

respecto de ninguno de los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada. A esta forma de concurso se la denomina también *reiteración* y constituye en la práctica la hipótesis de pluralidad de delitos más corriente.

El requisito básico del concurso material es la realización de la participación en varios delitos. La fórmula enfatiza, desde luego, que la reiteración no exige una forma de concurrencia uniforme: también la hay, por consiguiente, si el sujeto ha intervenido en uno de los hechos punibles como autor único, en otro como coautor y en un tercero como mero partícipe (instigador, cómplice o encubridor). Los delitos pueden ser de una misma o diferente especie —si bien lo primero determinará un tratamiento punitivo especial— y hallarse en distintas etapas de desarrollo. Así, puede darse concurso real entre dos hurtos consumados y uno tentado, o entre una violación consumada, un robo y una malversación de caudales públicos sólo tentados y unas lesiones frustradas.

Se reclama la *independencia fáctica* de los hechos punibles para diferenciar el concurso real del ideal,³⁷ pues, en efecto, cuando todos ellos se exteriorizan mediante movimientos físicos unitarios (un solo hecho) nos encontramos frente a este último. A su vez, se exige *independencia jurídica*, porque si los hechos están vinculados a causa de que su fraccionamiento fue necesario y, por esto, han de ser valorados unitariamente, nos encontraremos ante un delito continuado.³⁸

El requisito de que no exista una sentencia condenatoria intermedia, por último, tiene por objeto distinguir el concurso material de la reincidencia.³⁹ En cambio, es indiferente que la pena impuesta se haya o no cumplido, pues en los casos de reincidencia impropia,⁴⁰ esto último, precisamente, no ocurrirá.

b) El tratamiento punitivo del concurso real

El tratamiento penal del concurso real está regido en la ley con arreglo a distintos sistemas:

aa) La regla general: acumulación material de las penas

El punto de partida general se encuentra contenido en el art. 74 del C.P., que consagra el principio de la *acumulación material de las penas* (*quot crimina, tot poenae*), tal vez la solución más “inmediata y primitiva”⁴¹ que puede darse al problema. De conformidad con ese criterio, los distintos delitos son sancionados como hechos independientes, y el autor común sufrirá la suma de las penas correspondientes. En muchas ocasiones, sobre todo tratándose de penas privativas de libertad, se excederán en esta forma los límites de la culpabilidad por los actos —cuyo carácter unipersonal el sistema ignora—, lesionando la base sobre la cual descansa el ordenamiento punitivo en su conjunto.

³⁷ Infra, II

³⁸ Supra, 42, III

³⁹ Supra, 33, II, c).

⁴⁰ Supra, 33, II, c), dd).

⁴¹ MAURACH, II, 56, IV, A, 1, pág. 476; MAURACH-ZIPPE, II, 56, IV, A, 56, pág. 591.

Con arreglo al art. 74, inc. segundo, cuando ello es posible, "el sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente". Esto ocurrirá si las penas impuestas no sólo son de diferente naturaleza, sino que además afectan a bienes jurídicos también distintos. Así, una pena privativa de libertad (prisión, reclusión, presidio) puede cumplirse al mismo tiempo que una pecuniaria (multa, comiso), pero no que una restrictiva de libertad (confinamiento, extrañamiento, relegación, destierro).

Cuando la ejecución simultánea no es posible, "o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas", el sujeto "las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves, o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena" privativa de libertad. Debe entenderse que el cumplimiento simultáneo de dos penas hace ilusorio el de una de ellas cuando la imposibilidad de ejercer el derecho afectado por esta última está ya implícita en la afectación de aquel a que concierne la otra. Por lo que se refiere al orden establecido para la ejecución, se explica por sí solo, así como también la excepción al mismo, que tiene por objeto asegurar la persona del condenado para el cumplimiento de las penas restantes.

bb) La primera excepción:
la acumulación jurídica de las penas

Conforme al art. 509 del C. de P.P., el concurso real de *crímenes o simples delitos de una misma especie*, o de una misma falta, se rige, excepcionalmente, por el sistema de la *asperación o acumulación jurídica de las penas*. Esto es, se impone la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados, y si, a causa de la naturaleza de los atentados, la apreciación conjunta no es posible, se aplica la sanción contemplada para aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos. Con todo, en los casos en que el régimen del art. 74 del C.P. resulte más favorable al reo, el tribunal debe estarse a él. Aunque aparentemente la contraexcepción tiene un carácter facultativo, la jurisprudencia le atribuye correctamente significado imperativo, otorgándole acatamiento en todos los casos.

Sobre lo que ha de entenderse por *crímenes y simples delitos de la misma especie* la ley ofrece una solución clara pero infortunada. Tiene por tales a "aquellos que estén penados en un mismo título del Código Penal o ley que los castiga". Así resultan ser delitos de la misma especie la *injuria* (art. 416 del C.P.) y el *homicidio* (art. 391, N° 2°); la *fabricación de armas prohibidas* (art. 288 del C.P.) y los *delitos relativos a los ferrocarriles, telégrafos y conductores de correspondencia* (arts. 323 y sigts.); pero no, en cambio, el *infanticidio* (art. 394 del C.P.) y el *aborto* (arts. 342 y sigts.), ni tampoco aquél y el *abandono de niños* (arts. 346 y sigts. del C.P.). ¡La inconsistencia del sistema es evidente! En cuanto se refiere a las faltas se requiere *identidad*.

El art. 351 del C.P.P. reitera el 509 del C. de P.P., con algunas correcciones. En él ha desaparecido la referencia a las faltas. En cuanto a lo que se ha de considerar delito de

la misma especie, la disposición atiende únicamente a la afectación del "mismo bien jurídico", lo cual, si bien se orienta a la solución correcta es incompleto.⁴²

cc) La segunda excepción: la absorción de la pena

El art. 75 del C.P., en la parte final del inc. primero, dispone, excepcionalmente también, que cuando de dos delitos que se encuentran en *concurso real*, el uno "sea el medio necesario para cometer el otro", se aplique el sistema de la *absorción de la pena*;⁴³ vale decir, se impone únicamente la pena mayor asignada al hecho punible más grave.

A mi juicio, la *necesidad* de la relación de medio a fin debe juzgarse *en concreto*. Por consiguiente, su existencia depende de las circunstancias concurrentes en el caso dado y no sólo de la naturaleza intrínseca de los hechos (discutible).⁴⁴ En relación con ello conviene recordar, por otra parte, que con arreglo al criterio sostenido precedentemente ésta es la conexión que se presenta en las hipótesis de delito continuado⁴⁵ y, por consiguiente, el art. 75 la disposición que regula su punibilidad.⁴⁶

En cuanto consagra una norma que es excepcional aun respecto de la contenida en el art. 509 del C. de P.P., el art. 75 del C.P. ha de aplicarse con preferencia a éste. Así, cuando crímenes o simples delitos de la misma especie se encuentran en relación necesaria de medio a fin, prevalece la disposición del art. 75 y se los debe castigar con arreglo a lo que éste preceptúa. En cambio, es dudoso lo que ha de hacerse cuando, como sucede en algunos casos, para el autor puede resultar más beneficioso el sistema de la acumulación material (art. 74 del C.P.) que el de la absorción. En principio, puesto que a diferencia del art. 509 del C. de P.P., el 75 del C.P. no contiene una norma de reenvío, pareciera que la ley aboga por la aplicación de este último incluso en tales casos. Sin embargo, ésta es una situación en la cual, en mi concepto, el *telos* de la ley debe conducir a una solución analógica en beneficio del reo, determinando que los hechos se castiguen con arreglo a lo preceptuado en el art. 74 del C.P. Pues si lo que se persigue por la norma del art. 75 es conceder al autor un tratamiento más benévolo, resulta absurdo perseverar en darle aplicación aunque en la situación concreta lo perjudique.

La razón por la que la ley sanciona estos casos de reiteración en una forma más benigna es objeto de cierta discusión. NOVOA⁴⁷ estima que tal sistema es injustificado y sólo puede explicarse por unos motivos tradicionales exentos de racionalidad. Este criterio coincide, en general, con el que defiende en lo concerniente al delito continuado.⁴⁸ En mi opinión, por el contrario, la conexión de necesidad entre los delitos justifica una valoración jurídica con-

⁴² Supra, 33, II, c), ff.

⁴³ En este mismo sentido, NOVOA, II, 483, pág. 266: "La verdad es que [este caso] no tiene nada de concurso ideal, sino que se trata de dos o más delitos conectados entre sí por la relación de medio a fin".

⁴⁴ Como en el texto, ETCHEBERRY, II, pág. 118; GARRIDO, II, 109.2, c), pág. 347; POLITOFF-MATUS-RAMIREZ, 16, I, B, pág. 444. Dudoso, en cambio, NOVOA, II, 483, pág. 267, aunque los ejemplos de que se ha valido en la pág. 266 de ese mismo apartado sugieren una solución conforme con la del texto.

⁴⁵ Supra, 42, III, D).

⁴⁶ Supra, 42, III, h).

⁴⁷ NOVOA, II, 483, págs. 266 y 267.

⁴⁸ Supra, 42, III, e).

junta y un tratamiento punitivo que se haga cargo de ella, aun más allá de la consideración relativa a la unidad del sujeto activo que la ley en vigor descuida casi por completo.

dd) La regla especial del art. 451 del C.P.

Para finalizar, el art. 451 del C.P. contiene una regla muy especial relativa al *concurso real de hurtos*.⁴⁹ Se trata de una disposición vinculada al tratamiento punitivo de ese delito y que pertenece, por consiguiente, al sistema de la Parte Especial.

II. EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS

a) Concepto, naturaleza y estructura del concurso ideal

Hay un concurso ideal de delitos cuando con un solo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces.

La doctrina extranjera ha debatido por largo tiempo en torno a la naturaleza y estructura del concurso ideal.⁵⁰

Para una parte importante de la literatura, en efecto, se trata aquí de *una sola acción* que colma los requisitos de distintos tipos.⁵¹ Este punto de vista, sin embargo, es determinado por la forma en que se encontraba legislada la institución en el antiguo Código Penal alemán,⁵² con arreglo al cual los casos de concurrencia ideal se describían, precisamente, como situaciones en las que *una acción* configuraba varios delitos.⁵³

En el ámbito de la ley chilena, en cambio, el problema se presenta de una manera distinta. Conforme al art. 75, inc. primero, primera parte, el concurso ideal sólo supone la unidad del *hecho*, no de la *acción*. Que, a su vez, un hecho único puede estar compuesto o integrado por distintas acciones es algo perfectamente concebible, pues, como ya se ha explicado,⁵⁴ existen numerosos casos en los cuales la "abrazadera" del tipo reúne en unidad de hecho lo que indiscutiblemente constituye una pluralidad de acciones. Por otra parte, en los casos de concurso ideal auténtico existen dos o más *finalidades* perfectamente diferenciables, las cuales, si bien se manifiestan externamente con apariencia unitaria, en realidad dan vida a distintas acciones. En el concurso ideal de delitos, por lo tanto, sólo es única la forma, el modo en que se exterioriza y realiza la actividad final, pero las acciones son varias.⁵⁵

⁴⁹ Véase, sobre ello, supra 42, III, h).

⁵⁰ Una ojeada de conjunto al debate en Alemania. MAURACH, II, 54, I, 3, págs. 417 y sigts., con una solución distinta a la del texto.

⁵¹ MAURACH, II, 54, I, 3, págs. 418 y 419; MEZGER, II, 69, I, 3, b), págs. 377 y sigts.

⁵² En el texto actualmente en vigor (desde 1975), la figura del concurso ideal no se encuentra ya incluida en el párrafo concerniente a la "pluralidad de hechos" (párrafo 53).

⁵³ Una crítica detenida de la teoría unitaria se desarrolla en ETCHEBERRY, *El concurso aparente de leyes penales*, Santiago, sin fecha, págs. 11 y 12.

⁵⁴ Supra, 42, II.

⁵⁵ BETTIOL, págs. 545 y sigts., razona de una manera semejante a la del texto. Previamente, sin embargo, realiza una crítica de la terminología empleada por nuestra ley (págs. 543 y 544), pues considera que en los casos de concurso ideal el *hecho* también es múltiple.

Como lo destaca certeramente RODRIGUEZ MUÑOZ,⁵⁶ la concepción unitaria tropieza con dificultades cuando uno de los delitos que integran el concurso ideal es complejo y, por consiguiente, está compuesto, ya él, por varias acciones naturales. Se requiere una construcción sumamente artificiosa⁵⁷ para sostener la unidad de la acción cuando el autor, por ejemplo, durante el curso de un robo, viola a su hermana (concurso ideal entre robo con violación e incesto). En realidad, mantener ese criterio para estas situaciones es imposible.

En principio, la polémica tiene un carácter teórico, sin consecuencias prácticas muy significativas⁵⁸. No obstante, cobra importancia, en primer lugar, respecto a ciertos problemas concernientes a la participación, y, en segundo, para la solución adecuada de la situación que presentan las hipótesis de delito preterintencional y las de delitos culposos con pluralidad de resultados.

aa) El problema de la participación en el concurso ideal

Parece lógico que los adherentes a la teoría unitaria consideren que el partícipe en un concurso ideal lo es de un solo delito⁵⁹ si él ha colaborado o instigado a una sola acción. Por el contrario, cuando se sostiene, como aquí, que en los casos de concurrencia ideal las acciones configuradoras de los distintos tipos son también múltiples, debe afirmarse que el partícipe lo es de todos los delitos si su actividad satisface las exigencias requeridas para considerarlo cómplice o instigador de cada uno de ellos y aunque se haya manifestado externamente en una forma unitaria. Lo decisivo es lo que él sabía sobre la naturaleza del hecho en el cual colaboraba o respecto del cual formaba en otro la voluntad de realización. Así, el que instiga a la violación de una hermana del autor, conociendo la relación parental que lo vincula con la víctima, es inductor tanto de la violación como del incesto. Asimismo, el que contribuye proporcionando la bomba que sabe destinada a causar la muerte de tres personas al mismo tiempo, es cómplice de tres homicidios.

Por el contrario, cuando el hecho principal es efectivamente uno solo (matar a un hombre, lesionar a una persona, ejecutar un robo, etc.), la multiplicidad de conductas del concurrente accesorio es irrelevante, incluso si configuran distintas formas de participación, en virtud del principio de subsidiariedad expresa que consagra en esta materia la ley en vigor.

bb) El delito preterintencional

De acuerdo con lo que se ha dicho al respecto,⁶⁰ la práctica resuelve los casos de preterintencionalidad para los cuales la ley no ha establecido una figura expresa en la Parte Especial, apreciando un concurso ideal entre el delito doloso básico y el tipo de delito culposo correspondiente al resultado más grave. Esta solución es correcta. Aunque constituye el caso límite de tal posibilidad, también aquí el movimiento corporal único del agente puede materialmente desdoblarse en dos acciones, a la primera de las cuales presta su fisonomía la finalidad orientada a la realización de la conducta típica perseguida (dolo), y a la segunda, la omisión de imprimir a su actividad toda la dirección final de que era capaz a fin de evitar la desviación del curso causal hacia otros resultados jurídicamente indeseables.

cc) Los delitos culposos con pluralidad de resultados

Una parte importante de la doctrina y jurisprudencia aprecia un concurso ideal cuando el autor ha incurrido en una conducta culposa que da origen a varios resultados típicos (accidente del tránsito con muertos o lesionados múltiples; volcamiento de una nave sobrecargada con

⁵⁶ RODRIGUEZ MUÑOZ, notas de derecho español a MEZGER, II, 69, I, *in fine*, págs. 378 y 379.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ JESCHECK, 67, I, 2, págs. 657 y 658.

⁵⁹ Así, expresamente, MAURACH, 54, II, C, págs. 424 y sigts.

⁶⁰ *Supra*, 20, III, e).

muerte de un gran número de pasajeros; etc.)⁶¹. La cuestión, sin embargo, no es pacífica y, en casos semejantes, los tribunales han apreciado también, a veces, un solo cuasidelito e, incluso, en ciertas ocasiones, un concurso real de ellos.⁶²

De estas soluciones, la última me parece insostenible. Es verdad que en las situaciones de la llamada concurrencia ideal homogénea dolosa, el disvalor de acción y el de resultado son, por lo general, múltiples y la unificación de la actividad ejecutiva puramente accidental,⁶³ pero esto no puede afirmarse de la misma forma para los casos en los cuales la conducta sólo negligente conduce a una variedad de resultados lesivos, pues como el sujeto en realidad no quiere la producción de éstos, no puede sostenerse que haya escogido la forma de ejecución unificada como una entre varias alternativas encaminadas a provocarlos. Así, un criterio de esta índole sólo puede defenderse cuando se pone el acento por completo en el disvalor de resultado; pero entonces toda la regulación del concurso ideal -y no sólo el homogéneo- queda privada de sustentación racional.

Por razones semejantes, estimo inapropiado el punto de vista con arreglo al cual en tales hipótesis debe apreciarse un concurso ideal por el solo hecho de haber ocasionado una pluralidad de resultados. Ciertamente, en la mayor parte de los casos quien realiza una conducta culposa puede prever la lesión de uno o varios bienes jurídicos como consecuencia de ella. Pero, por eso mismo, parece evidente que el disvalor de acción en esas situaciones es siempre idéntico, de manera que determinar la punibilidad atendiendo a la contingencia azarosa de si en efecto ocurrieron distintos eventos o uno solo, estimo, otra vez, que es enfatizar en forma exagerada la significación del disvalor de resultado, con grave peligro, incluso, para la supervivencia del derecho penal de culpabilidad. Por lo tanto, creo que en tales hipótesis debe castigarse únicamente por un delito culposos, pues el juicio de reprobabilidad ético-social de la conducta no puede pronunciarse sino una vez, con la consiguiente unidad de la infracción de la norma que impone el deber de cuidado.

Excepcionalmente, sin embargo, habrá que apreciar una auténtica concurrencia ideal en aquellas situaciones en las cuales para el autor *era previsible que si la conducta producía efectivamente un resultado típico, éste solo podía consistir en una lesión múltiple de bienes jurídicos*. Así, por ejemplo, ocurriría en el caso del capitán que sobrecarga la nave con gran número de pasajeros, exponiéndola a un naufragio o volcamiento, y en el del comandante de la aeronave que conduce a muchas personas y ejecuta maniobras imprudentes durante el viaje, ocasionando un desastre. En estos casos la previsibilidad de la inevitable pluralidad de resultados diversifica el disvalor de la acción, multiplicándola.

De lo expuesto se deduce que las hipótesis de delitos culposos con más de un resultado no pueden ser solucionadas con arreglo a un criterio invariable, pues su apreciación depende de los elementos que integran la estructura de la culpa concurrente en la situación concreta. Lo cual, como es obvio, no significa abogar por una decisión de "caso por caso", sino reconducir el problema a reglas más generales concernientes a la realización del hecho típico.

b) Clasificación del concurso ideal

La doctrina distingue dos clases de concurso ideal: *homogéneo y heterogéneo*. El concurso es homogéneo cuando con un mismo hecho se realiza varias veces el mismo tipo penal, como, por ejemplo, si con un mismo disparo se da muerte a dos personas, o profiriendo una sola expresión se injuria a muchos individuos. A su vez, el concurso es heterogéneo cuando con un solo hecho se satisfacen las exigencias de distintos tipos penales, como, por ejemplo, si para yacer con ella se violenta a una hermana casada, o se incendia una casa para dar muerte al que mora en ella, o si el autor del hurto fractura una ventana, dañándola, para escapar del lugar en el cual ejecutó la

⁶¹ Sobre ellos, véanse las sentencias de la C.S. de 11 de enero y 4 de abril de 1960, con comentario conjunto de POLITOFF quien aprueba la solución en R.C.P., tomo XIX, N° 1, págs. 62 y sigs.

⁶² Este curso vacilante de la jurisprudencia, que subsiste en los últimos fallos, puede apreciarse en ETCHEBERRY, D.P.J., II, 106, págs. 50 y sigs.

⁶³ Infra, b).

sustracción. La clasificación sólo tiene un valor sistemático, pues, desde el punto de vista práctico, las dos situaciones se rigen por lo dispuesto en el art. 75 del C.P.⁶⁴

c) Efectos penales del concurso ideal

La ley otorga al concurso ideal un tratamiento más benigno que el concedido en la generalidad de los casos al concurso real. En efecto, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 75 del C.P., se lo castiga siempre conforme al sistema de la *absorción de las penas*, esto es, imponiendo la pena mayor asignada al delito más grave.

Los fundamentos de esta benevolencia no son fáciles de explicar, a causa de la generalidad de la norma, que otorga un tratamiento semejante a situaciones distintas.

En efecto, hay ciertos casos en los cuales, a causa de circunstancias independientes de su voluntad, el que ha decidido la ejecución de un delito no tiene más remedio, aunque se valga de un solo hecho, que lesionar al mismo tiempo otro bien jurídico, consumando, de ese modo, otro tipo legal. Así ocurre en la hipótesis del que viola a su hermana, pues la existencia de un vínculo parental que lo liga a la mujer objeto de sus deseos es algo ajeno a su control, e imposible de eludir cualquiera sea la forma que imprima a la ejecución material de su designio. Naturalmente, el sujeto siempre dispone de la alternativa de no cometer delito alguno, pero lo decisivo es que si quiere consumir uno de ellos (la violación), está condenado a querer también la perpetración del otro (el incesto). Algo semejante sucede también cuando las circunstancias que determinan la infracción del segundo bien jurídico y la consiguiente realización de otro tipo penal no preexisten, pero se presentan durante la ejecución del primero, constituyendo una condición *sine qua non* de su consumación. Así, por ejemplo, en el caso propuesto de quien comete el delito de daños fracturando una ventana para poder escapar del lugar en que ha cometido el hurto.⁶⁵ Ahora bien, en situaciones como las descritas parece razonable conceder al autor un tratamiento más benévolo que si hubiera incurrido en un concurso real; porque, aunque en verdad ejecutó dos acciones —unificadas tan sólo en la forma de su exteriorización—, ambas abarcadas por su voluntad de realización, es cierto también que una de ellas le fue impuesta por las circunstancias concurrentes, las cuales limitaron su libertad de decisión. Si a esto se añade que el régimen de punibilidad del concurso real consagrado por la ley en vigor es de una aspereza rudimentaria, puede comprenderse que el ordenamiento quisiera corregir siquiera parcialmente su rudeza frente a casos que presentan características de esta clase.

Pero el razonamiento anterior es inaplicable a aquellas otras hipótesis en las cuales el agente deliberadamente escoge, de entre distintas alternativas posibles, aquella que le permite alcanzar al mismo tiempo varias metas delictivas. Así, no se divisa un argumento satisfactorio para defender un sistema con arreglo al cual se castiga más severamente al que mata a tres de sus enemigos mediante acciones sucesivas, que a quien hace lo mismo colocando una bomba de gran poder explosivo en el lugar en que las víctimas se encuentran reunidas. Sin embargo, a mi juicio, los términos en que está concebido el art. 75 del C.P. no permiten excluir estas situaciones de entre las que regula.⁶⁶

De *lege ferenda* este defecto podría ser corregido mediante una mayor especificación de los requisitos exigidos al concurso ideal. Pero es probable también que eso provocara dificultades hermenéuticas y condujera a una casuística insatisfactoria. Por eso, seguramente lo más apropiado es intentar una modificación racional en el régimen de punibilidad del concurso en general. Esto habilitaría para suprimir toda distinción entre sus formas, sin perjuicio de que, si la norma es suficientemente flexible, pueda concederse, a los casos concretos que así lo requieran, un tratamiento diferenciado.

⁶⁴ ETCHEBERRY, II, pág. 121.

⁶⁵ Sobre las razones por las cuales este hecho configura un concurso entre hurto y daños, no un robo con fuerza en las cosas, ETCHEBERRY, III, pág. 317.

⁶⁶ Como en el texto, ETCHEBERRY, II, pág. 121. Otra opinión, GARRIDO, II, 110.2. a), pág. 248. Restan importancias a la discusión, y no se pronuncian en definitiva, POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pág. 400.

No es posible dar una regla precisa y general sobre lo que debe entenderse por delito más grave.⁶⁷ Cuando la pena amenazada por la ley a los varios que concurren es de la misma naturaleza, decidirá usualmente aquella cuyo límite superior sea más alto; si éstos son iguales, deberá compararse el inferior. La ponderación de hechos punibles para los que se conminan penas de distinta naturaleza tiene que efectuarse siempre caso por caso.

Pena mayor, por su parte, es siempre la pena más alta establecida para el delito que se tenga por más grave.⁶⁸ Por consiguiente, cuando un hecho esté amenazado con una pena compuesta por varios grados de una divisible, se deberá imponer el más severo de todos ellos, sin perjuicio de que a partir de él se efectúen los cálculos correspondientes a la determinación concreta de la sanción, habida consideración de las circunstancias modificatorias de ella que en el caso puedan concurrir.⁶⁹

Por lo que concierne a la relación entre el art. 75 del C.P. y las disposiciones que regulan el concurso real de delitos, debe estarse a lo expuesto en relación con los efectos penales de este último.⁷⁰

Finalmente, es posible que dos o más delitos se encuentren entre sí en concurso ideal y entren además en concurso real con otro u otros hechos punibles. En tal caso deberá resolverse antes el primero, y la pena así determinada será la que se acumule material o jurídicamente —según corresponda— a la de las otras infracciones.

§ 44. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

I. CONCEPTO Y NATURALEZA

*Hay un concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas.*⁷¹

En rigor, por consiguiente, aquí no hay concurso alguno. No lo hay de hechos, puesto que el que se enjuicia es solamente uno. No lo hay tampoco de leyes, pues la concurrencia de éstas es puramente aparente y, al cabo, sólo una de ellas regirá la conducta de que se trata. No lo hay, por fin, de delitos, ya que, en suma, se entenderá que únicamente fue cometido uno.

⁶⁷ En el mismo sentido, NOVOA, II, 484, pág. 268.

⁶⁸ Ídem, con algún detalle.

⁶⁹ *Infra*, 57, III, d), bb).

⁷⁰ *Supra*, I, b), cc).

⁷¹ Sobre el concurso aparente de leyes penales, aparte de otros textos más generales, deben consultarse ETCHEBERRY, *El concurso aparente de leyes penales*, cit., y FONTECILLA, *Concurso de delincuentes de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos*, cit. Un examen detenido puede encontrarse también en JAKOBS, 31, I y sigts., págs. 1043 y sigts.; JESCHECK, 69, págs. 670 y sigts; MAURACH, II, 55, I, B, págs. 438 y sigts; MAURACH-ZIPFF, II, 55, II, págs. 551 y sigts; MIR, 27, III, págs. 638 y sigts.; ZAFARONI, 58, III, págs. 830 y sigts. Aparte de ello, hay también una exposición amplia en FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, *Concurso aparente de leyes penales*. Puebla, México, 1975.

Así pues, se trata en realidad de un problema de interpretación, como, en efecto, ya se anticipó.⁷² Lo que se plantea es un conflicto entre varias disposiciones, cada una de las cuales parece adecuada en principio para normar el hecho, no obstante lo cual es preciso, mediante la aplicación de los recursos hermenéuticos, determinar cuál es la que de veras se acomoda precisamente a todas sus particularidades fácticas y aprehende por completo su significado de valor.

Sin embargo, esta cuestión interpretativa se encuentra entrelazada en forma estrecha con la teoría del concurso de delitos. Pues, en efecto, la decisión relativa a cuál de los tipos recibirá aplicación en el caso de que se trata, está precedida por la de si en realidad éste ha de ser regido por una sola de ellas o si, más bien, nos hallamos frente a una auténtica pluralidad de delitos con unidad de hecho, esto es, ante un concurso ideal. En la práctica, además, ambas interrogantes se condicionan de manera recíproca, de tal modo que ni siquiera conceptualmente es posible separarlas. Por eso, no sólo desde el punto de vista didáctico, sino también atendiendo a consideraciones técnicas y sistemáticas, es preferible hacerse cargo del asunto en este lugar, aun reconociendo que teóricamente no pertenece a él.

II. LOS PRINCIPIOS DE SOLUCIÓN DEL CONCURSO APARENTE

Para resolver los problemas generados por el concurso aparente de leyes penales y sus relaciones con el concurso ideal de delitos, la literatura ha formulado varias reglas o principios, pero hasta el presente no existe un acuerdo pleno sobre su número y practicabilidad. Así, FONTECILLA⁷³ y PAVON VASCONCELOS,⁷⁴ reconocen por lo menos la existencia de cuatro: *especialidad*, *consunción*, *subsidiariedad* y *alternatividad*. Por el contrario, ETCHEBERRY,⁷⁵ si bien efectúa una exposición de los cuatro, considera que sólo dos de ellos rigen auténticamente la problemática: los de *especialidad* y *consunción*.⁷⁶ En el desarrollo subsiguiente prevalece este último criterio, aunque por razones prácticas se ha concedido al principio de subsidiariedad alguna mayor consideración que en otras ocasiones,⁷⁷ y se informa, además, someramente, sobre el de alternatividad.

a) Principio de especialidad

El principio de *especialidad* es de carácter lógico y, por tal razón, su manejo es más sencillo que el de *consunción*. De conformidad con él, hay un concurso ideal de delitos cuando el hecho parece ser captado por dos normas, pero éstas se encuentran en relación de género a especie y es la ley especial la que lo aprehende

⁷² Supra, 8, VII.

⁷³ FONTECILLA, Concurso de delincuentes de delitos y de leyes penales, cit., págs. 97 y sigts.

⁷⁴ PAVON VASCONCELOS, Concurso aparente de normas, cit., IV, págs. 97 y sigts.

⁷⁵ ETCHEBERRY, El concurso aparente de leyes penales, cit. 15 y sigts., págs. 45 y sigts., y 45, pág. 99

⁷⁶ Véase, además, en el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, pág. 125. Este criterio corresponde básicamente al expuesto por MEZGER, II, 69, II, pág. 380. Asimismo, es semejante el tratamiento que da al asunto GARRIDO, II, 111.2, págs. 352 y sigts.

⁷⁷ CURY, Orientación, 29, II, dd), pág. 288, donde en realidad se lo ignora.

de manera más perfecta en todas sus particularidades. En tal caso la norma general será desplazada y el hecho será regulado sólo por la especial. Así, por ejemplo, cuando un empleado público sustrae caudales o efectos públicos o de particulares que tenía a su cargo, la conducta ejecutada se acomoda tanto a la descripción contenida en el art. 233 del C.P. (malversación de caudales) como a la que ofrece el art. 432, última parte (hurto) o, quizás, el art. 470, N° 1° (apropiación indebida); pero como el precepto que incrimina a la malversación es el que capta el hecho de una manera más completa y específica, sólo el art. 233 recibirá aplicación en el caso concreto y el 432 o el 470, N° 1°, habrán de ser desestimados.

Aunque, como se ha dicho, el principio de especialidad funciona prevalentemente sobre una base lógica, esto debe ser entendido en la forma relativa que siempre ha de darse a tal afirmación en el terreno jurídico. En esta materia, en efecto —por lo mismo que se trata de un problema referente a la interpretación de *normas*—,⁷⁸ la pura apreciación lógica siempre es insuficiente para alcanzar una solución. Aquí, por ejemplo, la decisión concerniente a que una de las leyes en conflicto tiene carácter “especial” respecto de la otra, si bien lógica en sí, presupone una valoración preliminar de las normas para la fijación del sentido de cada una de ellas y conduce, además, a una determinación sobre su “esfera de validez”, que es manifestamente axiológica.⁷⁹

El principio de especialidad, si bien no se encuentra expresamente consagrado en la ley penal, está formulado de manera amplia, para regular las relaciones del ordenamiento jurídico en general, en los arts. 4°, 13 y 20 del C.C.⁸⁰

Por último, es preciso tener presente que, con arreglo al criterio que se ha expuesto aquí, el dolo y la culpa son elementos del tipo que, por consiguiente, deben también tomarse en cuenta para la determinación de su especificidad. Ello es manifiesto en el caso de otros eventuales elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.⁸¹

b) Principio de consunción

El principio de *consunción* o *absorción* es de carácter axiológico y su aplicación, por ende, presenta más dificultades que la del de especialidad. De conformidad con él, hay también un concurso aparente de leyes penales, y no un concurso ideal de delitos, cuando el hecho parece ser captado por dos o más tipos; pero como el disvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos contiene al que supone la realización del otro u otros, aquél consume o absorbe a éstos, desplazándolos.

Así, por ejemplo, cuando alguien intenta penetrar por la ventana a una casa ajena para robar, pero fracasa, luego de lo cual fractura una puerta, logrando de este modo su propósito, pareciera que el hecho puede ser aprehendido tanto por el tipo de la tentativa de robo como por el robo consumado. Ahora bien, el disvalor delictivo del delito consumado absorbe al de la tentativa, pues mientras ésta no es portadora

⁷⁸ Sobre ello, supra, 8, I, b).

⁷⁹ Un ejemplo de lo expuesto puede encontrarse en el razonamiento desarrollado por ETCHEBERRY, II, págs. 123 y 124, para resolver las situaciones de concurso entre estafa y falsificación de instrumento privado en perjuicio de tercero. Que sobre este caso exista una gran disparidad de criterios en relación con el principio aplicable (ETCHEBERRY, IV, págs. 176 a 178), constituye una demostración elocuente de lo que se sostiene en el texto.

⁸⁰ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, pág. 124.

⁸¹ Supra, 18, IV.

sino de un disvalor de acción, aquél contiene también ése y, además, el de resultado. Por eso, en el caso propuesto el autor sólo será castigado por el robo consumado. De la misma manera, cuando el que quiere matar a otro le asesta varios golpes para dominar su resistencia y en seguida lo ultima de un balazo, su conducta pareciera satisfacer tanto las exigencias del tipo de las lesiones como las del de homicidio. Sin embargo, en tal situación éste consumirá a aquél, pues el atentado en contra del valor vida incluye el daño a la integridad corporal de la víctima.

En ninguno de los ejemplos anteriores podría solucionarse el problema acudiendo al principio de especialidad, pues ni el homicidio es una especie del género lesiones ni, mucho menos, el robo consumado una especie del género tentativa de robo. Cuando, por el contrario, el conflicto acepta ser solucionado echando mano de cualquiera de ambas fórmulas y su aplicación sucesiva conduce a resultados contradictorios, debe otorgarse prevalencia al principio de consunción; porque, en efecto, el *telos* de la ley se orienta según valores y no atendiendo a puros engarces lógicos.

Para la apreciación relativa a si un tipo de los concurrentes contiene el disvalor delictivo del otro u otros, es decisiva la consideración de los bienes jurídicos protegidos por cada uno de ellos, su magnitud y su conexión, así como del modo que asume el ataque en las distintas figuras en conflicto. La severidad comparativa de las distintas penas amenazadas constituye un criterio de referencia, pero sería engañoso dejarse guiar únicamente por él.

c) Principio de subsidiariedad

El principio de *subsidiariedad* se funda exclusivamente en una decisión del derecho positivo. De acuerdo con él, hay un concurso aparente y no un concurso ideal de delitos cuando un hecho pareciera ser captado por dos tipos, pero, por *expresa disposición de la ley*, uno de ellos resulta desplazado, porque su aplicación se subordina precisamente a que el otro no concurra.⁸²

En opinión de ETCHEBERRY, se trata de un principio carente de autonomía. Con arreglo a su punto de vista, en efecto, sólo se limita a declarar explícitamente la existencia de una relación de especialidad entre los tipos aparentemente en conflicto; en los demás no será sino una declaración categórica de que la ley confiere prevalencia a la consunción.⁸³ En ambos la cuestión podría ser resuelta de la misma forma mediante aplicación de las reglas generales relativas a la materia.

En principio, este razonamiento es correcto y, además, corresponde a la situación de la ley en vigor. Sin embargo, no es imposible imaginar algún caso en el cual, por puras consideraciones utilitarias de carácter político-criminal, el ordenamiento dispusiera la aplicación subsidiaria de una norma que debiese recibirla preferentemente tanto con arreglo al principio de consunción como al de especialidad. En una situación límite de esta especie, la fórmula de subsidiariedad cobraría alguna "personalidad propia"⁸⁴ que justificaría la subsistencia de su tratamiento doctrinal.

⁸² Esta formulación corresponde básicamente a la ofrecida por ETCHEBERRY, II, pág. 127, en donde se prescinde de la antigua distinción entre subsidiariedad expresa y tácita.

⁸³ ETCHEBERRY, II, pág. 93; *El concurso aparente de leyes penales*, 43, pág. 98, y 45, pág. 99.

⁸⁴ ETCHEBERRY, *El concurso aparente de leyes penales*, 45, pág. 99.

En rigor, con todo, es preciso convenir en que en una hipótesis como la descrita podría resultar discutible el carácter "general" de la disposición aplicada respecto de la que se desplaza. Pues, a fin de cuentas, para disponer la vigencia prevalente de un precepto, siempre será necesario introducirle especificaciones que lo determinen de algún modo. El asunto es de interés práctico reducido.

d) Principio de accesoriedad

En la prolija exposición que le dedica ETCHEBERRY⁸⁵ se advierte de inmediato que este principio ha sido formulado de muchas maneras distintas, sin que hasta el presente se haya encontrado una manera de expresarlo correctamente. En el fondo, lo que se designa con ese rótulo no es más que una forma específica de aplicación del principio de consunción a situaciones planteadas por tipos con pluralidad de hipótesis.⁸⁶ Cuando el sujeto, en efecto, haya realizado simultáneamente varias de éstas, la cuestión de si ha de castigárselo por un concurso de delitos o por un solo hecho punible (tipicidad reforzada)⁸⁷ exigirá una apreciación valorativa para cuya solución el principio de alternatividad no brinda una regla prácticamente aprovechable, limitándose a plantear el problema.⁸⁸

⁸⁵ ETCHEBERRY, *El concurso aparente de leyes penales*, cit., 19, págs. 59 y sigts.

⁸⁶ En el mismo sentido, NOVOA, II, 494, pág. 287.

⁸⁷ Supra, 42, II, d).

⁸⁸ En la doctrina chilena constituye otra opinión aislada la de POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pág. 391.