

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN**



**ESCUELA DE POSGRADO**

**TESIS**

**ABONO DEL PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CUMPLIMIENTO  
DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA EN CAUSA DISTINTA.  
APROXIMACIÓN AL CASO PERUANO**

**PRESENTADO POR:**

**ELMER FRITZ OBREGÓN GÓMEZ**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO, CON  
MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**

**ASESOR:**

**Dr. FÉLIX ANTONIO DOMÍNGUEZ RUIZ**

**HUACHO - 2021**

**ABONO DEL PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL  
CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD  
IMPUESTA EN CAUSA DISTINTA. APROXIMACIÓN AL CASO  
PERUANO**

**ELMER FRITZ OBREGÓN GÓMEZ**

**TESIS DE MAESTRÍA**

**ASESOR:**

**Dr. FÉLIX ANTONIO DOMÍNGUEZ RUIZ**

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN  
ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRO EN DERECHO, CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES Y  
CRIMINOLÓGICAS  
HUACHO**

**2021**

## **DEDICATORIA**

A mis padres y hermanos, por su  
energía, afecto y clarividencia eterna.

*Elmer Fritz Obregón Gómez*

## **AGRADECIMIENTO**

Al Dr. Félix Antonio Domínguez Ruiz, por su sagacidad jurídica, ilustre y condescendiente.

*Elmer Fritz Obregón Gómez*

## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA</b> .....	iii
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	iv
<b>ÍNDICE</b> .....	v
<b>RESUMEN</b> .....	ix
<b>ABSTRACT</b> .....	x
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	xi

### **CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	01
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	
1.2.1. Problema General .....	06
1.2.2. Problemas Específicos .....	06
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	
1.3.1. Objetivo General .....	07
1.3.2. Objetivos Específicos .....	07
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	08
1.5. DELIMITACIONES DEL ESTUDIO.....	09
1.6. VIABILIDAD DEL ESTUDIO.....	09

### **CAPITULO II: MARCO TEÓRICO**

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	11
2.1.1 INVESTIGACIONES INTERNACIONALES.....	11
2.1.2 INVESTIGACIONES NACIONALES .....	13
2.2. BASES TEÓRICAS	

2.2.1. PRISIÓN PREVENTIVA.....	17
2.2.1.1. GENERALIDADES.....	17
2.2.1.2. DEFINICIÓN.....	17
2.2.1.3. NATURALEZA JURÍDICA.....	18
2.2.1.4. PRINCIPIOS RECTORES.....	20
2.2.1.5. FINALIDAD.. ..	27
2.2.1.6. MARCO CONSTITUCIONAL.....	28
2.2.1.7. RECONOCIMIENTO LEGAL.....	33
2.2.1.8. MARCO SUPRANACIONAL.....	35
2.2.2. EL SOBRESEIMIENTO, ABSOLUCIÓN DEL PRESO PREVENTIVO Y EL DERECHO A LA REPARACIÓN.....	40
2.2.2.1. GENERALIDADES.....	40
2.2.2.2. LA REPARACIÓN POR ERROR JUDICIAL Y DETENCIONES ARBITRARIAS.....	42
2.2.3. SOBRESEIMIENTO, ABSOLUCIÓN DEL PRESO PREVENTIVO Y EL ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA.....	53
2.2.3.1. EL ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA.....	53
2.2.3.2. ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CAUSA DIVERSA EN EL DERECHO COMPARADO.....	84
2.2.4. ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA EN EL PERÚ.....	102
2.2.4.1. GENERALIDADES.....	102

2.2.4.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....	102
2.2.4.3. ABONO EN CAUSA DIVERSA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	115
2.3. BASES FILOSÓFICAS.....	126
2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	126
2.5. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN	
2.5.1 Hipótesis General.....	127
2.5.2 Hipótesis Específicas.....	127
2.6. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	129

### **CAPITULO III: METODOLOGÍA**

3.1. DISEÑO METODOLÓGICO	
3.1.1. Tipo de Investigación.....	130
3.1.2. Nivel de Investigación.....	130
3.1.3. Enfoque.....	131
3.1.4. Métodos.....	131
3.1.5. Diseño.....	131
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA	
3.2.1 POBLACIÓN.....	132
3.2.2 MUESTRA.....	132
3.3. Técnicas De Recolección De Datos	
3.3.1. Técnicas a Emplear.....	132
3.3.2. Descripción de los Instrumentos.....	134

3.4. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.....134

**CAPITULO IV: RESULTADOS**

4.1. Contratación de hipótesis.....136

**CAPITULO V: DISCUSIONES**

5.1. Discusión de resultados.....143

**CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

6.1. Conclusiones.....148

6.2. Recomendaciones.....149

**REFERENCIAS**

7.1. Fuentes Documentales.....151

7.2. Fuentes Bibliográficas.....151

7.3. Fuentes Hemerográficas.....154

7.4. Fuentes Electrónicas.....154

**ANEXOS**



## RESUMEN

**OBJETIVO:** La temática abordada en la presente investigación comprende el contenido del abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa. A lo expuesto, cabe indicar que el estudio en autos tiene como objetivo general demostrar si el ordenamiento jurídico penal peruano, contempla de forma precisa el abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad. **MATERIALES Y MÉTODOS:** A lo expuesto, es menester rotular que el estudio en alusión, es de tipo aplicada en su nivel descriptivo y teórico, la cual se efectuó con una muestra cuantitativa probabilística conformada por 02 juristas de la materia, la misma que manejo como técnica de investigación a la observación y la entrevista respectivamente. **RESULTADOS:** Asimismo, de acuerdo a la verificación y procesamiento de datos, se obtuvo como resultado que el ordenamiento jurídico penal peruano no contempla el abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa, pero tampoco lo excluye, es decir, hay un vacío normativo en relación a esta institución jurídica. **CONCLUSIONES:** Finalmente, se ha demostrado que si bien el ordenamiento jurídico penal peruano -entiéndase el art. 47 del Código Penal y el art. 399.1 del Código Procesal Penal- no contempla el abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa, es decir, hay una laguna jurídica, el cual puede ser colmado mediante la formulación de una norma inexpressa a partir de la ratio legis que subyace en la norma contenida en el art. 47 del Código Penal y el art. 399.1 del Código Procesal Penal.

Palabras clave: Abono en causa diversa, sobreseimiento, absolucón, prisión preventiva y pena.

## ABSTRACT

**OBJECTIVE:** The issue addressed in this research includes the content of the payment of the period of preventive detention in various causes. In view of the above, it should be noted that the study in the record has the general objective of demonstrating whether the Peruvian criminal legal system precisely contemplates the payment of the period of preventive detention in various causes for the purpose of serving the custodial sentence. **MATERIALS AND METHODS:** To the above, it is necessary to label that the study in reference is of an applied type at its descriptive and theoretical level, which was carried out with a probabilistic quantitative sample made up of 02 jurists of the subject, the same one that I handle as research technique to observation and interview respectively. **RESULTS:** Likewise, according to the verification and processing of data, it was obtained as a result that the Peruvian criminal legal system does not contemplate the payment of the term of preventive detention in various causes, but does not exclude it, that is, there is a regulatory gap in relation to this legal institution. **CONCLUSIONS:** Finally, it has been shown that although the Peruvian criminal legal system - understood art. 47 of the Penal Code and art. 399.1 of the Code of Criminal Procedure - does not contemplate the payment of the term of preventive detention in various causes, that is, there is a legal gap, which can be filled by formulating an inexpressible norm based on the ratio legis that underlies the norm. contained in art. 47 of the Penal Code and art. 399.1 of the Code of Criminal Procedure.

**Keywords:** Payment in various causes, dismissal, acquittal, preventive detention and penalty.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación, tiene como objetivo general, demostrar si el ordenamiento jurídico penal peruano, contempla de forma precisa el abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad. Al respecto, cabe expresar que la investigación en alusión se estructura en los consecuentes apartados:

En el primer capítulo, se describe EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA; el cual ha permitido vislumbrar la situación problemática de estudio.

En el segundo capítulo, se examina el MARCO TEÓRICO, que reconoce los antecedentes de la investigación, bases teóricas, bases filosóficas, definición de términos básicos, Hipótesis de investigación y operacionalización de las variables.

En el tercer capítulo, se afronta LA METODOLOGÍA, que exterioriza el diseño metodológico, población y muestra, técnicas de recolección de datos, y técnicas para el procesamiento de la información.

En el cuarto capítulo, se evidencia LOS RESULTADOS, mediante la teoría fundamentada.

En el quinto capítulo, se establece LAS DISCUSIONES, a través del cual se detalla la comparación y contrastación de resultados.

En el sexto capítulo, se presenta LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, mediante el cual se desdobra los constructos teóricos de cierre de la investigación.

Finalmente se presenta LAS REFERENCIAS, que incluye las Fuentes Documentales, Bibliográficas, Hemerográficas y Electrónicas.

# CAPITULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. Descripción de la realidad problemática

Uno de los temas más controversiales y que es objeto de arduo debate en la doctrina y la jurisprudencial, tanto nacional como extranjera, es acerca de la prisión preventiva, la misma que constituye una de las medidas cautelares de carácter personal que con mucha frecuencia es utilizada en el curso del proceso penal, lo que conlleva a que muchas veces sea decretada de manera injustificada en ciertos casos que no lo amerita. Esto trae como consecuencia, que en muchos de los procesos en los que se impuso la prisión preventiva a los imputados, éstos terminan siendo sobreseídos o absueltos, y esto a su vez trae consigo un gran problema latente en nuestra realidad, que es justamente ¿Cómo resarcir el tiempo de prisión preventiva que injustamente ha sufrido el imputado?, este problema se agrava cuando al preso preventivo sobreseído o absuelto se le niega el abono de la prisión preventiva en otra causa penal.

Si bien, es cierto, nuestro Código Penal en el artículo 47° regula la institución jurídica del abono de las medidas cautelares personales en el acatamiento de la pena, esto es, que el tiempo en que el imputado estuvo bajo detención, la prisión preventiva y detención domiciliaria se abonará como parte del cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia condenatoria, entiéndase cuando sea condenado en el proceso en cual se le impuso la medida de coerción (abono propio u homogéneo). Sin embargo no hace referencia expresa al abono en causa diversa, esto es, que el tiempo de privación cautelar de la libertad pueda ser abonada en otro proceso penal distinto de aquel en que se impuso la medida cautelar (abono heterogéneo). Esta institución jurídica tiene especial relevancia en el supuesto en que el imputado, pese haber sufrido la prisión preventiva,

detención domiciliaria, entre otras medidas de coerción, resulta sobreseído o absuelto, pero es condenado en otro proceso penal por otros delitos; en dicho contexto cabe preguntarse ¿Se podrá abonar como parte del cumplimiento de la pena, aquel tiempo de prisión preventiva que haya sufrido el imputado en otro proceso penal que concluyó con el sobreseimiento o absolución? o ¿simplemente se le indemnizará por el error jurisdiccional, acorde con lo prescrito por nuestra Ley Fundamental en el numeral 7° del artículo 139?

En esa misma línea, el Código Procesal Penal del 2004 en el artículo 399° numeral 1 prescribe que cuando la sentencia condenatoria asigne pena privativa de libertad efectiva, para su cómputo se descontará el tiempo de detención, de *prisión preventiva* y detención domiciliaria que hubiera cumplido. En igual sentido se pronuncia el numeral 2° del artículo 490° del mencionado código. En este orden de ideas, de las disposiciones antes citadas se colige que las mismas regulan la institución jurídica del abono de las medidas cautelares personales en el cumplimiento de la pena, sin embargo, no hacen una mención expresa al abono en causa diversa, por lo que la poca jurisprudencia sobre el tema entiende que éstas se refieren solo al abono propio.

Respecto a este problema en concreto, el jurista Del Rio (2016) sostiene que en el marco de nuestro ordenamiento jurídico se presenta la duda respecto si se permite o no el abono en causa diversa (abono impropio), a cuyo esclarecimiento tampoco coadyuva el CP ni el CPP, por cuanto no señalan taxativamente que el tiempo de detención o prisión preventiva solo pueda ser abonado en la misma causa, ni tampoco mencionan si es que puede ser abonado en causa diversa. Sin embargo, teniendo en cuenta que nuestra disposición penal (art. 47) es flexible, lo cual permite interpretarlo en el sentido más favorable al imputado, esto es, aquella que permite el abono en causa diversa de la prisión preventiva (págs. 322-325).

A lo indicado, cabe referir que la misma es razonable y proporcional estando a la afectación del derecho fundamental a la libertad, toda vez que no resulta posible devolver el tiempo de privación de la libertad en caso de sobreseimiento o absolución del preso preventivo, por lo que deviene en obligatorio la posibilidad de restringir el jus puniendi del Estado en la ejecución de la pena en causa diversa (mediante el abono de la prisión preventiva en causa diversa), en forma proporcional al tiempo de prisión preventiva sufrido por el sobreseído o absuelto.

A nivel de la Jurisdicción Constitucional, se ha presentado una situación sui generis sobre la institución jurídica del abono en causa diversa, este pronunciamiento se dio cuando el Tribunal Constitucional conoció una demanda de habeas corpus interpuesto por el condenado (EXP. N° 02699-2007-HC/TC), dado que en la jurisdiccional ordinaria le negó abonar en la observancia de la pena aquel tiempo de prisión preventiva que había sufrido en la jurisdicción militar. Esto sucedió porque el recurrente en un inicio había sido procesado en la jurisdiccional militar, en el cual se le impuso la prisión preventiva, pero dicho proceso fue declarado nulo y se ordenó la tramitación en el fuero común. Ahora, una vez culminado el proceso penal se le condenó y en el cómputo de la pena no se tuvo en cuenta el tiempo que había estado bajo la prisión preventiva en la jurisdicción militar, lo cual motivó la interposición de la demanda de habeas corpus. Al conocer este recurso el Tribunal Constitucional, señaló que los actos que causaron la imposición de la prisión preventiva en el fuero militar, son los mismos por los cuales ha sido condenado en la jurisdicción ordinaria, por lo que el tiempo de prisión preventiva sufrida en el fuero militar, debe ser computada en el cumplimiento de la condena.

En esa sentencia el Tribunal Constitucional fundamentó la procedencia del abono de la prisión preventiva en el cumplimiento de la sentencia condenatoria emitida en otra

jurisdicción, en razón a que los hechos que originaron la imposición de la prisión preventiva en el fuero militar y la sentencia condenatoria en el fuero común, fueron los mismos. Es decir, hay una limitación en cuanto a la instrucción del abono en causa diversa, este límite es justamente a que los hechos sean los mismos. Sin embargo, la institución jurídica de abono en causa diversa tiene un campo de acción mucho mayor a lo señalado en la citada sentencia.

Aparte de la sentencia antes citada no hay otro pronunciamiento sobre la procedencia del abono en causa diversa de la prisión preventiva. La falta de desarrollo doctrinario y jurisprudencial quizá se debe a la inexactitud de comprensión del contenido por parte de los operadores del derecho (abogados, fiscales y jueces) o tal vez porque este tipo de abono no tiene reconocimiento expreso en la legislación penal peruano. Esto evidencia el poco desarrollo de esta institución jurídica en nuestro país, pese a que son muchos los casos de presos preventivos que son sobreseídos o absueltos, pero que resultan condenados en otros procesos penales, y lo peor es que se le exige cumplir la totalidad de la condena, sin abonarse el tiempo de privación cautelar de la libertad, que ya han acaecido en otros procesos que culminaron con el sobreseimiento o absolución.

Respecto a este problema se han ensayado algunas soluciones, así tenemos que una posible solución a este problema estaría en manos del legislador, es decir, se requiere una regulación normativa expresa de la institución jurídica del abono de la prisión preventiva en causa diversa (abono heterogéneo), es decir, que el tiempo de privación cautelar de la libertad sea pasible de ser abonada en otro proceso penal, siempre y cuando el imputado sea sobreseído o absuelto en el itinerario penal en que sufrió la medida de coerción penal o cuando pese haber sido condenado se le impuso

una pena menor al tiempo padecido en la cárcel. De esta manera se compensaría la privación de libertad efectiva que haya sufrido el imputado.

La segunda posible solución, es que la Corte Suprema a través de casaciones o acuerdos plenarios, se pronuncie respecto a este problema, a fin de determinar si es que el Código Penal y el Código Procesal Penal, tal como están redactados, permitan el abono de la prisión preventiva en causa diversa (abono heterogéneo). En caso de que fuera posible una interpretación a favor del abono heterogéneo de la prisión preventiva, entonces, deberá establecer como doctrina jurisprudencial vinculante dicho criterio, precisando la forma y circunstancia en que debe hacerse el abono. En caso de que Corte Suprema de la República concluya que el abono de la prisión preventiva en causa diversa no está regulado en el Código Penal, ni en el Código Procesal Penal, entonces, deberá proponerse una *lege ferenda* tal como se postula en los párrafos precedentes.

Por último, nuestra Constitución Política prevé el pago de una indemnización en caso de errores judiciales y detenciones arbitrarias, es decir, si no fuera posible compensar el tiempo de privación de libertad del investigado a través del abono en otra causa penal como parte de la condena, solo es factible una indemnización en la forma y modo que establece la ley. Pese a que parece una alternativa interesante y justa en ciertos casos, no obstante, resulta ser ilusorio, toda vez que es muy poco probable que el Estado cumpla con indemnizar en tiempo oportuno a todos los individuos que hayan padecido privaciones indebidas de su libertad. Aunado a ello, consideramos que la indemnización antes mencionada debe estar reservado solo para aquellos casos en los cuales el sobreseído o absuelto no tenga otros procesos penales en los cuales pueda abonarse el tiempo de privación de la libertad.



## **1.2. Formulación del problema**

En relación con la enunciación del Problema Científico, cabe demandar lo siguiente: “Un problema científico, personifica una confidencia o incógnita para la comunidad científica” (Aranzamendi, 2010. p.130). Conforme a lo indicado, e identificado el problema de la presente investigación, corresponde esbozarlo como a continuación se detalla:

### ***1.2.1. Problema general***

¿De qué modo el ordenamiento jurídico penal peruano contempla el abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad?

### ***1.2.2. Problemas específicos***

#### ***1.2.2.1. Problema específico N°01***

¿De qué modo los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, permitirían abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad?

#### ***1.2.2.2. Problema específico N°02***

¿En qué supuestos, los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, permitirían abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad?

## **1.3. Objetivos de la investigación**

Con relación a la definición del Objetivo de la Investigación, es menester indicar lo siguiente: “Es el término que se desea obtener, o la reivindicación encaminada en el proceso investigador” (Aranzamendi, 2010. p.135). En este comprendido, cabe exponer los objetivos trazados como a continuación se relata:

### ***1.3.1. Objetivo general***

-Demostrar si el ordenamiento jurídico penal peruano contempla de forma precisa el abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

### ***1.3.2. Objetivos específicos***

#### ***1.3.2.1. Objetivo específico N°01***

-Determinar si los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, permitirían abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

#### ***1.3.2.2. Objetivo específico N° 02***

-Establecer los supuestos para abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa, para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, en el marco de los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano.

## **1.4. Justificación de la investigación**

En esqueda al extremo en reticencia, cabe revelar lo siguiente: “Toda investigación demanda ser justificada, en el extremo que el investigador debe exponer y dar a comprender las cogniciones por las cuales se desarrolla dicha investigación” (Carrasco, 2006, p. 117). Como resultado a lo señalado, el estudio en alusión intenta responder múltiples interrogantes que se fundaron a partir de la caracterización de la situación problemática expuesta, así como expresar en su desarrollo teórica, práctica, metodológica y legal, los fundamentos por los cuales se generó su dación, como a continuación se exhibe:

#### **1.4.1. Teórica**

- La presente investigación se justifica, a consecuencia que comprende un problema existente en nuestra realidad social, es decir, nos referimos a la institución jurídica del *abono de la prisión preventiva en causa diversa*, la misma que pese a su trascendental importancia, no ha sido debidamente desarrollado tanto a nivel normativo, jurisprudencial ni doctrinario. De ahí la importancia de desarrollar la presente investigación, a fin de determinar su naturaleza jurídica, los presupuesto para su aplicación, así como su regulación dentro del marco del ordenamiento jurídico penal peruano. En ese sentido, la presente investigación, desarrollará los fundamentos teóricos sólidos respecto a la institución jurídica de abono de la prisión preventiva en causa diversa, lo cual permitirá su adecuada regulación normativa y su correcta aplicación por los órganos jurisdiccionales de nuestro país.

#### **1.4.2. Práctica**

- Se justifica, en la medida que coadyuvará a solucionar el problema relativo al abono heterogéneo de la prisión preventiva, en el cumplimiento de la condena, toda vez que en nuestra realidad social se observan muchos casos de imputados que pese haber sufrido la prisión preventiva, al final del proceso terminan siendo sobreseídos o absueltos, y al mismo tiempo resultan condenados en otro proceso penal por otros delitos. En dicho contexto, los imputados solicitan que el tiempo de prisión preventiva sea abonado en otro proceso penal, para efectos del cumplimiento de la condenada. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales se niegan abonar dicho periodo de prisión preventiva, por considerar que solo se puede abonar en la misma causa en que fue impuesta. Por ello, la presente

investigación, es de suma relevancia por cuanto desarrollará los fundamentos teóricos sólidos respecto a la institución jurídica del abono en causa diversa, lo cual permitirá su correcta aplicación en nuestro país y con ello lograr la paz social con justicia.

#### **1.4.3. Metodológica**

- El presente extremo se justifica, toda vez que en su desarrollo se emplearán técnicas, instrumentos y métodos de investigación científica, los cuales permitirán arribar a conclusiones ciertas, verídicas y confiables; por lo que, la metodología utilizada tendrá validez y utilidad para las futuras investigaciones sobre materias relacionadas al presente estudio.

### **1.5. Delimitaciones del estudio**

“Supone establecer con puntualidad el objeto, la amplitud y alcance de la investigación, es decir, ponerles demarcaciones a los estudios metódicos de carácter experimental, que comprende una zona geográfica (ámbito), un universo (población) y un itinerario de temporalidad” (Aranzamendi, 2010. p.134). En este orden de ideas, la presente investigación esboza las siguientes delimitaciones que es importante explicar:

#### **1.5.1. Espacial:**

El estudio en indicación, estuvo instituido por juristas nacionales de la especialidad de la ciudad de Lima.

#### **1.5.2. Temporal:**

La edificación del estudio en evocación, ha tomado como cronología el año fiscal 2021.

### **1.6 Viabilidad del estudio**

Con respecto al presente párrafo, cabe resaltar lo siguiente: “Aquí se expone que la investigación es viable de realizarse, a consecuencia que cuenta con el recurso monetario, humano, tecnológico, de tiempo y de información” (Palacios, Romero & Ñaupas, 2016. pag.215). Por lo acertado, es menester enunciar que el estudio es factible, ya que cuenta con el recurso humano, material, monetario y de referencias para su desarrollo, puesto que es de eficacia concreta del investigador, coadyuvar a que se contrarreste la situación problemática descrita.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

Con respecto a la definición del Marco Teórico, es justo describir lo siguiente: “Es el argumento teórico-científico-jurídico, que vale de principio a la investigación del problema científico” (Palacios et al, 2016, p.236). Adicionalmente, cabe manifestar lo indicado por el maestro Ramos (2011, p.116), quien nos dice: “El marco teórico, está entendido por leyes científicas o sistemas de teorías, con la que cuenta el investigador para efectuar su tarea”.

En este orden de ideas, el estudio en evocación no ha sido investigado; por lo que existe información que hace recitación al título de investigación, lo cual hace más interesante y relevante nuestro estudio. Por ejemplo:

#### ***2.1. Antecedentes de la investigación***

##### ***2.1.1. Investigaciones internacionales***

###### ***2.1.1.1. Tesis***

1. Del Rio Labarthe (2018) en su tesis: “*Las medidas cautelares en el Proceso Penal Peruano*” refiere las conclusiones siguientes:

- Que el fundamento del abono de la prisión preventiva en el cumplimiento de la condena radica en que pese a ser una medida cautelar tiene el efecto de privar a una persona de su libertad. Por ello, las exigencias de justicia obligan a computar el tiempo de privación cautelar de libertad en el cumplimiento de la pena (pág. 260).
- Que el **abono propio** se configura cuando el tiempo de privación provisional de la libertad se abona a la pena impuesta en el mismo proceso en el que se dictó la medida

cautelar. El **abono impropio** se configura cuando el tiempo de prisión preventiva se abona a una causa diversa de aquel en que fue impuesta la medida cautelar. Esto se debe a que el proceso en el que se había decretado la prisión preventiva ha concluido sin una sentencia condenatoria contra el imputado y esto puede obedecer a diversas causas -piénsese el sobreseimiento definitivo, la sentencia absolutoria o la prescripción del delito, entre otros- (pág. 263).

- Refiere que el abono de la privación cautelar de la libertad en causa diversa, emerge de lo que podría considerarse como un principio general del derecho, que es de aplicación a distintas ramas del derecho, esto es, que cuando un daño se ocasiona ésta debe de repararse con prioridad, de *forma específica*, de tal manera que se debe acudir a una indemnización económica de manera subsidiaria (págs. 263-264).

2. Mendoza & Reveco (2018) en su tesis: “*El abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad*” postula las conclusiones siguientes:

- Que es indiscutible en la doctrina que el abono debe tener fundamento en la existencia de medidas cautelares personales adoptadas en el mismo proceso en el que se emite la sentencia condenatoria que impone la pena (abono propio u homogéneo), pero también en las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina extranjeras, así como la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina nacional (chilena) pregonan

por la procedencia del abono heterogéneo, impropio o en causa diversa, es decir, que el abono procede no solo en el mismo proceso en que se dictó la sentencia condenatoria, sino en cualquier otro proceso donde sea abonable (pág. 157).

- Refiere que la interpretación extensiva del artículo 26 del Código Penal (chileno) permite la comprensión de las privaciones (cautelares) previas a la imposición de la pena, con independencia del proceso en el que haya sido dictado para efectos de su abono en la pena impuesta (págs. 159-160).
- Que las privaciones de libertad cautelares (prisión preventiva, detención, privaciones domiciliarias) sufrida en el curso de un proceso que ha culminado con una sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o una sentencia condenatoria a una pena que ya se ha cumplido en exceso, deberán servir para el cumplimiento de la pena dictada en otro proceso distinto (pág. 160).
- La institución del abono pese a no tener el carácter de una indemnización por error judicial (que es propia del derecho civil), sin embargo, al comprender privaciones de libertad sufridas en procesos diversos en su operatividad, deviene en un mecanismo de compensación más eficiente y satisfactorio que lo que ofrece la acción indemnizatoria por error judicial (pág. 160).

## ***2.1.2. Investigaciones nacionales***

### ***2.1.2.1. Tesis***



1. Montero, W. (2018) en su tesis: “*La reparación del daño causado al procesado, por prisión preventiva indebida en los juzgados de investigación preparatoria de Huancayo, 2018*” menciona las siguientes conclusiones:

- Que es factible la indemnización de aquellas personas que después de haber acaecido la prisión preventiva hayan sido eximidos de los cargos formulados en su contra, ya sea por entelequia de hechos o por insuficiencia probatoria. El daño irrogado (a la libertad personal, la dignidad, la unidad familiar, daños morales, etc.) a consecuencia de la privación cautelar de la libertad debe ser reparado (pág. 135).
- Que, la legislación extranjera a diferencia de la nacional, protege al imputado frente a las prisiones preventivas indebidamente aplicadas, y para ello establece los mecanismos legales que permitan hacer efectivo una reparación. En cambio, la legislación nacional no precisa cuales serían los mecanismos adecuados para que el imputado pudiera acceder a dicha indemnización (2019, pág. 135).
- Que la prisión preventiva indebida, es reflejo de que no se valoró adecuadamente los postulados (presupuestos materiales y procesales) de esta providencia cautelar, y esto a su vez conduce a la absolución de los cargos atribuidos (pág. 135).

**Recomendaciones:**

- El autor **recomienda** que el legislador debe emitir normas específicas respecto a la indemnización a favor del imputado en

aquellos casos de prisiones preventivas indebidamente aplicadas (pág. 137).

- Que mediante precedente vinculante se precise los mecanismos mediante los cuales el imputado que haya padecido indebidamente una prisión preventiva pueda reclamar la indemnización y obtenga un pronunciamiento favorable y ejecutarse en la vía judicial (pág. 137).
- La aplicación de la prisión preventiva debe estar condicionada a la insuficiencia de las demás medidas de coerción alternativos, y en caso de presentarse este último, solamente se puede imponer la prisión preventiva cuando concurren suficientes –entiéndase graves y fundados- elementos de convicción (pág. 137).

2. Seminario, J. (2015) en su tesis: *“La prisión preventiva, su validez y eficacia en la investigación preparatoria, frente al principio de presunción de inocencia”* manifiesta las siguientes conclusiones:

- En el contexto del nuevo Código Procesal Penal, la prisión preventiva ha relegado de ser una regla para convertirse en una excepción, es decir, que la privación provisional de la libertad constituye el último recurso para asegurar la concurrencia del acusado en el juicio oral (pág. 99).
- Que, del total de las prisiones preventivas impuestas, en el recuadro del itinerario penal, la mayoría han terminado con sentencias condenatorias y solo algunas han sido absolutorias. Este resultado, refleja que el juez ha realizado un análisis riguroso (pág. 99).

- Que el autor se ha podido advertir que hay procesos con prisiones preventivas que concluyeron con la absolución del imputado. Por ello, el autor considera que se deben proveer a los magistrados de elementos auxiliares que permitan eliminar estos errores en el dictado de la prisión preventiva (pág. 100).

#### **2.1.2.2. Artículos**

1. Espinoza, J. (2005) “*Detención domiciliaria, su abono como pena efectiva y otros problemas conexos*” postula las siguientes ideas:
  - Que, existen dos tendencias o modelos para el abono de la privación cautelar de la libertad a la pena. La primera considera que las privaciones cautelares de la libertad se deben abonar no solo en el mismo proceso en que se dictó la providencia cautelar, sino en cualquier otro proceso distinto. El segundo modelo considera que la privación cautelar solamente puede abonarse en la misma causa penal en el que se ha impuesta la medida de coerción (pág. 6).
  - Refiere que el artículo 47° del Código Penal carece de una regulación expresa en torno al abono en causa diversa, sin embargo, no lo veda, por lo que se postula su viabilidad (pág. 6).

#### **2.2. Bases teóricas**

En relación a este acápite, es menester rotular que toda investigación se formaliza en el contexto de una teoría, la cual es el compuesto de constructos conceptuales. Al respecto, el maestro Aranzamendi (2010, p.140) nos dice: “En el derecho, las teorías explican los problemas jurídicos desde representaciones distintas”. Asimismo, el

maestro Solís (2008, p.151) postula que: “En el campo jurídico, la teoría está referida en la doctrina más significativa y actual sobre el tema objeto de estudio”.

En este sentido por lo indicado, presentaremos a continuación las perspectivas y doctrinas más actuales, sobre la variable independiente y dependiente del presente estudio:

### **2.2.1. Prisión Preventiva**

#### **2.2.1.1. Generalidades**

El Proceso Penal, es un instrumento esgrimido por el Estado, para gestionar ecuanimidad e igualdad, a través de sus órganos judiciales, organizados jerárquicamente, resolviendo los conflictos (ilícitos) de naturaleza penal, a fin de lograr la paz social con justicia. Para ello, es menester garantizar el adecuado desarrollo del proceso, y ello solamente se podrá lograr cuando el proceso se instruya sin perturbaciones. Por ello, resulta necesario adoptar algunas medidas tendientes a neutralizar aquellas perturbaciones y de esta manera se pueda concretizar sus fines.

Al respecto, el Código Procesal Penal del 2004, ha regulado las medidas de coerción procesal (personal y real), en el Libro Segundo-Sección III. Así tenemos: la detención, prisión preventiva, comparecencia, detención domiciliaria, internación preventiva e impedimento de salida. En este orden de ideas, se desarrollará a continuación la prisión preventiva.

#### **2.2.1.2. Definición**

En el Código Procesal Penal, no encontramos una definición de prisión preventiva, por lo que tenemos que acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para entender qué se entiende por prisión preventiva. Para los fines del presente trabajo, considero oportuno traer a colación la definición de prisión preventiva

dada por el jurista Gonzalo del Rio (2016), quien sostiene que “(...) *Es una medida de cautelar, situada por una resolución jurisdiccional en un proceso penal, que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar su desarrollo y la eventual ejecución de la pena (...)*” (pág. 145).

En este orden de ideas, consideramos que la prisión preventiva es una providencia cautelar personal, que se adopta en el curso del proceso penal, con la finalidad de neutralizar el peligro procesal y con ello asegurar el desarrollo normal del proceso y la eventual ejecución de la sentencia condenatoria.

### ***2.2.1.3. Naturaleza Jurídica***

Al respecto, veamos las diversas posturas en el siguiente acápite:

#### **a. La prisión preventiva como medida cautelar**

La doctrina predominante, considera que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, que se impone al imputado para garantizar su presencia en la instrucción del proceso penal, así como, para aseverar la eventual ejecución del acto procesal condenatorio.

A esta posición doctrinal se adscribe el jurista Gonzales del Rio (2016) cuando sostiene que “La prisión preventiva, es una medida cautelar acordada mediante una resolución judicial en el curso del proceso penal” (pág. 145).

## **b. La prisión preventiva como pena anticipada**

Un sector minoritario de la doctrina, la considera como una pena anticipada, ello se desprendería por cuanto se le priva de la libertad al individuo antes de emitirse el acto procesal condenatorio, es decir, se adelanta los efectos del mismo. En otras palabras, la privación anticipada de la libertad y el internamiento del imputado en un establecimiento penitenciario, demuestran que es una pena anticipada con independencia de la denominación que se le asigna.

La privación de la libertad, siempre se efectúa en base a una sentencia, que así lo dispone, pero en el caso de la prisión preventiva se adelanta la privación de la libertad. En ese sentido, Ferrajoli, citado por Mosri, postula que “La prisión preventiva, invade la zona de la pena, ya que establece una sanción primaria de la sospecha de una acción delictiva, es decir, una pena anticipada” (2017, pág. 761).

Desde esta perspectiva la prisión preventiva puede ser vista en dos planos: material y sustancial. En el plano formal se analiza como una enunciación teórica, es decir, desde su naturaleza y alcances teóricos, reducidos a una dimensión punitiva. En el plano material, es una pena adelantada, por cuanto se la define así a partir de la desvirtuación de sus elementos, es decir, pese a las normas y principios que la rigen como medida cautelar, se la aplica como una pena.

Al respecto, es menester precisar que si bien, es cierto, tanto la prisión preventiva y la pena producen los mismos efectos para el imputado, esto es, la privación de la libertad, sin embargo, no debe de perderse de vista que son dos instituciones distintas, de naturaleza diversa, y cumplen

finalidades diferentes. Por tanto, podemos concluir que la prisión preventiva no es una pena anticipada, pese a que tengan efectos similares (Espinoza, 2017, pág. s/p).

### **c. La prisión preventiva como medida de seguridad**

Un sector de la doctrina discurre que la prisión preventiva no es una medida cautelar, ni tampoco una pena anticipada, sino una providencia de seguridad. Al respecto, el profesor Zaffaroni nos dice que la prisión preventiva vendría a ser una medida de seguridad de carácter administrativo, que carece de legitimidad por cuanto se impone con violación del postulado de presunción de inocencia, y construido sobre la base del concepto de peligrosidad, sin mediar sentencia de primera instancia (Guevara, 2020, págs. 67-68).

Esta posición también es sostenida por Carrancá y Rivas, cuando señala que la prisión preventiva “consiste en la privación de la libertad con propósitos exclusivamente asegurativos, es aplicable a los procesados por delitos que presuntivamente ameritarán la pena de prisión; se lleva a cabo en una cárcel provisional asegurativa” (Salcedo, 2018, pág. 38). Esta concepción de la prisión preventiva, obedece a la necesidad de contrarrestar el gran porcentaje de delincuencia.

#### ***2.2.1.4. Principios rectores de la prisión preventiva***

La prisión preventiva al igual que cualquier institución jurídica, es susceptible de interpretación a la luminiscencia de postulados y principios (Guevara, 2020, pág. 39). A continuación, se analizará los siguientes principios:

##### **a. Principio de instrumentalidad**

La prisión preventiva al igual que cualquier otra medida cautelar, es instrumental por cuanto no tiene un fin en sí mismo, sino que adquiere una funcionalidad a partir de su sujeción al proceso penal en el que se decreta. De ahí que su función de aseguramiento está orientada a cautelar la adecuada tramitación del itinerario procesal y la ejecución del eventual acto condenatorio (De la Rosa, 2015, pág. 74).

Una consecuencia de la instrumentalidad, se expresa cuando el itinerario procesal penal, se extinga por cualquier causa (sobreseimiento, absolución, prescripción, etc.), la misma suerte corre la prisión preventiva, toda vez que esta última tiene su razón de ser en la existencia del proceso al cual le sirve de instrumento. Si bien, es cierto, la prisión preventiva se impone en un cuaderno aparte, no obstante, la extinción del proceso afecta a todos los cuadernos o incidentes que se hubieran generado a razón del inicio del proceso penal. El proceso penal es entendido como un instrumento para hacer operativa el derecho objetivo, al cual le sirve de instrumento la medida cautelar de prisión preventiva, es decir, esta última resulta ser un instrumento del instrumento. (Del Rio, 2016, pág. 54).

#### **b. Principio de provisionalidad**

Referida, a que la prisión preventiva no es definitiva, sino que su vigencia está supeditado a la permanencia de las causas que fijaron su imposición, ya que, en caso de producirse una variación en los motivos, resulta necesario variar la medida. Es decir, “(...) La provisionalidad nos indica que la medida está destinada a mantenerse en el tiempo mientras no sobrevenga un evento posterior” (Oré, 2016, pág. 49).



El carácter provisional de la prisión preventiva, está vinculado al postulado *rebus sic stantibus*, esto es, la providencia se mantiene mientras subsistan las razones que fundamentaron su imposición, pero si estas varían o desaparecen, entonces, la medida también debe ser variada o cesada. Esto quiere decir, que la prisión preventiva solo se mantendrá mientras sea estrictamente necesario para el proceso y desaparecerá cuando ya no lo sea.

La causa de la extinción de la prisión preventiva, no solo obedece a la variación o desaparición de los motivos que la sustentan, sino también con la finalización del proceso mediante la emisión del auto de sobreseimiento o la sentencia condenatoria o absolutoria, por cuanto en caso de sobreseimiento o absolución se tendrá que disponer la libertad del afectado con la prisión preventiva, y en caso del acto procesal condenatorio, se comienza el cumplimiento de la pena. Por último, cabe precisar que tanto el principio de provisionalidad como la instrumentalidad tienen su fundamento en la existencia del proceso penal.

### **c. Principio de jurisdiccionalidad**

Implica que solo puede ser impuesta por un órgano jurisdiccional predeterminando por la Ley. Ello se debe a dos razones: primero, porque el derecho fundamental a la libertad es indisponible; segundo, porque tiene el carácter de instrumental (está supeditado al proceso principal) y finalmente porque se basa, en el principio de exclusividad de la función jurisdiccional (Asencio Mellado, 1986, pág. 43).

En esa línea, Cesar San Martin refiere que esta medida cautelar (prisión preventiva) solo puede decretar un juez competente, legalmente

determinado e imparcial, luego de realizado la audiencia con la participación de los sujetos legitimados, para lo cual es indispensable que previamente el fiscal lo haya solicitado (2015, pág. 454). Efectivamente, solo aquel juez que la ley le ha otorgado competencia puede decretar la prisión preventiva. Esto también guardar relación con la garantía Constitucional establecido en el art. 2 inciso 24 literal d, que prohíbe la detención arbitraria, y establece que una persona solo puede ser detenido por mandato judicial dispuesto por el juez competente, además dicha decisión debe estar escrito y debidamente motivado.

#### **d. Principio de Temporalidad**

Este principio refiere que la providencia cautelar de privación de la libertad tiene una duración limitada en el tiempo, la misma que está determinada legalmente. Al respecto, el maestro San Martín refiere que la eventualidad de la medida, está limitada a la observancia de los plazos normativos máximos, pudiendo la judicatura fijar un plazo menor de acuerdo a la necesidad de cada caso en concreto (2015, pág. 455).

Para el profesor Arsenio Oré (2016) la temporalidad debe entenderse desde dos perspectivas, de un lado, como un mandato dirigido al juzgador, pues la medida no puede sustanciarse dentro de un tiempo indeterminado, sino que debe responder al derecho al plazo razonable. De otro lado, todas las medidas cautelares tienen una duración máxima preestablecida en la Ley (pág. 53).

La temporalidad de la medida implica, en primer lugar, que el juez al imponer una medida coercitiva debe de fijar un plazo adecuado (razonable) atendiendo a la particularidad y complejidad de cada proceso;

en segundo lugar, no podrá fijar plazos mayores a los establecidos en la Ley.

Ahora bien, la diferencia entre la temporalidad y provisionalidad reside en que la primera está referida a que la medida cautelar tiene una duración limitada en el tiempo determinado expresamente en la ley, el cual no puede rebasar; y en cambio la provisionalidad implica que la medida subsistirá mientras permanezcan los motivos que determinaron su imposición (*rebus sic stantibus*), pero si estas varían o se extinguen, entonces la medida también debe variar o cesar, aun cuando no se haya cumplido el plazo establecido en la resolución judicial.

Ahora bien, la diferencia entre la temporalidad y provisionalidad, reside en que la primera está referida a que la medida cautelar tiene una duración limitada en el tiempo determinado expresamente en la ley, el cual no puede rebasar; y en cambio la provisionalidad implica que la medida subsistirá mientras permanezcan los motivos que determinaron su imposición (*rebus sic stantibus*), pero si estas varían o se extinguen, entonces la medida también debe variar o cesar, aun cuando no se haya cumplido el plazo establecido en la resolución judicial.

Finalmente, cabe precisar que estos dos principios (temporalidad y provisionalidad) son dos causas que inciden en la conclusión de prisión preventiva. La primera, una vez transcurrido el plazo legal de duración (temporalidad); el segundo, la concurrencia de un evento posterior (provisionalidad) que obliga a variar o cesar la medida (Del Rio, 2016, pág. 45).

***e. Principio de excepcionalidad***

Concerniente, a que el imputado solo puede ser privado de su libertad, al mediar un acto resolutorio condenatorio, de ahí que, en el curso de la investigación, por regla general debe ser investigado en libertad, siendo excepcional su privación con fines cautelares. En ese sentido, el maestro San Martín (2015) refiere que lo normal es que el imputado espere el juicio oral en libertad, de ahí que no puede haber más supuestos de prisión preventiva que aquellos que están expresamente previsto en la normativa (pág. 454).

Finalmente, la directriz en autos está relacionado al principio de la última ratio, pues esta medida solamente puede ser impuesta cuando las otras medidas de coerción prevista en la ley resulten insuficientes para neutralizar el peligro procesal y con ello garantizar la eventual sentencia condenatoria. En dicha situación se impondrá la prisión preventiva por el tiempo estrictamente necesario.

***f. Principio de Subsidiaridad***

Este principio hace referencia a que solo debe recurrirse a la prisión provisional en última instancia, esto es, cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para neutralizar el peligro procesal (peligro de fuga o de obstaculización). La subsidiaridad de esta medida obedece, de un lado, debido a que genera efectos iguales a una pena efectiva en el penal (el internamiento en un establecimiento penitenciario con los graves problemas que ello conlleva: hacinamiento, insalubridad, enfermedades, etc.), y, de otro lado, a la generación de consecuencias negativas (estigmatizan es) para el imputado, ya que es designado como “criminal”,

una marca que le confiere un estatus inferior en el orden social, sumado a ello es visto como persona peligrosas, por lo que al salir de la cárcel le es difícil conseguir un trabajo legal (Perez, 2013, pág. 296).

Atendiendo esas graves consecuencias que implica la imposición de prisión provisional, resulta imperativo tener presente su carácter subsidiaria o de ultima ratio, esto es, solo debe aplicarse cuando las demás medidas precautorias resulten insuficientes para lograr los mismos fines (neutralizar el peligro procesal).

#### **g. Principio de Legalidad**

En virtud a este principio, la prisión preventiva, solo puede ser impuesta cuando la ley lo autorice expresamente, con lo cual se excluye toda interpretación extensiva o analógica de la ley para restringir la libertad (analogía in malam partem). Efectivamente, la ley no debe autorizar de modo general la intervención en la libertad, sino que debe ser estricta y precisa, fijando de manera previa los presupuestos materiales, procesales y todo elemento necesario que permita excluir toda intervención ilegal y arbitraria.

Ahora bien, pese a que la restricción de la libertad está sujeto al principio de legalidad se produce la restricción ilegal y arbitraria, por lo que en dicho contexto el juez debe desempeñar un rol activo como guardián y garante de la libertad, debiendo verificar no solo la legalidad de la detención, sino la proporcionalidad y la razonabilidad; ya que, solo en dicho contexto, se podrá reducir al mínimo las detenciones ilegales y arbitrarias de la libertad.

#### **h. Principio de proporcionalidad**

Es un criterio interpretativo, que aparece como un conjunto sistemático de tres subprincipios (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto), los mismos que enuncian requisitos indispensables que toda intervención en los derechos fundamentales, debe de cumplir. Ahora bien, en cuanto al primero de ellos, esto es, la **idoneidad** requiere que la restricción del derecho fundamental debe ser adecuada para lograr obtener aquel fin constitucionalmente legítimo; la **necesidad** requiere que la medida adoptada sea la que menos afecte el derecho fundamental y a su vez sea igualmente idónea; y la **proporcionalidad en sentido estricto** exige que los objetivos perseguidos deben guardar una adecuada correlación con el derecho fundamental intervenido, esto es, las ventajas deben compensar los sacrificios (Bernal, 2014, págs. 51-53).

Efectivamente, siendo la libertad uno de los derechos más elementales del señor humano, por ello se debe maximizar su plena vigencia y protección. De ahí que resulta imprescindible establecer el principio de proporcionalidad como un criterio que permita determinar en cada caso en concreto si el principio de seguridad y eficacia debe prevalecer o no sobre el principio de la libertad personal (Guevara, 2020, pág. 54).

#### ***2.2.1.5.Finalidad***

La prisión preventiva cumple tiene finalidades específicas, los cuales son las siguientes:

- Garantizar que la investigación se lleve a cabo sin perturbaciones.

- Afianzar el enjuiciamiento debido de los hechos.
- Asegurar la presencia del acusado en el juicio oral.
- Asegurar la ejecución penal (sentencia condenatoria).

Efectivamente, la prisión preventiva tiene por finalidad asegurar que la investigación y la actuación probatoria se lleve a cabo con normalidad (sin perturbaciones provenientes del imputado o de terceras personas), así también garantizar la ejecución penal de la sentencia condenatoria. Esto puede sintetizarse en la neutralización del peligro procesal (peligro de fuga y de obstaculización).

#### ***2.2.1.6.Marco Constitucional***

La Constitución Política del Perú en el artículo 2° numeral 24°, ha regulado el derecho a la libertad en sentido general y específico. Ahora bien, en cuanto a la libertad general, esta ha sido regulada en el literal a, numeral 24° del artículo 2° de la Constitución, cuyo tenor literal prescribe que *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*. El derecho a la libertad en sentido general, es la facultad que tiene toda persona a autodeterminarse conforme a sus propias convicciones, en el contexto de la Ley.

Asimismo, en los demás literales se reconoce las libertades específicas, es así que el literal b, numeral 24° del artículo antes mencionado, prescribe que *“No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previsto en la ley”*. Como se puede advertir la Constitución, en primer lugar, reconoce el derecho a la libertad, y, en segundo lugar, para garantizar su vigencia efectiva, ha establecido la interdicción de limitar la libertad; no obstante, ha dejado a salvo los casos

en que está permitida la restricción de la libertad, pero estas restricciones son la excepción a la regla y solo la ley puede autorizarlo. Por tanto, la ley ordinaria desarrollará y precisará los supuestos, los requisitos, el tiempo y la forma en que restringirá la libertad.

Efectivamente, esta garantía prohíbe las detenciones ilegales y arbitrarias, esto es así por cuanto la facultad para ordenar la detención, está limitada al mandato judicial y a las detenciones en flagrancia delictiva que realiza la policía nacional (literal f, numeral 24 del art. 2 de la Const.), a ello debe agregarse al arresto ciudadano en flagrancia delictiva. Fuera de dichos supuestos, no puede realizarse detenciones, ya que ello devendría en ilegal o arbitrario. En otras palabras, por regla general la detención, entiéndase también la prisión preventiva, detención domiciliaria, entre otros, requiere necesariamente un mandato judicial, la misma que deberá estar debidamente motivado y escrito. La excepción a la regla es la detención en flagrancia delictiva, en el cual no se exige un mandato judicial previo y puede realizarlo la policía nacional y cualquier ciudadano.

En consonancia con lo anterior, también se ha reconocido la garantía referido al límite temporal de detención en caso de flagrancia. Al respecto, la Constitución luego de la modificatoria introducida por la Ley N° 30558, de fecha 08 de mayo del 2017, refiere que la detención no podrá exceder del tiempo estrictamente necesario para llevar a cabo las investigaciones, es decir, no se tendrá a una persona detenida hasta agotar el tiempo límite de la detención que es de 48 horas, sino que solo será por el tiempo que demande realizar las investigaciones urgentes, por lo que una vez realizadas las mismas, se tendrá que decretar su libertad o en todo caso



ponerlo a disposición del juzgado competente, en caso contrario la detención de volverá en arbitrario.

Ahora bien, cabe precisar que el plazo límite de detención por flagrancia de 48 horas no es de aplicación para los casos de espionaje, tráfico ilícito de drogas, terrorismo y respecto a los delitos perpetrados por organizaciones criminales (tercer párrafo del literal f, numeral 24 del art. 2 de la Const.). En estos casos específicos dada la complejidad de la investigación ha fijado como plazo máximo de detención 15 días naturales, pero ello no quiere decir que necesariamente se tenga que agotar dicho plazo, sino que la detención solo será por el tiempo estrictamente necesario para realizar las investigaciones y una vez realizado las mismas, el detenido inmediatamente deberá ser puesto en libertad e incluso antes de agotarse el plazo máximo, o en todo caso, deberá ponerse a disposición del juez competente antes del vencimiento del plazo legal. En estos casos la policía nacional una vez efectuada la detención de los implicados deberá informar al Ministerio Público y al Juez.

También la Constitución ha reconocido la garantía de legalidad penal, en virtud del cual ninguna persona puede ser procesado ni condenado por un hecho que al momento de perpetrarse no esté prevista expresamente en la normativa penal como delito, así tampoco puede ser sancionado con una pena no estipulada en el dispositivo penal (literal d del numeral 24, art. 2). Esta garantía es fundamental dentro del Estado Constitucional de Derecho por cuanto limita el ejercicio del *jus puniendi* del Estado, de tal manera que se excluye de la punición hechos que al

tiempo de su comisión no estén prevista como delitos y faltas en la ley penal.

Asimismo, en la parte final del literal b, numeral 24° del artículo 2° de la Constitución se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. Sin duda, estas garantías son muy importantes y constituyen una expresión del derecho a la libertad, por consiguiente, es primordial que el Estado y la sociedad garantice su vigencia efectiva. Si bien, es cierto, la esclavitud está totalmente erradicado casi en todos los países del mundo, sin embargo, no se puede decir lo mismo de la servidumbre ni de la trata de seres humanos, dado que en la sociedad contemporánea han adquirido nuevas formas. Es por ello, que tanto el Estado como la sociedad debemos desplegar esfuerzos por erradicarlo. Así también se prohíbe la prisión por deudas, salvo en caso de incumplimiento de la pensión alimenticia (literal c, inciso 24 del art. 2 de la Const.).

La Ley fundamental también reconoce del detenido a no ser incomunicado, dejando a salvo determinados supuestos que ameriten la imposición de dicha medida con la finalidad de lograr esclarecimiento de un delito (Const., art. 2, numeral 24, literal g). En estos casos la incomunicación se ejecutará respetando la formalidad y el tiempo máximo establecido en la normativa. Asimismo, el funcionario responsable tiene la obligación de comunicar de manera inmediata señalando el lugar donde se encuentra el detenido (dicha comunicación de ser por escrito), bajo responsabilidad (Const., art. 2, numeral 24, literal g).

La Constitución también ha reconocido la garantía de que ninguna persona sea objeto de violencia psíquica o física, así tampoco puede ser sometido a tortura o tratos carentes de razonabilidad (inhumanos) o humillantes (literal h, numeral 24, art. 2 de la Const.). Esta garantía tiene especial connotación en caso de personas detenidas y los presos (preventivos y aquellos que vienen purgando la condena), pues su finalidad es impedir que estos sean violentados moral, psíquica o físicamente, de tortura o tratos denigrantes y carentes de razonabilidad. De ahí que, en caso de realización de estos actos, la Ley fundamental autoriza a cualquier persona a solicitar a la autoridad, a fin de que se haga un examen médico al agraviado, el cual deberá realizarse de inmediato (literal h del numeral 24, art. 2 de la Constitución). Si se acredita la perpetración de los actos reprochables antes mencionados, en agravio de detenidos o presos con la finalidad de obtener declaraciones, entonces, la consecuencia es que carecen de valor dichas declaraciones, y la autoridad, funcionario, servidor público o persona que la haya empleado incurre en responsabilidad.

A modo de conclusión, consideramos que en virtud al derecho fundamental a la libertad en general y sus garantías específicas procedentes de la misma, la restricción de la libertad a través de medidas de coerción procesal penal -entiéndase la detención preliminar, prisión preventiva, detención domiciliaria, impedimento de salida del país, entre otros-, solo puede decretarse de manera excepcional, siempre y cuando la ley lo autorice expresamente.

### **2.2.1.7. Marco Legal**

#### **a. Generalidad**

La Constitución Política, establece de modo general que la restricción del derecho fundamental de la libertad solo procede previo mandato judicial debidamente motivado, excepto los supuestos de flagrancia delictiva, sin embargo, la Constitución no precisa los requisitos, ni las circunstancias en que se puede limitar la libertad, dejando a las normas infra-constitucionales el establecimiento de los mismos. Es por ello que el Código Procesal Penal del 2004, como norma de desarrollo constitucional, regula de modo más preciso y detalladas los supuestos y los requisitos para la restricción de la libertad (libro segundo, sección III). En el caso de prisión preventiva, las disposiciones que comprende son desde el artículo 268° hasta 285°.

#### **b. Código Procesal Penal del 2004**

El Código Procesal Penal del 2004 (en adelante CPP), se concibe como un modelo acusatorio-adversarial, el cual se caracteriza por ser proteccionista de los derechos fundamentales de los sujetos procesales. Es por ello, que dentro de este modelo procesal la restricción de los derechos fundamentales es la excepción, esto se desprende de lo prescrito en el numeral 1° del artículo 253° del CPP, la misma que señala que los derechos fundamentales expresados por la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, solo podrán ser limitados dentro del proceso penal, si la Ley lo consiente y con la observancia de las garantías. Queda claro que para restringir un derecho fundamental es requisito *sine qua nom* la existencia de una expresa autorización legal, sin

la cual está prohibida toda intervención. Así también queda prohibido recurrir a una interpretación extensiva o la analogía para restringir los derechos. De otra parte, en caso de que exista la autorización legal, entonces, la restricción del derecho fundamental se realizará respetando el principio de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción que respalden el pedido.

Por tanto, siendo que la restricción de los derechos fundamentales solo tiene que ser por el período rigurosamente imperioso, para cautelar los fines que motivaron la imposición de la medida, una vez superado ello, la medida deberá cesar, aun cuando no se haya culminado el plazo legal máximo. Por tanto, al restringirse un derecho fundamental se tendrá que observar como un primer límite el “tiempo estrictamente necesario”, y como segundo límite el “plazo legal máximo”. En ese sentido, nuestra Constitución Política, también ha regulado el plazo estrictamente necesario, aunque referido a la restricción de la libertad.

El plazo estrictamente necesario, tiene especial connotación en el supuesto de hecho postulado, así, por ejemplo, las detenciones efectuadas por la Policía Nacional en flagrante delito. En dicha situación, la detención solo podrá ser catalogado como legal, cuando esta sea por el tiempo estrictamente necesario para realizar las investigaciones urgentes relaciones al delito que motivó la detención, por lo que una vez recabada o realizadas las diligencias, se deberá dejar en libertad al detenido o en todo caso ponerlo a disposición de la judicatura, no pudiendo extenderse la detención hasta el agotamiento del plazo legal máximo.

Asimismo, la resolución judicial mediante el cual se imponga las medidas de coerción procesal, deberá estar **especialmente** motivada (inciso 1 del art. 254 del CPP). Es decir, el grado de motivación que se exige es cualificada, es decir, es un grado de motivación mayor a lo que se exige normalmente en cualquier resolución judicial. Esta exigencia deriva del carácter imperativo de los derechos fundamentales y que su restricción es una excepción, por lo que se requerirá una especial justificación para ello.

A modo de conclusión, cabe precisar que las reglas precisadas en los párrafos precedentes son de aplicación a la medida cautelar de prisión preventiva. Siendo que esta providencia cautelar tiene una incidencia gravosa en la libertad, ésta solo procederá de manera excepcional cuando la ley lo autorice expresamente y por el tiempo rigurosamente imperioso para lograr sus fines, esto es, neutralizar el peligro procesal (peligro de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad). Asimismo, siendo que la restricción de la libertad es la excepción, se exige que el auto que imponga la medida esté especialmente motivado, es decir, se exige una fundamentación cualificada en razón a que se está afectando un derecho fundamental.

#### ***2.2.1.8.Marco Supranacional***

##### ***a. La Declaración Universal de Derechos Humanos***

Este instrumento jurídico, postula el derecho a la libertad en su artículo 3°, cuyo tenor literal señala que “Todo individuo tiene derecho a la (...) libertad y a la seguridad de su persona”, asimismo en el artículo 9° prescribe que “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni

desterrado” (el subrayado es nuestro). De las disposiciones antes citadas, se puede desglosar dos conclusiones, en primer lugar, hay reconocimiento expreso del derecho a la libertad, y, en segundo lugar, se reconoce una garantía de la libertad.

La garantía de no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado deriva del reconocimiento de la libertad y la seguridad personal, como un derecho humano inherente a toda persona, por lo que deviene en imperativo para todos los Estados, garantizar su plena vigencia y respecto. Sin embargo, es menester precisar que este instrumento internacional no prohíbe la adopción de medidas cautelares –entiéndase prisión preventiva, detención domiciliaria, entre otros-, sino que lo prohibido es la imposición arbitraria o ilegal de dichas medidas, es decir, cuando no se respetan las garantías del debido proceso, ni los requisitos y las condiciones establecidos en la Ley, la Constitución Política y en los Tratados Internacionales.

#### ***b. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre***

Este cuerpo normativo representa la voluntad general de los pueblos de América en reconocer y proteger los derechos humanos. Además, fue el primer instrumento a nivel regional relativo a derechos humanos que fue aprobado por los Estados Americanos (OEA).

Este instrumento ha reconocido que toda persona tiene derecho a la libertad (art. 1), luego en el artículo 25°, ha establecido que nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos y en las formas prevista en la normativa preexistente. Por lo expresado, consideramos que, para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la libertad, no es suficiente con

reconocerlo, sino que resulta necesario establecer expresamente la prohibición de restringir a la misma, pues de lo contrario se impondrían restricciones que acabarían por dejar sin contenido al postulado derecho.

Así también el tercer párrafo del artículo 25 reconoce la garantía de que toda persona detenida tiene derecho a que el Juez verifique de manera inmediata la legalidad de la detención, esto es, si la detención cumple con los requisitos legales. Este derecho es de suma importancia dentro de un Estado de Derecho, por cuanto permite cautelar el pleno respecto del derecho a la libertad.

*c. Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Este cuerpo normativo representa la voluntad general de todos los pueblos del continente americano, de reconocer y salvaguardar los derechos y libertades (inherentes a todos los habitantes) contenidas en ella. Por tanto, se puede afirmar que el instrumento en alusión, ha reconocido, en primer lugar, el derecho a la libertad en sentido general (inciso 1 del art. 7), y, en segundo lugar, ha reconocido las garantías específicas (demás incisos del art. 7), a fin de cautelar la vigencia efectiva de este derecho fundamental en sus diversas manifestaciones.

La CADH reconoce la garantía de que ninguna persona sea privado de su libertad, salvo aquellos supuestos previamente establecidas en la Constitución y ley del Estado parte (inciso 2 del art. 7 de la CADH). Esta garantía es de vital importancia para cautelar la libertad, dado que limita la intervención del Estado en la libertad y lo reduce a los supuestos taxativamente regulados en la normativa, con lo que se excluye toda detención o prisión arbitrario (inciso 3 del art. 7). Sin embargo, es menester



precisar que este instrumento no prohíbe la adopción de prisión preventiva u otras providencias, sino que lo prohibido es la imposición arbitraria de dichas medidas. Una vez efectuada la detención, la persona afectada tiene derecho a ser informada de los motivos de la medida (inciso 4 del art. 7 de la CADH), tiene derecho a ser conducido inmediatamente ante el juez o autoridad competente, tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable o en todo caso se deberá decretar su libertad (inciso 5 del art. 7 de la CADH), el derecho a que juez verifique la legalidad de la medida y en caso sea ilegal o arbitraria, deberá ordenar la inmediata libertad del afectado; además se estipula que el recurso al juez, frente a la amenaza de privación de libertad no puede ser restringido ni suprimido (inciso 6 del artículo 7 de la CADH).

Sin duda, la Convención reconoce derechos y garantía mínimas, por lo que sí, los Estados partes han reconocido más derechos y garantías de la libertad que las prevista en la convención, estas no pueden ser restringidas ni abolidas. Asimismo, los recursos pueden ser interpuestos por el propio afectado u otra persona a su favor.

Finalmente, la convención también ha reconocido la garantía de que nadie puede ser privado de su libertad por motivos de deudas, siendo la excepción es el caso de la inobservancia de los deberes alimentarios (inciso 7 del artículo 7 de la CADH). Esta garantía es muy importante dado que en tiempos antaño las personas perdían su libertad por deudas derivadas de obligaciones contractuales. Es por ello que con el paso del Estado absolutista al Estado de Derecho se ha abolido todo tipo de restricciones de la libertad motivadas por deudas.

#### *d. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Es un instrumento internacional de protección de Derechos Humanos, el cual establece el derecho a la libertad en su art. 9, de cuyo tenor se puede advertir, en primer lugar, el reconocimiento a la libertad en sentido general, y, en segundo lugar, se reconoce las libertades o garantías específicas que aseguren su plena vigencia.

El PIDCP ha reconocido la garantía de que a ninguna persona se le puede privar de su libertad, siendo la excepción cuando concurren aquellas causas fijadas expresamente en la ley, y la restricción deberá ejecutarse respetando el debido procedimiento (inciso 1 del art. 9). Por imperio de esta garantía, la imposición de medidas coercitivas de naturaleza personal –entiéndase detención preliminar, prisión preventiva, entre otros- es excepcional y se limita a los casos fijados en la ley. Como se puede advertir esta garantía no prohíbe la imposición de la detención o la prisión, sino que lo prohibido es cuando la detención o prisión sea **arbitraria**. De ahí que cuando se imponga una medida coercitiva, entiéndase detención preliminar, prisión preventiva, entre otros, ésta deberá de estar debidamente motivado y sustentado en las causales prevista en la ley.

Así también reconoce la garantía de que toda persona detenida tiene derecho a ser informada de los motivos de la medida (inciso 2 del artículo 9 del PIDCP). Esta garantía es de vital importancia por cuanto le permite al justiciable a ejercer su derecho de defensa a través de los recursos que le franquea la ley. Así también reconoce la garantía de que toda persona afectado con una medida de detención sea conducido inmediatamente ante el juez o autoridad competente (inciso 3 del art. 9 del PIDCP). Esta

garantía es muy importante dado que si bien es cierto la Policía Nacional en cumplimiento de una orden judicial puede detener a una persona e incluso está autorizado para detener –sin requerir mandato judicial- en flagrancia delictiva, sin embargo, tiene la obligación de comunicar inmediatamente al Fiscal y al Juez, a fin de que el detenido sea procesado dentro de un plazo razonable o se decrete su libertad (inciso 3 del art. 9 del PIDCP).

El PIDCP también ha previsto la garantía de recurrir ante un juez en caso de ser detenido, a fin de que éste verifique la legalidad de la medida y en caso de que este sea ilegal, decrete la libertad del afectado (inciso 4 del art. 9). Esta garantía tiene especial connotación dado solo el juez o tribunal es quien debe de determinar si la detención es legal o no, y para ello se tiene que garantizar el recurso a través del cual pueda instar la intervención del órgano jurisdiccional.

Finalmente, un aspecto muy importante de este cuerpo normativo internacional es que prevé el derecho a obtener una reparación en caso de haber sufrido detención o prisión ilegal (inciso 5 del art. 9 del PIDCP). Efectivamente, la restricción de la libertad constituye una afectación muy grave y perjudicial para el que lo sufre, siendo dicha situación lo que impone la obligación de resarcir ese daño irrogado en caso de que la detención o prisión resulte ser ilegal.

## **2.2.2. El sobreseimiento o absolución del imputado y el derecho a la reparación**

### ***2.2.2.1. Generalidades***

En el itinerario del proceso penal, se pueden adoptar diversas medidas cautelares, a fin de asegurar la concurrencia del imputado durante todo el proceso, en especial en el juicio oral, así como, para cautelar la eventual ejecución de la condena. Sin embargo, a pesar de que estas medidas se dictan bajo la concurrencia de ciertos presupuestos rigurosos, no obstante, no siempre los investigados sometidos a estas medidas son condenados, es decir, muchas veces terminan siendo sobreseídos o absueltos. Ello quiere decir que el imputado ha sufrido la prisión preventiva injustamente, en dicho contexto cabe preguntarse ¿El Estado debe reparar al preso preventivo absuelto o sobreseído?

Al respecto, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, han intentado desarrollar algunas formas de resarcir las detenciones arbitrarias o error en sentencias condenatorias firmes. En dicha circunstancia, el afectado tiene derecho a obtener una reparación, conforme lo prevé la ley. Sin embargo, no todos los países cuentan con disposiciones de esa naturaleza e incluso en aquellos donde si existe normativa al respecto, la misma es incompleta (no regulan la indemnización en caso de sobreseimiento o absorción del preso preventivo) y no tiene eficacia.

Frente a esta situación, tanto la doctrina como la jurisprudencia han ensayado dos modalidades para reparar el daño causado al preso preventivo absuelto o sobreseído, por un lado, se ha tratado de extender la aplicación de las normas que rigen el derecho a obtener una reparación por error judicial, al supuesto de sobreseimiento o absolución; y de otro lado, a través de la figura del abono de la prisión preventiva en causa diversa. A continuación, analizaremos respecto a la primera modalidad, y en otro acápite analizaremos si el abono en causa diversa es o no una modalidad de reparación.

## **2.2.2.2. El error judicial, detenciones arbitrarias y la reparación del afectado**

### **a. Generalidades**

Se puede afectar la libertad personal mediante el acto resolutorio condenatorio firme (error judicial) o a través de detenciones arbitrarias, con lo cual se irrogan daños de diversa índole, los mismos que ameritan su inmediato resarcimiento. Por ello, la normativa nacional e internacional, así la jurisprudencia y la doctrina han desplegado esfuerzos encaminados a que dichas afectaciones a la libertad sean objeto de una reparación. A continuación, analizaremos a cada una de los supuestos.

### **b. Error judicial**

#### ***1. Generalidades***

En el ejercicio de sus funciones (administrar justicia), el Estado podría incurrir en error al resolver los hechos controvertidos y con ello causar daños a los derechos del justiciable, y esto se produce en muchas sentencias penales, en los cuales se condenan a inocentes. En caso de que ello ocurra ¿ese daño debe ser reparado? Consideramos que es imperativo el resarcimiento del afectado, dado que el Estado no está excluido de dicha obligación. A lo expuesto, poco a poco se ha ido reconociendo el derecho a ser reparado por error judicial, no solo a nivel del derecho interno, sino a través de normas supranacionales relativo a derechos humanos, incluso algunas legislaciones del derecho comparado ya han previsto la creación de un seguro especial para estos casos.

En la actualidad, casi la totalidad de legislaciones del mundo, por citar algunos: Chile, Brasil, Argentina, España, Italia, Alemania, Francia, entre otros, contienen normas referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de errores judiciales incurridas por sus órganos jurisdiccionales en la administración de justicia. La reparación por error judicial tiene especial connotación en el marco del proceso penal, toda vez que el yerro en las sentencias tiene incidencia directa en la libertad (si la pena es efectiva, entonces el sentenciado será recluido en un penal). Por tanto, resulta ineludible prever mecanismos específicos para que el afectado pueda obtener una reparación integral.

## ***2. Definición***

Respecto al concepto de error judicial, se ha esgrimidas muchas definiciones en la doctrina, no obstante, para el presente trabajo es útil la definición dada por Altamirano, Rojas & Bautista, quienes sostienen que *“El error supone un resultado equivocado, no ajustado a la ley, bien porque no se haya aplicado correctamente el derecho, bien porque se hayan establecido unos hechos que no se corresponden con la realidad”* (2016, pág. 3). Es decir, el juez incurre en error en la decisión a consecuencia del yerro en la fijación de los hechos objeto de la causa, que no condice con la realidad o también puede tener su origen en una indebida exégesis de la norma y por consiguiente en su aplicación.

## ***3. Antecedentes Históricos***

En cuanto a la evolución histórica del error judicial, existen muchas posturas, no obstante, se ha tomado en consideración la clasificación

efectuado por Bodo, citado por el jurista Herrera, quien sostiene que hay tres etapas en el desarrollo histórico de la institución jurídica del error judicial, estas serían: a) primitiva, b) intermedia, y c) definitiva (s/f, pág. 187). La **etapa primitiva** comprende desde la época antigua hasta el siglo XIV y XV, periodo en el cual aún no se reconocían las garantías a la libertad personal, por consiguiente, no puede hablarse de la existencia de un derecho a la reparación por error judicial. En este periodo, el poder se concentraba en la figura del príncipe, quien personifica al Estado. El príncipe podía como acto de gracia otorgar reparación a los condenados injustamente (Herrera J. , s/f, pág. 187).

La **etapa intermedia** se extiende hasta la época en que surgió el movimiento codificador (Herrera J. , s/f, pág. 187). Se caracteriza porque surge una nueva corriente de pensamiento, el humanismo renacentista, que se caracteriza por ser un movimiento intelectual, filosófico y cultural, la misma que produjo cambios sociales e ideológicos. Este pensamiento que poco a poco fue ocasionando la desintegración del sistema medieval, y más adelante terminará gestando la ilustración y la revolución francesa (S. XVIII). Durante esta etapa, por la influencia de la nueva corriente de pensamiento, se crearon algunas normas a favor de la protección de los individuos, tales como el derecho a una nueva sustanciación de la causa (Herrera J. , s/f, pág. 188).

La última etapa de evolución de la institución jurídica del error judicial es la **definitiva**. Durante esta época, surge el movimiento del pensamiento la ilustración, el cual produjo muchos cambios sociales, económicos, políticos y filosóficos, lo cual desencadenó la emancipación

de los Estados Unidos (1776) y la Revolución Francesa (1781), y con ello el surgimiento de Estados soberanos y modernos. Los nacientes Estados reconocieron los derechos civiles y políticos, así las garantías individuales, tales como el derecho a obtener una reparación a cargo del Estado en caso de error judicial (Herrera J. , s/f, pág. 188).

#### ***4. Tipología de error judicial***

En cuanto a la tipología del error judicial existen muchas clasificaciones, pero para el presente trabajo he tomado en cuenta aquella realizada por el jurista Jorge Malem, citado por Ramis, quien ha clasificado el error judicial en 8 tipos, los cuales son las siguientes: 1) error en la justificación interna de la resolución judicial; 2) errores que se producen en el encabezamiento de las resoluciones, éstos pueden ser: incluir indebidamente a quien no forma parte en el litigio o excluir a quien si es parte del proceso; por estimar como objeto del litigio más de lo solicitado o menos de lo solicitado o diferente de lo peticionado; 3) error en el fundamento de derecho, que comprende al error en la interpretación y en la aplicación del derecho; 4) yerro en la determinación de las hipótesis fácticas; 5) error en la valoración de las pruebas; 6) error en la calificación; 7) error en el fallo, y 8) ausencia de motivación (2010, pág. 176)

Ahora bien, cabe precisar que no todas las tipologías de errores judiciales ameritan la reparación, dado que la afectación a los derechos de los justiciables es de diferente intensidad dependiendo del tipo de error. De ahí que el derecho a la reparación solo tendrá lugar cuando el error judicial tenga una incidencia directa y grave en algún derecho, y en especial cuando la sentencia errónea incida en la libertad del imputado.



## **5. Evolución Histórica en el Perú**

La primera Constitución Política en reconocer la indemnización por error judicial, fue la Constitución de 1933 (promulgada 29 de marzo de 1933, por el gobierno dictatorial de Luis Sánchez Cerro), la misma que en el artículo 230 prescribía que *“El Estado indemnizará a las víctimas de los errores judiciales en materia criminal, previo el juicio de revisión en la forma que determine la ley”* (pág. s/p). Esta Constitución marca un hito fundamental en nuestra legislación, pues constituye un gran avance en el reconocimiento de la institución jurídica en mención.

Posteriormente la Constitución de 1979, ratificó el derecho en autos, y no solo eso, sino que amplió el reconocimiento del derecho a la indemnización también a las detenciones arbitrarias (derivadas de un mandato judicial o sin ella -detención en flagrancia-). Es así, que el artículo 233° en su numeral 5° reconocía como garantías de la administración de justicia *“La indemnización por los errores judiciales cometidos en los procesos penales, en la forma que establece la ley”*. Y el numeral 16 del mismo artículo prescribía que la indemnización era cargo del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de quien haya decretado la detención arbitraria.

Finalmente, cabe indicar que la Constitución Política de 1993 en su numeral 7 del art. 139 también ha ratificado el derecho a la indemnización por error judicial en procesos penales y por detención arbitraria, lo cual procede sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a sus autores.

## **6. Marco legal**

En el periodo de vigencia de la Constitución de 1933 se promulgó la Ley N° 10234 (lo promulgó el Congreso ante la no publicación oportuna por el poder ejecutivo), con fecha 27 de agosto de 1945. Esta ley establecía en su artículo 1° que El Tribunal en lo Correccional o el que conozca el juicio de revisión fijará en la misma resolución que declara la inculpabilidad de quien fue condenado por error, la indemnización que corresponda, según el daño material y moral que haya sufrido el afectado (Ley N° 10234 ). Asimismo, precisa en su art. 2° que no procede la indemnización cuando el afectado haya inducido deliberadamente al cometer el error judicial (Ley N° 10234 ). Y en cuanto al pago de la indemnización, el art. 3° prescribe que será efectuado por el Estado, por lo que la resolución que establezca la indemnización será transcrita al Ministerio de Justicia para su cumplimiento (Ley N° 10234 ).

Luego, la Constitución de 1979 reconocía la indemnización por error judicial y detención arbitraria, por lo que se promulgó la Ley N° 24973 (con fecha 28/12/1988), Ley que Regula la Indemnización por Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias, la misma que detalla con mayor precisión los supuestos de errores judiciales y detenciones arbitrarias.

Ahora bien, la ley en mención en su art. 3° establece aquellas personas que tienen derecho a la indemnización cuando sean afectados por error judicial. Estos son:

- a. Aquellos condenados en proceso judicial, que hayan obtenido en proceso de revisión, resolución de la Corte Suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria.

b. Aquellos que hayan sido sometidos a proceso judicial y privados de su libertad a consecuencia de ella, que posteriormente hayan obtenido auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria (Ley N° 24973)

Asimismo, en el artículo 5 estipula que la indemnización por error judicial será determinada por el Juez con un criterio prudente, teniendo en consideración los daños materiales o morales que haya sufrido el afectado (Ley N° 24973). Aunado a ello, en el artículo 7 precisa que la indemnización será abonada por el Estado a través del fondo que esta misma ley crea, esto es, el Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias (Ley 24973, art. 8).

Por otra parte, el artículo 6 fija los supuestos de improcedencia de la indemnización por error judicial: a) cuando el procesado haya inducido con sus actos a cometer el error del que aparece víctima, b) cuando la víctima del error haga valer su derecho en la vía de querrela o de daños y perjuicios en la vía civil (Ley N° 24973).

Ahora bien, en cuanto al procedimiento para el cobro de la indemnización, el art. 18° de la disposición legal establece que la autoridad judicial que emita la resolución deberá consignar mandato de pago de la indemnización, así como la multa correspondiente (Ley N° 24973). Una vez que la resolución quede consentida o ejecutoriada deberá ser remitida al Fondo Indemnizatorio para que efectúe el pago (Ley N° 24973).

Si bien, es cierto, la ley en comento creó el Fondo Indemnizatorio, sin embargo, aún no entra en funcionamiento, por lo que ante la

eventualidad de que una persona obtenga una sentencia que le reconoce su derecho a una indemnización, la misma no podrá hacerse efectivo porque el mencionado fondo no cuenta con recursos (Altamirano, M; Rojas, L & Bautista, M., 2016, pág. 2).

Finalmente, el CPP del 2004 en el inciso 5, art. I del Título Preliminar también establece que, en caso de error judicial, la indemnización es garantizado por el Estado.

### ***7. Instrumentos Internacionales***

- **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos**

El presente instrumento, reconoce el derecho a la indemnización por error judicial en el inciso 6° artículo del 14°, estableciendo que toda persona que haya sufrido una pena, a consecuencia de una sentencia condenatoria firme, que posteriormente sea revocada, o cuando el condenado sea indultado por haberse producido o descubierto de un hecho probatorio de la comisión de un error judicial, en tales casos, el condenado deberá ser indemnizado, conforme a ley. Sin embargo, el deber de indemnizar tiene una excepción, y esto se configura cuando se acredita que es imputable al afectado, en todo en parte, no haberse descubierto a tiempo el hecho desconocido.

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Este cuerpo normativo también reconoce la indemnización como un derecho humano, el cual está circunscrito a aquellos casos en que las personas son víctimas de una sentencia firme errada. Por

lo que en tales supuestos deberán ser indemnizados conforme a ley (art. 10 de la CADH).

### **c. Detenciones arbitrarias y el derecho a la reparación**

#### **1. Generalidades**

El Estado a través de sus diversos órganos, piénsese en el poder judicial o la policía nacional, por citar algunos, podrían cometer detenciones arbitrarias. En caso de que ello ocurra ¿Ese daño debe ser reparado? Consideramos que el deber de reparar deviene en obligatorio, dado el postulado, que todo daño debe ser reparado y el Estado no está excluido de dicha obligación. Poco a poco, se ha ido reconociendo el derecho a ser reparado por detenciones arbitrarias, no solo a nivel del derecho interno, sino a través de normas supranacionales relativo a derechos humanos e incluso algunas legislaciones del derecho comparado lo han regulado de un modo amplio e integral.

En la actualidad, casi la totalidad de legislaciones del mundo contienen normas referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de detenciones arbitrarias. Esta reparación tiene especial connotación en el marco del proceso penal, por cuanto la restricción de la libertad se produce constantemente, ya sea por mandato judicial o por detenciones en flagrancia delictiva por parte del personal policial e incluso por arresto ciudadano, por lo que es fácil de presumir que muchas de estas detenciones devienen en arbitrarios.

#### **2. Definición**

La detención legítima es aquella privación de la libertad que se lleva a cabo respetando los requisitos y garantías establecidas en las normas nacionales e internacionales. En contraposición a lo anterior, una **detención arbitraria** se configura cuando la privación de la libertad se materializa sin la observación de los requisitos y garantías previamente establecidos en la normatividad interna e internacional. Incluso una detención legal puede devenir en arbitrario cuando se excede del tiempo estrictamente necesario para realizar los actos de investigación apremiantes. Respecto a los criterios para determinar cuando estamos ante una detención arbitraria han sido expuestos por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, creado por el Consejo (antes Comisión) de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

### **3. Evolución Histórica en el Perú**

#### **i. Marco Constitucional**

La Constitución Política de 1979 fue la primera en reconocer esta modalidad de reparación. Estando a ello, el 28/12/1988 se promulgó la Ley N° 24973, Ley que Regula la Indemnización por Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias, la misma que detalla con mayor precisión, los supuestos de error judicial y detenciones arbitrarias. Asimismo, la Constitución 1993 en su artículo 139 inciso 7°, ratificó el reconocimiento de derecho a la indemnización por detenciones arbitrarias, ello en consonancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

#### **ii. Marco Legal**

La ley N° 24973 (se promulgó el 28/12/1988) establece claramente que la detención será arbitraria, cuando esta se realice sin causa justificada

(art. 2 de la ley), piénsese que la policía nacional solo puede detener una persona por mandato judicial o en flagrancia delictiva, por lo que fuera de dicho supuesto la detención resulta ser arbitraria. Así también, la detención será arbitraria cuando pese a que la detención se realice en los casos previstos en la Ley y en la Constitución, se excede el tiempo máximo señalado en la ley o la sentencia (Ley N° 24973). Es decir, una detención legítima puede tornarse en arbitrio si se excede más del tiempo legal fijado e incluso antes agotarse el plazo máximo, si es que ya se realizaron todas las diligencias que motivaron la detención, por lo que ya no está justificado el mantenimiento de la medida. La Ley en mención también establece que hay lugar a una indemnización en caso de que el detenido no sea puesto a disposición del Juez competente dentro del término establecido por la Constitución o la sentencia (Ley N° 24973).

En cuanto al monto de la indemnización, la misma será determinada teniendo en cuenta el tiempo de detención y la remuneración del afectado, y no será inferior al salario mínimo vital, ni mayor a diez veces de éste, por cada día (Ley 24973, art. 6). La indemnización será abonada por el Estado a través del Fondo Indemnizatorio.

#### **4. Instrumentos Internacionales**

- ***Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos***

El presente instrumento reconoce la garantía de que nadie sea objeto de una detención arbitraria, conforme así prescribe el inciso 1 art. del 9. Sin embargo, ello no prohíbe las detenciones en flagrancia delictiva ni aquellos que provengan de mandato judicial debidamente sustentado en la ley. Así también este cuerpo normativo reconoce el

derecho a obtener una reparación en caso de verificarse que las detenciones fueron ilegales (inciso 5 del art. 9 PIDCP).

- ***Declaración Universal de los Derechos Humanos***

LA DUDH no reconoce de manera expresa el derecho a una indemnización por detenciones arbitrarias, sin embargo, postula en su artículo 9° el derecho a no ser detenido de manera arbitraria. Y la consecuencia este reconocimiento es que, en caso de verificarse la detención arbitraria, ello obliga su inmediato resarcimiento.

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

La CADH solo prevé el derecho a ser indemnizada en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial (artículo 10). No obstante, atendiendo que en su artículo 7 reconoce la libertad en sentido general y las garantías específicas de la misma, en caso de verificarse la vulneración de la libertad, ello demanda su inmediato resarcimiento, lo cual es de carácter obligatorio para todos los Estados miembros.

### **2.2.3. Sobreseimiento, absolución del preso preventivo y el abono de prisión preventiva en el cumplimiento de la pena**

#### **2.2.4.1. El abono de la prisión preventiva**

##### **a. Generalidades**

La figura del abono permite que las privaciones cautelares de la libertad puedan servir para efectos del cumplimiento de la pena establecida en la sentencia. Es decir, en el cómputo de la pena fijada en la condena, se tiene en consideración todas aquellas privaciones de la libertad sufridas en



mérito a una medida cautelar como prisión preventiva, detención domiciliaria, entre otras.

En la doctrina no es nada pacífico el debate respecto al mecanismo antes descrito. De un lado, la doctrina mayoritaria considera que todas las medidas cautelares que restringen la libertad, deben de ser computadas en el cumplimiento de la condena. De otro lado, un sector minoritario estima que no todas las medidas coercitivas pueden ser abonadas en el cómputo de la pena, así, por ejemplo, rechazan la posibilidad de que la comparecencia con restricciones pueda ser abonado a la pena. Esto también se refleja en muchas legislaciones, los cuales no han regulado la figura del abono de la “comparecencia restrictiva”.

El debate se vuelve más intenso cuando se discute respecto al abono heterogéneo (en causa diversa) de la prisión preventiva, esto es, cuando se contabiliza como parte de la ejecución de la pena, todos aquellos periodos de tiempo en que el imputado ha estado bajo la prisión preventiva en otra causa penal. Esto sucede cuando el imputado pese haber sido objeto de prisión preventiva, resulta absuelto o sobreseído en dicho proceso, por lo que ese tiempo puede ser abonado en otro proceso penal en que resulte condenado.

#### **b. Definición**

En la doctrina, podemos encontrar muchas definiciones acerca del abono de la privación cautelar de la libertad en el cómputo de la pena, sin embargo para los fines de la presente investigación he adoptado la definición esgrimida el maestro Guzmán, toda vez que por la amplitud de

la definición, engloba en su integridad la esencia de esta institución jurídica, siendo así, el jurista antes mencionado define al abono como el “Computo de los efectos jurídicos de ciertas providencias, adoptadas durante el proceso penal con fines de aseguramiento de la persona del inculcado, en la extensión o medida concretas de la pena impuesta por la sentencias condenatoria” (Guzman Dalbora, 2008, pág. 303).

### **c. Fundamento**

Respecto al fundamento de la institución jurídica del abono de las medidas cautelares personales a la pena, tanto la doctrina como la jurisprudencia han esbozados diversas tesis. Así tenemos las siguientes: i) tesis de la equidad, ii) tesis del principio nebis in idem, iii) tesis de la relación jurídico-penal, iv) tesis de las circunstancias pos-delictivas de naturaleza jus-fundamental, v) tesis del derecho a la reparación. A continuación, explicaré detalladamente cada uno de ellos:

#### **1. Tesis de la equidad**

Comparto la opinión del jurista Guzmán cuando afirma que esta tesis es la más antigua y aún tiene predominancia en la actualidad, según la cual el fundamento del abono reside en el juicio de la equidad, de la justicia para el caso concreto (2009, pág. 384). Los defensores de esta tesis parte de la premisa de que, si bien las medidas cautelares personales no constituyen una pena, no obstante, materialmente son equiparables en sus efectos a la pena, de ahí que debe compensarse al imputado que ha padecido la privación cautelar de su libertad. En ese sentido, el jurista De la Rosa (2015), refiere que el abono de las medidas cautelares a la pena, tiene un claro fundamento en la equidad (pág. 445).

En igual sentido, se pronuncia el jurista Gonzalo del Río (2016) cuando sostiene que el fundamento del abono, reside en una elemental razón de justicia, por cuanto si bien, es cierto, la prisión preventiva es de naturaleza cautelar, no obstante, genera una privación de la libertad (efecto), por lo que al producirse la condena, debe abonarse toda privación cautelar de la libertad, al cumplimiento de la pena (pág. 317).

Antes de continuar con el comentario de esta posición doctrinal, es menester precisar qué es lo que se entiende por equidad. En ese orden de ideas, la equidad es “Entendida como justicia concretizada, basada en el reconocimiento de un derecho que trasciende la norma legal” (Ollero, 1973, pág. 165). Es decir, son aquellos valores objetivos que trascienden la norma legal, los cuales permiten concretizar la justicia en un determinado asunto en específico. Al respecto, se postula que la equidad constituye un principio general del derecho y como todo principio informa bienes y valores (Aboslaiman, 2017, pág. 72).

En ese orden de ideas, la tesis de equidad ha recurrido en muchos casos a los principios generales del derecho y dentro de ella específicamente a la equidad y al *principio de compensación*, para fundamentar la procedencia del abono en causa diversa. Esto quiere decir, que el principio de compensación cobra vigencia, en aquellas situaciones en que los imputados pese haber sufrido la privación cautelar de su libertad, son absueltos o sobreseídos, por lo que en tal contexto es obligatorio compensar dicha afectación a la libertad a través del abono en causa diversa.

Esta tesis, tiene especial relevancia ante la ausencia de una norma legal expresa que regule la institución jurídica del abono. Sin embargo, pierde esa relevancia cuando el abono ya tiene una regulación expresa en el ordenamiento jurídico, dado que no se requiere recurrir a la equidad para su aplicación.

Ahora bien, es menester precisar que esta tesis aún mantiene predominancia, en especial en el caso del **abono en causa diversa**, estando a que la misma en muchas legislaciones no tiene un reconocimiento expreso. De la misma forma, Del Rio (2016) considera que el abono heterogéneo de la prisión preventiva “(...) *Es una manifestación y consecuencia de lo que ha de considerarse un **principio general del derecho**, (...) en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse, con prioridad, en forma específica (...)*” (pág. 320).

Esta posición doctrinal tiene predominancia en la jurisprudencia argentina, basta con citar algunos pronunciamientos en los cuales se ha recurrido al principio de compensación para fundamentar la procedencia del abono en causa diversa, así tenemos: el Exp. N° 1441-2011, de fecha 24 de junio del 2011; Exp. 4488-0000 (causa seguida contra Lucas Damián Villafañe), de junio del 2013; Exp. N° 56138 (Caso "Saldía, Fernando Ariel s/Hábeas Corpus"), de fecha 26 de febrero del 2013, entre otros fallos.

### **Critica a esta postura**

Consideramos que la tesis de la equidad no es el fundamento de la institución jurídica del abono de las medidas cautelares a la pena, ello por cuanto la equidad es un principio general de derecho, por lo que no puede

ser aplicado directamente para resolver caso concreto, dado que no es una norma (regla) sino un principio, lo cual demanda que previamente se formule una norma a partir del aquel principio. Dicha norma servirá para resolver el caso concreto. Es decir, la equidad está sujeta a la ausencia de una norma que regule un supuesto de hecho, por lo que pierde vigencia ante la presencia de norma expresa.

El mayor cuestionamiento que se hace a esta tesis, es que si el fundamento del abono fuera la equidad, entonces, los jueces tendrían un amplio margen de discrecionalidad para decidir la procedencia o no del abono, y las arbitrariedades que se pueden cometer en su operatividad. Esto es así, por cuanto la aplicación de la equidad obedece a la ausencia de normas jurídicas, por lo que impera los criterios que maneje el juez para adoptar el fallo más justo en el caso concreto. En esa misma línea, Guzmán (2009) refiere que “(..) La principal objeción que merece, es entregar la regla en estudio a las incertidumbres propias de los razonamientos de la equidad” (pág. 385). En efecto, considerar a la equidad como fundamento del abono, implica que su aplicación queda en una incertidumbre por cuanto está sujeta los razonamientos que desarrolle el juez al momento de resolver el caso.

Guzmán, refiere que este criterio imperó en los códigos decimonónicos, tal es así que en Alemania hasta muy avanzado el siglo XX, la jurisprudencia solo reconocía el abono de la prisión preventiva, cuando el inculpado confesaba el hecho y no a aquel que lo negó hasta el final, esto en manifiesto desconocimiento del principio acusatorio, en virtud del cual le corresponde al Ministerio Público demostrar su

imputación, sin que se pueda exigir al acusado a que coopere con él (2009, pág. 385).

Por último, como ya se había señalado anteriormente, el criterio de la equidad otorga un mayor margen a la discrecionalidad del juez de poder decidir si aplica o no el abono. Sin embargo, este criterio pierde vigencia cuando se regula expresamente el abono de las medidas cautelares personales a la pena, con lo cual deviene en obligatorio su aplicación por el juez, excluyéndose toda discrecionalidad. En ese sentido, Guzmán (2009) refiere que “(...) la explicación “equitativa” perdió todo asidero cuando el abono pasó a ser obligatorio y completo, ya que entonces devino imposible ajustar los términos de la ley a la individualidad del supuesto fáctico examinado, debiendo aplicársela sin más” (pág. 385).

## **2. Tesis del principio ne bis in idem**

Esta tesis postula que el fundamento de la institución jurídica en estudio, reside en el principio de que nadie debe ser castigado varias veces por el mismo hecho, es decir, si el imputado ya ha sufrido la privación de su libertad en mérito a una medida cautelar, entonces, la misma debe ser abonada a la condenada, pues de lo contrario importaría que la persona sufra dos veces la privación de su libertad.

Definitivamente, esta posición doctrinal parte de la premisa de que la prisión preventiva es una providencia cautelar y como tal tiene una finalidad distinta a la pena, sin embargo, los efectos que ocasiona son semejantes al de la pena (privación efectiva de la libertad), por lo que debe abonarse para el cómputo de esta última.

Lo que caracteriza a esta tesis es que solo fundamenta el abono homogéneo, esto es, en la misma causa en que fue decretada la prisión preventiva. Esto es así, por cuanto el principio *ne bis in idem* prohíbe que una persona sea sancionada más de una vez por los mismos hechos, y esto en el caso del abono se traduce en que el condenado ya ha soportado la privación cautelar de su libertad antes de la condena, por lo que no se puede pretender que nuevamente cumpla la totalidad de la pena, sino que debe descontarse el tiempo de privación provisional de la libertad. En otras palabras, la aplicación del abono requiere que la pena se haya emitido en la misma causa en que fue decretado la medida de coerción. De esta manera se excluye cualquier posibilidad de abono en causa diversa.

Por las razones antes expuestas, esta tesis resulta insuficiente y anacrónico para fundamentar la institución jurídica en comentario. En ese sentido, Guzmán señala “Que la legislación, doctrina y jurisprudencia acojan hoy, en muchos países, el cómputo heterogéneo, basta para demostrar lo alicorto de aquel planteamiento” (2009, pág. 386).

### **3. Tesis de la relación jurídico-penal**

La tesis en referencia sostiene que el fundamento del abono es la relación jurídico-penal entre el individuo y el Estado. Esta tesis fue postulada por el jurista Guzmán (2009), quien sostiene que “La verdadera raíz del cómputo, yace en la relación jurídico-penal contemplada en su conjunto, y como a su interior comparece el individuo ante el Estado” (pág. 386).

La relación jurídico-penal es lo que legitima la intervención del Estado en los derechos fundamentales del imputado, en especial en la restricción de la libertad, ello con ocasión de la persecución de un hecho punible. El Estado para poder cumplir eficazmente con su deber, se ve en la imperiosa necesidad de adoptar medidas que permitan neutralizar el peligro procesal. La adopción de estas medidas precautorias (prisión preventiva, etc.) evidencia el sacrificio del derecho individual frente al interés general en la persecución y sanción del delito.

Así como la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado es lo que legitima la intervención de éste en la libertad del imputado, entonces, de la misma forma esa relación jurídica también legitima y fundamenta el abono de dichas providencias a efectos del cómputo de la pena. Ese vínculo jurídico obliga abonar toda privación cautelar a la pena. Aquí el abono deviene en obligatorio, no solo en la misma causa en que fue decretada la medida sino también en causa diversa.

Finalmente, el jurista Guzmán (2009), refiere que tanto el derecho sustantivo y adjetivo en materia penal, forman una unidad político-jurídica, con la consiguiente conjunción de sus fines, lo cual justifica que *“(...) Cuando hay que imponer una pena, resulta ineludible considerar en su extensión o medida concretas, aquello que la procedió con contenidos punitivos, por más que sus formas nos lo presenten como un instituto procesal”* (pág. 386).

### **Critica a esta postura**



Respecto a la tesis de la relación jurídico–penal entre el imputado y el Estado, como fundamento del abono en causa diversa, considero como bien refiere Ferrajoli que en “*El tratamiento penal se manifiesta, en estado puro y de manera más directa y conflictiva, la relación entre el estado y ciudadano, entre el poder público y la libertad privada, entre defensa social y derechos individuales*” (1995, pág. 210). Efectivamente, en el proceso penal hay un constante conflicto entre los derechos del ciudadano y el ejercicio del jus puniendi del Estado, entre la defensa social y los derechos individuales, y esto se materializa con la adopción de la prisión preventiva, a cuyo mérito el derecho individual cede frente a la defensa social (jus puniendi). Esa injerencia del Estado en la libertad del imputado encuentra su legitimidad en el vínculo jurídico entre los derechos del imputado y el ejercicio del jus puniendi del Estado.

Por ello, esta postura sostiene con razón de que el vínculo jurídico penal entre el imputado y el Estado, no solo legitima la injerencia del Estado en la libertad individual del imputado, sino que también legitima el abono de las providencias cautelares a la pena, ya sea en la misma causa o en causa diversa. En otras palabras, así como se sacrifica la libertad individual con la finalidad de cautelar la persecución eficaz del delito, entonces, de igual forma en caso de que el Estado haya adoptado indebidamente la prisión preventiva (la causa concluyó con el sobreseimiento o absolución del preso preventivo), entonces, se deberá abonarse dicha medida cautelar a la pena impuesta en causa diversa. Además, ello deviene en imperativo en el marco del derecho penal garantista, el cual no admite las privaciones de libertad gratuitas.

#### **4. La tesis de las circunstancias posdelictivas de naturaleza iusfundamental**

Esta tesis fue postulada por el jurista Beltrán (2019), quien sostiene que efectivamente el abono heterogéneo no tiene un reconocimiento expreso, sin embargo, es “(...) Claro que cualquier privación de libertad dispuesta con fines cautelares, forma parte de la reacción estatal contra el delito, debiendo, por consiguiente, imputarse al cálculo de la pena concreta que se imponga” (págs. 7-8).

El referido jurista señala que las razones que sustentan la institución jurídica en análisis, no es la justicia material ni la culpabilidad disminuida, sino razones normativas y político criminales, por cuanto no basta afirmar que la medida de prisión preventiva fue injusta o desacertada en aquellos casos que concluyeron con el sobreseimiento o la absolución del preso preventivo, sino que es imprescindible desarrollar fundamentos de peso, que coadyuven al reconocimiento del abono como una verdadera prerrogativa del condenado (Beltran, 2019, pág. 8). Por ello, en principio, debería ser la ley el que precise la regulación del abono heterogéneo, sin embargo, estima que es imprescindible insertar el problema del abono y sus diversas modalidades, dentro de lo que él ha denominado *circunstancias posdelictivas de naturaleza iusfundamental* (Beltran, 2019, pág. 8).

De un lado, esta tesis propone tres postulados esenciales respecto a la institución jurídica del abono. En primer lugar, considera que el abono y sus diversas modalidades no es “(...) Una cuestión puramente penal o puramente procesal, sino un fenómeno que responde a una realidad

dialéctica e integrativa que abarca premisas constitucionales, procesales y penales” (Beltran, 2019, pág. 8). Esta consideración, es de especial importancia por cuanto unifica las posiciones antagónicas en la doctrina respecto, si el abono es una institución penal o es de naturaleza procesal, pues lo relevante aquí es que hay una privación provisional de la libertad, la misma que necesariamente debe ser abonada al cómputo de la pena, por más que dicha medida sea por su naturaleza procesal.

En segundo lugar, el abono de las medidas cautelares personales para efectos del cumplimiento de la libertad, siempre debe considerar como un quid obligatorio y no como una mera indulgencia o benignidad, por cuanto ello es una exigencia de “(...) La relación de horizontalidad en la cual se encuentran los derechos del imputado, en relación con el ejercicio del jus puniendi Estatal” (Beltran, 2019, pág. 8). Respecto a este punto, el jurista Guzmán ya había señalado que el fundamento de la institución jurídica del abono, es la relación jurídico-penal, en cuyo interior comparece el individuo frente al Estado (2009, pág. 386).

Sin duda alguna, esa relación de horizontalidad entre los derechos del imputado y el ejercicio del jus puniendi, es lo que justifica, de un lado, la intervención estatal en la libertad del justiciable, ya sea por prisión preventiva, detención domiciliaria, entre otras, ello con la finalidad de neutralizar el peligro procesal; y de otro lado, justifica el abono de las medidas cautelares personales.

En tercer lugar, postula que la figura del abono de la prisión preventiva a la pena, no implica una disminución del injusto ni de la

culpabilidad, por cuanto nada tiene que ver con la cuantificación o modulación de la pena que corresponde imponer respecto al delito cometido. Es más “(...) *las medidas cautelares personales, son circunstancias posteriores y externas al delito y, por ende, mal podrían ser consideradas como criterios decisivos a la hora de ponderar la antijuridicidad o la culpabilidad del hecho que se juzga*” (Beltran, 2019, pág. 8).

De otro lado, esta tesis considera que el abono se funda en el **principio de proporcionalidad** y el **principio de compensación**. En cuanto al primero, sostiene que cuando el preso preventivo es sobreseído o absuelto, ello no solo implica la transgresión a la libertad, sino también el quebrantamiento del principio de proporcionalidad, en cuanto limite material al ejercicio del jus puniendi estatal (Beltran, 2019, pág. 10). De ahí que, dentro del marco de un derecho penal garantista, se le atribuye al principio de proporcionalidad un rol protagónico no solo como un valor fundamental del ordenamiento jurídico, sino como un muro de protección y defensa de los derechos fundamentales, frente a la intervención estatal. Asimismo, se sostiene que este principio actúa como un criterio normativo, valorativo, restrictivo y limitativo de los excesos del órgano jurisdiccional, en la intervención a la libertad (Beltran, 2019, pág. 10).

Y como bien refiere Beltrán, cuando un imputado sometido a prisión preventiva resulta sobreseído o absuelto, ello implica que la medida de coerción fue desproporcional, toda vez que no solo se evidencia que se privó de la libertad a un inocente, sino que también pone de manifiesto, que la medida cautelar fue excesiva. Por tanto, en esa circunstancia

cobraría relevancia el **principio de compensación**, como una manifestación del derecho a la reparación. (2019, pág. 10).

Ahora bien, el segundo fundamento del abono sería el **principio de compensación**, el cual toma relevancia cuando se determina que la medida cautelar personal fue desproporcional, esto por cuanto el preso preventivo ha sido sobreseído o absuelto definitivamente, por lo que resultaría imprescindible compensar ese daño.

Esta posición doctrinal, considera que toda privación cautelar de la libertad que resulte ser desproporcional, necesariamente deberá ser resarcida, entendida ésta en sentido amplio (tanto material como simbólica), no agotándose en una indemnización económica. En ese sentido, Beltrán (2019), sostiene que el deber de reparación no se agota con la sola indemnización de perjuicios civiles, sino que excede con creces a ésta.

Finalmente, esta postura parte de la premisa que la libertad es un derecho fundamental y constituye una de las garantías consustanciales al Estado de Derecho, afirman que una comprensión cabal de la reparación en los casos de sobreseimiento y absolución del preso preventivo, no debe focalizarse solo como una cuestión puramente jusprivatista al momento de resarcir los daños irrogados, sino que es necesario reconocer el “abono” como una autentica garantía reparadora que nace de la conjunción de dos tipos de afectaciones: i) privación cautelar de la libertad injustamente decretada, y, ii) la transgresión del principio de proporcionalidad (Beltran, 2019, pág. 10).

### **Critica esta postura**

Respecto a los postulados de esta tesis, compartimos en el extremo que considera que el abono no es una cuestión puramente penal o procesal, sino un fenómeno que responde a una realidad dialéctica e integrativa que comprende premisas constitucionales, procesales y penales (Beltran, 2019, pág. 8). Así también, nos adherimos a la idea que el abono es un *quid* obligatorio y no como una mera indulgencia o benignidad, por cuanto es una verdadera prerrogativa del imputado, por cuanto emerge de la relación de horizontalidad, en la cual se encuentran los derechos del imputado en relación con la prerrogativa del *ius puniendi* Estatal. También compartimos la afirmación de que el abono no implica una disminución del injusto ni de la culpabilidad, por cuanto nada tiene que ver con la cuantificación o modulación de la pena que corresponde imponer.

Ahora bien, discrepamos en el extremo que considera como fundamento del abono sea el principio de compensación como expresión del derecho a la reparación, por cuanto consideramos que el derecho a la reparación y el abono son dos instituciones diferentes, aunque tienen una vinculación muy estrecha. Respecto a este extremo nos remitimos a los fundamentos esgrimidos al cuestionar la *tesis del derecho a la reparación* como fundamento del abono.

En cuanto al principio de proporcionalidad, consideramos que efectivamente la intervención Estatal en la libertad solo está justificada cuando cumple con los parámetros de proporcionalidad. De ahí que, en caso de sobreseimiento o absolución del preso preventivo, ello evidencia

de que la medida fue desproporcional, en consecuencia, se produce un quiebre en esa relación jurídico penal entre el imputado-Estado. Y en el restablecimiento de esa relación jurídica, juega un rol trascendental el principio de proporcionalidad, por cuanto, de un lado, sirve de parámetro para controlar la intervención Estatal en la libertad; y, de otro lado, sirve de parámetro para restringir el jus puniendi Estatal en la ejecución de la pena, y en especial cuando el Estado se ha excedido en la restricción de la libertad en un proceso (que concluyó con el sobreseimiento o absolución), entonces, resulta razonable restringir proporcionalmente el jus puniendi en la ejecución de la pena en causa diversa.

Por tanto, consideramos que el principio antes mencionado, desempeña un rol de suma importancia en la operatividad del abono, por cuanto complementa a la tesis de la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, cautelando el mantenimiento del equilibrio de ese vínculo jurídico, antes y después de la adopción de las medidas de coerción personal.

##### **5. Tesis del derecho a la reparación**

Cierta jurisprudencia y un sector minoritario de la doctrina, postula que el fundamento del abono sería el *derecho a la reparación*, ello por cuanto el sobreseimiento o absolución del preso preventivo, implica que la medida fue indebidamente aplicada, con lo cual se ha ocasionado una lesión a la libertad, por lo que es imperativo la reparación de ese daño, y la forma de reparar por antonomasia es a través del abono. En ese sentido, Hernández refiere que el abono no es una concesión graciosa del Estado, sino una consecuencia del “(...) Reconocimiento del derecho de cada uno,

a no ser objeto de privaciones de libertad innecesarias (...) y del consecuente *derecho a ser reparado* cuando por cualquier causa ese derecho se ve conculcado” (2009, pág. 3).

Efectivamente, toda persona que haya sido víctima de algún daño tiene derecho a la reparación, la misma que puede adoptar diversas modalidades, dependiendo del tipo de afectación. En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que “La reparación, es el termino genérico que comprende las diferentes formas, cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido” (Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, 1998).

Ahora bien, corresponde analizar si el derecho a la reparación es el fundamento de la institución jurídica denominada abono. Para ello, vamos a partir de aquella relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, el cual justifica la intervención de este último en los derechos del primero, de ahí que, es legítimo privar cautelarmente de la libertad al investigado durante el itinerario del proceso, con la finalidad de neutralizar el peligro procesal (de fuga u obstaculización) y asegurar la ejecución de la eventual condenatoria. En este caso, se afecta la libertad individual del imputado, para salvaguardar el *jus puniendi* del Estado.

Ahora bien, esa misma relación de horizontalidad entre los derechos del imputado y el Estado, es lo que también justifica el abono de la prisión preventiva a la pena, ya sea en la misma causa o en causa diversa, pues solo de esa manera se mantiene el equilibrio de ese vínculo jurídico. No obstante, hay casos en los cuales se quiebra esa relación (cuando la medida



cautelar personal resulta desproporcional), y esto se presenta fundamentalmente en los casos de sobreseimiento o absolucióndel preso preventivo. Sin embargo, dicho vínculo se puede restablecer con la aplicacióndel abono en causa diversa, esto es así, por cuanto el abono resulta ser una consecuencia ineludible de la relación de horizontalidad.

En otras palabras, así como se restringe la libertad del imputado con fines de cautelar el interés general de la sociedad (persecución y sanción del delito), de igual manera por aplicación del principio de proporcionalidad, se tiene que restringir el jus puniendi del Estado en la ejecución de la pena sea en la misma causa o en causa diversa, lo cual deberá efectuarse de forma proporcional a la libertad afectada.

Pero también hay casos en los cuales no es posible la aplicación abono, piénsese por ejemplo que el imputado no tenga condena o teniéndola, èsta se encuentre dentro del supuesto de exclusióndel abono en causa diversa, por lo que en dicho contexto no es posible restablecer relación jurídico penal entre el imputado-Estado, quedando solamente la obligación de resarcir el daño irrogado. De ello, se desprende que el derecho a la reparación desempeña un rol subsidiario frente al abono, por lo que descartamos que el fundamento del abono sea el derecho a la reparación. Sin perjuicio de lo antes expuesto, considero que adquiere cierta alternancia la aplicacióndel *abono en causa diversa* y la *reparación civil*, toda vez que el imputado a mi consideración, puede optar por el abono en causa diversa o por una reparación civil. Esto es así, por cuanto el abono es una verdadera prerrogativa del imputado, aunque lo recomendable es que el imputado solicite la aplicacióndel abono en causa

diversa y solo de manera subsidiaria recurra a una reparación civil. Asimismo, una vez que el imputado haya optado por el abono en causa diversa, ésta resulta ser de obligatoria aplicación para el órgano jurisdiccional.

Ahora bien, cabe precisar que tanto el abono como el derecho a la reparación tienen un vínculo muy estrecho, por cuanto ambos tienen su origen en la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, siendo esa relación horizontal entre los derechos del imputado y el ejercicio del jus puniendi, lo que fundamenta el abono de las medidas cautelares a la pena, y el quebrantamiento de esa relación fundamenta el derecho a la reparación del afectado. Por tanto, se evidencia que la reparación civil no es el fundamento del abono, más aún si se tiene en cuenta que tanto el abono como el derecho a la reparación civil, son dos instituciones jurídicas diferentes, además de que la reparación civil desempeña un rol subsidiario e incluso pueden accionarse de manera alternativa y son excluyentes, es decir, en caso de optar por el abonado en causa diversa, ya no se puede solicitar la reparación civil, y viceversa.

### **Toma de postura**

Habiendo analizado las distintas tesis respecto a los fundamentos de la institución jurídica denominada abono, corresponde hacer algunas precisiones al respecto. En primer lugar, en cuanto a la *tesis de la equidad* si bien, es cierto, se presentan con cierta hegemonía en la jurisprudencia y la doctrina, por cuanto ofrece un bagaje de argumentos bastante sólido, con especial relevancia ante la ausencia de una norma legal expresa que regula

el abono. Sin embargo, esta pierde vigencia en presencia de una norma legal que regulan dicha institución jurídica, dado que no se requiere recurrir a la equidad para sustentar su aplicación. Por ello, consideramos que la tesis de la equidad no es un fundamento de la institución jurídica postulada.

En igual sentido, la *tesis del ne bis in idem* tampoco resulta ser un fundamento del abono, por cuanto solamente fundamenta la aplicación del abono homogéneo, esto es, que la medida de coerción personal solamente puede ser abonado en la misma causa en que se decretó la medida, con lo cual se excluye el abono en causa diversa. De ahí que no podría ser el fundamento de la institución jurídica del abono.

En cuanto a la *tesis del derecho a la reparación*, como bien se ha referido, este es un derecho fundamental de toda persona a ser resarcido, en caso de ser lesionado en sus derechos. Ahora bien, el presupuesto para la reparación es la afectación de la libertad proveniente del Estado, además se requiere que sea consecuencia del quiebre en la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado (por ejemplo: detención ilegal, arbitrario o desproporcional). En cambio, si bien el abono también se sustenta en la relación jurídico-penal entre el individuo y el Estado, sin embargo, no se requiere que el quiebre de la relación jurídica para su procedencia, es decir, aunque la intervención sea legítima y proporcional, procede el abono. Por tanto, queda en manifiesto que el derecho a la reparación y abono son distintos y que el primero no es el fundamento del segundo.

En cuanto a la *tesis de la relación jurídico penal*. Según esta postura doctrinal, el fundamento del abono es la relación jurídico-penal entre el

imputado y el Estado, ello es así, por cuanto de esa relación de horizontalidad es de donde deriva la legitimidad del Estado para intervenir en la libertad del imputado, y de esa misma relación deriva la obligación de abonar toda privación cautelar de la libertad a la pena, ya sea en la misma causa o en causa diversa.

El abono, es una consecuencia necesaria de esa relación jurídico penal, por cuanto si el Estado puede restringir la libertad del imputado, con el fin de tutelar el interés de la colectividad en la persecución del delito (jus puniendi), entonces, en virtud a esa misma relación jurídico penal en caso de que el preso preventivo sea sobreseído o absuelto, el tiempo de prisión preventiva deberá ser abonado en causa diversa. Solo de esta manera se mantendrá en equilibrio la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado.

Asimismo, esta posición doctrinal al igual que la *tesis de las circunstancias posdelitivas de naturaleza iusfundamental*, considera que el abono es un quid obligatorio y no como una mera indulgencia a favor del imputado. Es una verdadera prerrogativa del imputado, por cuanto emerge de la relación jurídico-penal u horizontalidad, en la cual se encuentran los derechos del imputado en relación con el ejercicio del jus puniendi Estatal. Así también ambas tesis consideran que el mecanismo postulado, no implica una disminución del injusto ni de la culpabilidad, por cuanto nada tiene que ver con la cuantificación o modulación de la pena que corresponde imponer.

Por nuestra parte, nos adherimos a esta posición doctrinal, sin embargo, es necesario complementarla con algunas aportaciones que han

sido proporcionadas por la tesis de las *circunstancias posdelitivas de naturaleza iusfundamental*. En primer lugar, esta tesis (de la relación jurídico penal) no comprende en su totalidad la institución jurídica del abono por cuanto se limita al aspecto puramente penal o procesal, dejando de lado los aspectos constitucionales del abono. Por ello, es necesario comprender el abono, como un fenómeno que responde a una realidad dialéctica e integrativa, que comprende premisas constitucionales, procesales y penales. En segundo lugar, es importante complementar a la relación jurídico-penal, con el principio de proporcionalidad, por cuanto este, de un lado, sirve de parámetro para controlar la injerencia estatal en la libertad, y de otro lado, sirve de parámetro para restringir el jus puniendi estatal en la ejecución de la pena mediante la aplicación del abono, y tiene especial relevancia en el caso del abono en causa diversa, por cuanto permite restringir el jus puniendi en la ejecución de la pena en causa de forma proporcional al tiempo de privación de la libertad soportado por el preso preventivo sobreseído o absuelto.

#### **d. Naturaleza jurídica**

Respecto a la naturaleza jurídica de la institución del abono, no hay consenso, por lo que se analizará cada una de las tesis esgrimidas, como a continuación se detalla:

##### **1. Tesis de la regla administrativa**

Esta posición doctrinaria considera que el abono sería una regla administrativa en el cumplimiento de la condena, por lo que los incidentes relativos al cómputo serían de competencia de las autoridades administrativas responsables de la ejecución de la sentencia. Este sistema

opera en aquellas legislaciones donde se reconoce el abono automático sin previo pronunciamiento judicial.

Respecto a esta posición, se han formulado algunas objeciones en el sentido de que el abono de la privación cautelar de la libertad, transforma el quantum de la pena, y siendo que la misma es fijada por el juez al tiempo de la imposición de la pena, las autoridades administrativas de ejecución de la pena, no tendrían competencia para resolver incidentes relativos al abono, dado que éstos solo se limitarían a cumplir la sentencia en sus propios términos.

Efectivamente, el abono homogéneo de las medidas cautelares lo efectúa el juez una vez determinada la pena concreta, por lo que las autoridades administrativas no tienen competencia para realizar ningún tipo de abono. De la misma forma, en el caso del abono en causa diversa, solo puede efectuar el juez competente. Por ello, queda descartado que la naturaleza jurídica del abono sea una regla administrativa.

## **2. Tesis de regla de determinación de la pena**

Esta posición doctrinaria, considera que el abono sería una regla de determinación de la pena, esto es, que el abono operaría en el momento en que el juez determina la pena concreta. En otras palabras, el abono incidiría en el quantum de la pena que corresponde imponer respecto al delito objeto de juicio. A esta postura, se le ha criticado por cuanto el abono no operaría en el momento de la determinación de la pena concreta, toda vez que dicho procedimiento es independiente y anterior al momento en que realiza el abono. Dicho de otro modo, el abono se efectúa después que el juez haya

determinado la pena concreta para cada delito y solo tiene incidencia en su ejecución. La confusión se presenta, toda vez que el momento en que se determina la pena y el momento en que se efectúa el abono de las medidas cautelares, se produce de forma sucesiva.

### **3. Tesis de la circunstancia posdelictiva de naturaleza iusfundamental**

Esta postura fue formulada por Beltrán, quién sostiene que la naturaleza del abono no es una cuestión puramente penal (en rechazo a la postura de Hernández) o puramente procesal (rechazo a la postura de Salas), sino es un fenómeno que responde a una realidad dialéctica e integrativa, que abarca premisas constitucionales, procesales y penales (pág. 526). Por lo que cuando se tenga que fijar la extensión del abono y su imbricación a la pena, se tenga que considerar todo aquello que la precedió con contenidos punitivos, por más que sus formas nos presenten como un instituto procesal (2009, pág. 386). En otras palabras, el abono es de naturaleza iusfundamental.

#### **Toma de postura**

Por mi parte, comparto la posición de Beltrán cuando afirma que la naturaleza jurídica del abono, no se circunscribe a una cuestión penal o procesal, sino que es un fenómeno dialéctico e integrativa, que comprende aspectos penales, procesales y constitucionales, de esto se desprende la naturaleza iusfundamental del abono.

#### **e. Presupuestos para la procedencia del abono**

Ahora bien, corresponde analizar cada uno de los presupuestos para la procedencia del abono, en especial respecto al abono en causa diversa,

para ello hemos tomado en consideración los presupuestos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia. A continuación, se detallan cada una de ellas:

**1. El imputado debe haber sufrido una detención, prisión preventiva o detención domiciliaria total o parcial** (Beltran, 2019, pág. 525). Este es el primer presupuesto *sine qua nom* para que pueda operar el mecanismo descrito, ya sea en la misma causa o en causa diversa.

**2. El procedimiento en que se decretaron tales medidas cautelares debe finalizar con una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo** (Beltran, 2019, pág. 525). Es el segundo presupuesto *sine qua nom* para que pueda operar el abono en causa diversa. Asimismo, es significativo postular que la procedencia del abono en causa diversa, a diferencia de lo que sostiene una parte de la doctrina y la jurisprudencia, consideramos que el proceso en que recayó el sobreseimiento o la absolución tienen que haber quedado firmes y/o ejecutoriadas. Consideramos que este último requisito es necesario para que proceda el abono en causa diversa, pues en caso de permitirse el abono con la emisión del auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria de primera instancia (sin ser consentida o ejecutoriada), se generaría un desorden en la aplicación de la institución jurídica del abono, por cuanto el tribunal superior podría revocar la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento y con la realización de un nuevo proceso o juicio oral el sobreseído o absuelto



podría ser condenado. Cabe precisar que este requisito no es de aplicación para el abono homogéneo.

**3. El imputado sea condenado en un proceso distinto de aquel en el sufrió la medida cautelar personal (prisión preventiva, detención domiciliaria, etc.) que concluyó con el sobreseimiento o absolucón.** Aquí es importante tener en cuenta dos puntos muy importantes, en primer lugar, que el imputado haya estado sujeto a una privación cautelar de su libertad, piénsese por ejemplo la prisión preventiva, pero que resulte sobreseído o absuelto; en segundo lugar, que el imputado sea condenado en otra causa penal por otro hecho delictivo. Recién en dicho contexto procede el abono en causa diversa.

En el caso del abono en la misma causa (abono homogéneo) no presenta ningún problema, porque todas las privaciones de la libertad con fines cautelares tienen que ser abonadas a la pena que se emita al final del proceso.

**4. Que la condena emitida en un procedimiento distinto sea por un delito cometido antes de tomar conocimiento del auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria.** En este punto es menester hacer dos precisiones, en primer lugar, para el abono en causa diversa se exige que el imputado sea condenado en un proceso distinto de aquel en que sufrió la privación cautelar de libertad (que concluye con el sobreseimiento o absolucón); en segundo lugar, el delito por el cual es condenado debe haber perpetrado antes tomar conocimiento de la resolución de sobreseimiento o sentencia absolutoria. Con esto se

excluye del abono todos delitos cometidos con posterioridad al egreso de la cárcel.

Consideramos que es necesario este requisito para la procedencia del abono en causa diversa, por cuanto si no se estableciera una limitación de esta naturaleza, se podría incentivar a que los presos preventivos sobreseídos o absueltos cometan delitos sin temor por las consecuencias penales, estando a que el Estado les debe un tiempo de privación de libertad a su favor. En esa misma línea, se pronuncia el Tribunal Supremo Español en la causa STS 808/2000, del 11 de mayo de 2000, cuando sostiene que el abono en causa diversa debe tener una excepción sustentado en motivos de prevención de delito y seguridad pública, por cuanto los reos cuya prisión provisional no sea abonable en la misma causa, conociendo de la posibilidad de abono para delitos futuros, podrían delinquir sin temor por la pena, estando que no habrían de sufrirla (2000).

Definitivamente, esta limitación o excepción al abono en causa diversa está debidamente sustentada en motivos de prevención de delito y seguridad pública. Por ello, estamos de acuerdo con Guzmán (2009) cuando sostiene que el delito no debe de haberse cometido después del cumplimiento de la medida, pero discrepamos en el extremo que también excluye del abono heterogéneo cuando el imputado comete el delito durante el cumplimiento de la medida cautelar (pág. 396). En este último supuesto, el imputado aún no sabe si va ser sobreseído o absuelto, y en dicho contexto comete un nuevo delito por el cual es condenado, y a su vez resulta sobreseído o

absuelto en el primer proceso en el sufrió la privación cautelar. En este contexto mal podría excluirse el abono de la privación cautelar de la libertad sufrida en el proceso anterior, estando a que el imputado no sabía si iba ser absuelto o sobreseído en dicha causa, por lo tanto, no ha actuado con sentimiento de impunidad.

Por los fundamentos antes expuestos, discrepamos y nos apartamos de cierta doctrina y jurisprudencia, cuando sostienen que no debe de haber ninguna limitación temporal para el abono en causa diversa.

**5.- El juez, de oficio o a pedido de parte deberá comprobar que la medida cautelar (prisión preventiva, detención domiciliaria, etc.) no haya sido abonado a la pena.**

Este presupuesto exige para la procedencia del mecanismo descrito, que el juez antes de efectuar el abono de la prisión preventiva o detención domiciliaria, deberá verificar que no haya sido objeto de abono. Esto es así, por cuanto las medidas cautelares solo pueden ser objeto de abono una sola vez, es decir, un mismo periodo de prisión preventiva o detención domiciliaria, no puede ser abonado a la pena más de una vez.

#### ***f. Tipos de abono***

##### ***1. Abono propio u homogéneo***

El abono homogéneo se configura cuando la medida cautelar personal (prisión preventiva, detención domiciliaria, etc.) es abonado a la pena impuesta en el mismo proceso en que fue decretada la providencia

cautelar. Es decir, para efectos del cumplimiento de la pena se tiene en consideración todas las privaciones de libertad con fines cautelares sufridas en el decurso del proceso previos a la condena. Esta modalidad de abono es muy restringida, ya que excluye el abono en causa diversa. Hay legislaciones que solo han regulado esta modalidad de abono, tal es el caso del Código Penal alemán.

## ***2. Abono impropio, heterogéneo o en causa diversa***

El abono en causa diversa o heterogénea, se configura cuando la medida de coerción personal (detención, prisión preventiva, detención domiciliaria) se abona a la pena impuesta en una causa distinta de aquella en que se impuso la medida cautelar. Esta modalidad de abono es muy amplia en comparación con el abono propio, y tiene lugar cuando los presos preventivos son sobreseídos, absueltos o la pena impuesta es menor al tiempo de privación cautelar, por lo que dicha medida es susceptible de ser abonada a la pena impuesta en otra causa penal. Esta modalidad de abono ha sido regulada expresamente por España, Bélgica, etc.

### **• Postura en contra del abono en causa diversa**

En aquellas legislaciones que no regulan expresamente el abono en causa diversa, hay un arduo debate a nivel de la doctrina nacional respecto a la procedencia o no de dicha modalidad de abono. Cierta minoría de la doctrina y la jurisprudencia se oponen a esta modalidad de abono y sostienen que hay una distinción entre la pena y la prisión preventiva, pues en primer lugar, la medida cautelar (prisión preventiva) es una institución de naturaleza procesal, mientras que la pena es de naturaleza material; en segundo lugar, la prisión preventiva

tiene por propósito neutralizar el peligro procesal y con ello aseverar el normal desarrollo del proceso, en cambio la pena tiene por finalidad la prevención especial y general; en tercer lugar, cuando se impone una medida de coerción ello no importa el quebrantamiento de la presunción de inocencia, mientras que la pena solo se impone cuando se ha conseguido desvirtuar la presunción de inocencia. Por tanto, consideran que el abono de la prisión preventiva solo es procedente en la misma causa, toda vez que, al condenarse al acusado, la pena impuesta tiene un efecto retroactivo hasta el momento en que se privó cautelarmente de la libertad (Salas, s.f.).

Asimismo, sostienen que en el caso del abono en causa diversa (heterogéneo) a diferencia del abono homogéneo, no opera un efecto retroactivo. De ahí que si se abonara un tiempo de prisión preventiva en otra causa penal implica equipararla a una pena. Por tanto, teniendo en consideración la distinta naturaleza jurídica de estas dos intuiciones, una de orden procesal y la otra de orden material, no resulta procedente el abono heterogéneo de la prisión preventiva.

El autor más crítico del abono en causa diversa es el jurista Salas Astrain, quien al analizar la normativa penal y procesal penal chileno, considera que la institución jurídica del abono tiene su fundamento en el principio vicarial, por lo que las privaciones cautelares de la libertad solo pueden ser abonadas en la misma causa en que fueron decretadas, ello en razón a que hay una identidad entre los hechos que motivaron la medida y los que son objeto de condena, de ahí que descarta cualquier posibilidad de abono en causa diversa (pág. s/p).

- **Postura a favor del abono en causa diversa**

Esta postura es la que tiene predominancia en la actualidad. Según esta posición doctrinal, las medidas cautelares personales (detención, prisión preventiva, detención domiciliaria) que haya sufrido el imputado en el itinerario del proceso penal y que finalmente concluye con una sentencia absolutoria o un sobreseimiento, deberán abonarse a la pena impuesta en cualquier otro proceso penal. Se afirma que si bien, es cierto, la prisión preventiva y la pena son dos intuiciones distintas, con finalidades también distintas, no obstante, es incuestionable que la privación cautelar de libertad tiene el mismo efecto material que una pena, ya que en ambos hay una privación de libertad efectiva (reclusión en el penal).

Efectivamente, si bien es cierto la prisión preventiva cumple finalidades distintas de la pena, pero no es menos cierto que genera el mismo efecto, esto es, privar la libertad a una persona con todas las consecuencias que ello acarrea para el afectado con la medida de coerción personal. Por ello, es una obligación insoslayable para el Estado, avalar el abono heterogéneo de la prisión preventiva en la observancia de la pena. Esta modalidad de abono heterogéneo, ha sido regulada expresamente por Italia, Austria, Bélgica, España, etc.

#### **2.2.4.2. El abono heterogéneo de prisión preventiva en el derecho comparado**

##### **a. España**

La legislación penal española reguló por primera vez la institución jurídica del abono en el Código Penal de 1822, la misma que en su artículo 98 estatuyó:

en las penas que tenga tiempo determinado ... el tiempo que hubiera estado el preso (el reo) le será contado como parte de la pena, graduándose cada seis meses de arresto o prisión por tres de obras públicas o por cuanto de reclusión o presidio (De la Rosa, 2015, pág. 443).

Sin embargo, los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870 no regularon el abono. Posteriormente el Código Penal de 1928 si reguló el abono, de la misma forma el Código Penal de 1932 y 1944.

Ahora bien, el Código Penal vigente aprobada mediante la Ley Orgánica 10/1995, ha recogido la institución jurídica del abono de manera expresa, lo cual puede colegirse del artículo 58°. Es muy significativo tener en cuenta esto, para poder analizar las legislaciones latinoamericanas, toda vez que el derecho de la madre patria, ha tenido una gran influencia en los códigos latinoamericanos.

El artículo 58 del CP español señala que el tiempo de privación provisional se abonará a la condena impuesta en la misma causa en que se adoptó la medida. Sin embargo, la norma hace una excepción al abono, para lo cual utiliza la expresión “salvo”, es decir, que no procederá cuando la medida de coerción haya coincidido con otra privación de libertad impuesta al penado en otra causa penal, en la que se haya abonado o le sea abonable la medida cautelar.

Asimismo, la norma en comento prohíbe expresamente que un mismo periodo de prisión preventiva pueda ser abonado más de una vez. Esta prohibición no estaba prevista expresamente en la redacción original del artículo 58 del CP, lo cual generó graves problemas en la interpretación y aplicación de la norma, dado que apareció la figura del “penado mixto”, esto se configuraba cuando el imputado tenía doble condición, de preso preventivo y de condenado, pero por dos causas distintas; siendo así, el problema central giraba en torno de si el periodo de superposición entre la medida cautelar y la condena, debía de computarse a una de las causas o ambas figuras simultáneamente.

Al respecto, a nivel jurisprudencial se entendía que en el caso del “*penado mixto*” (*preso preventivo – condenado*) *el acusado “no se encontraba “materialmente” en situación de preso preventivo, puesto que el tiempo privado de libertad sólo se computaba a efectos de cumplimiento de condena”* (Jericó Ojer, 2011). En otras palabras, los jueces de la jurisdicción ordinario interpretaron la norma en el sentido de que solo debía abonarse a la condena, ya que era imposible materialmente la ejecución simultánea de la medida cautelar y la condena. Sin embargo, esta interpretación fue desechado por el Tribunal Constitucional español recaída en la STC 57/2008, al considerar que el penado mixto cumple materialmente una doble condición, de un lado, el de condenado (con pena efectiva), y, de otro lado, la condición de preso preventivo. Esta doble condición le acarrea una afectación grave al condenado, por cuanto la condición de preso preventivo no le permitía acceder a la semilibertad, la libertad condicional, etc. En razón a ello, el Tribunal Constitucional



español concluye que teniendo en consideración la afectación que genera en el penado la condición simultánea de preso preventivo, entonces, deberá de computarse ese periodo de tiempo para ambas figuras jurídicas. Sin embargo, como bien señala De La Rosa (2015), el criterio del doble computo quedó sin contenido una vez subsanado el vacío legal con la reforma operada por la LO 5/2010 (pág. 449), el cual prohibió el doble computo.

Por último, el artículo 58.2 del CP autoriza expresamente el abono en causa diversa (abono heterogéneo), es decir, que el tiempo de privación de la libertad podrá ser abonable en cualquier otro proceso penal en la que el imputado resulte condenado. Este supuesto se presenta a menudo cuando el preso preventivo termina siendo sobreseído definitivamente o absuelto o es condenado a una pena inferior al tiempo pasado bajo prisión preventiva, por lo que dicha medida podrá ser abonado en causa diversa.

## **b. Chile**

### **1. Generalidades**

La legislación penal chilena, ha recogido de manera expresa la institución jurídica del abono, lo cual puede colegirse del artículo 26 del Código Penal chileno, la misma que a la letra dice “*La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado*”. En esa misma línea, el art. 348° del Código Procesal Penal ha regulado el abono, de cuyo tenor se desprende que al cómputo de la pena se deberá abonar el tiempo que el imputado ha estado bajo prisión preventiva, detención, etc. Al respecto, no hay discusión alguna dado que la legislación reconoce expresamente el abono homogéneo.

Ahora bien, lo que sí ha desencadenado un arduo debate es respecto al abono en causa diversa o heterogénea. Al respecto la mayoría de los juristas se decantan a favor del abono en causa diversa, para lo cual han recurrido fundamentalmente al artículo 26° del CP y el artículo 348° del CPP, ya que la amplitud de dichas normas, permitiría la procedencia del abono heterogéneo. Además, a nivel jurisprudencial continuamente se ha recurrido al art. 164 del Código Orgánico de Tribunales para sustentar el abono en causa diversa.

Esta posición doctrinaria es asumida por el jurista Beltrán (2019) aunque con ciertas particularidades, quien se inclina favor del abono heterogéneo y su aplicación dentro del sistema jurídico chileno, pues ello tendría su justificación en razones normativas y político-criminales. Además, refiere que no es suficiente con estimar que la prisión preventiva fue errada o injustificada cuando el preso preventivo resulte absuelto o sobreseído, sino que deberá de esgrimirse fundamentos sólidos para el reconocimiento del abono heterogéneo como una verdadera prerrogativa del condenado (2019, pág. 526).

De otra parte, un sector minoritario de la doctrina considera que el CP ni el CPP regulan de manera expresa el abono heterogéneo de las medidas cautelares –entiéndase prisión preventiva, detención domiciliaria, entre otras-, por lo que consideran que ello es un tema de *lege ferenda*. Esta posición doctrinaria rechaza enfáticamente la procedencia del abono en causa diversa y consideran que el abono reconocido en el art. 26 del CP en concordancia con el art. 348 del CPP es el abono homogéneo o propio, es decir, solo es abonable en la misma causa en que fue decretada la medida

cautelar. El abono operaría como una forma de compensación equitativa en aquellos casos en que la prisión preventiva y la sentencia condenatoria se produzcan en una misma causa (principio vicarial). Aquí la condena operaría como un efecto retrospectivo sobre la medida cautelar (Salas, s.f., pág. s/p).

Mas a allá de estas dos posiciones antagónicas en la doctrina, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia dominante (sobre todo la Corte Suprema) se inclina a favor del abono en causa diversa de las medidas cautelares. Por ello, a la fecha el debate ya no está circunscrito al reconocimiento del abono en causa diversa, sino en cuanto a su amplitud o alcance. Al respecto existen dos posiciones bien definidas, de un lado, la tesis amplia del abono en causa diversa, y de otro lado, la tesis restringida. A continuación, desarrollaré cada una de ellas.

- **Tesis restringida del abono en causa diversa**

Hay un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia chilena que se inclina por esta tesis, al considerar que la aplicación del abono en causa diversa debe algunas limitaciones. Ya se había precisado en los párrafos precedentes, que el abono ha sido regulado en el art. 26° del CP y el art. 348° del CPP chileno. Sin embargo, del tenor literal de dichas normas no se puede advertir una mención expresa del abono en causa diversa, ni tampoco su exclusión, pues tan solo señala que la sentencia condenatoria deberá precisar el día desde la cual deberá de computarse la pena impuesta, debiendo precisarse el tiempo de detención, prisión preventiva que se haya impuesto al condenado. Es decir, la norma antes citada no hace una distinción entre el abono en

una misma causa y en causa diversa. Por ello, la discusión no es nada pacífico la doctrina, consecuentemente tampoco hay uniformidad en la jurisprudencia.

Al respecto, también debemos señalar que un antecedente de este problema se remonta al Código de Procedimiento Penal de 1906, el cual en su artículo 503°, estatuyó una garantía en la determinación de la pena, “(...) *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 art. 74° del Código Penal (...)*” (Carvajal, 2014, pág. 19), lo cual estaba sujeto a la acumulación procesal. Ahora bien, en la práctica judicial no se adoptaba esta garantía, ya que se omitía la acumulación que sí procedía, por lo que posteriormente se sentó a nivel de la jurisprudencia el derecho del condenado a la unificación de penas, en cualquier tiempo (Carvajal, 2014, págs. 19-20). Esta evolución fue la razón para sostener de la regla de acumulación “(...) *el mérito de favorecer el cómputo como abono de privaciones de la libertad sufridas en los procesos efectivamente acumulados, pero también en aquellos no agrupados, pero que debieron acumularse al reunirse los requisitos contemplados al efecto*” (Carvajal, 2014, pág. 20).

Este desarrollo jurisprudencial provocó que el legislador modificara el art. 503 del Código de Procedimiento Penal de Chile de 1906 mediante la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, la misma que incluyó un segundo párrafo al artículo 503, el cual prescribe que en causas acumuladas o en las desacumuladas, la detención o la prisión

preventiva en cualquiera de las causas se abonará para el cómputo de la pena, aun cuando el imputado sea sobreseído o absuelto respecto uno o más delitos que motivaron la privación cautelar de la libertad. Si bien admite el abono en causa diversa, pero ello está sujeto a la posibilidad de una acumulación o des-acumulación de procesos. Es por ello, que a nivel jurisprudencial se ha exigido como un requisito para la procedencia del abono heterogéneo, la posibilidad de acumulación de procesos. Esta postura también fue asumida por la Corte Suprema Chilena al resolver el recurso de apelación de amparo Rol N° 3977-09, en el cual señaló que para acoger la petición del recurrente –efectuar el abono heterogéneo- es necesario que los procesos hayan estado en situación de acumularse, y estando a que no se cumplía dicho requisito la petición fue denegada. Sin embargo, dicha postura ha ido flexibilizándose aún más, so todo en los pronunciamientos más recientes.

Las normas antes mencionadas, nos permiten concluir al igual que Hernán Herrera en el sentido de que las reglas contenidas en ambas normativas no regulan de forma total la institución jurídica del abono, en especial la modalidad heterogénea, por lo que se considera que es un asunto de *lege ferenda*, ya que no tiene una regulación expresa (2018, pág. 10).

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Nuevo CPP y a fin de sustentar la procedencia del abono heterogéneo, se ha recurrido al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante C.O.T.), el cual señala que, para abonar el tiempo de privación de libertad en

otra causa, se requiere que éstas hayan podido tramitarse o juzgarse conjuntamente. Esta disposición legal es continuamente citada en los pronunciamientos de la Corte Suprema con fundamento normativo para esta modalidad de abono, tal como se desprende de la causa Rol N° 5798-09.

Estos pronunciamientos de la Corte Suprema Chilena de exigir como requisito para la procedencia del abono heterogéneo, la posibilidad de que las causas penales estuvieran en condiciones de acumularse o tramitarse conjuntamente, tiene por finalidad limitar la aplicación del abono en causa diversa. En otras palabras, la consecuencia de este requisito es que las causas sean próximas, es decir, entre el hecho que motiva el abono y el proceso en el cual se dictó la medida de coerción que finalmente concluyó con el sobreseimiento o absolución, necesariamente tienen que ser próximos, ello a fin de evitar que el preso preventivo sobreseído o absuelto cometa delitos sin temor estando a que ya tiene a su favor un tiempo de privación de libertad. En ese sentido, la Corte Suprema en la sentencia Rol N° 27.935-14, de fecha 16 de noviembre del 2014, rechazó la solicitud de abono de la privación de la libertad en que fue absuelto en otra donde resultó condenado, en razón a que no había una *relación temporal* entre las causas.

La asunción de esta postura por la Suprema Corte generó un informe de derecho a cargo del profesor Hernández (2009), la misma que fue publicado por la Defensoría Penal Pública, en el cual se criticó la utilización de la regla contenida en el art. 164 del C.O.T., y afirmó

que para la procedencia de abono en causa diversa era suficiente las reglas contenidas en el art. 26 del CP en concordancia con el art. 348 del CPP (pág. 110/116). Al respecto, Ferrera (2018) sostiene que es difícil aceptar el abono heterogéneo a partir del art. 26 del CP chileno, toda vez que esta normativa es anterior al Código de Procedimiento Penal, y es esta última normativa la que regula de manera expresa el abono heterogéneo limitado solo a causas acumuladas o desacumuladas, por lo que la disposición del Código Penal no podría tener un alcance más amplio solo por haberse derogado el Código de Procedimiento Penal de 1906 al promulgarse el Código Procesal Penal del 2000 (pág. 18).

Por su parte, Guzmán sostiene, en primer lugar, que a su consideración el artículo 26 del CP y 348 del CPP tienen una fuerza expansiva, de tal manera que permiten considerar en el abono las medidas cautelares decretado en la misma causa en que se condena, así como también aquellas que provienen de causas distintas en que el imputado hubiese sido sobreseído o absuelto definitivamente. En segundo lugar, este tipo de abono solo tendría dos limitaciones: i) el cómputo solo puede hacerse una vez, y ii) el abono solo procede respecto de aquellas medidas adoptadas después del hecho que las motivó definitivamente (Guzman, 2009, pág. 396). El fundamento de esta limitación estriba en evitar que el preso preventivo que fue sobreseído o absuelto, vuelva a delinquir sin temor a la consecuencia de la pena a aplicarse, estando que tiene conocimiento a su favor un tiempo de prisión preventiva.

Finalmente, es importante precisar, que hay un gran número de sentencias, especialmente los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema Chilena, en las cuales ha ido flexibilizando el requisito de la *posibilidad de que las causas penales estuvieran en condiciones de acumularse o tramitarse conjuntamente* como presupuesto del abono heterogéneo, con esto se ha ido apartándose de la tesis restringida e inclinándose por la tesis amplia.

- **Tesis amplia del abono en causa diversa**

En cuanto a la tesis amplia del abono heterogéneo, los defensores de esta posición consideran que la aplicación del abono heterogéneo se debe efectuar sin limitaciones de ningún tipo, pues la normativa penal material y procesal no ha establecido algún tipo de limitación. Por ello, rechazan aquellas interpretaciones que la jurisprudencia y algún sector de la doctrina tratan de desglosar a partir de la normativa vigente.

El autor que con mayor vehemencia defiende esta posición, es el jurista Hernández Basualto, quien al analizar el Código Penal, sostiene que *“Más allá de este límite obvio implícito, la letra del art. 26° CP, no ofrece absolutamente ninguna base, para no abonar a la condena una privación previa de libertad sufrida en otro procedimiento”* (2009, pág. 3). Es decir, el autor considera que debe abonarse toda privación previa de libertad a la condena, sin ninguna limitación, máxime si la norma penal no señala expresamente alguna restricción. La única limitación implícita estriba en que el tiempo de cumplimiento de pena, no puede ser abonado en otra causa penal, esto por ovias razones.



En igual sentido, se pronuncia el jurista Beltrán (2019), quien sostiene que el abono “(...) siempre debe considerarse como un *quid obligatorio en favor del imputado y no como una cuestión de mera indulgencia (...)*” (pág. 527), es decir, el abono es de carácter imperativo para el juez, y esto no deriva de “(...) *la supuesta dimensión cronológica-temporal que inexactamente reclama la jurisprudencia, sino porque lo demanda la relación de horizontalidad en la cual se encuentran los derechos del imputado en relación con el ejercicio del ius puniendi estatal” procesal*” (pág. 527). Como se puede advertir, el autor rechaza la *temporalidad* entre los procesos como requisito para la procedencia del abono heterogéneo, pues ello supone una limitación a su aplicación.

Los defensores de esta tesis consideran que es un error de la Corte Suprema recurrir al art. 164 del C.O.T. para sustentar el abono heterogéneo, toda vez que el art. 26 del CP en concordancia con el art. 348 del CPP proporcionan suficiente base normativa para sustentar la procedencia del abono sin ningún tipo de limitación temporal. Por ello, rechazan los criterios de “proximidad temporal” o “tramitación conjunta” o posibilidad de “acumulación” entre los procesos, que había sido exigido la Corte Suprema. Más aún si se tiene en consideración el tenor literal de la norma penal y procesal que no prevén dichas limitaciones. En se sentido, Hernández afirma que:

(...) de lo dispuesto en los arts. 26 CP y 348 CPP se sigue que no existe obstáculo legal alguno en el derecho chileno para abonar a una condena en tiempo de privación de libertad sufrido en una

causa diferente, aunque entre éstas no haya existido ningún vínculo y no hayan tampoco coincidido en el tiempo (2009, pág. 120).

Finalmente, esta tesis tiene predominancia en las últimas sentencias de la Suprema Corte, toda vez que está admitiendo la procedencia del abono en causa diversa sin mediar la proximidad entre los procesos. Esto evidencia el proceso evolutivo que ha tenido el criterio de la Corte, toda vez que en sus inicios se exigía que las causas fueran acumuladas o desacumuladas (al menos normativamente), luego se apartó de dicho criterio pues en la mayoría de los casos en que solicitaba el abono no eran casos acumulados o des-acumulados, por lo que se varió por el criterio de la posibilidad de tramitación conjunta o proximidad entre los procesos. Y finalmente este requisito de la posibilidad de tramitación conjunta ha sido más flexibilizado, ello con la finalidad de permitir la aplicación plena del abono heterogéneo.

### **c. Argentina**

#### **1. Generalidad**

La legislación argentina, también ha regulado de modo general el abono de las medidas cautelares personales a la pena y en especial el abono de la prisión preventiva en el cumplimiento de la pena, es así que el Código Penal de 1921, prescribe en su artículo 24 que “*La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase (...)*”.

La norma citada va en consonancia con la doctrina contemporánea, sobre la institución jurídica del abono (detención, prisión preventiva y detención domiciliaria) a la pena. Además, ha fijado la proporción en que debe computarse la prisión preventiva con la pena impuesta, así también ha fijado la proporción en que debe computarse en caso de la pena sea de inhabilitación o multa.

Ahora bien, al igual que en la legislación Chilena el Código Penal argentino, no hace mención expresa al abono en causa diversa de la prisión preventiva, y esto ha traído como consecuencia que muchos órganos jurisdiccionales denieguen su aplicación. El argumento que se esboza a efectos de denegar la procedencia del abono heterogéneo, es que ella no tendría una regulación expresa en el ordenamiento jurídico y que solo habría regulado el abono homogéneo.

## **2. Abono en causa heterogéneo en la jurisprudencia**

Si bien la legislación penal no hace un reconocimiento expreso al abono en causa diversa, sin embargo poco a poco la jurisprudencia ha ido inclinándose a favor de la aplicación de esta modalidad de abono, especialmente los pronunciamientos de la Corte Suprema argentina, la misma que ha sido muy claro y contundente en sostener que si bien es cierto la figura del abono heterogéneo no tiene una regulación expresa, sin embargo a partir de la interpretación de las normas internas (Código Penal art. 24°, CPP art. 477°) en concordancia con las normas supranacionales de derechos humanos, si resulta posible sostener la aplicación del abono heterogéneo. Este fue uno de los argumentos esbozados por la Suprema Corte en el Exp. N° 67.727 (sumillada

“Ojeda Villalba, Oscar s/recurso de Casación”) y el Exp. N° 56138 (sumillada “Saldías, Fernando Ariel s/Habeas Corpus”). En estos pronunciamientos se tuvo en cuenta fundamentalmente el derecho a la reparación, previsto en los instrumentos internacionales, como fundamento del abono heterogéneo.

Efectivamente, los jueces parten de la premisa de que si bien la absolución o el sobreseimiento del preso preventivo no torna en ilegítima la medida de prisión preventiva, ya que ésta fue impuesta cumpliendo los parámetros legales, no obstante, también es evidente el daño causado al imputado. Por tanto, no se puede pretender que el afectado con una medida tan gravosa se conforme con haber sido sobreseído o absuelto, sino se tiene que reconocer el abono heterogéneo como una forma de compensación.

Asimismo, se advierte que el criterio asumido por la Corte Suprema de Argentina, también es seguido por las instancias jurisdiccionales de menor rango, tal es el caso del Juez de Ejecución Penal de Trelew, al conocer el Exp. N° 506-2008, en la que uno de los extremos del pedido del recurrente, fue que se abone a la condena que estaba cumpliendo el periodo de prisión preventiva que había sufrido en la causa 2159 del año 2002, y en la causa 871, que concluyeron con un sobreseimiento. Ante dicho pedido, el juez señaló que “(...) *el sujeto sometido a proceso penal, tiene derecho, en este caso puntual, a que las detenciones sufridas jueguen a su favor en atención a la existencia de sentencias absolutorias*” (Causa seguida contra Álvarez Mario Daniel y otros, 2008, págs. 1-3).

En esa línea, el Tribunal Oral Criminal 1 de Necochea refiere que si bien es imposible devolverle al afectado el tiempo vivencial permanecido en prisión preventiva, sin embargo, si resulta posible compensarlo dicho periodo de tiempo en otra causa penal en la que resulte condenado (Causa seguida contra Lucas Damián Villafañe, 2013, págs. 3-4).

### **3. Posturas respecto al abono en causa diversa**

Si bien, es cierto, que tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina se inclinan a favor del abono en causa diversa. Sin embargo, aún no se ha llegado a un consenso respecto a la delimitación en la aplicación del abono, es decir, respecto a los supuestos de aplicación, así como sus limitaciones. Este problema está latente en Argentina y es objeto de arduo debate tal como sucede en Chile.

Los problemas respecto a la aplicación del abono surgen debido a que esta institución no está adecuadamente regulada en la legislación penal. Ante la falta de una regla específica que delimite la aplicación del abono heterogéneo, la jurisprudencia ha intentado establecer dichas delimitaciones. Sin embargo, los pronunciamientos de los tribunales no han sido uniforme respecto al establecimiento de las limitaciones al abono, con lo cual ha generado dos posiciones claramente opuestas: i) tesis amplia del abono en causa diversa, y, ii) tesis restringida del abono en causa diversa. A continuación, desarrollaremos cada una de ellas:

- **Tesis amplia del abono heterogéneo**

En sendas jurisprudencias emitidas por los órganos jurisdiccionales de argentina, se ha esgrimida la tesis de que el abono en causa diversa debe ser aplicado sin limitación alguna, es decir, sin establecerse el requisito de proximidad entre los procesos, la posibilidad de acumulación. En otras palabras, la privación cautelar de la libertad sufrida en aquel proceso que concluyó con el sobreseimiento o la absolución, debe de ser abonado a otra causa penal (condena), aun cuando entre ambos procesos medie varios años.

Esta posición pretende que la aplicación del abono heterogéneo se realice sin limitación vinculada a la temporalidad entre los procesos, es decir, no debe exigirse la posibilidad de unificación de los procesos, ni cierta posibilidad de acumulación, sino simplemente que exista una privación de libertad (prisión preventiva) dispuesta en el proceso penal, que haya concluido con el sobreseimiento o la absolución del imputado, por lo que una vez verificado dicha situación y habiendo una condena dispuesta en otro proceso penal, a ésta condena debe abonarse aquella prisión preventiva.

Se cuestiona a esta posición, toda vez que, en caso de no establecerse limitaciones respecto a la aplicación del abono en causa diversa, ello generará la creación de una suerte de cheque en blanco a favor de la delincuencia, toda vez que el preso preventivo absuelto o sobreseído no tendrá miedo a cometer un nuevo delito, por cuanto sabe que, en caso de ser descubierto y condenado, se le compensará con aquel tiempo de prisión preventiva que ya ha sufrido anteriormente.

- **Tesis restringida del abono en causa diversa**

Cierta jurisprudencia se ha pronunciado a favor del abono heterogéneo de la prisión preventiva, pero sujeto a ciertas limitaciones referidas a la temporalidad entre los delitos cometidos, e incluso algunos consideran que los delitos sean en concurso real. Esta limitación tiene por finalidad la prevención de delitos y seguridad pública, pues tiende a evitar que los presos preventivos absueltos o sobreseídos cometan nuevos delitos sin temor a las conminaciones penales. Si no se fijara una limitación de esta naturaleza, se estaría creando lo que la doctrina española ha denominado un “cheque en blanco” “un crédito” a favor para cometer delitos, siendo por ello, que el Código Penal español establece una limitación temporal al abono en causa diversa.

Si bien la jurisprudencia se inclina a favor del abono en causa diversa, sin embargo, no hay uniformidad en cuanto a la amplitud o extensión de su aplicación. Es cierto existe vasta jurisprudencia que admite el abono heterogéneo sin limitación temporal y sin las exigencias de concurso real de delitos, sin embargo, también hay ciertos pronunciamientos se inclinan por fijar ciertas limitaciones. En primer lugar, estas limitaciones están referidas a la temporalidad o cercanía (coetáneos) en la tramitación de los procesos, y segundo, que sean en concurso real. Esta exigencia obedece a que solo así sería posible una acumulación o la unificación de condenas, y con ello el abono de las medidas cautelares sufridas en los diversos procesos. Es por esta razón que la jurisprudencia entiende que la posibilidad de acumulación o

unificación de penas es el requisito para la procedencia del abono heterogéneo, de ahí que, aunque no se hayan acumulado los procesos, ni unificados las penas por diversas razones, ya sea porque respecto de los otros procesos se haya sobreseído o absuelto al acusado, ello no impedirá el abono correspondiente del tiempo de prisión preventiva sufrida en cualquiera de los procesos penales.

Por tanto, cuando no hay una proximidad temporal (coetánea) en la tramitación de los procesos, ni concurso real entre los delitos, no es posible la acumulación de procesos ni unificación de penas, por consiguiente, no es posible abonar en causa diversa el tiempo de prisión preventiva que haya sufrido el imputado en aquel proceso (que concluyó con el sobreseimiento o absolución). Esta posición pretende establecer ciertas limitaciones a la aplicación del abono, y con ello pretende evitar el denominado “Crédito” a favor del absuelto o sobreseído, ya que de lo contrario el imputado podría cometer delitos con sentimiento de impunidad. Este criterio se ve plasmado en recientes pronunciamientos de la Suprema Corte.

#### ***2.2.4. El abono de la prisión preventiva en el cumplimiento de la pena en el Perú***

##### ***2.2.5.1. Generalidades***

El abono de las medidas de coerción personal en general y de la medida de prisión preventiva en particular, ha sido recogido en el art. 47° del CP de 1991, asimismo de la revisión del CPP del 2004 se advierte que la figura del abono ha sido recogida en el art. 399.1 y 490.2. Sin embargo, el problema estriba si el ordenamiento jurídico penal vigente contempla o no el abono heterogéneo, o en todo caso, si a la luz de la normativa vigente es posible o no esta modalidad de



abono. Por ello, es menester hacer una revisión de los códigos penales y procesales que ha tenido el Perú a lo largo de su historia.

#### **2.2.5.2. Evolución histórica**

##### **a. Código Penal de 1863**

Con la independencia del Perú en 1821, era necesario contar con leyes que rigieran este naciente Estado, para ello Don José de San Martín dictó algunas disposiciones en materia penal, tales como el Reglamento Provisional de Huaura, y el Estatuto Provisional, el cual dejaba en vigencia las disposiciones españolas compatibles con la libertad e independencia. Por ello, se sostiene con razón que el derecho penal en el Perú luego de la independencia, estuvo conformado por la recopilación de las leyes de indias de 1680 y de manera supletoria se aplicaría el derecho de español, aunque en la práctica se aplicó fundamentalmente la Nueva y Novísima Recopilación, en especial la Séptima Partida (Iñesta, 2005, pág. 1074).

Sin embargo, la legislación española era dispersa y ello dificultaba la correcta aplicación de la ley, por ello se realizaron diversos intentos para codificar la legislación penal, los cuales fracasaron. Recién en el año 1853 durante el gobierno de Ramón Castilla se nombró una comisión para que redactara el proyecto del Código Penal, la misma que estaba conformado por los senadores Gervasio Álvarez, Pablo Cárdenas y Santiago Távara, así como los diputados Carlos Pacheco, Mariano Gómez, Farfán, Manuel Toribio Ureta, Ignacio Novoa y Gregorio Galdós (congreso de 1853). Esta comisión presentó el proyecto del Código Penal en el año 1855, sin embargo, no fue promulgado (Iñesta, 2005, pág. 1076).

Posteriormente se promulgó la Constitución de 1856, la cual prohibía la pena de muerte y desaparecía la figura del jurado, por lo que fue necesario la conformación de una nueva comisión para que revisara el proyecto de 1855 y redactara el Código de Enjuiciamiento Penal. Esta comisión estuvo conformada por José Simeón Tejeda, José Gálvez, Santiago Távora, Ignacio Novoa y Benavides, y Tomas Lama (Convención Nacional de 1857). Esta comisión presentó el proyecto revisado el 20 de mayo de 1859 (Iñesta, 2005, pág. 76).

Luego de la presentación del proyecto antes mencionado se promulgó la Constitución de 1860 en la que se restablecía la pena de muerte, por lo que fue inevitable una nueva comisión para que revisara ambos códigos, la misma que estuvo conformado por Manuel Macedo, José Silva Santisteban, Juan de la Cruz Lizárraga, así como los diputados José María Pérez, Epifanio Serpa, Isaac Suero y Evaristo Gómez Sánchez (Congreso de 1861) (Seoane, 1907, pág. 3). Finalmente, ambos códigos (Código Penal y el Código de Enjuiciamientos en Material Criminal) fueron promulgados el 1 de marzo de 1863.

Ahora bien, en cuanto a la materia objeto de la presente investigación, esto es, respecto al abono de la prisión preventiva a la pena, pues de la revisión del código advertimos que no ha regulado dicha institución jurídica. De ahí que el artículo 25 tan solo señala que “*No se reputa pena la detención ni la prisión de los reos durante el juicio (...)*”. Efectivamente, la detención y prisión preventiva son medidas cautelares de carácter personal, por consiguiente, no pueden considerarse pena. Sin embargo, no hace referencia la figura del abono.

Por tanto, el legislador del CP de 1863 no tuvo en cuenta la figura del abono de la prisión preventiva. Sin embargo, lo interesante de este código es que en su artículo 31 prescribe “*En caso de duda sobre el modo de computar la duración de la pena, se resolverá en favor del reo*”. Esta norma es bastante garantista y acoge el principio de in dubio pro reo, por lo que, en caso de presentarse dudas en cuanto al modo de computar la pena, siempre debe fallarse en el sentido más favorable al imputado. Esta norma tiene especial relevancia, sobre todo cuando la normatividad penal no regula de modo expreso el abono.

Este vacío normativo en cuanto al abono del tiempo de detención o prisión preventiva fue suplido mediante una Ley del 21 de diciembre de 1878, la cual introdujo una modificación al Código de Enjuiciamiento Penal (Seoane, 1907, pág. 26). Esta Ley en su artículo 4 prescribe que “*El retardo que hubiese en el tiempo de la detención y prisión, se computará, en todo ó en parte, á juicio del Juez, en el de la pena que se imponga, cuando la demora no provenga de culpa ó malicia del reo*” (pág. 26). Del tener literal de la norma se puede colegir la regulación de la figura del abono de las medidas cautelares (detención y prisión preventiva) a la pena. Sin duda, el art. 4 de esta norma complementa el art. 25 del CP en el sentido de que, si bien la detención y prisión no constituyen una pena, no obstante, deberá considerarse dichas medidas en la extensión de la pena impuesta. Aunado a ello, dichas normas son complementadas con el art. 31 del CP.

La dación de esta Ley obedece a la práctica jurisprudencial y a la necesidad imperante de descontar de la pena impuesta, el tiempo que el condenado ya había estado bajo la medida de detención y prisión durante la

tramitación de la causa. Sin embargo, la aplicación de dicho abono al cumplimiento de la pena, era una facultad discrecional del juez (a su juicio decidía si se debía abono o no la detención o prisión), conforme así lo disponía expresamente el artículo 4 de la ley en mención. En otras palabras, el abono no era una prerrogativa del imputado y por consiguiente no era obligatorio, sino facultativo.

Para abonar el tiempo de detención o prisión el juez tenía que verificar que la demora en la tramitación de la causa no sea por culpa o malicia del imputado, pues si a su juicio consideraba que el preso preventivo había actuado con malicia o culpa, entonces, disponía no abonar el tiempo de detención o prisión a la condena impuesta, lo que implica que el condenado tenía que purgar la totalidad de la pena nuevamente.

Efectivamente la citada Ley importa un gran avance para la época en cuanto a la regulación de la institución jurídica del abono, sin embargo, al igual que muchos códigos de la época aún mantenía la idea de que el abono era una cuestión de equidad y por consiguiente le otorgaba al juez una amplia discrecionalidad para decidir (a su juicio) abonar o no la detención y prisión preventiva a la pena.

Por último, el código en comento no hace mención a la posibilidad de abonar la detención o prisión a una pena distinta a la pena privativa de la libertad -piénsese a la pena de multa-, así tampoco reguló el abono en causa diversa.

#### **b. Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1863**

Este código reglamentaba la detención y prisión preventiva desde el artículo 70° al 76°, estableciendo los supuestos en los que debía de procederse

a la detención y a la imposición de la prisión provisional. Sin embargo, no hacen una ninguna mención al abono del tiempo de detención o prisión. De la misma forma, el artículo 108 del código respecto a la sentencia tampoco precisa si en la sentencia debe descontarse la detención o prisión preventiva, tan solo señala que èsta debe estar motivada. Sin embargo, este vacío normativo fue suplido mediante la Ley del 21 de diciembre de 1878, la cual introdujo una modificación al Código de Enjuiciamiento Penal (Seoane, 1907, pág. 26). Esta Ley en su artículo 4 estableció que la detención y prisión que hubiera sufrido el reo en el itinerario de la causa se abonará a la pena. Aunado a ello, se debe tener en cuenta el art. 31 del CP en virtual del cual en caso de duda respecto al modo de computar la detención debe resolverse en el sentido más favorable al reo.

### **c. Código de Procedimientos en materia criminal de 1920**

Este código fue promulgado con fecha 02/01/1920, aprobado mediante la Ley 4019. Este corpus juris ha previsto la figura del abono en el art. 265, cuyo tenor literal prescribe que *“En la pena de prisión, se descontará forzosamente la carcelería sufrida”* (Calle, 1920, pág. 116). Efectivamente, esta disposición es más humano en comparación con sus predecesoras, por cuanto establece que la carcelería (detención y prisión) forzosamente se abona a la pena de prisión, es decir, el abono deviene en obligatorio. Hay un cambio trascendental en relación al código de 1863, por cuanto el abono ya no es una facultad discrecional del juez, sino una obligación. En otras palabras, el abono es concebido como una verdadera prerrogativa del imputado y en consecuencia un deber para el juez.

Finalmente, es menester señalar que esta evolución normativa en cuanto a la regulación del abono, fue de suma relevancia y significó un gran avance para la época, sin embargo, la misma aun no era completa, por cuanto solo prevé el abono de la carcelería a la pena de prisión, con lo cual se excluye el abono de la medida cautelar a otro tipo de penas. Asimismo, tampoco reguló el abono heterogéneo.

#### **d. Código Penal de 1924**

Este cuerpo normativo al igual que sus predecesoras de 1863 y la de 1920, también reguló la institución jurídica objeto de estudio (abono) en su artículo 49°, el cual prescribe que *“La detención sufrida antes de dictarse la sentencia, podrá ser deducida de la duración total de la pena privativa de libertad”*. Considero que aquí hay retroceso en la regulación del abono, por cuanto la disposición normativa utiliza el término “podrá” lo que implica que el abono es una faculta discrecional del juez, puesto que en ciertos casos podía decidir no abonar la detención (entiéndase prisión preventiva) para la eficacia de la observancia de la pena. La diferencia con el código anterior es manifiesta, dado que aquel estatúa que la carcelería se abonaba **forzosamente** a la pena de prisión, pero ahora el C.P. de 1924 establece que se **“podrá”**, lo que denota el carácter facultativo del abono.

Ahora bien, pese al carácter facultativa del abono, la jurisprudencia de aquel entonces se inclinaba por el criterio de que toda detención preventiva sufrida por el imputado debía abonarse a la pena (obligatorio), aun cuando el imputado no había colaborado en la investigación, lo cual resulta ser coherente con el sistema acusatorio (el fiscal es quien investiga y a éste le corresponde la carga probatoria, y el investigado no tiene porqué colaborar

con aquel). En ese sentido, la jurisprudencia de aquella época sostenía que “No es causal agravante para no descontar el tiempo de detención sufrida por el procesado, su falta de sinceridad y el haberse aprovechado del producto del robo R. de T. 1937, pág. 161” (Guzman F. , 1940, pág. 525). Asimismo, refiere que “Al condenarse al reo que fugó de la prisión, debe descontarse todo el tiempo de la detención sufrida.- R. T. 1939, pág. 248” (pág. 525).

Es importante precisar que este código tuvo el mérito del ampliar el abono a otros tipos de pena distinto a la de prisión. Es así que el segundo párrafo del art. 49º establecía que en el supuesto de que el afectado con la prisión preventiva sea condenado a una pena de multa, entonces, el tiempo de prisión podía ser abonada a la pena de multa, debiendo observarse las equivalencias establecidas en el art. 21 del mismo cuerpo normativo.

En cuanto a la naturaleza de la detención, el último párrafo del art.49 del Código Penal de 1924 señala que “*No se considerará pena la detención durante el proceso, sí, respecto del sujeto que la haya sufrido, se pronuncia auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria*”. Definitivamente, la detención no es una pena, sino una medida cautelar de carácter personal. Sin embargo, lo que causa cierta duda u oscuridad es cuando señala que la detención no será considerada “pena” cuando se emita un “auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria”. Pues bien, como sabemos, la detención seguirá siendo de naturaleza cautelar, aunque la sentencia sea condenatoria o absolutoria, por ello considero que la técnica legislativa utilizada en dicha norma adolece de defectos de redacción. O tal vez el codificador del CP de 1924, al hacer la precisión de que la detención durante el proceso, no se consideraba pena en caso de *sobreseimiento o sentencia*

*absolutoria*, trataba de impedir que la detención sea abonada a la pena impuesta en causa diversa. Al respecto, se ha pronunciado la ejecutoria del 6 de junio de 1946, el cual señala que “*No es descontable el tiempo de detención sufrida por un reo en proceso distinto al que es materia de condena*” (Espino, 1956, pág. 75). De ahí, que es evidente que la jurisprudencia de la época al amparo del CP de 1924, excluía el abono en causa diversa.

A modo de conclusión, se colige que el Código Penal de 1924, de un lado, si bien se reconoce el abono (homogéneo) de prisión preventiva en la observancia de la pena, sin embargo, existe un retroceso al considerarlo como una facultad discrecional del Juez. De otro lado, el tiempo de detención también podía abonarse a la pena de multa.

#### **e. Código de Procedimientos Penales de 1940**

Este corpus juris no reguló de manera expresa la institución jurídica objeto de análisis, por cuanto el art. 285 del CPP al referirse a la sentencia condenatoria, tan solo señala que se debe precisar la fecha en que empieza a computarse la pena principal, así como su fecha de vencimiento, pero no hace mención si la detención se debe abonar a dicha pena. Sin embargo, dicha disposición se debe interpretar en concordancia con el art. 49 del CP de 1924, por lo que el tiempo de detención se debe abonar a la pena.

#### **f. Código Penal de 1991**

Este código representa un gran avance en cuanto a la regulación de la institución jurídica del abono, por cuanto ya no es una potestad discrecional del juez, sino que es una **obligación de la judicatura** abonar todo el tiempo que el imputado ha estado bajo la medida cautelar personal (detención, prisión



preventiva y detención domiciliaria) durante el desarrollo del proceso previo a la condena.

La comisión revisora del proyecto del CP de 1991, en la exposición de motivos señaló que era una verdadera innovación de este código es respecto a la forma como debe abonarse el tiempo de detención preventiva a la pena privativa de libertad efectiva, por cuanto a comparación con el CP de 1924 que lo consideraba facultativo, ahora el abono se considera de carácter obligatorio. Esto se puede advertir del tenor literal del art. 47 del CP, la misma que prescribe que el tiempo de detención se abonará al cumplimiento de la condena, es decir, el abono deviene en imperativo para el juez y no una facultad discrecional.

Efectivamente, la privación cautelar de la libertad que haya sufrido el imputado necesariamente tiene que abonarse para el cumplimiento de la pena, pues ello es una consecuencia necesaria de la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado. Si bien es cierto, la prisión preventiva no es una pena, no obstante, los efectos que irroga la misma son los mismos que de la pena (encierro en un establecimiento penitenciario), de ahí que resulta imperativo su cómputo a la pena.

El CP también ha previsto el método para hacer el cómputo de las medidas cautelares a la pena, y ha precisado que el abono será a razón de un día de detención por cada día de pena privativa de libertad, y en caso de que la pena sea de multa, el cómputo será a razón de un día de detención por dos días de multa o limitativa de derechos.

Ahora bien, el código no hace una mención expresa al cómputo de la detención domiciliaria a la pena, ante lo cual los tribunales interpretaron el concepto de “detención” en sentido amplio, de tal manera que comprenda sus diversas modalidades (preliminar, preventiva y domiciliaria). Sin embargo, el problema radicaba respecto a la proporción en que debía abonarse la detención domiciliaria, por ello el legislador consideró necesario suplir el vacío normativo mediante la Ley N° 28568 de fecha 08/06/2005, el cual modificó el art. 47 del CP. Luego de la modificación, dicho artículo prescribía que la detención en sus diversas modalidades (preliminar, preventiva y domiciliaria) debía abocarse a la pena a razón de un día de éstas por un día de pena privativa de libertad. De esta manera se equiparó las tres modalidades de detención, pese al diferente grado de afectación a la libertad, y ello fue lo que motivó la demanda de inconstitucionalidad.

La demanda fue interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso, siendo tramitada bajo el Exp. 019-2005-PI/TC. El supremo interprete de la Constitución señaló que la detención domiciliaria y la prisión preventiva son dos instituciones procesales sustancialmente diferentes, por cuanto el grado de afectación son de diferentes intensidades, ya que la detención domiciliaria genera una menor afectación psicológica en comparación con el internamiento en un establecimiento penitenciario, además el vínculo familiar y amical no se rompe (2005, pág. 10). Sin embargo, pese a esa diferencia notable, la Ley impugnada le dio igual trato, por ello, el Tribunal Constitucional considera que este tratamiento igualitario, es patentemente irrazonable y contrario a su jurisprudencia, además afecta al principio de igualdad, por cuanto le da un trato igualitario a dos instituciones

jurídicas diferentes, sin una justificación objetiva que la respalde (págs. 12-13). Por ello, la Ley deviene en inconstitucional en el extremo referido cómputo de detención domiciliaria a razón de un día de éstas por un día de pena privativa de libertad efectiva (2005, págs. 20-21).

De otra parte, mediante la Ley N° 28577 de fecha 09/07/2005 se restableció la redacción primigenia del art. 47 del CP, el cual como ya hemos mencionado en los párrafos precedentes no precisa cómo debe ser abonado la detención domiciliaria a la pena. Al respecto, el Dr. Caro Coria (2005) estima que una regla coherente con el segundo párrafo del art. 47 es considerar que al menos dos días de detención domiciliaria sean abonados por un día de pena privativa de la libertad (pág. 12), de este modo se evitaría equiparar con la prisión preventiva. Este criterio también es asumido por Espinoza (2005) cuando sostiene que una fórmula razonable es aquella propuesta por Caro Coria (pág. 12). Siguiendo este criterio, Salinas de García plantea reformar el art. 47 del CP, a fin de incorporar una disposición que establezca el abono con las equivalencias ya señaladas (2017, pág. 94). Sin embargo, aún no se ha producido la *lege ferenda* solicitada

Respecto a este punto, la Corte Suprema en la causa recaída en el Exp. N.º 1611-2018-Lima, señaló que el art. 47 no hace distinción a los tipos de detención (preliminar, preventiva, domiciliaria), por lo que el abono ha de realizarse a razón de un día detención por un día de pena privativa de la libertad. Sumado a ello, el art. 399 del CPP otorga un tratamiento equiparable a los diversos tipos de detención. Por tanto, concluye que el abono de la detención domiciliaria debe realizarse con las equivalencias ya mencionadas (2018, pág. 5/6). Al respecto, cabe hacer algunas objeciones, en primer lugar,

desconoce la Sentencia del TC recaída en el Exp. 019-2005-PI/TC, respecto el abono de la detención domiciliaria. En segundo lugar, si bien el TC en la sentencia recaída en el EXP. N° 6201-2007-PHC/TC (caso Moisés Wolfenson Woloch) señala que la detención domiciliaria debe ser abonada a la pena, sin embargo, no fijó una fórmula aritmética estando a que ello es competencia del Congreso de la República, la misma que deberá establecer dicha fórmula teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad.

Finalmente, en dicha fórmula también se deberá prever cuando la detención tenga que abonarse a una pena distinta a la de prisión (ejemplo: pena de inhabilitación, etc.). sobre este extremo, la mayor parte de la doctrina considera que la detención debe abonarse a razón de un día de detención domiciliaria por dos días de multa o limitativa de derechos. Discrepo de dicho criterio, por estimar que la afectación de la libertad en mérito a la detención es menor que la prisión preventiva, por lo que, si este último es abonado a razón de un día de prisión preventiva por dos días de multa o limitativa de derechos, entonces, en aplicación al principio de razonabilidad y proporcionalidad, la detención domiciliaria debe ser abonada a razón de un día de esta medida por un día de multa o limitativa de derechos.

#### **g. Código Procesal Penal del 2004 (CPP)**

Este código ha seguido la línea del Código Penal de 1991, en cuanto a la regulación del abono de la detención a la condena, pero lo ha tipificado con una mejor técnica y de modo amplio. En tal sentido, el inciso 1 del art. 399° del CPP al referirse a la sentencia condenatoria, estipula que para los efectos del cómputo de la pena se deberá abonar, si fuera el caso, la detención, prisión preventiva y detención domiciliaria. Así también se deberá abonar a la pena,

el tiempo de detención a consecuencia del proceso de extradición. Asimismo, se desprende la norma antes mencionada el carácter imperativo del abono.

El abono de la prisión preventiva resulta una obligación ineludible dentro del Estado Constitucional, pues no se puede negar que el preso preventivo ha sufrido una privación de la libertad similar a la pena privativa de libertad efectiva, por tanto, esa afectación anticipada que se le impone al investigado tiene que ser abonado a la pena, lo cual es una consecuencia de la relación de horizontalidad en el que se encuentra los derechos del imputado en relación al ejercicio del jus puniendi del Estado.

El CPP del 2004 a diferencia del código del 1940 e incluso el CP de 1991, tiene una orientación más garantista de los derechos del imputado, ello en consonancia con el Estado Constitucional de Derecho y con el sistema acusatorio. Es por ello, en cuanto a figura postulada, tiene una mayor precisión y amplitud. Sin embargo, este código tampoco ha establecido una fórmula matemática para computar las medidas cautelares personales a la pena, por lo que necesariamente se tiene que recurrir a una interpretación en concordancia con el art. 47° del CP, con el vacío y las deficiencias que la misma presenta. En esa línea se pronuncia el art. 490.2 del CPP.

Por último, el inciso 3° del artículo 490° del CPP, es suma de importancia por cuanto establece que el cómputo de la pena, será reformable incluso de oficio, si se acredita un error o cuando nuevas circunstancias lo tornen necesario. Efectivamente, siendo que el cómputo de la pena incide en su extensión, resulta razonable que el legislador haya otorgado la facultad al juez de ejecución para que pueda reformar la pena cuando haya error en su

cómputo o se presentan otras circunstancias que lo justifiquen. Esto calza perfectamente con el abono heterogéneo.

### ***2.2.5.3. El abono en causa diversa de la prisión preventiva en el Perú***

De la revisión de los diversos códigos se ha podido advertir la evolución histórica que ha tenido el abono de medidas cautelares para efectos del cumplimiento de la pena. Ahora bien, corresponde analizar si el abono heterogéneo o en causa diversa está regulado o no en nuestro ordenamiento jurídico penal.

El texto original del Código Penal de 1863 no reguló ni siquiera el abono homogéneo, por ende, tampoco estaba regulado el abono en causa diversa. Posteriormente con la promulgación de la Ley del 21 de diciembre de 1878 (modificó al código adjetivo), se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico penal el abono de la prisión preventiva a la pena, el cual era de carácter facultativo. Además, esta ley no prevé el abono en causa diversa, sino solo el abono homogéneo.

Posteriormente, el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 reguló el abono en el artículo 265°, cuyo tenor literal prescribe que **“En la pena de prisión, se descontará forzosamente la carcelería sufrida”**. Efectivamente, este código marca un hito histórico al prever el abono de la carcelería a la pena como obligatorio, con lo cual se aparta del carácter facultativo del abono. Sin embargo, esta disposición tampoco regulaba de modo completo y amplio el abono, por cuanto esta solo podía efectuarse a la pena de prisión. Luego, el CP de 1924 también reguló la figura del abono, sin embargo, se dio un retroceso al establecer el abono de carácter facultativo, quedando a discrecionalidad del juez su cómputo o no. Tampoco reguló el abono en causa diversa.

La situación ha cambiado notablemente con el CP de 1991, el cual se inserta dentro de lo que podemos catalogar como un derecho penal garantista, en el cual los derechos del imputado se encuentran en una relación de horizontalidad con el ejercicio del *jus puniendi* del Estado, esto es, en una relación jurídico-penal entre el imputado-Estado, lo cual autoriza la intervención del Estado en los derechos del imputado, en especial en la libertad, siempre sujeto al principio de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. De otro lado, esa misma relación jurídico-penal obliga a reconocer el abono de la prisión preventiva y demás medidas cautelares personales como una verdadera prerrogativa del imputado.

Por tanto, este cuerpo normativo no solo reconoce el abono de la detención -entiéndase en sus diversas modalidades-, sino que se aparta del criterio facultativo del abono y opta por el carácter obligatorio, es decir, el abono es concebido como una verdadera prerrogativa del imputado. Asimismo, ha regulado de un modo amplio el abono.

Ahora bien, en cuanto al **abono heterogéneo** como hemos podido advertir no ha sido regulado en los códigos anteriores al de 1991, por lo que corresponde analizar si el vigente cuerpo normativo ha regulado o no el abono en causa diversa. De la revisión del artículo 47° del CP, éste no hace mención expresa al abono en causa diversa, solo señala que el tiempo de detención se descontará de la pena impuesta. En igual sentido, pero con una mejor técnica se pronuncia el CPP del 2004 en los artículos 399.1 y 490.2, pero no hace mención expresa al abono en causa diversa.

Este silencio de la normativa penal y procesal penal respecto al abono en causa diversa ha generado en el Perú al igual que en otras legislaciones vecinas

como Chile y Argentina, el debate respecto a su procedencia o no. Muchos de los juristas y también muchos pronunciamientos judiciales de dichos países, se han inclinado a favor de esta modalidad de abono, señalando que si bien la normativa penal no hace mención expresa, pero tampoco lo excluye. Además, estando que la disposición es genérica (amplia), resulta factible una interpretación extensiva a efectos de englobar dentro de su alcance también al abono heterogéneo.

En el Perú también algunos juristas se han pronunciado a favor del abono en causa diversa, así tenemos al Dr. Gonzalo del Río, quién sostiene que si bien el CP no hace mención expresa al abono heterogéneo, también es verdad que no lo excluye, por tanto teniendo en consideración que el artículo 47° que prevé el abono de la prisión preventiva en el cómputo de la pena privativa de libertad, es factible que ésta disposición sea interpretado en sentido amplio a efectos de permitir el abono en causa diversa. En esa misma línea, Espinoza Goyena rotula que el art. 47° del CP, si bien no contiene una regulación en torno al abono en causa diversa, sin embargo, tampoco lo prohíbe, por lo que es viable una interpretación a favor de la procedencia del abono en causa diversa.

Ahora bien, respecto a este tema hay pocos pronunciamientos jurisdiccionales en nuestro país, quizá ello se debe a que es un tema poco conocido para los operadores del derecho (abogados, fiscales y jueces). Por ello, tenemos que recurrir a la exposición de motivos del CP, del cual se advierte que la comisión revisora del proyecto propuso una verdadera innovación al considerar que la detención debe ser abonada a la pena de manera obligatoria. Debiendo observarse en dicho cómputo que un día de detención es equivalente a un día de pena privativa de libertad.



Pero de la exposición de motivos se entiende que ella hace referencia solo al abono homogéneo, mas no al abono en causa diversa o heterogéneo. Si se parte de la premisa que el cambio innovador a la que hace mención la comisión revisora solo está referido al carácter obligatorio del abono, estando a que el CP de 1924 lo consideró como facultativo. Además, cabe mencionar la formula aritmética para computar el abono que también resulta ser una innovación, por cuanto permite evitar arbitrariedad al momento de computar las medidas cautelares a la pena. A parte de esas precisiones, no hay ninguna referencia a la posibilidad de abonar en causa diversa. En otras palabras, el supuesto de hecho que tuvo en consideración el codificador del 1991 al estipular el art. 47 del CP, está referido al abono de la prisión preventiva impuesta en la misma causa en que se emite la condena (abono homogéneo).

Ahora bien, a nivel de la jurisprudencia Constitucional tenemos un caso que llegó a conocimiento del TC (EXP. N° 02699-2007-HC/TC), dado que en la jurisdiccional ordinaria le habían denegado computar el tiempo de prisión preventiva que el imputado había sufrido durante el desarrollo del proceso en el fuero militar. En este caso el imputado fue procesado en la jurisdicción militar y sujeto a prisión preventiva, sin embargo, dicho proceso fue declarado nulo y se dispuso remitir los actuados a fin de que sea juzgado en la jurisdicción civil (fuero común), en ésta última fue condenado, sin embargo, el tribunal se negó abonar a la pena la prisión preventiva adoptada en el fuero militar, pese a que los hechos que sustentaron la medida cautelar fueron los mismos.

Al respecto, el TC señala que no se puede negar el abono de la prisión preventiva que el imputado ha padecido en el fuero militar (pese a que el proceso se haya declarado nulo), pues los hechos que motivaron su imposición fueron

los mismos por los cuales ha sido condenado en el fuero común al cual se pide el abono, más aun si el art. 47° del CP señala que la prisión preventiva se abona a la pena impuesta. Por tanto, declaró fundada la demanda y dispuso que la Sala Penal Superior emita una nueva resolución.

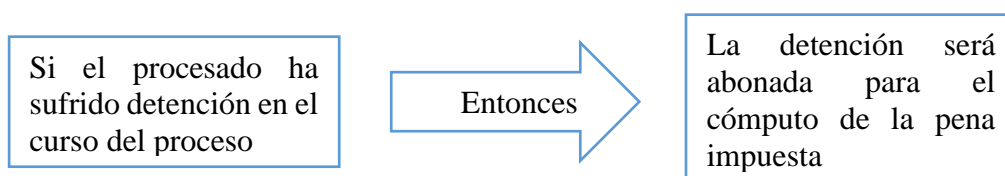
Este pronunciamiento del TC es un gran avance en esta materia, aunque el desarrollo de la institución en la sentencia en mención es muy exiguo, toda vez que no ha desplegado un fundamento sólido respecto al abono heterogéneo de las medidas cautelares. El único fundamento esgrimido para abonar la prisión preventiva fue que los hechos que motivaron la imposición de dicha medida cautelar y por los cuales había sido condenado en la jurisdicción civil eran los mismos, contrario sensu, si los hechos que motivaron la prisión preventiva en el fuero militar hubiesen sido distintos, entonces, no se hubiera abonado dicha prisión preventiva a la condena en el fuero común. Por tanto, el TC solo ha analizado de manera tangencial y ligera sobre algún aspecto de la institución jurídica en estudio, no ha desarrollado su naturaleza jurídica, sus presupuestos, los fundamentos, ni tampoco sus limitaciones.

Ahora bien, tenemos que del tenor literal del art. 47° del CP, así como art. 399.1 y 490.2 del CPP, no aparece una mención expresa al abono en causa diversa de la prisión preventiva, por lo que su regulación, en principio, es una tarea de *lege ferenda* del legislador. Sin embargo, dada la trascendencia de la situación de aquellas personas que pese haber sufrido la prisión preventiva resultan sobreseídos o absueltos, y a la vez, condenados en causa diversa por otro delito, obliga a desplegar esfuerzos encaminados a dar una solución urgente. Por ello, considero que, más allá de la intención que haya tenido el codificador en su momento, lo relevante es descubrir la voluntad de la ley (*ratio legis*), para

luego a partir de ello, esbozar fundamentos sólidos que permitan la aplicación del abono heterogéneo a la luz de la normativa jurídico penal vigente.

En ese sentido, corresponde desentrañar la norma contenida el art. 47° del CP, para luego a partir de ello, reconocer la ratio Legis o el fundamento de dicha norma. Esto nos permitirá formular una norma inexpressa, es decir, nos permitirá construir una norma nueva no prevista primigeniamente.

De la disposición penal, art. 47 del CP, se desprende que la misma contiene la siguiente norma (N1):



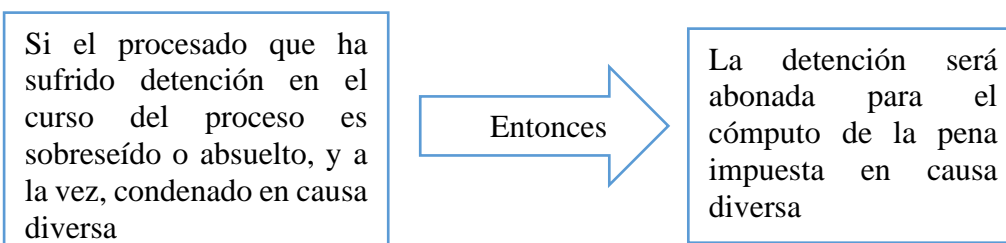
Como se puede advertir, el supuesto de hecho a la que hace referencia la norma es la detención (en sus diversas modalidades: prisión preventiva, detención preliminar, etc.) sufrida por el imputado en el curso del proceso, el mismo que será abonado a la pena impuesta en dicho proceso. Sin embargo, dicha norma no comprende al supuesto del preso preventivo sobreseído y absuelto, y a la vez, condenado en causa diversa.

Ahora bien, habiendo desglosado la norma contenida en el art. 47 del CP, corresponde determinar cuál es el fundamento de dicha norma. La ratio legis del art. 47 del CP emerge de la relación de horizontalidad entre los derechos del imputado y el ejercicio del jus puniendi estatal, del cual se desprende dos consecuencias fundamentales, vinculados entre sí, como los dos lados de una moneda (cara y sello). La primera consecuencia, es que dicha relación es la que le otorga legitimidad al Estado para restringir la libertad del imputado (a través de la imposición de medidas cautelares personales, etc.); la segunda

consecuencia, es que dicho vínculo jurídico-penal obliga al Estado abonar a la pena, todas aquellas privaciones provisionales de la libertad. De esta manera se mantiene el equilibrio de esa relación jurídico horizontal.

Dicho, en otros términos, el art. 47 del CP tiene por finalidad cautelar el equilibrio de la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, de ahí que toda privación provisional de la libertad debe ser abonado a la pena impuesta en la sentencia condenatoria. De esta manera se limita la restricción gratuita de la libertad por parte del Estado.

Ahora bien, el campo de aplicación de la norma contenida en el art. 47 del CP solo está referido al supuesto de hecho (S1) en que el preso preventivo sea condenado en la misma causa, y no comprende al supuesto de hecho (S2) en que el preso preventivo sea sobreseído o absuelto, y a su vez, condenado en causa diversa, este último supuesto de hecho no está regulado. Sin embargo, el supuesto de hecho no regulado es sustancialmente análogo al supuesto de hecho regulado en el art. 47 del CP. Por tanto, atendiendo a la semejanza entre ambos supuestos de hecho, resulta factible vincular la consecuencia jurídica prevista para el supuesto de hecho S1 al supuesto de hecho S2. De esta manera se construye una norma nueva (N2):



Ahora bien, la norma nueva (N2) y (N1) tienen el fundamento, esto es, la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, por lo que, toda privación cautelar de la libertad debe ser abonado a la condena impuesta, ya sea en la

misma causa o en causa diversa. De esta manera, con la construcción de la norma nueva (N2) se integra la laguna jurídica que presentaba el art. 47 del CP penal. El mismo razonamiento es aplicable a la norma contenida en el art. 399.1 del CPP.

Sumado a lo antes expuesto, también se debe tener en consideración los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico peruano, tales como el *principio de que el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, en tales casos debe aplicar los principios generales, especialmente los que inspiran nuestro derecho peruano* (inciso 8 del art. 139 de la Const.). De ahí que, el juez penal al advertir que la norma (N1) contenida en el art. 47 del CP solo comprende al supuesto de hecho (S1) del preso preventivo condenado en la misma causa, no puede denegar administrar justicia alegando de que el supuesto de hecho (S2) referido al preso preventivo absuelto o sobreseído, y a la vez, condenado en causa diversa, no está dentro del campo de aplicación de la norma (N1), sino que tiene el deber de integrar el derecho, debiendo para ello, incluso recurrir a los principios generales. En tal sentido, el juez deberá de construir una norma nueva (N2) para el supuesto de hecho (S2).

En consonancia con lo anterior, el deber del juez de integrar el derecho en caso de laguna jurídica, está estrechamente vinculado con el principio de la interpretación más favorable al imputado en caso de duda y el principio pro libertatis, toda vez que el juez tiene el deber de adoptar -de entre todos los significados posibles de una Disposición- aquella que sea más favorable al imputado, y, de ser el caso, hacer una interpretación extensiva de la disposición penal, cuando la misma esté orientado a favorecer la libertad del imputado. Si, luego de haber agotado la interpretación más favorable y el principio pro

libertatis, persiste la laguna jurídica, entonces, debe proceder a la construcción de una norma nueva para integrar el vacío normativo.

Asimismo, cabe precisar que el fundamento de la norma (N2) es complementada con el principio de proporcionalidad, el cual juega un rol fundamental, pues de un lado, limita la injerencia del Estado en la libertad del imputado (ex ante), y, de otro lado, en caso de sobreseerse o absolverse al preso preventivo, limita el ius puniendi en la ejecución de la pena impuesta en causa diversa (ex post), lo cual lo materializa a través del abono heterogéneo de la prisión preventiva.

La limitación del ius puniendi del Estado en la ejecución de la pena en causa diversa, se sujeta estrictamente al principio de proporcionalidad, pues solo puede limitarse la ejecución de la pena en forma proporcional al tiempo de prisión preventiva sufrida en causa diversa. Aquí se manifiesta con claridad la relación horizontal entre los derechos del imputado y el ejercicio del ius puniendi, por cuanto, de un lado, el Estado intervino en la libertad del imputado con fines cautelares, sin embargo, se aplicó indebidamente la misma estando el sobreseimiento o absolución del preso preventivo; de otro lado, así como se intervino la libertad del imputado con el fin de cautelar el interés general de la sociedad en la persecución del delito, entonces, resulta proporcional limitar el ius puniendi del Estado en la ejecución de la pena en causa diversa. El efecto que genera la aplicación del principio de proporcionalidad es como una especie de compensación. Sin embargo, es importante precisar que la compensación no es lo que justifica el abono en causa diversa.

Por tanto, en atención a los argumentos antes expuestos, es perfectamente sostenible la procedencia del abono de la prisión preventiva en causa diversa,

teniendo en consideración que nuestro ordenamiento penal (sustantivo y procesal) se insertan dentro del marco del derecho penal garantista, en cuyo interior comparece el imputado en una relación jurídico-penal con el Estado, lo cual trae como consecuencia que toda restricción de la libertad a través de medidas cautelares personales, deberán (imperativo) ser abonados a la pena emitida en la misma causa o en causa diversa, y si ello no fuera posible, obliga el pago de una reparación civil.

Si bien nos adherimos a la posición doctrinal, que considera que el abono en causa diversa si es posible aplicarlo a la luz de los principios rectores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico penal, no obstante, considero que deben de fijarse algunas limitaciones. En ese sentido, la primera limitación consiste en que el abono solo procede respecto de hechos cometidos antes de que el preso preventivo tome conocimiento de la resolución de sobreseimiento o absolución a su favor. Esta limitación se asienta en fines de prevención de delitos, esto es, permite evitar que los presos preventivos sobreseído o absueltos cometan delitos con sentimiento de impunidad.

Ahora bien, en cuanto a la competencia del órgano jurisdiccional, considero que la misma debe recaer en el juez de ejecución (el juez de investigación preparatoria), por cuanto para abonar la prisión preventiva en causa diversa se tiene que realizar ciertas diligencias (recabar información precisa, detallada y completa) orientadas a verificar que el tiempo de prisión preventiva no haya sido objeto de abono en otra causa. Además, tiene que verificar que el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria hayan quedado consentido y/o ejecutoriado. Por ello, considero que el juez penal (sentenciador), no debe tener esa competencia, ya que por la premura de los juicios (por

sentenciar) requieren la emisión de una sentencia dentro de un plazo sumamente corto, por lo que resultaría difícil que cumplan con la verificación previa. Por tanto, el juez competente para resolver los pedidos de abono en causa diversa, debe ser el juez de ejecución.

La normativa procesal penal calza perfectamente en el sentido antes mencionado, tal es así que el art. 29.4° del CPP estipula que compete a los juzgados de investigación preparatoria conducir la ejecución de la pena, y demás funciones que establezca el código y la ley (inciso 7°). Aunado a ello, de la interpretación sistemática del inciso 1, 2 y 3 del art. 490 del CPP, se desprende que la competencia para resolver el abono heterogéneo le corresponde al juez de ejecución de la pena, por cuanto puede éste reformar el cómputo de la pena, incluso de oficio, si advierte error o se presentan nuevas situaciones que lo tornen ineludible. En ese supuesto calza perfectamente el abono heterogéneo de la prisión preventiva.

### ***2.3. Bases filosóficas***

Con respecto al presente párrafo, es menester mostrar de manera general que las reflexiones filosóficas sobre la disciplina del Derecho se han situado a través del tiempo en diferentes espacios, entre la que destaca el Antiguo Oriente, Grecia, Roma y nuestra actualidad, mediante el cual se ha erigido corrientes ius-filosóficas que nos faculta a conocer lo justo y lo debido. Ahora bien, teniendo en consideración que nuestra investigación está referida al estudio positivo del Código Penal de 1991, Código Procesal Penal del 2004 y lo conceptualmente construido a partir del abono de la prisión preventiva en el cumplimiento de la pena, corresponde expresar que la base filosófica utilizada al presente estudio, es de tipo DOGMÁTICO, ya que, los dispositivos legales



en alusión, sean interpretados en relación de los conceptos que constituyen redes teóricas en un sistema integrado.

#### **2.4. Definición de términos básicos**

En relación al presente extremo, cabe expresar lo siguiente: “Es el compuesto de definiciones de los términos más esgrimidos en el planteamiento del problema, objetivos y de la hipótesis” (Palacios et al, 2016, p.234). Por lo indicado, a continuación, expresaremos y definiremos los términos más significativos de la presente investigación:

**ABONO EN CAUSA DIVERSA O HETEROGÉNEO.** - Es aquella institución jurídica en virtud del cual la providencia cautelar de carácter personal es abonada a la pena impuesta en un proceso penal distinto de aquel en que se adoptó dicha medida.

**ABONO HOMOGÉNEO.** - Es aquella institución jurídica en virtud del cual la providencia cautelar adoptada en el curso de la tramitación del proceso penal, es abonada para el cumplimiento de la pena impuesta en dicha causa.

**ABSOLUCIÓN.** - Es el acto jurídico procesal mediante el cual, luego de realizado el juicio oral, se declara la no responsabilidad del acusado respecto del delito atribuido en la acusación.

**DETENCIONES ARBITRARIAS.** - Es aquella restricción de la libertad no justificada, ya sea porque se efectúa al margen de la ley o estando previsto en la Ley, ésta resulta desproporcionada e irrazonable.

**ERROR JUDICIAL.** - Es el yerro cometido por los tribunales de justicia al momento de resolver los casos sometidos a su competencia.

**PENA.** - Es aquella sanción que se aplica al acusado al haberse declarado culpable de la comisión de un hecho delictuoso.

**PRISIÓN PREVENTIVA.** – medida cautelar de carácter personal mediante el cual se priva temporalmente de libertad al imputado, con la finalidad neutralizar el peligro de fuga u obstaculización.

**DETENCIÓN DOMICILIARIA.** - es una providencia cautelar sustitutoria de la prisión preventiva, mediante el cual se restringir la libertad del imputado, sin que la misma implique privar de la libertad. En mérito a esta providencia el imputado permanecerá en un determinado lugar, que por lo general será su domicilio, no obstante, puede ser cualquier otro lugar que determine el juez.

**SOBRESEIMIENTO.** – es el acto jurídico procesal que finiquita un proceso de manera total o parcial (Maturana, 2012, pág. 881).

## ***2.5. Hipótesis de investigación***

Con respecto a la definición de Hipótesis, es menester anotar lo siguiente: “Es el apotegma que da contestación transitoria al problema científico”. (Aranzamendi, 2010. p.149). Asociado a ello, el maestro Solís (2008, p.154) nos dice: “Es el postulado con relación a ciertos elementos experimentales”. Conforme a lo mencionado, lo plantearemos en los términos siguientes:

### ***2.5.1. Hipótesis general***

-El ordenamiento jurídico penal peruano no contempla el abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

### ***2.5.2. Hipótesis específicas***

#### ***2.5.2.1. Hipótesis específica N° 01***

-Los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano si permitirían abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

#### ***2.5.2.2. Hipótesis específica N° 02***

-Los supuestos para abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el marco de los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, son la absolución del proceso y el sobreseimiento de la causa.

## 2.6. Operacionalización de variables

<b>VARIABLES</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN</b>
<b>LA PRISIÓN PREVENTIVA</b>	<i>Fundados y graves elementos de convicción</i>	Elementos de convicción	<b>LA ENTREVISTA</b>
	<i>Prognosis de la pena, superior a 4 años</i>	<i>Pena concreta</i>	
	<i>Peligro Procesal</i>	<i>Peligro de Fuga</i>	
	<i>Proporcionalidad de la medida</i>	<i>Peligro de obstaculización</i>	
	<i>Duración de la medida</i>	<i>Idoneidad Necesidad Proporcionalidad en sentido estricto</i>	
<b>ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA EN CAUSA DIVERSA</b>	<i>Vinculación entre prisión preventiva y el proceso penal</i>	<i>Privación provisional de la Libertad</i>	<b>LA ENTREVISTA</b>
		<i>La excepcionalidad de la restricción</i>	
		<i>Instrumentalidad</i>	
	<i>Relación jurídico penal entre el imputado-Estado</i>	<i>Restricción de la Libertad</i>	
		<i>Restricción del jus punuendi</i>	
	<i>El sobreseimiento o absolución del preso preventivo</i>	<i>Abono de la prisión preventiva a la pena en causa diversa</i>	

## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA

En relación con la Metodología, cabe exhibir lo siguiente: “Es un mecanismo de investigación, en donde se podrá fundar los objetivos originados, a través de ciertos pasos de instrucciones, que se esgrimirán por un enfoque de investigación” (Valderrama, 2002. p.75).

#### **3.1. Diseño metodológico**

“Es la situación para el proceso investigador” (Carrasco, 2006, p. 58). Asociado a lo acertado, el maestro Tafur (1995, p.167) nos dice: “Es el esbozo que funda el control de la investigación”. Por lo expuesto, pasaremos a desarrollar su distribución como a continuación se detalla:

**3.1.1. Tipo:** La presente investigación desde la perspectiva de la Epistemología es **APLICADA**, ya que postula resolver la realidad problemática explicada a nivel de la variable dependiente del estudio en alusión. A lo referido, es menester afirmar que, desde el contexto del Derecho, es de tipo **DOGMÁTICO**, ya que busca la aplicación del abono de la prisión preventiva.

**3.1.2. Nivel de investigación:** El estudio en mención es de nivel descriptiva de corte transversal. Será **DESCRIPTIVA**, por cuanto precisará, examinará y buscará recolectar información sobre las variables identificadas. Y será **TRANSVERSAL**, por cuanto explora los datos de las variables identificadas en un periodo de tiempo. Asimismo, por el objeto de estudio, es **TEÓRICA**, ya que se efectúa el análisis del marco jurídico nacional, en la posibilidad de aplicar una figura jurídica no regulada.

**3.1.3. Enfoque:** La presente investigación pertenece al enfoque *CUALITATIVO*, a consecuencia que, mediante la observación y el análisis, se examinará las características del objeto de estudio. A lo indicado, cabe señalar que el enfoque en autos, admitirá inquirir y tratar de revelar la situación problemática esbozada de una manera más amplia; ello teniendo en consideración lo manifestado por el maestro Punch (2014:79) quien postula: “Este enfoque, explora la manera en que las personas divisan y aprecian los fenómenos que los asedian, ahondando en sus puntos de vista elucidaciones y significados”

**3.1.4. Método:** En relación al presente párrafo, cabe indicar lo siguiente: “Es el itinerario ordenado para conseguir un objetivo” (Solís, 2011, p. 65). Asociado a lo aludido, el maestro Lino (2010, p.87) nos dice: “Es el agregado de instrucciones para crear conocimiento científico”. En este orden de ideas, los métodos utilizados son los siguientes:

**3.1.4.1 El método analítico.** - A consecuencia que el conocimiento epistemológico, se divide intelectualmente, para examinar y comprender cada una de sus fragmentos.

**3.1.4.2 El método lógico deductivo.** - Toda vez que, parte de una idea general, como es la representación del abono.

**3.1.4.3 El método hermenéutico.** - Concerniente a interpretar y examinar la normatividad nacional y supranacional de las variables descritas

**3.1.4.4 El método sistemático.** – Conducente a fundar un significado de una norma legal a dilucidar.

**3.1.4.5 El método inductivo.** - Expresado en que el estudio en autos, parte de una idea específica, concerniente a describir las causas y efectos de las variables identificadas.

**3.1.4.6 El método exegético.** - Toda vez que se esgrimió, con el propósito de desarrollar una interpretación sistemática de nuestra Constitución Política actual, Código Penal de 1991 y Código Procesal Penal del 2004.

### **3.1.5. Diseño:**

El presente estudio, responde al **DISEÑO NO EXPERIMENTAL**, a consecuencia que realiza un estudio sistemático, empírico de una problemática, tal y como se halla en su contexto natural.

## **3.2. Población y muestra**

### **3.2.1. Población**

Con correlación a la población de estudio, es menester referir lo siguiente: “Es el yuxtapuesto de sujetos materia de estudio” (Solís, 2011, p. 175). Al respecto, cabe mostrar que la población estuvo representada por 10 juristas nacionales de la especialidad, conforme a la producción intelectual publica de los mismos.

### **3.2.2. Muestra**

En correlación a la muestra de investigación, cabe exhibir lo siguiente: “Es un fragmento de apotegmas de una población” (Solís, 2011, p. 175). A lo indicado, cabe describir que la muestra del presente estudio, es de carácter probabilística en su estructura aleatoria y estratificada y se expresa por 02 juristas nacionales de la especialidad de la ciudad de Lima.

## **3.3. Técnicas de recolección de datos**

En relación al presente extremo, cabe expresar lo siguiente: “Es la forma metodológica que favorece a la recaudación y procesamiento de información”.

(Aranzamendi, 2010, p.197). En este orden de ideas, pasaremos a desarrollar su organización, como a continuación se detalla:

### **3.3.1. Técnicas a emplear**

Desde el espacio de la Epistemología, cabe exponer que se esgrimieron las siguientes técnicas:

#### **1. Observación**

Se apeló a la observación, la cual postulo la recolección de datos del estudio en énfasis. Al respecto, Palacios et al (2016, p. 281) nos dice: “Dispone un camino formal que acepta saber de manera lindante el objeto de estudio”.

#### **2. Entrevista**

Se esgrimió la entrevista, para observar las tareas del presente estudio, la cual se encuentra contenida en el Anexo N°02. A lo expuesto, cabe citar al maestro Gayou (2009:158) quien postula: “Busca revelar y deducir el mundo de vida del entrevistado, acerca de circunstancias concretas y no de infinitudes.

#### **3. Documental**

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, cabe referir que también se utilizó la técnica documental, ya que el estudio en indicación tuvo como fuentes a tesis, libros, compendios, revistas y artículos de la especialidad. Asimismo, es menester mostrar que, desde el ámbito del Derecho, se manejaron las siguientes técnicas:

A. **Técnica legislativa**, ya que se consiguieron datos contenidos en el Código Penal de 1991, así como del Código Procesal Penal del 2004.

B. **Técnica jurisprudencial**, a corolario que, se ha realizado el análisis jurisprudencial de las variables esbozadas.



### ***3.3.2. Descripción de los instrumentos***

En correspondencia a la presente investigación, cabe referir que los instrumentos que se utilizaron fueron el siguiente:

#### ***3.3.2.1 LA ENTREVISTA CONVERSACIONAL***

##### ***1. Finalidad***

-Relatar e interpretar las experiencias de la muestra cuantitativa del presente estudio.

##### ***2. Estructura***

-Fue elaborada con preguntas diseñadas a partir del estudio en alusión, por medio del cual se ahondará en el significado de la experiencia coexistida por la muestra descrita.

#### ***3.3.2.2 Análisis documental***

Es el conglomerado de operaciones, conducentes al examen de la doctrina y jurisprudencia, sobre las variables retratadas.

### ***3.4. Técnicas para el procesamiento de la información***

Respecto al procesamiento de información del estudio en alusión, es menester referir que se recurrió al análisis del contenido para el procesamiento de la información, basada en una hermenéutica reconocida, asentada en la deducción: la inferencia. A lo expuesto y con relación al análisis de contenido, cabe citar al maestro Bardin (1986: 895) quien postula: “Es el conglomerado de instrumentos metodológicos, denominado discursos (contenidos y continentes) considerablemente variados”. A lo mencionado, es menester describir que, la información luego de sintetizada en relación a determinados elementos que componen las variables, serán sometidas a un riguroso contraste con determinados principios jurídicos generales. De

este proceso racional, nos permitiremos deducir postulados; los cuales a su vez serán presentados como conclusiones.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

A través del presente extremo, se describirá la contrastación de hipótesis planteadas, en merito a las entrevistas formuladas. (anexo N° 02)

#### Tabla de Contingencia 1

#### *HIPÓTESIS GENERAL*

**EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PERUANO NO CONTEMPLA EL ABONO DEL PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CAUSA DIVERSA PARA EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**

<b>ANÁLISIS</b>	Los entrevistados mencionaron en relación al abono de la prisión preventiva en causa diversa, lo siguiente:	
	<b>JURISTA N° 01</b>	- El abono heterogéneo no tiene un reconocimiento expreso en nuestra normativa penal (art. 47 CP) y procesal (art. 399.1 CPP), sin embargo, tampoco lo excluye expresamente.
	<b>JURISTA N° 02</b>	- En cuanto a nuestra normativa penal vigente, específicamente el artículo 47° no hace mención al abono en causa diversa, no obstante, tampoco la norma no lo prohíbe.
<b>VALIDEZ DE HIPÓTESIS</b>	- A través de las entrevistas efectuadas, se postula la validez de la hipótesis en autos, es decir, el abono heterogéneo no tiene un reconocimiento expreso en nuestro sistema jurídico penal, lo cual se advierte de la interpretación literal del art. 47 del CP y del art. 399.1	

<p><b>VALIDEZ DE HIPÓTESIS</b></p>	<p>del CPP, por cuanto ambas disposiciones no hacen mención expresa al abono de la prisión preventiva en causa diversa, pero tampoco lo excluyen expresamente.</p> <p>Al respecto, cabe precisar que efectivamente, la norma penal no lo reconoce ni lo excluye de manera expresa, es decir, hay un <b>vacío normativo</b>. Esto se constata con el simple análisis de la norma contenida en el art. 47 del CP. Asimismo, corrobora lo afirmado la exposición de motivos del codificador del Código Penal de 1991 y del CPP del 2004, de donde no se advierte que haya tenido la intención de regular el abono en causa diversa.</p> <p>Ahora bien, hay que tener en consideración que la ley se independiza de su creador una vez promulgado, por lo que la intención subjetiva del legislador (contenido en el cuaderno de debates) no tiene relevancia, sino lo relevante es descubrir la ratio legis que subyace en la norma contenida en el art. 47° del CP y el art. 399.1 del CPP, para luego a partir de ello, determinar si es factible o no formular una norma inexpressa que permita integrar la laguna jurídica.</p>
------------------------------------	--

**Tabla de Contingencia 2**

***HIPÓTESIS ESPECIFICA N° 01***

**LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO, SI PERMITIRÍAN ABONAR EL PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CAUSA DIVERSA PARA EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**

<b>ANÁLISIS</b>	Los entrevistados mencionaron en relación a los principios del ordenamiento jurídico, respecto al abono en causa diversa, lo siguiente:	
	<b>JURISTA N° 01</b>	- Es factible de aplicarse en mérito al principio de que el Juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.
	<b>JURISTA N° 02</b>	- Es posible de aplicarse en concordancia con el principio el principio pro libertatis, el principio de proporcionalidad y el argumento analógico.
<b>VALIDEZ DE HIPÓTESIS</b>	<p>- A través de las entrevistas efectuadas, se establece la validez de la hipótesis en autos, en consecuencia, en mérito a los principios: i) que el Juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; ii) el principio pro libertatis, iii) el principio de proporcionalidad, y iv) el argumento analógico, los cuales permiten sostener la procedencia del abono en causa diversa de la prisión preventiva, por cuanto el juez tiene el deber de administrar justicia aun en ausencia de una norma, debiendo formular o construir una norma inexpressa que permita integrar el vacío normativo.</p> <p>La formulación de una norma inexpressa obedece a que el campo de aplicación de la norma contenida en el art. 47 del CP solo está referido al supuesto de hecho (S1) en que el preso preventivo sea condenado en la misma causa, y no comprende al supuesto de hecho (S2) en que el preso preventivo sea sobreseído o absuelto, y a su vez, condenado en causa diversa, este último supuesto de hecho no está regulado. Sin embargo, el supuesto de hecho no regulado es sustancialmente análogo al</p>	

<p><b>VALIDEZ DE HIPÓTESIS</b></p>	<p>supuesto de hecho regulado en el art. 47 del CP. Por tanto, atendiendo a la semejanza entre ambos supuestos de hecho y teniendo en cuenta que tienen la misma ratio legis, resulta factible vincular la consecuencia jurídica prevista para el supuesto de hecho S1 al supuesto de hecho S2. De esta manera se construye una norma nueva (N2):</p> <div data-bbox="667 607 1390 999" data-label="Diagram"> <pre> graph LR     A["Si el procesado que ha sufrido detención (prisión preventiva, etc.) es sobreseído o absuelto, y a su vez, condenado en causa diversa"] -- Entonces --&gt; B["La detención será abonada a la pena impuesta en causa diversa"] </pre> </div> <p>A lo expuesto, si bien sostenemos la procedencia del abono en causa diversa, sin embargo, consideramos que es necesario establecer algunas limitaciones a su aplicación. En ese sentido, la única limitación necesaria es que el abono en causa diversa de la prisión preventiva, solo procede respecto de hechos cometidos con anterioridad al conocimiento del auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, con lo cual se evita que los imputados cometan delitos sin temer por las consecuencias, estando a que ya tienen un tiempo de prisión a su favor. Esta limitación responde a razones de prevención de delitos y la seguridad pública.</p> <p>Asimismo, en los supuestos en que no fuera posible el abono en casusa diversa (por ejemplo: el absuelto no tiene otra condena, los supuestos de improcedencia, etc.) en tales situaciones el preso preventivo sobreseído o absuelto, tiene derecho a ser reparado de manera inmediata e integral. Aquí, el rol que desempeña la</p>
------------------------------------	---

	<p>reparación civil es de carácter subsidiario, es decir, solo debe recurrirse a la misma, en caso de que no fuera posible el abono de la prisión preventiva en causa diversa.</p> <p>Finalmente, la tesis a favor de la procedencia del abono en causa diversa, concuerda con la idea postulada por el maestro Espinoza (2005) y Gonzalo del Rio (2016), quienes refieren que el art. 47° del CP, si bien no contiene una regulación expresa en torno al abono en causa diversa, sin embargo, tampoco lo prohíbe, por lo que es viable una interpretación extensiva del mencionado artículo a fin de incluir dentro de su campo de aplicación al abono en causa diversa.</p>
--	---

**Tabla de Contingencia 3**

***HIPÓTESIS ESPECIFICA N° 02***

**LOS SUPUESTOS PARA ABONAR EL PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CAUSA DIVERSA PARA EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO, SON LA ABSOLUCIÓN Y EL SOBRESEIMIENTO DE LA CAUSA.**

<b>ANÁLISIS</b>	Los entrevistados mencionaron en relación a los supuestos para abonar el plazo de prisión preventiva, lo siguiente:	
	<b>JURISTA N° 01</b>	- Un supuesto factible de aplicarse es el referido a la absolución del imputado.

	<b>JURISTA N° 02</b>	- Es viable de aplicarse en el supuesto concerniente al sobreseimiento de la causa.
<b>VALIDEZ DE HIPÓTESIS</b>	<p>- A través de las entrevistas efectuadas, se establece la validez de la hipótesis en autos, a consecuencia que, es la absolución del imputado y el sobreseimiento de la causa, los supuestos para abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa, para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, en el marco de los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>A lo manifestado, cabe referir que el abono en causa diversa tiene fundamento en la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, por cuanto ese vínculo es lo que legitima, de un lado, la intervención del Estado en la restricción de la libertad del imputado; y de otro lado, obliga el abono de la prisión preventiva a la pena, ya sea en la misma causa o en causa diversa. Dicho de otro modo, así como se sacrifica la libertad del imputado con la finalidad de perseguir eficazmente el delito; en caso de sobreseimiento o absolución del preso preventivo, se debe sacrificar el ejercicio del ius puniendi en la ejecución de la pena en causa diversa, ya que es una consecuencia necesaria del principio de</p>	
<b>VALIDEZ DE HIPÓTESIS</b>		



	<p>proporcionalidad que rige la intervención del Estado en la libertad.</p> <p>Finalmente, es importante precisar que para que proceda el abono en causa diversa, a diferencia de una parte de la doctrina y jurisprudencia, consideramos que el proceso en que recayó el sobreseimiento o la absolución, <b>tienen que haber quedado firmes y/o ejecutoriadas.</b></p>
--	---

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIONES**

#### **5.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

5.1.1 De acuerdo a la comprobación y procesamiento de datos en relación con la **HIPÓTESIS GENERAL**, cabe indicar que se obtuvo como resultado y se demostró, que el ordenamiento jurídico penal peruano no contempla el abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, lo cual se advierte de la interpretación del art. 47 del CP y el art. 399.1 del CPP, por cuanto ambas disposiciones no hacen mención expresa al abono de la prisión preventiva en causa diversa, pero tampoco lo excluyen expresamente, es decir, hay un **vacío normativo**. Asimismo, esto se constata de la revisión de la exposición de motivos del codificador del Código Penal de 1991 y del CPP del 2004, de donde no se advierte que haya tenido la intención de regular el abono en causa diversa. No obstante, hay que tener en consideración que la ley se independiza de su creador una vez promulgado, por lo que la intención subjetiva del legislador (contenido en el cuaderno de debates) no tiene relevancia. Lo relevante es descubrir la ratio legis que subyace en la norma contenida en el art. 47° del CP y el art. 399.1 del CPP, para luego a partir de ello, determinar si es factible o no la formulación de una norma inexpressa que permita integrar la laguna jurídica.

5.1.2 Con respecto a la **HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1**, es menester referir que luego de la verificación y procesamiento de datos, se obtuvo como resultado y se determinó que los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, si permiten abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, en mérito a los principios: i) que el Juez no puede dejar de

administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; ii) el principio pro libertatis, iii) el principio de proporcionalidad, y iv) el argumento analógico, los cuales si permiten sostener la procedencia del abono en causa diversa de la prisión preventiva, por cuanto el juez tiene el deber de administrar justicia aun cuando se presenta un vacío legal, debiendo aplicar en tales casos los principios generales, y a partir de ello, formular o construir una norma inexpressa que permita integrar el vacío normativo.

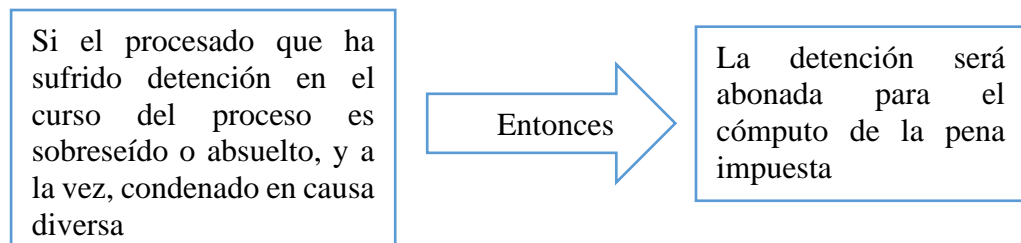
La formulación de una norma inexpressa obedece a que el campo de aplicación de la norma contenida en el art. 47 del CP solo está referido al supuesto de hecho (S1) en que el preso preventivo sea condenado en la misma causa, y no comprende al supuesto de hecho (S2) en que el preso preventivo sea sobreseído o absuelto, y a su vez, condenado en causa diversa, este último supuesto de hecho no está regulado. De ahí que resulta necesario descubrir la ratio legis de la norma penal antes mencionado, para luego, a partir de ella, formular una norma inexpressa.

En ese sentido, la ratio legis del art. 47 del CP emerge de la relación de horizontalidad entre los derechos del imputado y el ejercicio del jus puniendi estatal, del cual se desprende dos consecuencias fundamentales, vinculados entre sí, como los dos lados de una moneda (cara y sello). La primera consecuencia, es que dicha relación es la que le otorga legitimidad al Estado para restringir la libertad del imputado (a través de la imposición de medidas cautelares personales, etc.); la segunda consecuencia, es que dicho vinculo jurídico-penal obliga al Estado abonar a la pena, todas aquellas privaciones provisionales de la libertad. De esta manera se mantiene el equilibrio de esa relación jurídico horizontal.

Dicho, en otros términos, el art. 47 del CP tiene por finalidad cautelar el equilibrio de la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, de ahí que toda privación provisional de la libertad debe ser abonado a la pena impuesta en la sentencia

condenatoria. De esta manera se limita la restricción gratuita de la libertad por parte del Estado.

Ahora bien, el campo de aplicación de la norma (N1) contenida en el art. 47 del CP solo está referido al supuesto de hecho (S1), y no comprende al supuesto de hecho (S2), este último no está regulado. Sin embargo, el supuesto de hecho no regulado es sustancialmente análogo al supuesto de hecho regulado en la norma (N1) contenida en el art. 47 del CP. Por tanto, atendiendo a la semejanza entre ambos supuestos de hecho, resulta factible vincular la consecuencia jurídica prevista para el supuesto de hecho S1 al supuesto de hecho S2. De esta manera se construye una norma nueva (N2):



Ahora bien, la norma nueva (N2) y (N1) tienen el fundamento, esto es, la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, por lo que, toda privación cautelar de la libertad debe ser abonada a la condena impuesta, ya sea en la misma causa o en causa diversa. De esta manera, con la construcción de la norma nueva (N2) se integra la laguna jurídica que presentaba el art. 47 del CP penal.

Si bien nos adherimos a la posición doctrinal, que considera que el abono en causa diversa si es posible aplicarlo a la luz de los principios rectores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico penal, no obstante, considero que deben de fijarse algunas limitaciones. En ese sentido, la primera limitación consiste en que el abono solo procede respecto de hechos cometidos antes de que el preso preventivo tome conocimiento de la resolución de sobreseimiento o absolución a su favor. Esta limitación se asienta en fines

de prevención de delitos, esto es, permite evitar que los presos preventivos sobreseído o absueltos cometan delitos con sentimiento de impunidad.

Asimismo, en los supuestos en que no fuera posible el abono en casusa diversa (por ejemplo: el absuelto no tiene otra condena, etc.) o los supuestos de improcedencia, en tales situaciones el preso preventivo sobreseído o absuelto, tiene derecho a ser reparado de manera inmediata e integral. Aquí, el rol que desempeña la reparación civil es de carácter subsidiario, es decir, solo debe recurrirse a la misma, en caso de que no fuera posible el abono de la prisión preventiva en causa diversa.

Finalmente, la tesis a favor de la procedencia del abono en causa diversa, concuerda con la idea postulada por el maestro Gonzalo del Rio (2016) y Espinoza (2005), quienes refieren que el art. 47° del CP si bien no contiene una regulación expresa en torno al abono en causa diversa, sin embargo, tampoco lo prohíbe, por lo que es viable una interpretación extensiva que permita incluir en el campo de aplicación de la norma antes mencionada al abono en causa diversa.

5.1.3 En relación a la **HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2**, es menester señalar que luego de la verificación y procesamiento de datos, se obtuvo como resultado y se estableció que, es la absolución y el sobreseimiento de la causa, los supuestos para abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, en el marco de los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano. En este orden de ideas, si se produce las situaciones fácticas indicadas, se evidencia que la medida fue impuesta indebidamente, lo cual genera el quiebre de la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, y su inmediato restablecimiento exige el abono de la prisión preventiva en causa diversa.

Al respecto, lo postulado se relaciona con lo signado en el EXP. N° 02699-2007-HC/TC, a través del cual, el Tribunal Constitucional fundamentó la procedencia del abono de la prisión preventiva para el cumplimiento de la sentencia condenatoria emitida en otra jurisdicción, en razón a que los hechos que motivaron la imposición de la prisión preventiva en el fuero militar y la sentencia condenatoria en el fuero común, fueron los mismos.

Finalmente, cabe manifestar que nuestra Constitución Política prevé una indemnización por errores judiciales en proceso penales y por detenciones arbitrarias (art. 139.7), es decir, si no fuera posible compensar el tiempo de privación de libertad del investigado a través del abono en otra causa penal como parte de la condena, solo es factible una indemnización por la privación de la libertad en la forma y modo que la ley establece, pese a que parece una alternativa interesante y justa en ciertos casos, no obstante, resulta ser ilusorio, toda vez que es muy poco probable que el Estado cumpla con indemnizar en tiempo oportuno a todos los afectados.

## CAPÍTULO VI

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 6.1. CONCLUSIONES

- 6.1.1 **Respecto al objetivo general**, se ha demostrado que el ordenamiento jurídico penal peruano -entiéndase el art. 47 del Código Penal y el art. 399.1 del Código Procesal Penal- no contempla el abono del plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, no obstante, tampoco existe una exclusión expresa, es decir, hay un **vacío normativo**.
- 6.1.2 **En relación al objetivo específico uno**, se ha determinado que los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, si permiten abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, en la medida de la aplicación de los principios referidos: el Juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, el principio pro libertatis, el principio de proporcionalidad, y el recurso al argumento analógico. Dicho, en otros términos, estos principios le compelen al juez a formular una norma inexpressa a partir de la ratio legis contenida en el art. 47 CP y el art. 399.1 CPP, a fin de integrar el vacío normativo.
- 6.1.3 **Respecto al objetivo específico dos**, se ha establecido que los supuestos para abonar la prisión preventiva a la pena impuesta en causa diversa, en el marco de los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, es la absolución y el sobreseimiento del preso preventivo.

## **6.2. RECOMENDACIONES**

- 6.2.1 Se recomienda, una regulación normativa expresa de la institución jurídica del abono de la prisión preventiva en causa diversa (abono heterogéneo), a fin que el tiempo de privación cautelar de la libertad sea pasible de ser abonada en causa diversa, siempre y cuando el imputado sea sobreseído o absuelto en aquel proceso en que sufrió la medida de coerción penal o cuando pese haber sido condenado se le impuso una pena menor. Asimismo, se deberá establecer que no procede el abono heterogéneo respecto de penas por hechos cometidos con posterioridad al conocimiento del auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria.
- 6.2.2 Se recomienda, a la Corte Suprema, atendiendo la trascendencia de esta institución jurídica en la libertad del imputado, emita su pronunciamiento a fin de establecer los parámetros para su procedencia, así como sus limitaciones, ya que el reconocimiento del abono heterogéneo emerge de la interpretación de la normatividad vigente a la luz de los principios rectores que lo inspiran, así como imbricación dentro del derecho penal garantista y el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.
- 6.2.3 Se recomienda, a la Corte Suprema a reconsiderar su criterio respecto a la fórmula de cómputo la detención domiciliaria a la pena, por cuanto lo está equiparando a la prisión preventiva, pese a que son dos medidas cautelares de diferente intensidad. Por ello, considero que el cómputo de la detención domiciliaria sea a proporción de un día de pena privativa de la libertad por cada dos días de detención domiciliaria, y en caso de que la pena sea limitativa de derechos, entonces, el cómputo debe ser a razón de un día de pena limitativa de derechos por un día de detención.



- 6.2.4 Se recomienda al Tribunal Constitucional que amplíe su criterio respecto al abono de la prisión preventiva en causa diversa, ya que en el pronunciamiento recaído en el EXP. N° 02699-2007-HC/TC, condicionó a que los hechos que motivaron la privación de libertad en el fuero militar y los hechos por los que fue condenado en el fuero civil, sean los mismos.
- 6.2.5 Se recomienda a los jueces penales que, en caso de absolución o sobreseimiento del preso preventivo, deben abonar la prisión preventiva en causa diversa, por cuanto ello emerge de la ratio legis de la norma contenida en el art. 47 del CP y el art. 399.1 del CPP, esto es, la razón de dicha norma es cautelar el equilibrio de la relación jurídico-penal entre el imputado y el Estado, de ahí que toda privación cautelar de la libertad debe ser abonada a la pena impuesta en la misma causa o en causa diversa, ya que misma es una verdadera prerrogativa del imputado y consecuentemente de carácter imperativo para el Estado.
- 6.2.6 Por último, la Constitución Política prevé una indemnización por errores judiciales y por detenciones arbitrarias (art. 139.7), es decir, si no fuera posible el abono de la prisión preventiva a la pena impuesta en causa diversa (por ejemplo: el sobreseído o absuelto no tiene ninguna condena o se presenta una causa de improcedencia, etc.), solo es factible una indemnización por la privación de la libertad en la forma y modo que la ley establece (la reparación civil desempeña un rol subsidiario). Sin embargo, pese a que parece una alternativa interesante y justa, no obstante, resulta ser ilusorio, toda vez que es muy poco probable que el Estado cumpla con indemnizar en tiempo oportuno a todos los afectados.

## REFERENCIAS

### 7.1. FUENTES DOCUMENTALES

#### 7.1.1. TESIS

- 1.- Montero, W. (2018) en su tesis “*La reparación del daño causado al procesado, por prisión preventiva indebida en los juzgados de investigación preparatoria de Huancayo,2018*” (Tesis de Licenciatura). Universidad Peruana los Andes, Lima, Perú.
- 2.-Seminario, J. (2015). “*La prisión preventiva, su validez y eficacia en la investigación preparatoria, frente al principio de presunción de inocencia*”. (Tesis de Maestría). Universidad Privada Antenor Orrego, Lima, Perú.

#### 7.1.2. NORMATIVIDAD

- 1.-Constitucion Política del Perú de 1993.
- 2.-Codigo Penal de 1991.
- 3.- Código Procesal Penal de 2004.

### 7.2. FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Aranzamendi, L. (2010). *Investigación jurídica* (Segunda Edición). Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L
- 2.- Asencio, J.(1986). *La Prision Provisional* (Primera Edicion). Alicante, España: Editorial Themis.

- 3.- Beltran, R. (2019). Acerca de la necesidad de reconocer en Chile el denominado "abono heterogéneo": Comentario a la sentencia de la Corte Suprema rol N° 3709-2019, de 11 de febrero de 2019. *Jus et Praxis*, 517-536.
- 4.- Bernal, C. (2014). *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Primera Edición). Bogota, Colombia.
- 5.- Cabanellas de Torres, G. (2002). *Diccionario jurídico elemental* (Segunda Edición). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- 6.- Carrasco, S. (2006). *Metodología de la investigación científica* (Primera Edición). Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- 7.- Cerdeira, G. (2012). *Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines* (Primera Edición). Sevilla, España.
- 8.- De la Rosa, J. (2015). *Las Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal* (Primera Edición). Barcelona, España.
- 9.- Del Rio, G. (2016). *Prision Preventiva y Medidas Alternativas, Código Procesal Penal 2004* (Primera Edición). Lima, Perú: Editorial Pacifico.
- 10.- Espino, J. (1956). *Código Penal*. Lima: Castrellon.
- 11.- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón* (Primera Edición). Madrid: Trotta, S.A.
- 12.- Guevara, I. (2020). *La prisión preventiva en el sistema de audiencias* (Primera Edición). Lima, Perú: Editorial Gamarra.
- 13.- Guzman, J. (2008). *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago de Chile: LegalPublishing.
- 14.- Guzman, J. (2009). *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: IB de f.

- 15.- Hernandez, B. (2009). *Abono de prision preventiva en causa diversa*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 109-120.
- 16.- Herrera, R. (s/f). *Apuntes Preliminares para la Aplicación del Principio "In Dubio Pro Reo"*. D&S (derecho & sociedad).
- 17.- Jericó Ojer, L. (2011). La nueva redaccion del art. 58.1 Cp: el análisis de una reforma anunciada . *InDret* , 25.
- 18.- Maturana, C. & Montero (2012). *Derecho Procesal Penal*. Santiago, Chile: Librotecnia.
- 19.- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte general* (Primera Edición). Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L.
- 20.- Oré, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano. Analisis y comentarios alCodigo Procesal Penal* (Primera Edición). Lima, Perú: Editorial Gaceta Juridica.
- 15.- Palacios, J, Romero, H, & Ñaupas, H. (2016). *Metodología de la investigación jurídica* (Primera Edición). Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L.
- 16.- Rosas, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Primera Edición). Lima, Perú: Jurista Editores.
- 17.- Rubio, M., Eguiguren, F. & Bernaldes, E. (2010). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Primera Edición). Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
- 18.- San Martin, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones* (Primera Edición). Lima, Perú.
- 19.- Salas Astrain , J. (2017). *Abono de la prisión preventiva en causa diversa. Deconstrucción de una teoría dominante*. Santiago de Chile: Librotecnia.

- 20.- Solís, A. (2011). *Metodología de la investigación jurídica social* (Tercera Edición). Lima, Perú: Editorial B y V distribuidores.
- 20.- Tafur, R. (1995). *La tesis universitaria* (Primera Edición). Lima, Perú: Editorial Mantaro.
- 21.- Valderrama, M. (2002). *Pasos para elaborar proyectos de investigación científica: Cuantitativa, Cualitativa, y Mixta* (Primera Edición). Lima, Perú: Editorial San Marcos.

### **7.3. FUENTES HEMEROGRÁFICAS**

#### **7.3.1. FÍSICAS**

- 1.- Landa, C. (2002). *Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. En: Pensamiento Constitucional. Volumen N°08, pág. 03-05. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

#### **7.3.2. ELECTRONICAS**

- 1.- Aboslaiman, L. (2017). *La equidad como principio general del derecho. Criterio de interpretación*. Revista Argumentos, 61-75. Recuperado el 20 de marzo de 2021, de <https://www.readcube.com/articles/10.26612%2F2525-0469%2F2017.4.04>
- 2.- Calle, J. (1920). *Código de procedimientos en materia criminal, promulgado por el Poder Ejecutivo el 2 de enero de 1920 / anotado y concordado*. Lima: Gil. Recuperado el 17 de junio de 2020, de <https://repositoriodigital.bnp.gob.pe/bnp/recursos/2/flippingbook/100017626/files/assets/basic-html/page-9.html#>

- 3.- Caro, D. (2005). *El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena: problemas de interpretación. Anuario de Derecho Penal 2005*, 353-370. Recuperado el 5 de marzo de 2021, de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2005\\_16.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_16.pdf).
- 4.- Carvajal, R. (2014). *El respeto a la dignidad en la determinación judicial de la pena: el caso del abono en causa diversa. Universidad Viña del Mar - N° 12*, 13-66. Recuperado el 10 de junio de 2020, de <file:///C:/Users/HOME/Downloads/Dialnet-ElRespetoALaDignidadEnLaDeterminacionJudicialDeLaP-5605957.pdf>
- 5.- CEJA, C. d. (2013). *Prisión Preventiva en América Latina: enfoques para profundizar el debate*. (C. d. CEJA, Ed.) Santiago, Chile: CEJA, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Recuperado el 10 de marzo de 2021, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30357.pdf>
- 6.- *Código Procesal Penal*. Santiago, Chile. Recuperado el 15 de junio de 2020, de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>
- 7.- *Código de procedimiento penal de Chile de 1894*. Recuperado el 15 de junio de 2020, de : [http://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res8.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res8.pdf)
- 8.- Del Río, G. (2016). *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano*. (U. d. Alicante, Ed.). España: Universidad de Alicante. Recuperado el 17 de setiembre de 2019, de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54307/1/tesis\\_gonzalo\\_del\\_rio\\_labarthe.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54307/1/tesis_gonzalo_del_rio_labarthe.pdf)

- 9.- *Departamento de Derecho Internacional, OEA.* (s.f.). Recuperado el 14 de noviembre de 2019, de: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- 10.- Elouise, C. (2016). *Implementación de un Seguro Obligatorio por Error Judicial (SOEJ) para los perjudicados por el ejercicio de la función jurisdiccional en aras de efectivizar la indemnización por responsabilidad civil del juez.* Recuperado el 05 de junio de 2020, de: <http://repositorio.uns.edu.pe/bitstream/handle/UNS/2582/42914.pdf?sequence=1>
- 11.- *Enciclopedia jurídica.* (s.f.). Recuperado el 18 de 11 de 2019, de Enciclopedia jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/principios-generales-del-derecho.htm>
12. Ernesto de la Jara, Gabriel Chávez-Tafur, Andrea Ravelo, Agustín Grández, Óscar del Valle y. (2013). *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?* Lima: Instituto de Defensa Legal. Recuperado el 1 de junio de 2020, de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_2013\\_1108\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_2013_1108_01.pdf)
- 13.- Espinoza, J. (9 de julio de 2005). *Detención domiciliaria, su abono como pena efectiva y otros problemas conexos.* Cusco, Perú: Intituto de Ciencia Procesal Penal. Recuperado el 15 de diciembre de 2020, de <http://eg-abogados.pe/wp-content/uploads/2017/11/detencion-domiciliaria-su-abonoc-omo-pena-efectiva-y-otros-problemas-conexos.pdf>

- 14.- Espinoza, N. (8 de mayo de 2017). *¿Pena anticipada o medida cautelar? Como correlato de la presunción de inocencia en la prisión preventiva del proceso penal*. Pasión por el derecho. Recuperado el 01 de junio de 2020, de: <https://lpderecho.pe/pena-anticipada-medida-cautelar-correlato-presuncion-inocencia-prision-preventiva-proceso-penal/#:~:text=Bajo%20esa%20l%C3%B3gica%20la%20responsabilidad,de%20libertad%20tienen%20efectos%20similares>.
- 15.- Ferrera, H. (2018). Abono en causa diversa. *Revista Jurídica del Ministerio Público N° 72*, 10. Recuperado el 15 de enero de 2020, de [file:///C:/Users/HOME/Downloads/Revista\\_Juridica\\_MP\\_72.pdf](file:///C:/Users/HOME/Downloads/Revista_Juridica_MP_72.pdf)
- 16.- García, A. (s.f.). *La Dignidad humana: Núcleo duro de los Derechos Humanos*. Recuperado el 27 de 11 de 2019, de <http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm>
- 17.- Guzman, F. (1940). *Código de procedimientos penales : exposiciones de motivos – antecedentes – concordancias - proyectos de reforma - reformas – legislación comparada – jurisprudencia* (8va ed.). Lima: Científica S.R.L. Recuperado el 16 de agosto de 2020, de <https://repositoriodigital.bnp.gob.pe/bnp/recursos/2/flippingbook/1000093971/files/assets/basic-html/page-7.html>
- 18.- Herrera, J. (s/f). *Encarcelados, absueltos ¿indeminizados? el derecho constitucional a una indemnización por errores judiciales en procesos penales y por detenciones arbitrarias*. *VOX JURIS N° 21*,



185-2020. Recuperado el 5 de junio de 2020, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27907.pdf>

19.- Herrera, R. (s/f). *Apuntes Preliminares para la Aplicación del Principio "In Dubio Pro Reo"*. Derecho & sociedad, s/p. Recuperado el 15 de enero de 2020, de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14231>

20.- Iñesta, E. (2005). *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal 1863*. Córdoba: Universidad de Córdoba. Recuperado el 15 de enero de 2020, de <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24884/1/CODIGO%20PENAL%20PERU%201863.pdf>

21.- Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal Español. (23 de noviembre de 1995). Madrid, España. Recuperado el 10 de noviembre de 2020, de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

22.- Mendoza, F. (9 de mayo de 2019). *La proporcionalidad de la prisión preventiva*. Lima, Perú: La Ley . Recuperado el 12 de marzo de 2021, de <https://laley.pe/art/7827/la-proporcionalidad-de-la-prision-preventiva#:~:text=En%20un%20Estado%20democr%C3%A1tico%20de,a%20quien%20se%20presume%20inocente.>

23.- Mosri, Z. (Septiembre-Diciembre de 2017). *Prisión Preventiva y reparación del daño en México: Ley General de Víctimas y Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Obtenido de Prisión

Preventiva y reparación del daño en México: Ley General de Víctimas y Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado: file:///C:/Users/HOME/Downloads/62462-181521-1-PB.pdf

24.- Nash, C. (2009). *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho & Centro de Derechos Humanos. Recuperado el 9 de junio de 2020, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r15428.pdf>

25.- Ollero, A. (1973). *Equidad, derecho, ley*. Granada, Granda, España. Recuperado el 28 de febrero de 2021, de <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/articulos/13-EQ-D-L.pdf>

26.- Palladino & Asociados. *La Analogía en el Derecho Penal*. Recuperado el 25 de noviembre del 2020, de <https://www.palladinopellonabogados.com/la-analogia-en-el-derecho-penal/>

27.- Perez, C. (abril/junio de 2013). *Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho*. Revista mexicana de sociología, 287-311. Recuperado el 20 de enero de 2021, de Scielo: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rms/v75n2/v75n2a5.pdf>

28.- Pinto, M. (s.f.). *Derechos humanos*. Recuperado el 15 de noviembre de 2020, de: <https://www.derechos-humanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-principio-pro->

homine-criterios-de-hermeneutica-y-pautas-para-la-regulacion-de-  
los-derechos-humanos.doc&ved

- 29.- Ramis, R. (2010). *Reseña sobre el libro de Jorge Mañes. El error judicial y la formación de los Jueces*. 171-184. Recuperado el 5 de junio de 2020, de:  
[http://www.archivo.isonomia.itam.mx/docs/isonomia33/Isono\\_337.pdf](http://www.archivo.isonomia.itam.mx/docs/isonomia33/Isono_337.pdf)
- 30.- Salas, J. (s.f.). *Del abono de la prision preventiva en causa diversa*. Recuperado el 15 de octubre de 2019, de El Mercurio Legal:  
<http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/22097-profesor-jaime-salas-del-abono-de-la-prision-preventiva-en-causa-diversa>
- 31.- Salcedo, A. (abril de 2018). *La prision preventiva ¿condena anticipada?* Obtenido de La prision preventiva ¿condena anticipada?:  
<file:///C:/Users/HOME/Downloads/605-1211-1-SM.pdf>
- 32.- Seoane, G. (1907). *Codigos Penal y de Enjuiciamientos en materia Penal*. Lima: E. Rosay. Recuperado el 2020 de enero de 15, de  
<http://fama2.us.es/fde/codigosPenalYDeEnjuiciamientoEnMateriaPenal.pdf>
- 33.- Troncoso, M. (2017). *El abono a la pena de las privaciones de libertad*. *Revista de la Justicia Penal* N° 7, 60-65. Recuperado el 14 de setiembre de 2019, de  
[https://www.librotecnia.cl/ckfinder/userfiles/files/RJP\\_dpp\\_04Elabonoalapenadelasprivacionesdelibertad\\_p159-172.pdf](https://www.librotecnia.cl/ckfinder/userfiles/files/RJP_dpp_04Elabonoalapenadelasprivacionesdelibertad_p159-172.pdf)

34.- Vasquez, I. (s.f.). *Tipos de estudio y métodos de investigación*. Recuperado el 27 de setiembre de 2020, de Gestipolis: <https://www.gestipolis.com/tipos-estudio-metodos-investigacion/>

#### **7.4. FUENTES ELECTRONICAS**

##### **7.4.1 TESIS**

- 1.-Del Rio Labarthe (2016). “*Las medidas cautelares en el Proceso Penal Peruano*” (Tesis de Doctorado). Universidad de Alicante, Alicante, España. Recuperado el 06 de marzo del 2021 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=63716>.
- 2.- Gacia, S. d. (2017). El abono de la detención domiciliaria en el cumplimiento de la pena, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho. (R. D. Orrego, Ed.) Trujillo, Trujillo, Perú. Recuperado el 25 de octubre de 2019, de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/2874>
- 3.-Meza & Reveco (2018). “*El abono de las medidas cautelares personales a la pena privativa de libertad*” (Tesis de Licenciatura). Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Recuperado el 05 de marzo del 2021 de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/150367>

##### **7.4.2 SENTENCIAS**

###### **A. PODER JUDICIAL**

###### **A.1. Nacionales**

1. Casacion N° 1021-2016-San Martín. Recuperado el 18 de marzo del 2021 de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/02/LEGIS.PE->

Cese-de-la -prisi%C3%B3n-preventiva-alcances-del-art.-283-CPP-Casaci%C3%B3n-1021-2016-San-Mart%C3%ADn.pdf.

2. Casacion N° 391-2011-Piura. Recuperado el 18 de abril del 2021 de [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Casaci%C3%B3n-391-2011-Piura-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Casaci%C3%B3n-391-2011-Piura-Legis.pe_.pdf).
3. Recurso de Nulidad N° 1611-2018-Lima. Recuperado el 20 de abril del 2021 de [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/R.N.-1611-2018-Lima-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/R.N.-1611-2018-Lima-Legis.pe_.pdf).

## ***A.2. Internacionales***

- 1.- Causa seguida contra "Acuña, Kevin Alan y Perez Oscar Alejandro s/ falsa denuncia (Perez) y encubrimiento (Acuña)", I.P.P. N° 17.680/I (Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca setiembre de 2019). Recuperado el 15 de febrero de 2020, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/11/fallos48291.pdf>
- 2.- Causa N° 1441-2011 (Juzgado de Ejecución Penal de Trelew de la provincia de Chubut 24 de junio de 2011). Recuperado el 11 de junio de 2020, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos36849.pdf>
- 3.- Caso "Saldía, Fernando Ariel s/Hábeas Corpus", Causa N° 56138 (Sala I Tribunal de Casación Penal 26 de febrero de 2013). Recuperado el 15 de noviembre de 2019, de

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos36680.pdf>

- 4.- Caso Damian Jonathan Caceres, Nro. 133.463 (Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nro. 3 22 de enero de 2013). Recuperado el 15 de enero de 2020, de [http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos36849\\_0.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos36849_0.pdf)
- 5.- Causa seguida contra Álvarez Mario Daniel y otros, 506-2008 (Juez de Ejecucion Penal de Trelew 24 de noviembre de 2008). Recuperado el 15 de noviembre de 2019, de [http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos36849\\_1.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos36849_1.pdf)
- 6.- Causa seguida contra Lucas Damián Villafañe, Exp. N° 4884-0000 (Tribunal Oral Criminal 1 s/f de junio de 2013). Recuperado el 15 de noviembre de 2019, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos36681.pdf>
- 7.- Causa seguida contra Ojeda Villalba, Oscar s/ Recurso, Causa N° 67.727 (Sala I del Tribunal de Casación Penal 20 de noviembre de 2014). Recuperado el 10 de noviembre de 2019, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos40298.pdf>
- 8.- Rol N° 3709-19, Rol N° 3709-19 (Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile 11 de febrero de 2019). Recuperado el 15 de enero de 2020, de [https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR\\_871/suprema/documentos](https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos)

/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvbnZpY2luYWp1ZGljaWFsdmlydHVhbC5wanVkJmNsIiwiaXVkiOiJoaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwuc

## ***B. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL***

- 1.- Expediente N°0019-2005-PI/TC. Recuperado el 25 de abril del 2021 de:  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02407-2011-HC.html>.
- 2.- Expediente N° 2273-2005-PHC/TC. Recuperado el 28 de marzo del 2021 de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01805-2005-HC.html>.

# **ANEXOS**





<b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS:</b>	<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</b>		<i>Vinculación entre prisión preventiva y el proceso penal</i>	Privación provisional de la Libertad La excepcionalidad de la restricción Instrumentalidad	La presente investigación utiliza el enfoque cualitativo.
¿De qué modo los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, permitirían abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad?	-Determinar si los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, permitirían abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.	-Los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, si permitiría abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.	<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<i>Relación jurídico penal entre el imputado-Estado</i>	<i>Restricción de la libertad</i>	
¿En qué supuestos, los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, permitirían abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad?	-Establecer los supuestos para abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa, para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, en el marco de los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano.	-Los supuestos para abonar el plazo de prisión preventiva en causa diversa para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, en el marco de los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano, son la absolución del proceso y el sobreseimiento de la causa.			<b>ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA EN CAUSA DIVERSA</b>	
			<i>El sobreseimiento o absolución del preso preventivo</i>	<i>Abono de la prisión preventiva a la pena en causa diversa</i>		



## ANEXO N° 02: ENTREVISTA

UNIVERSIDAD NACIONAL: “JOSE FAUSTINO SANCHEZ CARRION”

ESCUELA DE POSTGRADO

### I. DATOS INFORMATIVOS:

- 1.1. Nombres : .....
- 1.2. Institución : .....
- 1.3. Especialidad : .....
- 1.4. Sexo : .....

II. INSTRUCCIONES. A continuación, se formulan una serie de enunciados con una estructura de preguntas abiertas. Responda a través de su experiencia profesional, las interrogantes planteadas.

### III. ESTRUCTURA

1. Los presupuestos materiales de la prisión preventiva conforme al ordenamiento procesal penal peruano ¿es coincidente con el derecho comparado en el marco de los derechos fundamentales del procesado previstos en dichos instrumentos jurídicos?

Respuesta:

.....

Repregunta:

2. El tiempo de prisión preventiva y otras medidas cautelares se computan a la pena a la pena impuesta, a esto se conoce con el nombre de abono de las medidas cautelares a la pena. Ahora bien, ¿qué clases o tipos de abono de las medidas cautelares personales a la pena existen en el marco del derecho penal comparado?

Respuesta:

.....

Repregunta:

3. ¿La aplicación de esta institución jurídica tiene restricciones en el marco del derecho comparado?

Respuesta:

.....

Repregunta:

4. ¿Nuestro Código Penal de 1991 contempla la institución jurídica del abono de las medidas cautelares personales a la pena?

Respuesta:

.....

Repregunta:

5. En caso de que sea afirmativa su respuesta a la pregunta anterior ¿qué clase de abono de las medidas cautelares personales a la pena ha regulado nuestro Código Penal?

Respuesta:

.....

Repregunta:

6. De acuerdo al nuestro ordenamiento jurídico penal ¿el abono de la prisión preventiva en causa diversa ha sido regulado expresamente?

Respuesta:

.....

Repregunta:

7. En caso sea negativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿se puede sostener la procedencia del abono en causa diversa a la luz de los principios rectores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico?

Respuesta:

.....

Repregunta:

8. Si los principios rectores permiten sostener el abono en causa diversa, ¿existe alguna limitación a aplicación del abono en causa diversa de la prisión preventiva de acuerdo al Código Penal?

Respuesta:

.....

Repregunta:

9. En caso de que no fuera posible (por diversas razones) el abono en causa diversa de la prisión preventiva, el preso preventivo sobreseído o absuelto ¿debe ser reparado?

Respuesta:

.....

Repregunta:

10. En caso sea afirmativa su respuesta a la pregunta anterior ¿Cuál es el mecanismo procesal previsto en nuestro ordenamiento jurídico para que los presos preventivos sobreseídos o absueltos hagan valer su derecho a la reparación?

Respuesta:

.....