crédito penal». Para ello, el legislador integró en la literalidad de la norma que la privación de libertad sea posterior a los hechos que motivaron la pena que se pretende abonar. El artículo 58 se encuentra vigente en la actualidad y ha sido modificado en dos oportunidades: en el año 2005 en el cual se separó en numerales ambos tipos de abono, y en el año 2010 donde se agregó que no podrá abonarse la misma privación de libertad en más de una causa.

El último país por revisar es Argentina, el cual también se integra dentro de la tendencia expansiva en materia de abono[40]. Este país tiene la singularidad de no contemplar una

[36] STS de 15 de enero de 1991, 9103/1991; y 21 de septiembre de 1991, 7408/1991; cuya tesis se replica en las STS de 12 de septiembre de 1991, 4526/1991; 2 de julio de 1993, 9496/1993; y 26 de abril de 1994, 9337/1994.
[37] CASABÓ, 1972, pp. 156-160.
[38] MAPELLI Y TERRADILLOS, 1996, p. 89.
[39] FERRER, 1947, p.203.
[40] PIZZORUSSO, 1987, pp. 92-94. Argentina no solo comparte la familia jurídica de *civil law* propuesta por René David, y la romanista planteada por Arminjon, Nolde y Wolf; sino también la subdivisión latinoamericana, en el grupo occidental de sistemas, presentado por Malmström.

regulación explícita del abono, pero tanto la jurisprudencia como la doctrina concluyen su procedencia en cualquiera de sus tipos a partir de una interpretación amplia de los textos vigentes. Se basan, vía artículo 75 inciso 22 de la Constitución (el cual entrega jerarquía constitucional a los tratados internacionales), en el artículo 14 del PIDCyP y en el 10 de la CADH, ambos sobre indemnización en caso de error judicial. Además, también recurren a las Constituciones Provinciales, las cuales en su mayoría contemplan normas similares sobre indemnización[41].

A partir de esta normativa, la jurisprudencia ha superado el conflicto de la indemnización meramente pecuniaria por error judicial, atendiendo a los efectos concretos de la privación de libertad. Así, la sentencia del Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nro. 3, de fecha 22 de enero de 2013, afirmó que la absolución posterior no convierte en ilegítima la detención, pero ello no supone no reconocer que la privación de libertad efectivamente importó un sufrimiento para la persona. El juez afirma que tal padecimiento debe ser reparado de algún modo y, como la normativa no fija de forma taxativa ni expresa como indemnizar, pareciera ser que la figura del abono es un medio idóneo para ello. En síntesis, la prisión preventiva no importaría en sí una pena, pero la misma comprendería todos sus efectos, principalmente, el encierro[42].

Las tesis de los tribunales antes descritas se basan esencialmente en la doctrina, ya que en el último tiempo han reparado en esta laguna normativa y han entregado soluciones para la admisión del abono. En concreto, el abogado Fabio Núñez llega a la conclusión de que debería implementarse el abono en causa distinta, pero sujeta a la exigencia que impone el Código Penal español sobre temporalidad para evitar el uso indebido del beneficio[43]. Sin embargo, el autor agrega otro supuesto en que sería admisible el abono impropio, este es,

---

[41] Ver artículo 40 de la Constitución de la provincia de Neuquén, 2006; artículo 5 de la Constitución de Salta, 1998; artículo 60 de la Constitución de Chubut, 1994; artículo 40 de la Constitución de Chaco, 1994; y artículo 27 de la Constitución de Misiones, 1958.

[42] Sentencia del Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nro. 3, de fecha 22 de enero de 2013, expediente Nro. 133.463.

[43] PIZZORUSSO, 1987, pp. 86-87. El autor señala que una de la contribuciones del derecho comparado a la evolución de los estudios jurídicos es la «interpretación sistemática», y tal interpretación puede ser realizada tanto por el legislador, como por el juez, el funcionario administrativo o el particular. Pizzorusso señala que el abogado (particular) utiliza las investigaciones comparatistas con el fin de prevenir lo que el juez pueda considerar la justa regla a aplicar y, a su vez, el juez recibirá esta influencia en los eventuales alegatos.

respecto de prisiones preventivas anteriores al hecho que termina en condena, siempre y cuando la sentencia absolutoria por el evento anterior se conozca con posterioridad[44]. Zaffaroni es otro de los autores que considera al abono impropio un mecanismo apropiado para compensar a la persona, ya que estima que no puede ignorarse que el imputado sufrió una privación de libertad con todas las características de una pena[45].

1. *Recapitulación*

Ahora bien, las diferencias que emanan del análisis anterior con la normativa chilena, en el caso de Alemania, se grafican en que este país se caracteriza por consagrar expresamente el requisito de unidad procesal. Por su parte, España establece en términos claros la admisión del abono impropio sujeto al límite temporal, a diferencia de lo dispuesto en Chile, que consagra la figura del abono en términos amplios sin ninguna limitación. Luego, Argentina no posee ninguna regulación concreta del abono, por lo que su admisión requiere un trabajo interpretativo mucho más elaborado que el utilizado por los tribunales nacionales. De esto, solo se puede concluir que aún con todas las restricciones propias de cada legislación, en todas ellas se verificó la tendencia de extender al máximo la aplicación del abono. Por ende, en una normativa como la chilena, que presenta la figura del abono en términos amplios, su aplicación debería ser tanto o más extensiva.

En cuanto a las similitudes que derivan del análisis anterior con la legislación nacional, en el caso de Alemania, se expresan en el carácter obligatorio de la aplicación del abono. Por lo que corresponde a la normativa española, se presenta una interesante similitud entre su antiguo artículo 33.1 y el 503 del CdPP 1906 chileno, ambos en términos amplios. Por su parte, Chile presenta conexión con la regulación argentina solo en la línea seguida por la doctrina y jurisprudencia, ya que el país trasandino no contempla la institución del abono en su ordenamiento jurídico. Como se señaló en el apartado de reconstrucción histórica, de estas semejanzas solo cabe concluir que el abono es una institución en construcción, que bien podría seguir los pasos restrictivos de España o Alemania. Pero, por el momento, la única

[44] NÚÑEZ, 2014, p. 4.
[45] ZAFFARONI *et al*.,2002, p. 943.

solución que entrega el derecho vigente nacional es la admisión del abono heterogéneo sin ninguna limitante, y cualquier restricción sólo puede plantearse como una alternativa de *lege ferenda*.

V. CONCLUSIÓN

El presente trabajo adopta una premisa para estructurar y desarrollar la figura de abono en causa diversa, esta es, que aquella no se encuentra consagrada expresamente bajo esta terminología, la que es más bien doctrinal. El artículo 348 del CPP utiliza la voz «abono» a secas, y a partir de este supuesto vacío o laguna normativa surge la discusión. Como se expuso, gran parte de la doctrina adopta una posición mixta o intermedia, la cual está por admitir el abono impropio con una limitación temporal. Según este grupo doctrinal, el abono heterogéneo debe aplicarse siempre y cuando el tiempo de privación de libertad haya sucedido con posterioridad al hecho por el que se impone la condena. De este modo, se evitaría la creación de un «crédito penal» para el imputado, el cual incentivaría a delinquir y supondría cercenar el fin preventivo de la norma penal.

No obstante, lo correcto es que el anterior límite temporal funciona solo como una propuesta doctrinal, la cual no tiene lugar en la legislación, sino que nace en un modelo extranjero. Como se desarrolló, la prohibición del «crédito penal» se contempla en términos claros en la normativa española, la cual sostuvo fundamentos similares para evitar el incentivo delictual. En el caso chileno, el límite temporal no se encuentra regulado e imponerlo supondría vulnerar la prohibición del artículo 80 del CP y el mandato de interpretación restrictiva (y prohibición de analogía) del artículo 5 inciso 2 del CPP. Además, considerar este límite como propuesta tampoco es acertado, dado que implicaría considerar la resolución mental para delinquir al momento de determinar la pena. En todo caso, no se ha demostrado que los efectos sociológicos de abrir un «crédito penal» sean suficientes para incentivar a delinquir a una persona.

Luego, se mencionó que existe aquella posición doctrinal que propone la indemnización estatal por error judicial como mecanismo idóneo para compensar una indebida privación de

libertad. Por su parte, la poca jurisprudencia nacional que existe acerca del error judicial entrega las primeras luces de cómo abordar esta argumentación. Los tribunales exigen que el error en la aplicación de la medida cautelar sea injustificado, lo que implica no cumplir con los requisitos legales. La mayoría de las veces estos requisitos serán cumplidos y la afectación sufrida por las personas jamás será compensada. De acuerdo con esto, lo correcto es reparar al individuo en la imposición de una condena posterior o anterior a la medida cautelar, ya que ambas instancias poseen similar naturaleza.

A continuación, se mostró que la jurisprudencia en materia de abono impropio sigue una línea completamente diferente a lo planteado por la doctrina, apegándose a lo prescrito por el artículo 164 del COT para fundamentar su aplicación. Con el desarrollo del texto, se pudo demostrar que esta tendencia surge, probablemente, por la historia de instauración de la figura del abono en la normativa nacional. El legislador del año 1989 toma la decisión de permitir el abono impropio solo si cumple con el requisito de acumulación del artículo 160 del COT (actual 164), y a pesar de que termina por suprimirlo en el año 2000, es una huella que aún no está eliminada de las sentencias. De todos modos, es evidente que esta asociación en errada, ya que es inviable estimar que el nuevo CPP permite la imposición de penas de forma más desproporcionada que el antiguo CdPP 1906.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia sí ostenta cierto mérito, el cual es fácilmente reconocible al examinar el apartado de devenir histórico de la institución. Retroalimentada de la doctrina, la jurisprudencia logra asentar la aplicación del abono heterogéneo sin mención expresa en el ordenamiento. Observando esta situación, pareciera ser que el legislador se ve forzado a consagrar un situación procesal penal que ya tenía cabida en la práctica y cada vez su usaba con mayor frecuencia. No obstante, los tribunales se apoyan en fundamentos incorrectos para la aplicación del abono impropio, ignorando los principios que inspiran y enraízan el sistema procesal penal actual en la interpretación de este. La línea jurisprudencial sería diferente si se estimaran relevantes, en materia de abono, el paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio y la preponderancia de los derechos del imputado.

Paralelamente a todo lo expuesto sobre abono en circunstancias nacionales, también se incorporó en el trabajo una comparación con las dos grandes tendencias extrajeras en la materia. Por un lado, una tendencia restrictiva representada por Alemania, la cual propone al abono solo en su tipo homogéneo y de aplicación obligatoria. Por otro, una tendencia expansiva, representada por España y Argentina, legislaciones que admiten la aplicación del abono impropio. Realizando ciertas precisiones, es relevante mencionar que, en cada uno de estos países, la aplicación del abono está guiada a ampliar al máximo los requisitos que puedan restringirlo.

Fundamentalmente, lo anterior puede ser explicado porque en la actualidad la mayoría de los países contemplan protección a los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Así, se pudo comprobar que, en Argentina, a pesar de no consagrarse ninguna regla que aluda directamente al abono, es posible aplicarlo vía normativa constitucional y tratados internacionales. Por el contrario, en Chile efectivamente se contempla normativa con jerarquía legal sobre abono, además de los principios sobre protección del imputado. Por este motivo, es un error estimar que el abono heterogéneo no existe en el ordenamiento jurídico chileno, teniendo en cuenta lo examinado en doctrina, jurisprudencia, historia y análisis comparado de la misma institución.

Asimismo, suponer que el abono impropio existe en la legislación nacional, pero con una limitación temporal también es incorrecto. La figura del abono heterogéneo tiene consagración expresa en el 348 del CPP, y la literalidad de la norma no solo permite admitir este tipo de abono, sino además admitirlo sin ninguna limitación. En lo concreto, el hecho de estimar que la normativa prescribe un límite temporal no es más que una proposición sobre cómo debiese funcionar el sistema de abono en el país. Sin embargo, lo que se discute realmente no es cuál sería el mejor sistema de abono en Chile, sino cuál es la solución que entrega el derecho vigente.

En este orden de ideas, no queda más que corroborar la admisión del abono en causa diversa de la forma más amplia. Esta conclusión tiene una enorme importancia, ya que conduce a entender que el abono impropio es una de las pocas compensaciones formales que puede

llegar a obtener el individuo que sufre una indebida privación de libertad. Además, es evidente que en Chile las medidas cautelares son aplicadas de forma cada vez más indiscriminada, y a ello se suman las dificultades para obtener una indemnización por parte del Estado. En términos sencillos, cualquier ciudadano podría verse encarcelado por una falsa declaración, una identificación errónea, por un error pericial o, incluso, por una mala praxis del defensor. Por esto, resulta paradójico verificar las mínimas reparaciones formales que se tienen en casos de error en la aplicación del *ius puniendi* estatal.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, 2001: *El sentido del derecho*. Barcelona: Marcial Pons.

BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán: 2012, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Volumen I. Santiago: Librotecnia.

CALSAMIGLIA, Albert, 1986: *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

CARVAJAL SCHNETTLER, Rodrigo, 2014: "El respeto a la dignidad en la determinación judicial de la pena", *Revista de Derechos fundamentales de la Universidad de Viña del Mar*, volumen 10, n°12. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5605957 [Fecha de consulta: 15.07.2020]

CASABÓ, José, 1972: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Barcelona: Editorial Ariel.

COING, Helmut, 1982: "Historia del derecho y dogmática jurídica", *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, volumen 9, n° 2.

FERRERA LEIVA, Hernán, 2018: "Abono en causa diversa", *Revista jurídica del Ministerio Público de Chile*, volumen 1, n°72.

FERRER, Antonio, 1974: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Murcia: Editorial Sucesores de Nogués.

GUZMÁN, José Luis, 2008: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor "Abono de prisión preventiva en causa diversa". Informe en Derecho. Disponible en www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4185-2.pdf

MAPELLI, Borja y TERRADILLOS, Juan: 1996, *Las consecuencias jurídicas del delito*, (3º edición), Madrid: Editorial Civitas.

NÚÑEZ NAJLE, Fabio, 2014: "Compensación de la prisión preventiva anteriormente sufrida". *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en http://pensamientopenal.com.ar/doctrina/39517-compensacion-prision-preventiva-anteriormente-sufrida [Fecha de consulta: 15.07.2020]

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, 2012: "Aproximación a la unificación de penas", *Revista Política Criminal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen 7, nº14.

CREME, Phyllis y LEA, R. Mary: 2000, *Escribir en la universidad*, (2ª edición), Barcelona: Editorial Gedisa.

PIZZORUSSO, Alessandro, 1987: *Curso de derecho comparado*, Barcelona: Editorial Ariel S.A.

REYES, Sebastián, 2019: "Prisión preventiva indiscriminada en Chile: Inocentes encarcelados", *The Clinic Online*. Disponible en https://www.theclinic.cl/2019/06/13/prision-preventiva-indiscriminada-en-chile-inocentes-encarcelados/ [Fecha de consulta: 15.07.2020]

SALAS, Jaime, 2017: *Abono de la prisión preventiva en causa diversa*, Santiago: Librotecnia.

SCHAUER, Frederick, 2013: *Pensar como un abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid: Marcial Pons.

STREE, Walter, en edición de Schönke, Adolf y Schröder, 2006: *Horst: Strafgesetzbuch-Kommentar*, 27ª edición, München: Verlag C.H. Beck.

VERA, Robustiano, 1883: *Comentario al Código Penal de la República de Chile*, Santiago de Chile: Imprenta de P. Cadot.

ZAFFARONI, E., ALIAGIA, A. y SLOKAR, A., 2002: *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Editorial Ediar S.A.

Normas jurídicas citadas:

CÓDIGO PENAL CHILENO, publicado con fecha 12 de noviembre de 1874.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, con fecha 16 de diciembre de 1966. Publicado en Chile con fecha 29 de abril de 1989.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CHILENO, publicado el 19 de febrero de 1906.

CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA de 1989.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, adoptada del 7 a 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Chile mediante Decreto 873, publicado el 5 de enero de 1991.

CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO, publicado el 12 de octubre del 2000.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, publicada con fecha 22 de septiembre de
2005.

Jurisprudencia citada:

SENTENCIA CORTE DE CONCEPCIÓN, gaceta de los tribunales 1884, n° 152.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de fecha 15 de enero de 1991, 9103/1991.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de fecha 21 de septiembre de 1991, 7408/1991.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de fecha 12 de septiembre de 1991, 4526/1991.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de fecha 2 de julio de 1993, 9496/1993.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de fecha 26 de abril de 1994, 9337/1994.

TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA DE ALEMANIA, sentencia de fecha 26.6.1997, 43, 112.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 02 de diciembre de 2002, rol 4576-2002.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 11 de octubre de 2006, rol 5156-2006.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 6 de diciembre de 2006, rol 6112-2006.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 19 de noviembre 2008, rol 6945-2008.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27 de agosto 2009, rol 5798-2009.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 5 de abril de 2010, rol 2221-2010.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 7 de junio de 2011, rol 2.409-2009.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 5 de diciembre de 2011, rol 11620-2011.

CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 15 de enero 2013, rol 312-2013.

CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, rol 547-2006.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 1.623-2007.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, rol 276-2009.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, rol 510-2008.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, rol 343-2010.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 1.876-2010.