

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

TEXTO Y COMENTARIO DEL CODIGO PENAL CHILENO

TOMO I

LIBRO PRIMERO - PARTE GENERAL
ARTICULOS 1º AL 105

Obra dirigida por
SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA
Coordinador
JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

AUTORES

Juan Bustos Ramírez
Felipe Caballero Brun
Miguel Cillero Bruñol
Enrique Cury Urzúa
José Luis Guzmán Dálbora
Carlos Künsemüller Loebenfelder
Jean Pierre Matus Acuña
Jaime Náquira Riveros
Sergio Politoff Lifschitz
Manuel de Rivacoba y Rivacoba
Alex van Weezel

© SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ
LUIS ORTIZ QUIROGA
JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 125.400, año 2002
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta primera edición
de 800 ejemplares en el mes de febrero de 2003

IMPRESORES: Trama Color Impresores S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1393-2

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Artículos 74 a 78

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

COMENTARIO PRELIMINAR A LOS ARTS. 74 Y 75. RÉGIMEN CONCURSAL EN LA LEY CHILENA

1. **Historia legislativa.** Los arts. 74 y 75, que regulan los llamados **concursos real e ideal**, respectivamente, fueron tomados, con ligeras modificaciones, de los respectivos 76 y 77 CEsp. La discusión en la CR y en el Parlamento se centró en la posibilidad de poner un límite a la **acumulación material** de las penas prevista en el art. 74, lo que fue en definitiva rechazado, a pesar de las buenas razones que se esgrimieron para ello en su oportunidad: que con un régimen sin limitaciones podría “llegarse al absurdo de condenar a un mismo reo, a cuarenta, cincuenta o más años, lo que equivaldría a un presidio perpetuo sin el nombre” (Reyes, en *Actas*, Se. 79, p. 400), y que tal clase de acumulación “trae efectivamente el desprestigio de las leyes penales, obligando al juez a imponer tales extremos de severidad, que la sentencia produce una reacción de simpatía al reo en la sociedad” (Diputado Lastarria, cit. por Fernández I, 198). La introducción del art. 509 del CPP de 1906 (reproducido en lo esencial en el art. 351 CPP 2000) vino a morigerar los efectos de la aplicación ciega del art. 74, estableciendo un sistema de **acumulación jurídica** para los *delitos de la misma especie*. Posteriormente, a fin de evitar la imposición mecánica de la pena de muerte, en casos de *concurso ideal*, la Ley N° 17.266, de 06.01.1970, incorporó una frase final al inc. 2° del art. 75, que facultaba al tribunal imponer, en vez de ella, la de presidio perpetuo. Esta frase final fue derogada por la Ley N° 19.734, que sustituyó la pena de muerte por la de presidio perpetuo calificado.

2. **Generalidades.** A) **Fundamento y estructura del régimen concursal.** **Unidad y pluralidad de hechos y de delitos.** i) **Fundamentos del sistema concursal.** El problema del concurso de delitos se presenta cuando, en un mismo proceso, se puede imputar a una persona la realización del supuesto de hecho de varias normas penales. Como sostuviera Jescheck (*Die Konkurrenz*, en ZStW 67 (1955), 529), si no tuviésemos un sistema penal en el que prima el principio de legalidad, el problema concursal no existiría, ya que la norma

penal aplicable siempre sería una sola (la infracción al derecho). Añade Jescheck, que la distinción entre el concurso ideal y el real, esto es, entre la unidad y la pluralidad de hecho, es también consustancial a nuestro sistema penal, pues en él las figuras penales describen acciones u omisiones que de alguna manera pueden considerarse como unidades. Sin embargo, esta última apreciación no es del todo exacta, desde dos puntos de vista: primero, porque como veremos a continuación, la idea de que a todo tipo penal corresponde una única acción u omisión, parece responder a una estructuración *ideal* del tipo penal, que corresponde quizás a supuestos muy simples, pero que por regla general no se encuentran así recogidos en la legislación, al menos en la chilena, donde con frecuencia es el *tipo penal* el que determina que un conjunto más o menos significativo de acciones se considere un *único hecho*, para los efectos de su sanción (la llamada *unidad jurídica de acción*). Y en segundo lugar, porque el régimen concursal que impone a los casos de *concurso real* (nuestro art. 74) un tratamiento penal diferente al del *concurso ideal* (nuestro art. 75), es meramente *contingente*. En efecto, no sólo lo demuestra así la historia de nuestra propia legislación, sino también la de los arts. 76 y 77 del CEsp que se tomó de modelo. Así, ya en la reforma del CEsp de 1870, se limitó drásticamente el efecto de la acumulación material a sólo 30 años de prisión. Y en cuanto a la regla del *concurso ideal*, su carácter meramente *contingente* lo demuestra el simple hecho que su aplicación se hizo depender, mediante expresa modificación legal, de si era o no más favorable al reo que la regulación del *concurso real* (cfr. Matus (1996:280 nota 692), práctica que alguna jurisprudencia nacional ha asumido, sin necesidad de disposición legal expresa (SC Santiago 1970, en RCP XXIX, 54 y SC Santiago 1971, en RDJ LXVIII, 285, cit. ambas por Etcheberry DPJ IV, 204). Para efectos de la aplicación de las reglas concursales, nuestro legislador asume la posibilidad de que se presenten las siguientes situaciones: a) que una persona sea juzgada por un único delito, caso en el cual las reglas concursales carecen de aplicación; y b) que una persona sea juzgada por varios delitos a la vez, caso en el cual entran a jugar las reglas concursales. Para saber cuál regla concursal aplicar en estos casos, el art. 75 nos indica que debemos distinguir si esos varios delitos se cometieron en un mismo o en varios hechos. Luego, las cuestiones de fondo que determinar son las siguientes: a) cuándo se comete un único o varios delitos y b) cuándo estamos ante un único o varios hechos. **ii) Unidad y pluralidad de delitos.** Parece sin discusión que un *único delito* se comete cuando se realiza una sola vez la descripción del tipo legal que lo sanciona penalmente (incluso entre los finalistas, v. Cury II, 261). Luego, para saber si estamos ante un único o varios delitos, no es necesario fijarnos en el número de *acciones* en sentido natural realizadas por el autor (movimientos corporales dirigidos por la voluntad), sino en el número de realizaciones de las descripciones típicas. Por tanto, existe unidad de delito *cada vez que se realiza una sola descripción típica*, con independencia del número de *acciones* (en sentido natural) ejecutadas. De allí que la única medida de la unidad posible para contar *delitos*, y que sea además practicable, es la que nos ofrecen los tipos penales realizados por el autor.

iii) Unidad y pluralidad de hechos. Mientras la noción de unidad de delito es exclusivamente jurídica, pues viene dada por el sentido de los tipos legales, la de unidad de hecho se refiere principalmente a un conjunto de sucesos del mundo exterior que ocurren en una misma dimensión espacio-temporal. Sin embargo, dado que en el mundo de la causalidad natural no existen *soluciones de continuidad* que nos permitan tener un concepto *a priori* de dónde comienza o dónde terminaría un "hecho", debemos recurrir nuevamente a los conceptos jurídicos para poder recortar del mundo exterior un conjunto de sucesos y darles una *unidad* que nos permita considerarlos un *único hecho*. Como parece entenderlo el art. 75 de nuestro Código Penal, un único hecho es la unidad espacio-temporal dentro de la cual se realiza *al menos* un tipo penal (cfr., en sentido similar Etcheberry II, 121, quien identifica unidad de hecho con "un solo momento"). Si, además, en esa misma unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, entonces decimos que ese hecho constituye dos o más delitos, salvo las excepciones que veremos *infra* B). **iv) Estructura del régimen concursal chileno.** La regla general de nuestro régimen concursal es la de la **acumulación material** de penas que se encuentra en el inciso primero del art. 74: "al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones". A partir de esa regla encontramos una serie de excepciones, que se aplican en el orden de su exposición: a) los casos en que, a pesar de existir realización de varios supuestos típicos o de un mismo tipo varias veces, la ley los considera un *único delito*, la llamada **unidad jurídica de acción**, que se sanciona con la pena de un único delito; b) los casos de **concurso aparente de leyes**, en que un delito desplaza a otro concurrente; c) los casos en que la propia ley establece la **solución concursal especial** para un delito o grupo de delitos determinados (art. 141 *in fine*, 150-A, etc.); d) los casos en que un delito es medio necesario para la comisión de otro (**concurso ideal impropio**, art. 75 inc. 2º), en que la ley ordena una **absorción (agravada)** de la pena de un delito en la del otro; e) los casos de **reiteración de delitos** (que no se encuentran en una relación de medio a fin) en que la ley ordena una **acumulación jurídica** de penas (451 CP, 509 CPP 1906, 351 CPP 2000); y f) los casos en que un mismo hecho constituye dos o más delitos, **concurso ideal propio** (art. 75 inc. 1º). Además, expresamente la ley contempla una contraexcepción que obliga a volver a la regla general del art. 74, en los casos de **reiteración** de delitos, si su aplicación es *más favorable al condenado*, misma contraexcepción que jurisprudencialmente se ha reconocido para los casos de **concurso ideal y medial** (Garrido II, 547). Finalmente, cabe destacar la posibilidad de una aplicación simultánea de varias de las reglas concursales vigentes: así, si un par de hechos se encuentran en concurso medial y se ha cometido otro delito sin relación con ellos, tendremos un *concurso real* entre el medial y el delito aislado. Lo mismo sucederá, por ejemplo, si se trata de reiteración de dos clases de delitos de *distinta especie*: cada reiteración de delitos de la misma especie se pena por separado y al final se reúnen las dos según la regla del art. 74.

B) Casos excluidos del régimen concursal común, por existir una unidad jurídica de delito (unidad jurídica de acción). i) **La llamada unidad natural de acción.** Bajo esta denominación se agrupa la mayor parte de los casos que, en principio, no presentarían problemas concursales, pues la realización de la conducta descrita en un tipo legal, por regla general, puede realizarse sin necesidad de complementar los requisitos de otro delito: la acción matadora de un único homicidio (art. 391 N° 2°), la sustracción de una única especie mueble (art. 432), la omisión de devolver una cantidad de dinero (art. 470 N° 1°), la expresión de una única injuria (art. 416), etc. Sin embargo, esta categoría no escapa a las consideraciones de carácter jurídico, y así se afirma que tres golpes constituyen un único delito de lesiones si los recibe una única víctima, pero si son varios los sujetos afectados, habrían tantos delitos como víctimas (casos de bienes jurídicos *personalísimos*); y al contrario, si se toman en un mismo contexto temporal varias cosas ajenas, de distintos dueños, sólo habría un único delito (Cury II, 263). En este sentido, nuestra jurisprudencia también ha señalado que si se sustrae una cosa que pertenece a varios dueños, sólo se comete un delito de hurto y no tantos como afectados (SC Chillán 04.08.1952, RDJ XLIX, 236). ii) **Los delitos permanentes.** Son casos en que la ley describe un delito cuya consumación se prolonga en el tiempo, creándose un estado antijurídico permanente, p. ej., **secuestro y sustracción de menores** (arts. 141 y 142), **detención ilegal** (art. 148), **ciertos delitos funcionarios** (arts. 135, 224 N° 5, 225 N° 5), etc. En estos casos, la duración del estado antijurídico intensifica la lesión al bien afectado, pero no al punto de modificar la naturaleza unitaria del delito cometido. Si durante ese estado permanente se cometen otros delitos, es discutible en general la apreciación de un concurso ideal o real, problema que pareció prever nuestro legislador, al establecer reglas concursales excepcionales para los casos más graves (arts. 141 y 142 *in fine*). En cambio, no se presentan esos problemas en los casos de **delitos instantáneos de efectos permanentes**, en que la realización del delito se produce una vez, a pesar de la prolongación de sus efectos en el tiempo, como sucede en el clásico ejemplo de la **bigamia** (art. 382), pero también en los de **lesiones de efectos permanentes**, p. ej., las del art. 397 N° 1°: aquí, una vez realizado el presupuesto del tipo legal, termina el hecho delictivo, con independencia de la duración de sus efectos. iii) **Los delitos compuestos.** En estos casos, la ley no describe un "estado", sino una multiplicidad de conductas, que por sí mismas no son delictivas, pero que al reunirse, dan origen a un delito: es el caso del delito de **giro doloso de cheques**, art. 22 D.F.L. 707 (Oo., Cury II, 264, para quien en este caso estaríamos ante un *delito complejo*). iv) **Los delitos complejos.** Se trata de casos en que la ley reúne en la descripción de un delito que consiste la realización de varias figuras punibles independientemente, p. ej., el delito de robo con homicidio del art. 433 N° 1 (homicidio más sustracción), robo con fuerza (daños o violación de domicilio más sustracción), etc. Habitualmente se les considera dentro de la teoría del concurso aparente de leyes como casos de **especialidad**, donde la figura compleja desplaza a las simples concurrentes. v) **Los tipos mixtos alternativos y los de tipicidad reforzada.** Por *tipos mixtos alternativos* se entienden aquellos en que las diversas acciones típicas

se presentan sólo como modalidades de realización del tipo de igual valor, carentes de propia independencia, enumeradas de forma casuística, como sucede particularmente con el delito de **homicidio calificado** del art. 391 N° 1°, o las **injurias graves** del art. 417. En estos casos, la realización de una sola de las modalidades típicas serviría para configurar el delito, pero la realización de varias de ellas resulta indiferente a efectos de la configuración del tipo, pues siempre se entiende que se ha realizado *un único delito* (SCS 09.08.1995, GJ 182, 126). Naturalmente, esto no significa que la realización de una pluralidad de hipótesis signifique, penalmente, exactamente lo mismo que la realización de una sola de ellas. Al contrario, la multiplicación de hipótesis alternativas en la comisión de un hecho puede y debe considerarse como una circunstancia a tener en cuenta a la hora de la concreta determinación de la pena, lo que en nuestro sistema se traduce, siguiendo la regla del art. 69 CP, en apreciar un mayor *daño* que el producido por la realización de una sola de las alternativas, y con ello justificar la determinación de una pena concreta más grave dentro del marco penal que resulte aplicable en definitiva. El mismo tratamiento reciben los delitos de *tipicidad reforzada*, en que las acciones contempladas en el tipo penal se pueden desplegar en momentos diferentes, siempre que se vinculen de alguna manera: una de ellas configura el delito y las restantes sólo lo "refuerzan", como sucedería con el doblar de campanas, repartir volantes y dirigir discursos para incitar a la sublevación del art. 123 (Cury II, 265, quien en todo caso estima se trata de situaciones diferentes). En cambio, en los **tipos mixtos acumulativos**, la comisión de cada uno de los actos mencionados en una disposición legal podría constituir un delito independiente, y, por tanto, susceptible de concurrir, aparente, ideal o realmente con el resto de ellos, como sucedería, por ejemplo, en los casos de **prevaricación judicial** del art. 223. vi) **Los delitos habituales.** En estos casos, es la reiteración de la conducta descrita en la ley lo que configura el delito y, por tanto, es indiferente el número de veces que tal reiteración se produzca: siempre se comete un único delito desde la primera reiteración, tal como ocurre con el favorecimiento de la prostitución del art. 367. vii) **Los delitos de emprendimiento.** Denominamos de esta manera una clase de delitos que se encuentran a caballo entre el delito permanente y los delitos de varios actos (aquellos en que la descripción típica sugiere la realización de dos o más acciones, como sucede, p. ej., en el hurto con fuerza), donde distintas conductas que pueden realizarse en diferentes momentos aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que éste participa una y otra vez. El criterio de unificación aquí es la *identidad subjetiva del autor que opera dentro de una empresa criminal existente o iniciada por él*. Es el caso de buena parte de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes de la Ley 19.366, de la falsificación de monedas de los arts. 162ss, y de los delitos del art. 97 del Código Tributario, etc. Aquí, la pluralidad de realizaciones típicas, aunque se encuentren separadas espacial y temporalmente, constituyen un único delito, tal como lo ha declarado reiteradamente nuestra jurisprudencia (SCS 15.07.1994, en FM 428, 361; SCS 12.10.1982, GT 1882, 1441) (v. otro concepto de *delito de emprendimiento* en la

dogmática alemana, donde por razones de texto legal se entiende por tal aquel cuya tentativa se encuentra equiparada con su consumación (Jescheck, 241).

viii) El delito continuado. Se trata de una de las excepciones de más tradición al régimen concursal, creación de los prácticos italianos ante la necesidad de morigerar la aplicación de una ley que preveía la horca para quien incurriera en tres o más hurtos (Cury II, 266). En Chile, esta tradición ha sido también recogida por nuestra jurisprudencia, que exige para su apreciación lo siguiente: a) unidad de autor; b) la identidad del tipo penal realizado en diversas ocasiones ("un solo de derecho violado"); c) que esas realizaciones tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo, y d) que exista unidad de propósito en el agente (SCS 03.06.1940, en GT 1940 1^{er} sem., N° 50, 243). Sin embargo, es difícil dar un concepto preciso de esta clase de delitos, pues, como señala Cury II, 266, se trata de "un caso límite de la unidad jurídica de acción". Su supuesto de hecho es la reiteración de varios hechos que, considerados separadamente, podrían estimarse constitutivos de varias realizaciones típicas del mismo delito, pero que por algún criterio externo, se consideran como unidad. Entre estos criterios se pueden mencionar: la unidad del bien jurídico afectado, la igual naturaleza del objeto material, la unidad temporal, la unidad de propósito, la consideración social del conjunto de los hechos, criterios de economía procesal derivados de la imposibilidad material de pesquisar el detalle de cada uno de los actos que componen el conjunto, e incluso la manifiesta iniquidad derivada de aplicar las reglas concursales comunes. El **tratamiento penal del delito continuado** consiste, por tanto, en considerarlo como un único delito y en ello están contestes nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritaria (cf., por todos, Garrido II, 342. Oo., aislada, es la de Cury II, 271, quien propone castigar el delito continuado como una especie de **concurso medial**, según la regla del art. 75, y la de Novoa II, 278, quien plantea un rechazo general a la institución).

C) Casos excluidos del régimen concursal común, por existir un concurso aparente de leyes (cfr. Matus, (1996:passim). La distinción entre las figuras concursales comunes y el concurso aparente de leyes se encuentra dada por la presencia o no de los requisitos de aplicabilidad de alguno de sus distintos principios de solución, esto es, de una relación de especialidad, consunción, subsidiariedad, o alternatividad, aunque domina en Chile la idea de que bastarían los dos primeros principios enunciados para comprender todos los casos posibles del concurso aparente de leyes (cfr. Matus, 2000:295). Para justificar esta preferencia, y con ello, sobre todo, la distinción entre concurso de leyes y **concurso ideal**, se recurre habitualmente a los argumentos de la **unidad del bien jurídico protegido** (Cury II, 284) y de la posibilidad de una violación al **principio non bis in idem** (Etcheberry II, 125). Sin embargo, el criterio de la **unidad del bien jurídico** sólo podría llegar a tener un rol limitado en esta materia y no siempre carente de discusión: primero, porque no es aplicable en muchos casos reconocidos de concurso de leyes, como en la relación existente entre los **llamados delitos complejos** y los **simples** de que se compondrían, ni tampoco en otros de **concurso ideal** con unidad de bien jurídico, tal como sucedería con el **llamado concurso ideal homogéneo**; y en

segundo término, porque este criterio nos remite a otra serie de discusiones posteriores que reducen su valor práctico como delimitador de especies concursales, discusiones que abarcan desde el concepto mismo de lo que ha de entenderse por bien jurídico protegido hasta el particular bien jurídico que protegerían las figuras legales en juego. Un análisis detallado de los casos de **concurso aparente de leyes** nos lleva a la conclusión de que para diferenciarlos de las figuras concursales comunes, y justificar con ello su aplicación preferente, se debe recurrir a dos criterios de distinta naturaleza: por una parte, el principio *non bis in idem*, y por otra, el principio de **insignificancia**. El principio **non bis in idem** justificará la preferencia de los principios de **especialidad**, **subsidiariedad**, y **alternatividad**, cuando en la concurrencia de dos o más normas, la estimación conjunta de ambas suponga una relación lógica entre ellas que lleve *necesariamente* a tomar en cuenta dos o más veces *un mismo elemento del hecho jurídico penalmente relevante y común a todas las normas concurrentes* (Cid, 1994:53). En cambio, en los casos de **consunción**, regidos por el principio de **insignificancia**, no tienen lugar las relaciones lógicas existentes entre los preceptos en juego, sino que existen ciertas *relaciones empíricas entre hechos susceptibles de ser calificados por dos o más preceptos*, en el que la realización de uno ellos se presenta como *insignificante frente a la del otro, cuya intensidad criminal lo absorbe*. En estos casos, la no aplicación de la pena correspondiente al delito de menor intensidad se justifica, porque al ser hecho copenado *insignificante* en relación al principal, el castigo por éste parece suficiente para señalar tanto al autor como al resto de la población, la reprobación jurídica de su conducta, pareciendo desproporcionado castigar, además, por los hechos acompañantes que, en la consideración del caso concreto, no tienen una significación autónoma.

i) Casos de especialidad. Existe una relación de especialidad entre dos preceptos penales, en su sentido *lógico-formal*, cuando en la descripción del supuesto de hecho de uno de ellos, el *especial*, se contienen todos los elementos del otro, el general, más uno o varios otros especializantes, como el caso del parricidio frente al homicidio (especialidad por *extensión o adición*); o cuando la descripción de uno o varios elementos del supuesto de hecho de la ley especial *suponen conceptual y necesariamente* la de todos los de la ley general, porque es una parte de un todo o una especie de un género conceptual (especialidad por *comprensión o especificación*), como el caso de la relación entre la estafa y la falsificación de documentos privados (SCS 06.10.1953, en RDJ L, 192). Dicho en términos más comprensivos, especialidad es la relación que existe entre dos supuestos de hecho legales, *cundo todos los casos concretos que se subsumen en el supuesto de hecho legal de una norma, la especial, se subsumen también dentro del de otra norma, la general, la que es aplicable al menos a un caso concreto adicional no subsumible dentro del supuesto de hecho de la primera*.

ii) Casos de subsidiariedad. Este principio es rechazado por la doctrina mayoritaria, considerando que se refiere a situaciones abarcables por el principio de **especialidad** o el de **consunción**, o a simples delimitaciones del alcance

de ciertas normas, sin contenido material (por todos, Etcheberry II, 127). Sin embargo, aunque es cierto que las reglas de los arts. 8, 16 y 17 pueden verse de esa última manera, no lo es menos que existen una serie de casos no abarcables por esas reglas ni por las de especialidad o consunción, que van más allá de consideraciones "puramente utilitarias" de "política criminal" (Cury II, 284). Son los casos en que en la relación entre dos preceptos legales *por lo menos un caso concreto que es subsumible en uno de dichos preceptos lo es también en el otro, y por lo menos un caso concreto que es subsumible en el primero no lo es en el segundo, y viceversa, siempre que ambos preceptos tengan en común al menos una misma propiedad jurídico penalmente relevante*. Conforme a este concepto, podemos afirmar que existe una relación de subsidiariedad tácita, básicamente en los siguientes casos: a) Entre las diversas especies de un mismo delito básico, por ejemplo, la relación entre las lesiones graves-gravísimas y las mutilaciones (Polittoff/Bustos/Grisolía, 280); y b) En ciertos casos de *delitos progresivos*, donde el paso de una infracción penal a otra supone la mantención de una misma propiedad subjetiva u objetiva del hecho, como en el caso del paso del delito de peligro al de lesión lo constituye la puesta en peligro del objeto de protección penal, como sucede con las distintas modalidades del manejo en estado de ebriedad del art. 121 de la Ley de Alcoholes. En estos casos, y siguiendo los criterios propuestos por el legislador al regular la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, donde en general, las primeras tienen un mayor valor que las segundas, y éstas solo permiten aumentar en grado la pena cuando concurren dos o más y ninguna atenuante, podemos ofrecer las siguientes reglas de solución: 1º. Si concurren dos o más figuras calificadas de una misma básica, como en el caso de las relaciones entre lesiones graves-gravísimas y mutilaciones, ha de ser preferente y principal la que contenga la calificación más grave, en el caso propuesto, la del delito del art. 397 N° 1; y 2º. Si concurren una figura privilegiada con una o más calificadas, como sería el caso del infanticidio y el homicidio calificado, se considerará preferente y principal la figura más benigna, en este caso, el infanticidio, tomando en cuenta la circunstancia calificante que concorra como agravante para los efectos de aplicar la regla del art. 68.

iii) **Alternatividad.** Este criterio es reconocido en nuestra doctrina sólo por Labatut/Zenteno I, 174, aunque con un concepto distinto al que se dará aquí. En sus orígenes, Binding concibió la *alternatividad* como un recurso para subsanar errores groseros en la legislación alemana, que se producían por dos razones: a) porque "exactamente el mismo supuesto de hecho es penado por distintas leyes", y b) porque los tipos se configuraban como "dos círculos que se cortan el uno al otro" (Binding, Karl: *Handbuch des Strafrechts Bd. I*, Leipzig, 1885, p. 349). Con las sucesivas reformas sufridas por el CP Alemán, se llegó a la conclusión de que este principio carecía de operatividad general, porque sus casos estaban incluidos en los otros, o porque, corregida la legislación, no era ya posible fundar una teoría en un "error legislativo" (Geerds, Friederich: *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961, pp. 226s). Desde esta perspectiva, es posible afirmar, en general,

que este principio carecería de operatividad. Sin embargo, en nuestra legislación subsisten muchos de los "errores legislativos" que utilizaba como ejemplo Binding, y respecto de los cuales parece prudente mantener el recurso a este criterio. Los casos más frecuentes son aquellos en que las circunstancias pensadas como agravantes terminan siendo un privilegio, como sucede entre nosotros con la relación entre el art. 403 bis (envío de cartas explosivas) y las figuras de homicidio: el riesgo indiscriminado que produce el envío de una carta explosiva justifica que se sancione aun cuando no se afecte "la vida o la integridad corporal de las personas", y que, respecto a las lesiones que se produzcan, la pena prevista en el art. 403 bis (presidio mayor en su grado mínimo) las absorba. Sin embargo, es dudoso que el legislador pretendiese, como aparece de la literalidad del texto legal, que si se envía una carta explosiva, se ponga en riesgo a una serie indeterminada de personas y, en definitiva, se afecte la vida de una o varias personas, ese hecho tenga una pena inferior aun a la del homicidio simple y *muy inferior* a la del homicidio calificado, cuando no parece difícil pensar que aquí estamos ante un caso de premeditación o alevosía. Por eso, si el hecho es perfectamente encuadrable en dos disposiciones legales, es perfectamente posible dar lugar al principio de *alternatividad* para su tratamiento penal, prefiriendo, en el caso concreto, la ley más severa (una situación similar ocurre con la "agravación" del art. 317, respecto de los delitos contra la salud pública: en muchos casos resulta inferior a la pena que correspondería por el homicidio calificado o el parricidio correspondiente). Y el otro caso que menciona Binding, y que se reproduce también en nuestra legislación, es el de las figuras en principio *especiales* y *calificadas*, pero que resultan por errores del legislador no precisamente más graves que las figuras genéricas a que se refieren, lo que ocurría en la Alemania de Binding con los atentados cometidos contra los Príncipes de la Federación, y sucede en Chile, por ejemplo, con la relación entre el secuestro político del art. 5º b) LSE y el art. 142 CP: ¿la figura menos grave de sustracción de menores tiene mayor pena que la sustracción de un menor con propósitos políticos? En estos casos, puede volverse hacia la figura general y, aplicando el principio de *alternatividad*, imponer la pena más grave que corresponda al caso concreto.

iv) **El principio de consunción.** En los casos de *consunción* no estamos ante relaciones lógicas, sino ante valoraciones del sentido de cada una de las normas en juego, según su forma de realización concreta en los hechos enjuiciados, y por tanto, se incluyen en él todos aquellos supuestos en que, no siendo apreciable una relación de *especialidad*, *subsidiariedad* o *alternatividad*, debe rechazarse no obstante el tratamiento concursal común, porque uno de los preceptos concurrentes regula un hecho que sólo puede considerarse como *accesorio* o *meramente acompañante*, en sentido amplio, del que regula el precepto *principal* y desplazante: los llamados *actos anteriores*, *propriadamente acompañantes* y *posteriores copenados*. Como señala Etcheberry II, 125, esto es lo que reconoce expresamente el legislador respecto del delito de *daños*, al disponer el art. 488 que sólo se castigará cuando el hecho no pueda considerarse constitutivo de otro delito que merezca mayor pena. Naturalmente, al faltar

el fundamento lógico de la relación que se trata, y depender ésta de factores empíricos, resultará difícil decidir en cada caso la regla a aplicar, presentándose una serie de supuestos limítrofes que no pueden ser determinados *a priori*. A esta dificultad hay que sumar el hecho de que tampoco es posible establecer *a priori* cuál de los preceptos concurrentes va a ser preferente, ya que esto lo determina sólo la *intensidad relativa* que tenga cada uno de ellos en el caso concreto, debiéndose descartar la tesis que sostiene que siempre será preferente la ley más grave (un caso sería el de la mujer que se intenta suicidar estando embarazada, y pierde a la criatura pero sobrevive; no debe castigarse como si hubiese cometido un aborto: el hecho principal impune –suicidio– absorbe al meramente acompañante –aborto–, *consunción inversa*). Sin embargo, el desarrollo de la teoría del concurso aparente de leyes permite, de todos modos, ofrecer una serie de grupos de casos en que se encuentra más o menos consolidada la opinión según la cual el precepto que regula un hecho anterior, posterior o simultáneo a otro no puede ser aplicado conjuntamente con aquél en que es subsumible éste. A continuación se ofrece una lista de *actos anteriores, acompañantes y posteriores*, que no es, en todo caso, taxativa ni definitiva, porque la *consunción*, tal como aquí se entiende, no permite postular una lista de esas características, ya que la cuestión queda entregada en general a la valoración del caso concreto, sirviendo los casos propuestos como guía para decidir si aplicar o no dicha disposición legal, pero en ningún caso como un mandato de obligatorio cumplimiento, ya que lo decisivo en todos estos casos es determinar la verdadera *intensidad criminal* de los hechos en juego, y en particular, el juicio sobre la *insignificancia*, a efectos penales, de uno de ellos en atención a su relación con el o los restantes. Los casos son los siguientes: a) **Actos anteriores copenados.** Se comprenden entre ellos: 1. Los que consisten en la *realización de una forma de participación en el delito anterior a su ejecución*, respecto de ésta, como el paso de la inducción a la coautoría o de la complicidad simple a la necesaria o de todas las mencionadas a la autoría material; 2. Los que consisten en la realización de *tentativas fallidas de comisión de un mismo delito* antes de su consumación y en relación a ésta, siempre que se mantenga una misma voluntad criminal y no varíe el objeto material del delito tentado; 3. Los que consisten en *actos preparatorios especialmente punibles* en relación a la tentativa y la consumación del delito preparado, como p. ej., sucedería entre las disposiciones del art. 445 (porte de instrumentos conocidamente destinados al robo) y las de robo con fuerza de los arts. 440 y 442; 4. Las existentes entre los *delitos de peligro*, concreto o abstracto, y los *delitos de lesión a los bienes jurídicos puestos en peligro*, como sucede en las amenazas seguidas del mal amenazado y en el incendio en lugar habitado seguido de incendio con resultado de muerte, siempre que no exista una disposición legal en contrario (como la del art. 406) o el peligro efectivamente producido sea de carácter general y se extienda más allá del bien jurídico dañado en concreto; y 5. Las existentes entre los llamados *delitos progresivos –de tránsito* en la nomenclatura alemana– y el delito a que conducen (las formas más graves de consumación absorben a las menos graves), p. ej., el paso de lesiones menos graves a graves o de éstas a un

parricidio u homicidio doloso. b) **Actos propiamente acompañantes típicos o copenados.** Se comprenden entre ellos: 1. Los consistentes en la realización de *diversas formas de participación en el delito simultáneas* a la ejecución material del mismo, en relación a la autoría. Así sucede con el paso sin solución de continuidad de acciones de complicidad simple a la complicidad necesaria y aun a la autoría material; 2. Los consistentes en *hechos de escaso valor criminal* que acompañan regularmente la comisión de ciertos delitos, como las injurias de hecho y las lesiones leves acompañantes de ciertos delitos de homicidio y lesiones; los daños y el allanamiento de morada que acompañan típicamente al robo con fuerza de los arts. 340 y 342, etc. c) **Actos posteriores copenados.** Se comprenden entre ellos: 1. Los que consisten en el *aprovechamiento o destrucción de los efectos del delito* en cuya comisión se ha tomado parte, como sucede típicamente en los casos de delitos contra la propiedad; 2. Los que consisten en el *agotamiento* de la intención puesta en el delito preferente, como el uso del documento falsificado por parte de quien lo falsifica, arts. 193, 194 y 196; y 3. Los que consisten en *actos de autoencubrimiento*, como el uso ilegítimo de bienes provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes por parte de quien realiza las operaciones de tráfico de las cuales provienen esos bienes.

v) Los “efectos residuales” de la ley en principio desplazada. a) **En la determinación de la pena.** Aunque existe acuerdo en que la ley preferente, por razón de concurso aparente de leyes, excluye totalmente la aplicación de la ley desplazada, no significa que ella no la vaya a tener en ningún sentido, pues, salvo en los casos de *especialidad* en que prefiere un delito privilegiado, no parece prohibido por la ley, ni incompatible con la preferencia dada a una de las normas concurrentes, estimar las propiedades jurídico-penalmente relevantes de la ley desplazada y que no se encuentran comprendidas en la preferente, como circunstancias del hecho posibles de considerar en la concreta determinación de la pena, a través de las reglas previstas en los arts. 65ss, y particularmente en la del art. 69. b) **El resurgimiento de la ley desplazada.** Al contrario de lo que sucede con los *efectos residuales* de la ley en principio desplazada, no surgen problemas dogmáticos o conceptuales a la hora de admitir en general, pero no sin excepciones, el *resurgimiento de la ley en principio desplazada*, esto es, la aplicación de ésta cuando no se presentan en los hechos todos los requisitos de punibilidad o de procesabilidad de la ley en principio preferente, así como cuando el castigo por ésta se encuentra impedido por existir un error en el agente sobre un elemento del delito en principio preferente, por no serle aplicable al partícipe una característica especial atribuible sólo al autor principal, o por haber sido éste indultado, o que con posterioridad el delito preferente sea amnistiado o prescriba, o la ley preferente sea derogada, etc. Así sucede paradigmáticamente con el caso de la *tentativa calificada desistida* (Politoff, *Actos preparatorios...*, 1999:238). Sin embargo, el *resurgimiento* no tiene lugar cuando se trata de hacer resurgir una ley desplazada *más grave* que la en principio preferente (una norma general sobre una privilegiada, por ejemplo), casos en los cuales el privilegio establecido por la ley no se tomaría nunca en cuenta. Tampoco lo

tendrá cuando el delito en principio preferente no sea aplicable por faltar alguna condición de procesabilidad o perseguibilidad por el mismo, si ese obstáculo procesal es la denuncia o querrela del ofendido por el delito, pues en tales circunstancias no puede hacerse resurgir la figura desplazada sin pasar a llevar con ello la voluntad legislativa de entregar a la víctima del delito la decisión de si participará o no en un proceso penal. Lo mismo ocurre cuando dicho requisito es una declaración de autoridad (como la querrela del S.I.I. o la declaración de quiebra) que debe preceder a la persecución criminal, pues entonces no tendría sentido tal declaración de autoridad. c) **El resurgimiento de la ley en principio desplazada y la participación de terceros en el delito.** Se trata de un caso especial de *resurgimiento* que responde a la pregunta acerca de qué pasa cuando en un caso de concurso aparente de leyes no concurre en uno de los partícipes la circunstancia *especializante* o la que determina la *subsidiariedad*, *consumción* o *alternatividad*. En estos casos, como entiende nuestra doctrina prácticamente unánime al resolver el problema de la participación en el delito de *parricidio* (cfr. Politoff/Bustos/Grisolia, 127s), respecto del partícipe en quien no concurren las circunstancias personales que determinan la preferencia de un precepto en perjuicio de otro, tal preferencia no se produce y *resurge* para él la ley en principio desplazada. Los fundamentos legales de esta solución se encuentran en los arts. 17, 61, 64, 72, 269 y 489, que hacen reposar la responsabilidad penal de cada partícipe por separado, y demuestran que existe en nuestra legislación un principio general, según el cual las causas de exclusión de la pena que se derivan de una característica personal no son extensibles a los partícipes en quienes no concurre dicha característica.

D) Casos para los que la ley dispone un régimen concursal especial. Nuestro Código contiene numerosas disposiciones en las cuales se regula para un delito o clase de delitos la solución concursal, sin hacer distinción en torno a los problemas de unidad o pluralidad de hechos envueltos. Entre las más importantes, podemos señalar las siguientes: la que ordena aplicar el régimen de **acumulación material** respecto de la **sublevación** y los delitos cometidos durante ella, art. 131; la que castiga con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, al que con motivo u ocasión de un **secuestro** o **sustracción de menores** cometiere **además homicidio, violación, castración, mutilación o lesiones** del art. 397 N° 1 en la persona del ofendido (arts. 141 y 142, inc. final); la que castiga con presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio la aplicación de **torturas** seguidas de muerte o lesiones del art. 397 N° 1 (**art. 150 A**); la imposición arbitraria de penas corporales seguida de su cumplimiento (**art. 153**); la que castiga como estafa la exacción ilegal cometida con ánimo de lucro (**art. 157 inc. 2°**); la del art. 313 c, que hace aplicable el régimen de **acumulación material** a los delitos relativos al ejercicio ilegal de la medicina y profesiones afines, y los resultados contra la vida o la salud que de dicho ejercicio ilegal se deriven; la del art. 317, que establece una penalidad especial para los delitos de peligro contra la salud pública seguidos de resultados lesivos en la salud individual de alguna persona (*v. supra* C iii); la del art. 325, que resuelve el

concurso entre accidentes producidos por destrucción de vías férreas y las lesiones producidas en las personas a causa de dichos accidentes, con la regla de **absorción simple** por la pena más grave; la que establece para ese mismo caso, pero seguido de muerte, una regla de **absorción agravada**; la del art. 372 bis, que impone la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo y la de presidio perpetuo simple a calificado en el caso de **homicidio** cometido con ocasión de **violación anal o bucal**, y en casos de violación vaginal, respectivamente; la del art. 406, relativa a los resultados causados en duelo; la del art. 433, que establece especiales **delitos complejos de robos con violencia**; la del art. 451, que establece un régimen de acumulación jurídica para la *reiteración de hurtos*; la del art. 453, que establece un sistema de **exasperación** de la pena más grave, en caso de concurrir en un hecho varias de las circunstancias a que la ley señala mayor pena en los delitos de **robo y hurto**; la del art. 460, que establece un sistema de **absorción** de la pena más grave en los casos de **usurpación** con violencia; la del art. 474, que establece el **delito complejo** de incendio y otros estragos con resultado doloso o culposo de muerte o lesiones graves del art. 397 N° 1; la del art. 488, que establece la **absorción** del delito de daños comprendido en delitos que merezcan mayor pena; etc.

E) Casos de reiteración de delitos, excluidos del régimen concursal común (arts. 451, 509 CPP 1906 y 351 CPP 2000). i) **art. 451 CP.** Regula de forma especial la **reiteración de hurtos en concurso real**, antes del procesamiento, y por tanto, no los casos de delito continuado (*v. supra* B viii, SCS 17.04.1967, RDJ LXIV, 92). Para su aplicación debe acreditarse, en primer lugar, que cada hecho separadamente constituye un hurto-delito, esto es, que cada hurto reiterado sea de una cosa de valor mayor a 1 UTM. La regla es similar a la del art. 75 en sus efectos (**absorción agravada**): obliga a sumar el total del valor de lo sustraído para determinar la pena aplicable según el art. 446, una vez hecho lo cual, se impone ésta "en su grado superior". ii) **art. 509 CPP 1906.** Esta disposición establece un régimen de **acumulación jurídica (exasperación)** para casos de concurso real que de otra manera se regirían por el sistema de simple acumulación material del art. 74. Se aplica en caso de reiteración (concurso real) de crímenes y simples delitos *de la misma especie* o *de la misma falta*. Sobre qué ha de entenderse por crímenes y simples delitos *de una misma especie*, "la ley ofrece una solución clara pero infortunada" (Cury II, 274): los "que están penados en un mismo título del Código Penal o ley que los castiga". De este modo, serían "delitos de la misma especie", el aborto (art. 342), la suposición de parto (art. 353) y la violación (art. 361); el parricidio (art. 390) y las calumnias (art. 412), etc. Para aplicar la pena en estos casos, la ley establece dos posibilidades: 1. Si las diversas infracciones se pueden "estimar como un solo delito", se impone la pena de éste, aumentada en uno, dos o tres grados. Como señala Novoa II, 258, es posible "estimar como un solo delito aquellos tipos que pueden ser medidos en magnitudes o cuya caracterización o pena toman en cuenta ciertas cuantías pecuniarias", como las estafas y los daños (en este grupo se podrían incorporar los casos que en España se conocen como **delito masa**, donde la gran extensión del

mal causado es resultante de la suma del daño causado a un importante número de personas no relacionadas entre sí —Oo., Garrido II, 343, quien relaciona esta situación con la del **delito continuado**—. Además, se debe tener presente que, contra alguna jurisprudencia aislada, los distintos grados de participación o desarrollo en que se encuentren los delitos reiterados no influyen en su calificación como “de una misma especie” (SC Valparaíso 01.06.1923, GT 1923, 2ª sem., Nº 90, 460). 2. Si las diversas infracciones no pueden considerarse como un único delito, se aplica la pena de aquella que “considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentada en uno, dos o tres grados” (como el cálculo se hace “con las circunstancias del caso”, se cumple con la ley si sólo se toma en cuenta el grado mínimo de la pena mayor, SCS 16.07.1946, RCP IX, 209). En ambos casos, el aumento en grado es obligatorio, pero su cuantía, facultativa, “según sea el número de delitos” cometidos (Novoa II, 258). Pero si una vez aplicada esta regla resulta más favorable al reo el régimen del art. 74, debe volverse a éste. **iii) La regla del art. 351 CPP 2000.** Esta regla recoge los mismos criterios del art. 509 CPP 1906, con la sola diferencia de que aquí el aumento que se permite es sólo de uno o dos grados, y que por delitos de la *misma especie* se entienden aquellos “que afectaren al mismo bien jurídico”. Parafraseando a Cury, la solución legal aquí, aunque bienintencionada, no es clara ni afortunada, pues basta revisar la contradictoria jurisprudencia producida en torno a la interpretación del art. 12 Nº 16, para prever los problemas que su aplicación generará; más aún si se toma en cuenta que muchos delitos no protegen “un” único bien jurídico, sino varios, lo que reduciría sustancialmente la posibilidad de aplicación de esta regla, si se entiende que “un mismo bien jurídico” supondría la exigencia de una especie de *identidad* de bien jurídico protegido por las normas en juego.

3. Derecho comparado. El CP español de 1995 regula no sólo el concurso real (art. 73) —para el cual establece un sistema de **acumulación material limitada** temporalmente a un máximo de treinta años de privación de libertad— e ideal (art. 77) —regido por el principio de **absorción agravada**, con posibilidad de regresar al sistema de **acumulación material**, si es más benigno—, sino también, y con detalle, el aparente de leyes (art. 8º) y aun el llamado **delito continuado** (art. 74). Para el cual establece un sistema de **exasperación**, aplicable sólo si resulta más beneficioso que la regla general de **acumulación material**. Por su parte, el CP Italiano establece en su art. 81 una misma regla de **exasperación** para los casos de concurso ideal (*formale*) y delito continuado, limitado a que su aplicación no exceda de la pena que correspondería a los casos de concurso real (*concurso de reati*), cuya regulación se hace detalladamente en relación a la naturaleza de las penas concurrentes (arts. 72ss), estableciendo un sistema mixto de **acumulación jurídica** para ciertos casos (arts. 72 y 73: si alguno de los delitos tiene pena de prisión perpetua [*ergastolo*] o privativa de libertad superior a 24 años perpetuo) y de **acumulación material limitada** a treinta años de prisión para el resto de los casos (arts. 73, 74 y 78); además, se establece una regulación concursal espe-

cial, en la forma de **exasperación** menos grave que la del concurso ideal para los casos de **error en el golpe** (art. 82) y del llamado **delito preterintencional** (art. 83). En Alemania, las diferencias entre las distintas formas concursales han ido disminuyendo, al incorporarse al Código Penal un sistema de **acumulación jurídica** para el tratamiento del **concurso real** (§ 53), que le otorga al juez un amplio margen de determinación, relacionado de alguna manera con la gravedad del conjunto de los hechos enjuiciados (§ 54); y al mismo tiempo, puesto que el tratamiento del **concurso ideal** en Alemania sigue la regla de la **absorción simple** (§ 52), y no agravada como sucede en Chile y España, su doctrina ha llegado a afirmar que siendo idénticos los resultados entre apreciar concurso aparente de leyes y concurso ideal, la diferencia entre ambos estaría “reducida a cero” (*Schönke/Schöder/Stree, StGB Kommentar, München* 1991, v. § 52/104). El CP francés, en cambio, desconoce totalmente la distinción entre concurso real y concurso ideal, y ofrece un único sistema concursal en sus arts. 132-3 y 132-4, basado en la **absorción agravada** de las penas concurrentes (se permite aplicar el límite máximo de la pena más elevada), a menos que sean de distinta naturaleza (corporales y pecuniarias, por ejemplo), caso en el cual opera la **acumulación material**. Finalmente, en el sistema federal de los Estados Unidos, los Lineamientos de Sentencia (USSG § 1 A4(b)) establecen reglas similares a las de la **acumulación jurídica**, pero sin tomar en cuenta la unidad o pluralidad de hechos, sino la circunstancia de que una persona haya sido encontrada culpable de múltiples infracciones a la ley en veredictos separados (“*Multi-Count Conviction*”), sobre la base de que la mera reiteración de ciertas conductas o el aumento del daño que provoca una sola, si bien permite *aumentar* la pena, no lo haría al punto de poder transformar, por la simple **acumulación aritmética**, varios pequeños delitos en una cadena perpetua, ni lleva a la imposible imposición de varias penas de muerte y cadenas perpetuas.

4. Política criminal. La regulación concursal actual, basada en la distinción entre unidad y pluralidad de hechos, puede ser perfeccionada si se analiza su origen, una suerte de “transacción” entre las doctrinas de la **acumulación pura** y las de la **absorción pura**, dominantes en el período precodificado (Matus, 1996:280 nota 692), y la evolución de nuestra propia legislación, que ha establecido numerosas excepciones al régimen concursal común, lo que nos indica claramente la “insatisfacción” que produce el sistema de simple **acumulación material**, que se encuentra en la base de nuestro régimen concursal. Por tanto, es posible postular un régimen concursal que, dejando a salvo los casos de unidad jurídica de delito (que dependen del sentido de las normas jurídicas y no de una regla concursal), dé una respuesta unitaria basada en la **acumulación jurídica** de penas a la realización múltiple de los presupuestos de uno o varios tipos legales que, con independencia de la unidad y pluralidad de hechos realizados, permita tomar en cuenta la mayor intensidad en el daño causado por esa reiteración, y evite, al mismo tiempo, los absurdos a que puede llevar la aplicación mecánica del régimen de simple **acumulación material**. Una guía en ese sentido pueden ofrecer las dispo-

siones de los arts. 509 CPP 1906 y 351 CPP 2000, cuyo alcance como reglas concursales generales debiera ser tomado en consideración en una futura reforma penal. En cuanto al concurso aparente de leyes, la mejor regulación posible es "no regularlo mediante la introducción de un artículo en la parte general, sino evitarlo, mediante una cuidadosa redacción de las figuras de la parte especial", pues los problemas de interpretación que dichas disposiciones generan son mayores que los que pretenden resolver (Matus: *El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latinoamericana*, en RCHD vol. 24 N° 3 (1997), 442).

Art. 74. "Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, 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 penas de las comprendidas en la escala gradual número 1".

1. Acumulación material de penas. Presupuestos. Como señala Fuensalida I, 320, la lógica del sistema de acumulación material establecido en este artículo radica en no distinguir entre quienes son procesados simultáneamente por varios delitos y quienes cometen uno tras otro, existiendo sentencia condenatoria de por medio: a todos se impone la pena que corresponde por cada uno de los delitos cometidos, con la sola excepción de que en unos casos se apreciará la agravante de reincidencia y en otros, no. Ya hemos visto *supra*, **Comentario preliminar a los arts. 74 y 75, 2**, los problemas que esta regla genera y los remedios que la ley prevé al respecto, particularmente el cuantioso número de excepciones en su aplicación, por lo que a ellos nos remitimos.

2. Aplicación simultánea y sucesiva de ciertas penas. La regla general que ofrece el Código es la de la aplicación simultánea de las penas impuestas. Esto es particularmente aplicable cuando se im-

ponen penas de **presidio, reclusión y prisión**, comprendidas en la Escala N° 1, *conjuntamente* con las **inhabilitaciones** de las Escalas N°s 4 y 5, la **multa**, el **comiso**, la **incomunicación con personas ajenas al establecimiento penal**, y la **caución**, y en general, aquellas que afectan diferentes bienes jurídicos. Aunque Pacheco especuló con la posibilidad de que las **penas privativas de libertad** se cumpliesen *simultáneamente*, ya desde los primeros comentaristas se rechazó esta posibilidad por hacer "ilusorio" el cumplimiento de la pena privativa de menor duración comprendida en otra de mayor (Fuensalida I, 324). Por lo tanto, deben entenderse las **penas privativas de libertad** de la Escala N° 1 como imposibles de cumplir simultáneamente, y por tanto, han de cumplirse *sucesivamente*, comenzando por la más grave de ellas, de acuerdo a su duración. La propia ley señala, además, que las penas de las Escalas N°s 2 y 3 deben ejecutarse después de las comprendidas en la Escala N° 1, y su lógica no merece mayor comentario.

Art. 75. "La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.

En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave".

1. Concurso ideal propio. A) Un hecho constituye dos o más delitos. Un único hecho es la unidad espacio-temporal dentro de la cual se realiza *al menos* un tipo penal. Si, además, en esa misma unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, entonces decimos que ese hecho constituye dos o más delitos, salvo las excepciones que vistas *supra* **Comentario Preliminar arts. 74 y 75, 2 B, C y D**, donde una importante cantidad de situaciones que podrían regirse por esta disposición nuestra ley las excluye, al estimarlas unidad jurídica de delito, concurso aparente de leyes o establecer simplemente una regla concursal especial. Por lo mismo, se afirma no sin razón que "el cada vez más fino análisis de los tipos penales y sus relaciones entre sí ha ido reduciendo la importancia práctica del concurso ideal" (Etcheberry II, 122) y que "los ejemplos de auténtico concurso ideal que pueden proponerse son escasos y muchos de ellos de índole

más bien académica" (Novoa II, 262). **B) Clasificación.** i) **Concurso ideal heterogéneo.** Es el que se produce cuando los tipos penales concurrentes son diferentes: es el clásico ejemplo de la **violación** e **incesto**, puesto por la CR (*Actas*, Se. 19) y recogido por numerosa jurisprudencia (Fernández I, 201); del llamado **delito preterintencional**, en que a un hecho doloso sigue otro culposo (lesiones seguidas de muerte, aborto seguido de muerte), también reconocido por nuestra jurisprudencia (Etcheberry DPJ IV, 196s); y del **delito culposo con múltiples resultados** (SCS 27.08.1990 RDJ LXXXVII, 197; Oo., con matices, Cury II, 278, para quien en estos casos cabe apreciar un único cuasidelito, como ha hecho alguna aislada y antigua jurisprudencia). ii) **Concurso ideal homogéneo.** Se discute, sin embargo, si ha de considerarse "un único hecho" la realización simultánea de varios tipos legales idénticos, particularmente cuando afectan bienes jurídicos personalísimos, como sería causar la muerte de varias personas accionando un único dispositivo explosivo. Una parte importante de nuestra doctrina estima aquí un **concurso real** y no ideal, pues no es el medio empleado lo que define el homicidio sino las muertes causadas y éstas son plurales, aparte del contrasentido que significaría aquí privilegiar a quien usa un medio estragoso frente a quien va matando con sus propias manos a diversas personas (Garrido II, 338; Novoa II, 262; y alguna jurisprudencia: SC Santiago 05.09.1947, en GT 1947, 2º sem. Nº 62, 361); en tanto otro sector, atendiendo únicamente a la simultaneidad de los sucesos, estima que en tales casos ha de regir también la regla del art. 75 (Cury II, 279; Etcheberry II, 121). De todos modos, esta discusión ha ido perdiendo sentido, en los casos más graves, desde que el empleo de armas automáticas y medios estragosos se encuentra asociado en la práctica a las llamadas "conductas terroristas", cuya penalidad hiperagravada, fijada por la Ley 18.314, permitiría evitar las inconsistencias penológicas que fundamentan esta discusión.

2. Concurso ideal impropio o concurso medial. Esta es una situación especial de *concurso real*, con un régimen penológico más benigno, derivado de la *necesaria* relación de *medio a fin* que existe entre los hechos concurrentes. La práctica judicial y la doctrina mayoritaria entienden que la relación de *necesidad ha de evaluarse en el caso concreto, atendiendo a la "conexión ideológica"* que, según el plan del autor, existe entre los diversos delitos, y no al mero hecho casual de su sucesión temporal (Garrido II, 347; cfr. SC Valdi-

via (1971) en RDJ LXIX, 87, donde una tentativa de violación, seguida sin solución de continuidad por la introducción de objetos en la vagina de la víctima se consideró un caso de concurso real del art. 74 y no ideal del art. 75, por faltar la conexión entre los actos realizados. La SCS 17.01.1985, RDJ LXXXII, 11, señala, además, que dicha conexión ideológica debe corresponderse con la *necesidad objetiva* del delito que es medio para realizar el fin perseguido). Regularmente, corresponderán a esta clase de concurso los hechos que no puedan considerarse como **actos previos** o **posteriores copenados**, propios del principio de **consunción** (v. *supra* **Comentario Preliminar arts. 74 y 75, 2 C iv**), atendida la autonomía de cada uno de los delitos concurrentes. Así, se ha considerado por nuestra jurisprudencia que se pueden encontrar en concurso medial *el hurto* y *el contrabando* (Etcheberry DPJ IV, 199s), *la falsificación de documentos públicos para cometer una estafa* (SC Santiago 17.09.1982, RDJ LXXIX, 51) o una *malversación* (SCS 22.10.1957, RDJ LIV, 390), pero como su apreciación depende del caso concreto, hay también algunos fallos en contra (SCS 15.11.1984, RDJ LXXXI, 245).

3. Tratamiento penal del concurso ideal y medial. **A) Fundamento.** La *benignidad* de esta disposición, comparada teóricamente con la del art. 74, se fundamentaría en el menor reproche que merece quien, por necesidad, para cometer un delito, debe cometer otro (Fuensalida I, 326). Es lo que expresamente se exige en los casos de **concurso medial** y lo que tuvo en vista la CR al proponer el ejemplo de la violación incestuosa, ya que no será posible cometer la violación de la hija sin el incesto respectivo. Sin embargo, como señalamos *supra* **Comentario Preliminar arts. 74 y 75, 4**, hay que reconocer que, como señala Novoa II, 267, la regulación del **concurso ideal y medial** no parece fundarse más que en una "arraigada tradición", la que dejaría de tener justificación si la regla general en materia de concursos estableciera limitaciones razonables a la simple **acumulación material** del art. 74. Por otra parte, el "exceso" de benignidad de la regulación del art. 75 no deja de producir perplejidades, como en el caso del llamado **concurso ideal homogéneo**, donde no parece tener sentido la aplicación de un "beneficio" a quien utiliza un medio más peligroso y dañino para producir la muerte de varias personas en "un mismo acto", respecto de quien comete similares delitos, uno a la vez, utilizando sólo sus manos o simples armas cortopunzantes. **B) Pena mayor asignada al delito**

más grave. Se trata de elegir entre las distintas *penas señaladas por la ley al delito* (v. art. 52), en los respectivos tipos penales, previo al juego de las circunstancias atenuantes y agravantes, que sólo operarán una vez hecha la decisión que ordena este art. 75 (v. arts. 65, 66 y 67). Por *regla general*, **delito más grave** es el que tiene asignada la pena más alta en la respectiva Escala Gradual, esto es, “aquella que en su límite superior tenga una mayor gravedad” (Novoa II, 268). Así, en el ejemplo clásico de la violación e incesto, delito más grave es el de violación, cuya pena va desde el presidio menor en su grado máximo al mayor en su grado medio, en tanto que el delito de incesto tiene una pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, el delito de violación es “más grave”. Si se trata de penas de diferente naturaleza, en general, las privativas de libertad de presidio y reclusión, comprendidas en la Escala N° 1, son más graves que las inhabilidades de las Escalas N°s 4 y 5 y que las restrictivas de libertad de extrañamiento, confinamiento, destierro y relegación de los N°s 3 y 4, de *igual o menor duración temporal*. Los problemas se producen cuando se debe elegir entre penas privativas y restrictivas de libertad, cuando éstas son de mayor duración temporal que aquéllas. Como señala Cury II, 280, en estas situaciones, “la ponderación de hechos punibles para los que se conminan penas de distinta naturaleza tiene que efectuarse siempre caso a caso”. **Pena mayor** es, en todo caso, la que constituye el grado superior de la más grave o sólo la más grave, si ésta está compuesta de un único grado. Así, en el ejemplo propuesto de la violación e incesto, la determinación de la pena comienza a partir de la de presidio mayor en su grado medio, que es la pena mayor del delito más grave; y en los casos de concurso ideal entre homicidio frustrado y lesiones graves del art. 397 N° 1, la de presidio mayor en su grado mínimo, que es la pena asignada por la ley para las lesiones causadas. En estos casos, la mayor extensión del mal causado debe tomarse en cuenta recurriendo a la regla del art. 69. Pero no se puede descomponer un grado de una pena divisible según las reglas del art. 67, para considerar ese *máximum*, como pena mayor, lo que constituiría una especie de *analogía in malam partem* (hay jurisprudencia contradictoria al respecto: Etcheberry DPJ IV, 225s). C) **Contraexcepción. Aplicación de las reglas del art. 74 a los casos de concurso ideal.** En el entendido de que el tratamiento penal del concurso ideal debe significar un *beneficio* para el condenado, alguna jurisprudencia (SC Santiago 1970, en RCP XXIX, 54 y SC Santiago 1971, en RDJ LXVIII, 285;

cit. ambas por Etcheberry DPJ IV, 204) y un sector importante de la doctrina (Garrido II, 347) postulan que si la aplicación de la pena mayor asignada al delito más grave supone en los hechos imponer una pena superior a la que correspondería de la sola acumulación material dispuesta por el art. 74, debe aplicarse esta última disposición y no la del art. 75.

Art. 76. “Siempre que el tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposición de la ley, según lo prescrito en el párrafo 3 de este Título, condenará también al procesado expresamente en estas últimas”.

1. **Imposición expresa de las penas accesorias. Causal de casación o nulidad.** Las penas accesorias a que se refiere esta disposición son las contempladas en los arts. 27 a 31, que no imponiéndose expresamente en cada tipo penal, el Código ordena que otras lleven consigo (art. 22). Su imposición en la sentencia es **obligatoria**. El carácter procesal de esta disposición complementa lo dispuesto en el art. 500 CPP 1906 y 342 e) CPP 2000, y en caso de no cumplirse con la obligación impuesta, habilita para impetrar el recurso de casación en la forma del art. 541.9ª CPP 1906, o de nulidad *absoluta* del art. 374 e) CPP 2000.

Art. 77. “En los casos en que la ley señala una pena inferior o superior en uno o más grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada.”

Si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva se impondrá el presidio perpetuo. Sin embargo, cuando se tratare de la escala número 1 prevista en el artículo 59, se impondrá el presidio perpetuo calificado.

Faltando pena inferior se aplicará siempre la multa.

Cuando sea preciso elevar las inhabilitaciones absolutas o especiales perpetuas a grados superiores, se agravarán con la reclusión menor en su grado medio”.

1. Aplicación general de las escalas graduales. Este artículo dispone que las escalas graduales del art. 59 deben aplicarse a todos los casos en que la ley faculte u obligue a subir o bajar la pena designada por ésta para el delito, y no sólo a los relativos a las reglas derivadas de los distintos grados de realización y participación en el delito. Estos casos incluyen las reglas de **determinación judicial de la pena** (v. arts. 62 a 73) y las especiales que se señalen en la ley (p. ej., art. 449 inc. 2º), permitiendo aplicar por regla general penas de "igual naturaleza" en caso de concurrir circunstancias especiales que modifiquen la señalada por la ley al delito (Fuensalida I, 328).

2. Forma de realizar aumentos y rebajas en las respectivas escalas. No existe discusión en orden a que la rebaja de grados debe hacerse desde el mínimo contemplado por la ley para el delito de que se trate, sea que la pena conste de un solo grado o esté compuesta de varios de ellos. Si la pena comprende copulativamente penas comprendidas en distintas escalas, debe hacerse la rebaja indicada en cada una de ellas. Si la pena es alternativa, debe decidirse primero cuál pena aplicar y luego hacer la rebaja. Mayor discusión se presenta al momento de interpretar la forma de realizar los **aumentos de grados**: aunque la práctica unanimidad de la doctrina estima que éstos deben hacerse aumentando cada uno de los grados que componen el marco penal (Garrido I, 308), manteniendo incólume su extensión en número de grados (así, el presidio mayor en su grado mínimo a medio del homicidio simple, *aumentado en un grado* sería presidio mayor en su grado medio a máximo), la jurisprudencia tiende a aplicar el aumento desde el grado máximo (en el caso del homicidio simple, la pena resultante sería sólo presidio mayor en su grado máximo). En todo caso, tratándose de la situación prevista en el caso del art. 68 inc. 4º, no existe discusión, pues se manda expresamente imponer la pena "inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley" (v. arts. 50, 59 y 60).

3. La multa como grado mínimo en todas las escalas. Excepciones. El inc. 3º de este artículo repite lo dispuesto en el art. 60, a cuyo comentario nos remitimos, con la sola diferencia de que aquí se le otorga a la regla de considerar la multa como grado mínimo en todas las escalas un carácter general, que permite fundar con mayor propiedad la interpretación de que ella ha de ser la pena inferior en grado también en los casos que se trate de penas no

comprendidas en algunas de las escalas graduales. La multa es también la pena aplicable, por expresa disposición de la regla 5ª del art. 61, cuando no resulten aplicables al condenado las penas de **inhabilitación o suspensión** (lo que parece relacionarse con el tratamiento penal de los partícipes en los llamados **delitos especiales impropios**). En ambos casos, la cuantía de la multa en cada caso se determina por lo dispuesto en el art. 25, según estemos ante un crimen, simple delito o falta. Una *excepción* a estas reglas está prevista en el artículo 304 del Código Penal, que impide rebajar la pena a la multa en los casos de *evasión de detenidos* o sustituir por ésta las de inhabilitación o suspensión, obligando a imponer en todo caso "*la última que contenga la respectiva escala gradual*". Esta regla es extensiva también a los casos de lesiones en riña o pelea, por expresa disposición de los arts. 402 y 403 (Etcheberry II, 173).

4. El grado máximo a falta de pena en la respectiva escala

A) En la Escala Gradual Nº 1. La frase final del inc. 2º de este artículo, incorporada por la Ley Nº 19.734, de 06.06.2001, que sustituyó la pena de muerte por la de **presidio perpetuo calificado**, establece que a falta de pena superior en dicha escala, el tribunal "impondrá el presidio perpetuo calificado", que es la pena máxima que en ella se contempla. Conforme a esta disposición, en todos los delitos que se contemple la pena de **presidio perpetuo calificado** y sea aplicable la regla del art. 68 (arts. 106, 141, 142, 390 y 433), la concurrencia de agravantes no producirá nunca una alteración del marco penal que implique la imposición de una pena más grave que la prevista en la ley, restando sin contenido la facultad de imponer la pena superior en grado a que se refiere su inc. 4º (en los casos de los arts. 65 y 66 (372 bis inc. 2º), con independencia del número de agravantes, el juez no está facultado para imponer una pena superior a la señalada por la ley). Además, en los no pocos casos que el presidio perpetuo forma una pena compuesta con otras divisibles (arts. 106, 107, 109, 110, 140, 142 Nº 1, 372 bis inc. 1º, 391 inc. 1º, 434, 474 y 475) se altera la regla que impedía imponer el máximo de la Escala por agravación, cuando dicho máximo era la pena de **muerte**, permitiéndose expresamente la imposición del **presidio perpetuo calificado**, que vino a sustituirla. En todo caso, hay que destacar que el tenor *aparentemente imperativo* del inc. 2º de este art. 77 no supone una modificación del sentido del art. 68 inc. 4º, que mantiene la imposición del grado superior como una *facultad* del tribunal. Por tan-

to, sólo después que el tribunal ha decidido ejercer esa facultad entra en juego el art. 77, permitiéndole imponer la pena de **presidio perpetuo calificado**.

B) En las Escalas Graduales N°s 2 y 3. En estos casos, comprendiendo el marco penal la pena de relegación perpetua (Escala N° 2) o de confinamiento o extrañamiento mayores en su grado máximo, y concurriendo dos o más agravantes y ninguna atenuante, el art. 68 inc. 4° faculta al tribunal a imponer la pena superior en un grado, la que, al no existir en las respectivas escalas, el art. 77 permite sustituir por la de **presidio perpetuo**. La desproporción de esta regla es aquí evidente: se pasa de un régimen de libertad restringida a uno de absoluta y perpetua privación de libertad, por el solo juego de agravantes, rompiéndose con el propósito de las Escalas Graduales, que es separar las distintas penas de acuerdo a su naturaleza y gravedad. Afortunadamente, por una parte, debido al carácter *facultativo* de la regla del art. 68 inc. 4°, puede confiarse en que nuestros tribunales no caerán en el despropósito del legislador; y por otra, la propia ley ha limitado los casos en que esta posibilidad se presentaría al delito del art. 121, donde la pena de extrañamiento o confinamiento mayor en cualquiera de sus grados es *alternativa* a la de reclusión mayor en cualquiera de sus grados; el absurdo a que llevaría la aplicación del inc. 2° del art. 77 en este caso es evidente: si el tribunal elige aplicar la pena, en principio más grave, de reclusión mayor, y por el juego de agravantes decide imponer la pena superior en un grado, sólo puede imponer la de *reclusión* perpetua; pero si elige imponer una pena en principio *menos grave*, como el extrañamiento mayor, con las mismas circunstancias agravantes podría llegar a imponer, aplicando el art. 77, la pena de *presidio perpetuo*!

C) En las Escalas Graduales N°s 4 y 5. En estos casos, se aplica como límite superior la pena mayor prevista en la respectiva escala y además la pena de reclusión menor en su grado medio. Con justicia ya Fuensalida I, 329s, criticaba el absurdo de esta disposición que agrava las penas de inhabilidades, con una pena privativa de libertad, “demasiado severa” y de “distinta naturaleza”, motivo que encontraba suficiente para que los tribunales no apliquen la regla en los escasos casos que podrían hacerlo: prevaricación del abogado o procurador de los arts. 231 y 232. Con mayor razón, resulta inapropiado agravar estas inhabilitaciones cuando aparecen como penas *copulativas*, junto a otras privativas de libertad,

como sucede en los casos de los arts. 223, 227, 233, 239 y 240; en estos casos, la pena privativa de libertad dispuesta por la ley *absorbe* a la que se derivaría de una simple agravación de la pena copulativa que en ella se señala.

Art. 78. “Siempre que sea necesario determinar la correspondencia entre las penas de este Código y las impuestas con anterioridad a su vigencia, se hará tomando en cuenta la naturaleza de éstas y el período de su duración. Así por ejemplo, cuatro años de presidio o de penitenciaría equivalen a presidio menor en su grado máximo”.

1. Inaplicabilidad práctica actual de esta disposición. En sus comentarios de 1899, Fernández I, 203, señala: “Careciendo hoy de resultados prácticos esta regla, nos limitamos a lo espuesto aquí”, que no era más que recoger la historia de su incorporación al Código, pensada originalmente como un “*artículo transitorio*” (y con ese nombre) a incorporar bajo ese epígrafe al final del Libro I para hacer compatibles las disposiciones relativas a la evasión de detenidos y al quebrantamiento de condenas del entonces nuevo Código con la legislación española anterior (CR Ses. 157 y 159, *Actas*, 533).