

Voces: CONCURSO DE DELITOS - CONCURSO IDEAL - REINCIDENCIA - REINCIDENTE DEL MISMO DELITO - MEDIDAS ALTERNATIVAS DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA - UNIFICACIÓN DE PENAS - INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL - PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PROCESO PENAL - REFORMA PROCESAL PENAL

Título: Concurso real, reiteración de delitos y unificación de penas en el nuevo proceso penal - Jean Pierre Matus Acuña

Autor: Jean Pierre Matus Acuña

Fecha: 19-nov-2008

Cita: MJCH_MJD314

Producto: MJ

Sumario: 1. El régimen concursal general en el Código Penal.- 2. Reiteración de delitos del artículo 351 CPP.- 3. Ley 18.216 y el régimen concursal.- 4. La mal llamada «unificación de penas» del artículo 164 COT.- 5. Notas y referencias bibliográficas.

* *Para opinar sobre la temática de este artículo haga [click aquí](#)*

Jean Pierre Matus Acuña (*)

1. EL RÉGIMEN CONCURSAL GENERAL EN EL CÓDIGO PENAL

1.1. Regla general del régimen concursal chileno: presupuestos de aplicación del artículo 74 CP y su relación con el artículo 451 CPP

Como lo he expuesto en obras anteriores, (1) el problema del concurso o pluralidad de delitos se presenta cuando, en un mismo proceso, se puede imputar a una persona la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de uno mismo (2), cuya regla general de tratamiento penológico es la de la acumulación material de penas que se encuentra en el inc. 1º del artículo 74 : "al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones".

Los presupuestos esenciales para la aplicación de esta regla penológica son dos: a) que se trate de un mismo imputado; y b) que se le condene por dos o más delitos en un mismo proceso o en varios procesos separados, siempre que entre el momento de la realización de un delito y del otro no haya existido una condena. (3)

El tratamiento penal en estos casos es la aplicación de la aparentemente sencilla regla penológica de la

acumulación material de penas: se debe determinar en concreto la pena correspondiente a cada delito por separado, esto es, tomando en cuenta "todas las circunstancias" del caso; y luego, acumularlas para su aplicación. Las complicaciones que provoca este concurso de penas sobreviniente las estudiaremos en el apartado siguiente. Por de pronto, sólo diremos que la racionalidad de este sistema se aprecia con claridad a la luz del principio de igualdad ante la ley, si se compara esta situación con la del condenado por un delito cometido con posterioridad a una condena anterior: en ambos casos se servirían todas las penas impuestas, con la única diferencia que en el último de los supuestos, sería posible apreciar la agravante de reincidencia.(4)

Sin embargo, a partir de esta sencilla regla general encontramos una serie de casos especiales, donde se tiende a morigerar los aparentemente rigurosos efectos de la regla general del artículo 74 CP y que, por lo mismo, son de gran importancia en la vida práctica del derecho, como las reglas legales del artículo 75 del Código Penal, que establecen los llamados concursos ideal y medial, (5) y las doctrinales del concurso aparente de leyes.(6) (7)

Es entre este grupo de casos especiales donde se encuentra la regla del artículo 351 del Código Procesal Penal que, reformando levemente lo dispuesto en el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal de 1906, ha establecido un tratamiento penológico diferenciado (exasperación de la pena más grave en vez de acumulación de todas las concurrentes) (8) para un grupo de casos específico de castigo al culpable de dos o más delitos:el de la reiteración de delitos.

No obstante, como el propio texto del artículo 351 CPP señala, el carácter especial de su regulación se encuentra limitado por la posibilidad de que el resultado de su aplicación al caso concreto resulte más gravoso para el condenado que la simple aplicación de la regla general de acumulación material del artículo 74 CP. (9) La cuestión acerca de cuándo una pena determinada conforme al artículo 351 CPP pueda considerarse más gravosa que la simple acumulación material ordenada por el artículo 74 CP, será abordada en los apartados siguientes.

Por el momento, concluiremos diciendo que es posible afirmar que en la aplicación práctica de la regla del artículo 351 CPP (como así también sucede respecto de la del artículo 75 CP), lo que predomina son consideraciones de carácter puramente contingente y humanitario, "ya que su finalidad es imponer sanciones menos rigurosas al delincuente, y no más graves; de modo que si su aplicación no logra tal propósito, debe estarse al sistema general de acumulación material del artículo 74", (10) con lo cual éste se transforma, de paso, también en la regla subsidiaria de nuestro sistema concursal. (11)

1.2. Tratamiento penal de la regla concursal general y subsidiaria del artículo 74: la acumulación material y el problema del orden de ejecución de "todas las condenas impuestas"

Como ya señalamos, la regla penológica del artículo 74, que opera como regla general y subsidiaria de nuestro sistema concursal, establece el sistema de acumulación material de penas, de manera que al condenado habrían de imponérsele "todas las penas correspondientes a las diversas infracciones" juzgadas en el mismo proceso. Como ya advertimos, esto es lo mismo que sucedería si esas diversas infracciones fuesen juzgadas "por separado" (12) y es lo que, de hecho, sucede en los casos de reincidencia.

El problema que suscita esta regla en apariencia sencilla es el del concurso de penas que de ella se deriva: ¿cómo ejecutar todas las penas concurrentes?

El inc. 2º del artículo 74 ofrece la regla general al respecto, ordenando el cumplimiento "simultáneo" de todas las penas impuestas, si ello es posible y no hace "ilusoria alguna de las penas"; o su cumplimiento "en orden sucesivo, principiando por las más graves", si tales condiciones no se cumplen.

Sin embargo, respecto de las penas contempladas en el Código Penal y en la legislación penal especial ordinaria, la regla general ("simultaneidad") tiene un limitado alcance, pues "las únicas penas que pueden cumplirse simultáneamente con otras", esto es, juntas entre sí y junto a una privativa o restrictiva de libertad, "son las de las inhabilidades, suspensiones, caución y pérdida de los instrumentos y efectos del delito" (13) o, en términos más abstractos, "las penas privativas de derechos y las pecuniarias". (14)

En cambio, tratándose de penas privativas y restrictivas de libertad, ellas no pueden cumplirse simultáneamente sin "hacer ilusoria alguna de las penas", frase que no contemplaba el modelo español (15) y que, en virtud de su inexpresividad legal en dicho cuerpo normativo, había llevado a PACHECO a especular acerca de la posibilidad de su cumplimiento simultáneo, (16) y por lo tanto, su aplicación ha de hacerse de manera "sucesiva, principiando por las más graves."

Sin embargo, tales especulaciones no tienen cabida en nuestro texto punitivo, no sólo por el agregado en el fraseo del artículo 74 CP, sino también porque, si ello no fuese suficiente, en la parte final de su inc. 2º, se nos explica detalladamente el orden de imposición sucesiva de las penas privativas y restrictivas de libertad: ha de empezarse por las "más altas" comprendidas en las escalas respectivas, salvo que deban cumplirse sucesivamente penas privativas y restrictivas de libertad, pues en este caso, "las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro" "se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en la escala gradual número 1", esto es, a pesar de encontrarse en un lugar "más alto" en la escala respectiva; excepción que, en sus términos, parece sólo seguir la lógica de no "hacer ilusoria alguna pena", pues se entiende que ella "tiene por objeto evitar que el reo eluda el cumplimiento de las penas privativas de libertad". (17)

1.2.1. El problema de determinar cuándo "se hace ilusoria" la ejecución de alguna pena, para los efectos del artículo 74 inc. 2º CP, en casos de penas no contempladas en las escalas graduales del artículo 59.

Como acabamos de señalar, es posible considerar, a nivel abstracto, que la imposición de simultánea de cualquier pena de naturaleza pecuniaria, privativa o restrictiva de derechos no "hace ilusorio" el cumplimiento de otra y que, por lo tanto, a su respecto no cabe hacer especulaciones en orden a su duración temporal o a la intensidad de la privación patrimonial o de derechos para determinar si es o no más grave que otra privativa o restrictiva de libertad.

Por lo tanto, en los casos de penas como la privación de la patria potestad (370 bis), la clausura de establecimientos (artículo 368 bis), o la suspensión o inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal de la licencia de conducir (artículo 492), nada impide su simultánea aplicación con las penas privativas o restrictivas de libertad que se impongan.

Luego, sólo cabría plantear la situación de que existiese la posibilidad, en el régimen penal aplicable a los adultos, de imponer conjuntamente penas privativas o restrictivas de libertad, no comprendidas en las escalas graduales correspondientes. Este es el caso de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, la cual, sin embargo, por expresa disposición del artículo 45 CP, sigue la misma regla de la parte final del inc. 2º del artículo 74: se impone al condenado para "después de haber cumplido su condena", atendida su propia naturaleza. Luego, la racionalidad de esta disposición parece suficiente para extenderla a otras eventuales situaciones no reguladas: aunque, en principio, una pena privativa de libertad muy breve puede parecer "menos grave" que una restrictiva de larga duración (y así se refleja por su ubicación en las respectivas escalas graduales), la posibilidad de que durante la ejecución de una pena restrictiva de libertad su incumplimiento haga "ilusoria" la ejecución de la pena privativa de libertad, parece hacer preferible su ejecución en orden inverso, con independencia del tiempo de su duración.

De lo anterior se desprende, además, que las especulaciones acerca de la comparación de la gravedad

de las penas, propias de la teoría de la aplicación retroactiva de la ley penal, (18) no parecen tener en este lugar aplicación, pues no se trata de señalar cuál ley penal debe aplicarse con exclusión de otra, sino únicamente de hacer racionalmente operativo el mandato de imponer "todas las penas correspondientes a las diversas infracciones". Esto es, no se trata de resolver si una pena se aplica, dejando de imponer la otra, sino únicamente de cómo imponerlas todas, si simultánea o sucesivamente y, en este último caso, cuál imponer primero y cuál después.

2. REITERACIÓN DE DELITOS DEL ARTÍCULO 351 CPP

2.1. Presupuestos de aplicación

Como señalamos en el apartado anterior, la reiteración de delitos del artículo 351 CPP es un caso especial de la regla concursal general y subsidiaria contemplada en el artículo 74 CP, cuyos presupuestos de aplicación son tres: a) los exigidos para la aplicación de la regla concursal del artículo 74 CP (que se trate de un mismo imputado que ha cometido dos o más delitos y no ha sido condenado por alguno de ellos previamente); b) que estemos ante un caso de reiteración de delitos de una misma especie, y c) que la pena resultante de aplicar la regulación específica que contempla, sea "menor" que la que resultaría de aplicar las reglas del artículo 74 CP.

Materialmente, por tanto, lo que determina hipotéticamente el ámbito de aplicación de las reglas penológicas de este artículo 351 CPP, es la constatación de enfrentarnos ante un supuesto de reiteración de delitos de la misma especie.

Sobre qué ha de entenderse por crímenes y simples delitos de una misma especie, la ley señala que son aquellos "que afectaren al mismo bien jurídico".

Luego, surge la interrogante acerca de qué ha de entenderse por "delitos de la misma especie", esto es, "los que afectaren al mismo bien jurídico".

Lamentablemente, y seguro teniendo en consideración la opinión de que esta regla del artículo 351 CPP, "en rigor, debiera estar incardinada en el Código penal", (19) los comentaristas del CPP 2000, (20) y la doctrina procesal penal actual (21) se limitan a la transcripción del texto, sin ofrecer orientaciones acerca de su interpretación.

En la historia de la legislación nada se nos dice al respecto, salvo que al suprimirse la guía que ofrecía el antiguo artículo 509 CPP (1906) se pretende evitar los problemas interpretativos que originaba, al ordenar considerar de "la misma especie" los delitos contemplados en el mismo Título del Código Penal o en una misma ley especial, el que habría sido "unánimemente" criticado por la doctrina. (22)

No obstante, lo que la doctrina criticaba del tenor del artículo 509 CP no era una supuesta "dificultad interpretativa", pues su tenor era suficientemente claro, sino ciertas consecuencias indeseables del mismo, esto es, en palabras de CURY, se trataba de una solución "clara pero infortunada", pues llevaba, por ejemplo, a considerar "de la misma especie" el hurto y el robo con homicidio, pero no éste con el homicidio. (23)

Sin embargo, respecto al artículo 351 CPP, ahora CURY señala que su redacción "si bien se orienta a la solución correcta es incompleta", remitiéndonos precisamente las dificultades que la interpretación "delitos de la misma especie" ha tenido en relación con la agravante de reincidencia propia específica, donde declara que el mayor de los problemas se suscita en torno a los delitos pluriofensivos, que denomina "plurisubsistentes", donde "es prácticamente imposible ofrecer una solución". (24)

Luego, parafraseando a CURY, la solución legal que aquí se ofrece, aunque bienintencionada, no es

clara ni afortunada, pues basta revisar la contradictoria jurisprudencia producida en torno a la interpretación del artículo 12 N° 16, para constatar que, salvo en los casos de identidad de norma infringida (como en los casos comunes de reiteración de abusos sexuales) o de que estemos en presencia de claros supuestos de comisión de delitos que son figuras especiales de otros generales concurrentes (como en las diversas figuras de hurtos o falsificaciones), (25) la aplicación de esta regla, que no contiene una definición de bien jurídico operativa, producirá diversas interpretaciones, particularmente por el hecho de que muchos delitos no protegen "un" único bien jurídico, sino varios y que, aunque se de el caso de dos o más delitos que protejan "un" mismo bien jurídico, nada impide que cada uno de ellos proteja o no, además, otros bienes jurídicos. Para estos casos, también podría ser posible extender la aplicación de este artículo a los supuestos en que, existiendo delitos que afecten más de "un mismo" bien jurídico, al menos tengan en común la protección de "un mismo" bien jurídico de entre todos los afectados, como sería el caso de reiteración de delitos contra la propiedad (hurtos y robos) (26) o incluso, entre robos violentos con lesiones y homicidios, según los casos, siendo aquí el "mismo bien jurídico" protegido la vida y la salud de las personas, y no la propiedad.

2.2. Tratamiento penal de la reiteración de delitos: la regla de la acumulación jurídica o exasperación

Determinado que se trata de reiteración de delitos de la misma especie, el artículo 351 CPP establece dos reglas que permiten resolver el concurso de penas concurrentes con una regla que supone la imposición de una pena diferente a la determinada para cada delito aisladamente, en la que se "acumulan jurídicamente" todas ellas, y que supone, en principio, una suerte de agravación (exasperación) que no alcanzaría, al menos teóricamente, a la intensidad de la que resultaría de la aplicación de las reglas concursales generales. (27)

La primera regla se refiere al caso en que las diversas infracciones se pueden "estimar como un solo delito". La regla penológica en este primer supuesto es estimar el hecho como un solo delito y aumentar la pena en uno o dos grados. Nuestra doctrina dominante considera como "caso característico" de este supuesto, "el de aquellos delitos en que la penalidad se determina por la cuantía o el monto (de lo hurtado, de lo estafado, de lo malversado, etc.)" (28) y, por lo tanto, se podría hacer la suma de cuantías para determinar la pena aplicable (29), lo que es rechazado -con razón- por GARRIDO, para quien esta suma de cuantías sería una aplicación analógica contra el reo de lo dispuesto en el artículo 451 CP, pues produciría, en ciertos casos, una agravación mayor que la de aplicar la regla siguiente, propone que en este supuesto se incluyan solamente los casos de reiteración del mismo delito "(todos son hurtos de cuantías análogas, o lesiones, u homicidios simples o siendo iguales alcanzan distintos niveles de ejecución)", (30) a los cuales se podrían agregar los cada vez más frecuentes de abusos sexuales. (31)

En cambio, si las diversas infracciones reiteradas no pueden considerarse como un único delito, supuesto donde la doctrina dominante debiera incluir el caso obvio de la reiteración del mismo delito, se aplica la pena de aquélla que "considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentada en uno o dos grados". Conforme a lo señalado en el párrafo anterior, nosotros estimamos que aquí deben comprenderse los casos en que, lesionándose un mismo bien jurídico, los delitos sean de diferente naturaleza (por ej.: hurtos y robo con fuerza de cosas que se encuentran sobre bienes nacionales de uso público). GARRIDO extiende esta regla a los supuestos en que la reiteración comprende delitos pluriofensivos "(robos y hurtos, injuria y homicidio)", (32) interpretación que, aunque probablemente inspirada al pie forzado del tenor literal del antiguo inciso tercero del 509 CPP 1906, puede mantenerse hoy en día si se estima que se refiere a los casos en que los delitos pluriofensivos tienen al menos "un mismo" bien jurídico protegido en común.

En ambos casos, el aumento de grado es obligatorio y debe hacerse a partir de la pena concreta determinada, aplicando las circunstancias que sean del caso. (33) Es por ello que, no concurriendo circunstancias que modifiquen un marco penal compuesto de dos o más grados, el aumento puede hacerse a partir del grado mínimo de éstos, asumiendo que éste corresponde a la pena determinada. (34)

Por otra parte, aunque la cuantía del aumento es facultativa, advierte NOVOA, con razón, que "a mayor número de delitos que integren la reiteración, mayor tendrá que ser, por lo general, el aumento de grados; otra cosa sería burlar la voluntad legislativa" (35).

Además, ambas reglas operan sobre la idea de que al menos uno de los delitos que se comete contempla penas que pueden graduarse, sus grados se encuentran en alguna escala determinada y es posible el aumento de al menos un grado de ellas. Por lo tanto, no son aplicables a los casos en que todos los delitos concurrentes sólo contemplan penas que carecen de grados (como la multa); o uno de ellos merece ser castigado, en concreto, con una pena indivisible no susceptible de agravación en grado (como el presidio perpetuo calificado, grado 1º de la Escala N° 1 del artículo 59), para los cuales rige la regla general del artículo 74 CP : imposición simultánea de las penas (penas que carecen de grados), o sucesiva (penas indivisibles no susceptibles de agravación). (36)

2.3. Límite de la aplicación del artículo 351 CPP : el caso en que de aplicar el artículo 74 CP resulte una "pena menor"

Salvo los dos últimos supuestos mencionados en el párrafo anterior, la determinación de la pena aplicable en concreto en conformidad a las reglas penológicas del artículo 351 CPP es obligatoria en todos los casos de reiteración de delitos de la misma especie. Sin embargo, el artículo 351 CPP plantea la posibilidad de no imponer, en definitiva, la pena así determinada, sino las que resulten de la aplicación de las reglas generales del artículo 74 CP , cuando ellas supongan una "pena menor" para el condenado.

Por lo tanto, también en todos los casos de reiteración de delitos de la misma especie ha de hacerse la determinación de las penas aplicables en concreto conforme a lo dispuesto en el artículo 74 CP .

Luego, ha de compararse la pena única concreta resultante de las reglas del artículo 351 CPP con la "suma hipotética" de las concretas penas resultantes de la aplicación del artículo 74 CP , para determinar, según el texto de la ley, cuál de ellas es la "pena menor". (37)

Esta comparación, dado que el artículo 351 CPP utiliza determinadamente la expresión "pena menor", sólo puede referirse a una comparación cuantitativa de la duración de las penas resultantes en concreto. En este sentido, el artículo no autoriza una comparación cualitativa acerca de la gravedad de las penas concurrentes, (38) sino únicamente una cuantitativa, en relación a su duración temporal.

La operación es relativamente sencilla en el caso de tratarse de delitos que merecen únicamente penas temporales privativas de libertad: se "suma" hipotéticamente la duración de cada una de las penas posibles de imponer según el artículo 74 CP y se compara con la resultante de la aplicación del artículo 351 CPP ; el régimen concursal que suponga la imposición de una "pena menor" en duración temporal es el que se aplicará en definitiva.

Tampoco genera problemas la comparación entre penas compuestas de privativas de libertad y otras que puedan imponerse simultáneamente (pecuniarias y privativas de derechos), pues si el propósito de las reglas relativas a la reiteración es evitar la imposición de una "pena de presidio perpetuo, aunque con otro nombre", (39) resulta más o menos claro que la comparación sólo ha de hacerse entre la duración de las penas privativas de libertad resultantes en concreto.

En principio, y dado que el artículo 74 CP ordena también la acumulación y aplicación "sucesiva" de las penas privativas y restrictivas de libertad, también parece posible hacer la comparación cuantitativa que ordena el artículo 351 CPP , entre la suma de la duración de todas ellas y la que resulte de la pena única determinada conforme al artículo 451 CP (que también podría ser compuesta, en aplicación de la regla del artículo 61, 4ª CP (40)). La pena "menor" sería, en este caso la de menor duración temporal

total, que es el único parámetro cuantificable que permitiría la comparación de esta clase de penas, para afirmar que una es "menor" que la otra.

En cambio, si los delitos concurrentes sólo tienen asignadas penas privativas de derechos graduables (o éstas conjuntamente con otras no graduables o con otras pecuniarias), que pueden cumplirse simultáneamente, la comparación resulta innecesaria, dado que la disposición del artículo 351 CPP siempre produciría un efecto de mayor duración temporal.

3.LEY 18.216 Y EL RÉGIMEN CONCURSAL

Aunque su propósito de evitar la imposición de penas cortas privativas de libertad, facilitando la reintegración social de los primerizos en el delito, así como la literalidad de los artículos de la Ley 18.216, parecen restringir su potencial aplicación a los casos en que se impone una pena por un único hecho punible, (41) esto es, a la delincuencia ocasional y no a la habitual o reiterada, (42) la práctica de nuestros tribunales parece no ir en esa dirección, conformándose básicamente con el cumplimiento de los requisitos objetivos que dichas disposiciones establecen para la concesión de los mencionados beneficios, esto es, la duración de la pena impuesta, a saber, si esta no excede de tres, dos o cinco años de privación o restricción de libertad, según los casos.

Así, para el caso de imponer penas conforme al sistema del artículo 351 CPP, la duración de la pena única que de éste resulta, se contrasta con los requisitos objetivos antes mencionados; y en los casos del artículo 74 CP, ello se verifica mediante la "suma hipotética" de todas las penas a imponer. (43)

De este modo, el sistema de suspensión y sustitución de penas que establece la Ley 18.216 no produce efecto alguno en el régimen concursal aplicable, sino al revés: la duración de la pena única determinada según el artículo 351 CPP, o de la suma de las penas impuestas según lo dispone el artículo 74, es lo que determina la concesión de alguno de los beneficios de dicho cuerpo legal.

4.LA MAL LLAMADA "UNIFICACIÓN DE PENAS" DEL ARTÍCULO 164 COT

Dado que en el Proceso Penal vigente no existe la obligación de acumular los autos que se imponía en el CPP 1906, bajo la regla general del inciso 1º de su ya derogado artículo 160, según la cual "el culpable de diversos delitos" debía "ser juzgado por todos ellos en un solo proceso", quedando la agrupación o separación de investigaciones y procesos como una facultad discrecional del Ministerio Público, regida bajo el principio de la conveniencia (44) (aunque sometida a revisión judicial, en interés de una adecuada defensa del imputado y para evitar "provocar decisiones contradictorias") (45), "la necesidad de una regulación" que tenga establezca "la manera en que el tribunal debe determinar la pena en los casos de concurso de delitos o de reiteración, cuando los procesos correspondientes a los diferentes delitos han sido 'desacumulados'", (46) parece estar fuera de discusión.

Y así, aunque el texto del actual artículo 164 COT no utiliza la expresión "unificación de las penas", su propósito no es sustancialmente diferente al del antiguo inciso 2º del artículo 160 COT, pues sus presupuestos son similares: la imposición en procesos diferentes de dos o más condenas a un mismo imputado, sin que entre el momento de realización de los delitos respectivos hubiese mediado una sentencia condenatoria, siempre que fuese posible la apreciación de una regla concursal (concurso ideal, medial o reiteración) que en concreto resulte más beneficiosa para el reo; (47) y también son similares sus consecuencias: "regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos". (48)

Sin embargo, donde comienzan las diferencias con la anterior regulación es en la forma y el modo en que este propósito legislativo ha de cumplirse. En efecto, en primer lugar, ya no existe una obligación general de hacer la "unificación de penas" en el "último" de los fallos, pues es relativamente claro que

cuando la imposición "por separado" de las distintas condenas no suponga la imposición de consecuencias penales más graves para el imputado, éste no estará interesado en una "unificación" perjudicial ni es ese el espíritu del sistema concursal general ni lo que manda el actual artículo 164 COT . (49)

En segundo término, ya no se requiere esperar a la "última" de las sentencias para proceder, en caso que corresponde, con la unificación, sino que ésta es ordenada consecucionalmente, de manera que en cada sentencia "posterior" el Tribunal competente debe tomar en cuenta la dictada anteriormente. Esto significa que a partir de la segunda sentencia condenatoria contra un imputado por un hecho que pudo haberse juzgado en conjunto con el primero, el Tribunal competente para este segundo proceso debe tomar en cuenta lo resuelto en el primero de ellos. Y así sucesivamente.

Y en cuanto al modo, la "unificación" no resulta ser más "el cálculo de la pena unificada correspondiente", ni se requiere la dictación de una resolución que "unifique" las condenas anteriores y que deba "añadirse" a la última de ellas, (50) sino que supone un proceso en tres etapas: a) el cálculo de la pena en concreto, esto es, considerando todas las circunstancias del caso que deban considerarse, que corresponde al hecho que se juzga de manera "posterior"; b) el cálculo hipotético de la pena en concreto correspondiente al conjunto de los delitos, si hubiesen sido juzgados conjuntamente, cuando aparezca como posible la aplicación un régimen concursal más favorable al condenado que el del artículo 74 CP ; y c) el cálculo de la nueva pena a imponer efectivamente en el proceso "posterior", "de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos". (51)

Por lo tanto, más que un procedimiento de "unificación de penas", lo que el artículo 164 COT establece, para cumplir similar finalidad, es un procedimiento de "modificación de la condena posterior", para adecuarla a la que hubiese correspondido de haberse juzgado conjuntamente los hechos, siempre que de este procedimiento resulte la aplicación de un régimen concursal más favorable penológicamente para al condenado.

4.1. Aplicación de la regla penológica del artículo 74 CP , en el contexto de la mal llamada unificación de penas del artículo 164 COT

Aunque aparentemente el problema de determinar el orden de aplicación de las "todas las penas" impuestas a un condenado parece vinculado únicamente a la regla del artículo 74 CP , este problema es, en principio, independiente del hecho de que esas penas se impongan simultáneamente o no en un mismo proceso, lo que se puede apreciar con claridad en el caso de que distintas sentencias se vayan imponiendo sucesivamente en el tiempo, el cual es precisamente el presupuesto del artículo 164 COT .

Como ya dijimos, esta disposición no faculta al tribunal a "unificar las penas" impuestas, sino solamente a modificar la última de ellas, y sólo en caso de que con ello se exceda de la pena prevista por un régimen concursal más favorable. A contrario sensu, en caso de que del régimen penal del artículo 74 resulte una "pena menor" que del de la reiteración del artículo 351 CPP , el Tribunal "posterior" debe limitarse a imponer la pena que corresponda por el hecho que enjuicia, no existiendo la posibilidad legal de dictar una nueva resolución que "sume las penas" o cree una "pena conjunta", mezclando unas y otras. (52)

De este modo, dado que, materialmente, la regla del inc.2º del artículo 74 resuelve el concurso de penas que de este modo se produce, ordenando la aplicación simultánea de todas las penas, o sucesiva, cuando ello no fuere posible o resulte ilusorio el cumplimiento de alguna, (53) el único problema normativo que se produce es la determinación formal del orden en que se ejecutarán todas las penas impuestas, pues el artículo 164 COT no habilita expresamente al Tribunal "posterior" para resolver la cuestión del orden de aplicación de las penas impuestas.

Sin embargo, esta habilitación se encuentra en los arts. 466 a 468 CPP , donde se obliga al Juzgado de Garantía competente decretar "una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requieren para dar total cumplimiento al fallo" (artículo 468), y, en cuanto al orden de ejecución de su cumplimiento, aunque nada se dice al respecto directamente, dado que el artículo 467 obliga a efectuar "la ejecución de las sentencias", "de acuerdo con las normas . establecidas por el Código Penal", ello hace obligatorio al Tribunal la aplicación de lo allí dispuesto, particularmente en el inciso segundo de su artículo 74 .

Así, si es del caso que sea este mismo Juzgado, el que dicte la sentencia "posterior", le corresponderá, a reglón seguido, decretar el orden de cumplimiento de las penas impuestas, conforme a la regla general del inc. 2º del artículo 74 CP . Y si es otro el Tribunal del fallo "posterior", en caso de duda acerca del orden de ejecución de todas las penas impuestas, corresponderá ocurrir ante el Juzgado de Garantía competente para su resolución, conforme a las reglas generales.

4.2. Aplicación de la regla penológica del artículo 351 CPP , en el contexto de la mal llamada unificación de penas del artículo 164 COT

En caso de que el supuesto juzgado por el "tribunal posterior" pueda considerarse un delito de la misma especie que alguno de los juzgados anteriormente y que pudieron haber sido juzgados en un mismo proceso, corresponderá al Tribunal "posterior" realizar las siguientes operaciones:

- i) imponer la pena concreta que correspondería al caso que juzga (sin tomar en consideración la circunstancia agravante de la reincidencia, que no podría haberse considerado de juzgarse conjuntamente los hechos);
- ii) hacer, hipotéticamente, la regulación de la pena conforme a los reglas del artículo 351 CPP , antes explicadas;
- iii) comparar dicha pena con la suma de la duración de las antes impuestas y de la que resulte del propio hecho que juzga; y
- iv) si la pena única del artículo 351 CPP resulta "menor" que la suma antedicha, reducir la pena concreta ya calculada para el caso que se juzga, de manera que la suma resultante no exceda de la pena única que podría haberse impuesto, de juzgarse todos los hechos conjuntamente.

4.3. El problema de la aplicación de la ley 18.216 en el contexto de la mal llamada unificación de penas del artículo 164 COT .

Si se toma en serio tanto la finalidad como la literalidad de la Ley 18.216 , podrá apreciarse que, en el contexto del actual artículo 164 COT , su ámbito de aplicación se restringiría considerablemente.

En efecto, dado que el artículo 164 sólo regula la forma cómo debe adecuarse la "sentencia posterior" a la pena que correspondería imponer conforme a las reglas generales y no autoriza ni a modificar las penas antes impuestas ni a "unificar" todas ellas, a partir de la segunda condena no resultaría posible, desde el punto de vista de la simple literalidad de las normas objetivas, conceder en la "sentencia posterior", la remisión condicional o la libertad vigilada a una persona que ya ha sido condenada previamente, y cuyas condenas anteriores no está facultado el tribunal posterior a modificar.

Luego, sólo quedaría la posibilidad de otorgar el beneficio de la reclusión nocturna a quienes fuesen condenados a una pena inferior a dos años y sus condenas anteriores no excedan en total de esa cantidad.

5. NOTAS Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(*) Director Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca. jpmatusa@utalca.cl

(1) MATUS, Jean Pierre, "Comentario a los artículos 74 a 78", en: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis; MATUS, Jean Pierre, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, t. I, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2002, pp. 383-407. También en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M^a Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2^a ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004, pp. 445-467. Al respecto, cabe señalar que aquí se hace no sólo una aproximación más detallada al tema que en estas obras generales, sino también una sutil pero importante diferenciación -que no se encuentra en los textos citados-, entre reglas concursales especiales y otras propiamente excepcionales, considerando entre las primeras a aquellas que permiten eventualmente el tratamiento de sus supuestos de hecho conforme a la regla general del artículo 74 CP (arts. 75 CP y 351 CPP, así como los casos de concurso aparente de leyes); y entre las segundas, a las que no lo permiten (ver nota al pie n° 8).

(2) Por eso tiene razón JESCHECK, H.-H., "Die Konkurrenz", en ZStW 67 (1955), 529, cuando afirma que 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). Sin embargo, al contrario de lo que se pensaba en buena parte del siglo pasado, nada hay de ontológico o impuesto por el propio sistema en la distinción entre las diferentes clases de concursos delictivos. Se trata en general, y como lo demuestran las múltiples y variadas formas de tratamiento del concurso de delitos en la legislación comparada y en la nuestra, de decisiones de política criminal, acordes con el mayor o menor sentimiento de humanidad y racionalidad de cada legislación y comunidad en particular: así, por ejemplo, mientras en España la ley obliga, en definitiva, a elegir el régimen concursal más favorable al acusado, en Chile, aun sin expresa regulación legal, nuestra jurisprudencia tiende sistemáticamente a elegir entre una y otra forma de concurso, aquella que sea más favorable al reo.

(3) El requisito adicional que suele agregar nuestra doctrina, esto es, de que se trate de un supuesto de "pluralidad de hechos" (ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte General, t. II, 3^a ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1998, p.115), no es exigido por el texto de la ley y, aunque este requisito se desprende de una interpretación sistemática con relación al artículo 75 CP (casos de concurso ideal), el carácter general y subsidiario que tiene el artículo 74 -como se explicará enseguida- no permite extender a éste, a contrario sensu, los requisitos de aplicación de una regla excepcional ("unidad de hecho" del artículo 75), pues de otro modo se imposibilitaría la aplicación subsidiaria del mencionado artículo 74 a los casos en que resulte más favorable para el condenado que la regla excepcional del artículo 75.

(4) FUENZALIDA, Alejandro, Concordancias y Comentarios al Código Penal Chileno, t. I, Lima: 1883, p. 320.

(5) Como bien destaca CURY, Enrique, Derecho Penal, Parte General, 7^a ed. ampliada, Santiago: Ed. Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 662, el concurso medial sería, en realidad, un supuesto especial de concurso real con el mismo régimen penológico (absorción) que el concurso ideal. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, cabe señalar que consideramos también al concurso ideal como un supuesto especial de concurso real, y no como un caso conceptualmente diferenciado o antagónico, según lo aprecia la doctrina chilena mayoritaria. Por otra parte, cabe destacar que según nuestra doctrina más autorizada "los ejemplos de auténtico concurso ideal que pueden proponerse son escasos y muchos de ellos de índole más bien académica" (NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal, t. II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile: 1960 (reimp. 2005), 262), pues "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, Derecho Penal, II, cit. en nota n° 3, p. 122). A ello debe sumarse que la distinción

entre concurso ideal heterogéneo y homogéneo, ha conducido a que en este último caso, donde el tipo penal infringido sería el mismo (p.ej., dar muerte a varias personas con un solo artefacto explosivo), a pesar de existir una única acción o hecho, se tienda a considerar impropia la rebaja penológica, optándose derechamente por la regla general del artículo 74 (GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, Parte General, t. II, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 338).

(6) Al respecto, véase mi reciente MATUS, Jean Pierre, El Concurso Aparente de Leyes, Ed. Jurídicas Santiago: 2008, 430 pp.

(7) En cambio, parecen auténticas excepciones a estos regímenes concursales serían los casos en que, a pesar de existir realización de varios supuestos típicos o de un mismo tipo varias veces, la ley impone considerarlos un único delito (la llamada unidad jurídica de acción), o establece una solución concursal específica para un delito o grupo de delitos determinados (artículo 141 in fine CP , 150 A CP), sin que sea posible volver a la regla general del artículo 74. Idéntica parece ser la situación en el caso de la llamada reiteración de hurtos, del artículo 451 CP . sobre todo por la posibilidad expresa que otorga la ley de sumar las cuantías de los hurtos-falta para construir un simple delito, lo cual evidentemente excluye la imposición de penas de hurto-falta simultáneas y, muchas veces, más beneficiosas para el condenado, al menos en teoría (Cfr. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M^a Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2^a ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2005, p.382.).

(8) La denominación exasperación para esta forma de tratamiento penal, que sólo "conceptualmente" puede considerarse menos rigurosa que la simple acumulación material, pues en la práctica no necesariamente es así, como veremos enseguida, se encontraba también en la doctrina española, cuando se refería a un similar tratamiento penal de la regla del delito continuado del antiguo artículo 69 bis CP 1944 (CUERDA RIEZU, Antonio, Concurso de delitos y determinación de la pena, Madrid: Tecnos, 1992, p. 97), hoy recogido en el artículo 74 CP 1995 , cuya regulación es similar a la anterior (véase MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 8^a ed., Montevideo: BdF, 2004, pp. 636-639). Con todo, la aparente divergencia de conceptos ("delito continuado" vs. "reiteración"), el tratamiento penal de los casos comprendidos, que en la versión del artículo 69 bis CP 1944 suponía distinguir entre infracciones que podían apreciarse como una sola (delitos contra la propiedad, por ejemplo) y aquéllas en que sólo cabía empezar la agravación desde "la más grave", parece indicar que dicha distinción no es tan categórica, y, sobre todo, que en Chile existe una solución legal para estos casos (los arts. 49 CPP 1906, hoy 351 CPP 2000 , y 451 CP) como entre nosotros sostuviese NOVOA, Curso, t. II, cit. en nota n° 6, pp. 241-244.

(9) Esta suerte de preferencia por la regla más favorable también ha sido recogida por nuestra jurisprudencia para los casos del llamado concurso ideal y medial (Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, El Derecho Penal en la Jurisprudencia, t. IV, 2^a ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987, pp. 204s.).

(10) GARRIDO MONTT, Derecho Penal, II, cit. en nota al pie n° 6, p. 347.

(11) La misma función cumple la regla de la acumulación material en el derecho español, lo que, según CUERDA, Concurso, cit, nota n° 6, pp.49-53, habría producido cierta desprolijidad en la Jurisprudencia, la cual critica por considerar que siempre el concurso ideal o medial (y el delito continuado), debieran tener una pena menor que el concurso real. Los argumentos del autor no son en absoluto convincentes, pues se basan únicamente en la afirmación de esta supuesta menor gravedad de esta clase de concursos, lo cual es un asunto contingente (p. ej., el Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, establece un único sistema concursal de acumulación jurídica para las penas privativas y restrictivas de libertad, similar al del actual artículo 351 CPP , manteniendo la acumulación material como regla general para todas las otras penas y, además, como subsidiaria, en caso de ser más favorable al condenado: MATUS, Jean Pierre; HERNÁNDEZ, Héctor, "Materiales de Discusión

presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General", Política Criminal, N° 1 (2006), D2, p. 1-223, pp. 194-196, en http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf) y, llevado a la práctica, originaría considerar siempre "menos grave" la elección de medios estragosos (un hecho) para matar a varios (o a miles, como en el dramático caso del atentado contra las Torres Gemelas), que el simple suceso de matar a dos personas con las manos (véase nota al pie n° 5, in fine).

(12) Ver nota al pie n° 15.

(13) Según DEL RÍO, Raimundo, Derecho Penal, t. II, Santiago: Ed. Nascimento, 1935, p. 359.

(14) LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, t. I, 9ª ed., actualizada por ZENTENO, Julio, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1995, p. 176.

(15) La frase en cuestión se agregó en el proceso de "revisación" del Código, al aprobar la Comisión Redactora, "sin alteración", algunos de "los artículos cuya redacción se le encomendó" a Manuel Rengifo, como parte de la regulación de todo el sistema de aplicación de penas (Sesión 136, de 13 de mayo de 1873, en: Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Santiago: Imprenta de la República, 1873, pp. 241 y 248. En esta acta no se transcribe el artículo del "proyecto" aprobado, pero aparece transcrito en su redacción actual en el Proyecto de Código Penal Chileno, Santiago: Imprenta de la República, 1873, p. 35, aprobado por Comisión Redactora en sesión de 22 de octubre de 1873). La disposición que originalmente había "discutido i aprobado" por "unanimidad" la Comisión Redactora (Sesión 19, de 20 de julio de 1870, Actas, pp. 35 y 40), correspondía al texto artículo 76 del modelo español, con una indicación respecto de la referencia a la escala gradual a que se hacía referencia, era la siguiente:

"artículo Al culpable de dos o mas delitos o faltas, se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

"El sentenciado las cumplirá simultáneamente, siendo posible; cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo principiando por las mas graves o sean las más altas en la escla jeneral, escepto las de estrañamiento, confinamiento i destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en la escala gradual núm. 1 del artículo"

Entre ambas sesiones, el tenor de este artículo sólo se discutió a propósito de una indicación del Señor Reyes, quien propuso, durante la discusión de las penas aplicables al homicidio calificado, morigerar los efectos de esta disposición, introduciendo un sistema de absorción en que la pena fuese "el mayor término posible" de "imponer dentro del grado que la lei determina", con el argumento de que con el sistema "de las penas que pueden acumularse por la reiteración de los delitos", "podría llegarse al absurdo de condenar al mismo reo a cuarenta, cincuenta o mas años, lo que equivaldría a un presido perpetuo sin el nombre", idea que contó con el apoyo del Sr. Ibáñez, pero que fue, sin embargo, rechazada por la mayoría de los Comisionados (Sesión 79, de 3 de mayo de 1872, Actas, p. 153).

(16) PACHECO, Joaquín Francisco, El Código Penal Concordado y Comentado, 3ª ed. (1867), con un "Estudio Preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera", Madrid: Edisofer, reimp. 2000, p. 410.

(17) LABATUT, Derecho Penal, cit. nota n° 21, p. 177.

(18) Véase al respecto MATUS, Jean Pierre, "Dos problemas de aplicación retroactiva de la ley penal favorable en el derecho y la justicia de Chile", Revista de Derecho Penal (España), n° 19 (2006), pp. 59-98. Estas especulaciones sí tienen importancia, en cambio, tratándose del problema de elegir cuál régimen concursal es más favorable al condenado, si el del artículo 74 CP o el del artículo 351 CPP, como veremos más adelante.

(19) HORVITZ, M^a Inés; López, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, t. II, Santiago. Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 344s.

(20) CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco, El Código Procesal Penal, Comentarios, Concordancias, Jurisprudencia, Santiago: Librotecnia: 2003, p. 343.

(21) CERDA, Rodrigo, Manual del Nuevo Sistema de Justicia Criminal, Santiago: Librotecnia, 2005, p. 430; CHAHUÁN, Sabas, Manual del Nuevo Procedimiento Penal, 2^a ed., Santiago: LexisNexis, 2002, p. 346; CORREA, Jorge, Curso de Derecho Procesal Penal, Santiago: Ed. Jurídicas de Santiago, ca. 2004, p. 234; LLANOS, Leopoldo, Síntesis del Nuevo Procedimiento Penal, Santiago: Ed. Jurídicas de Santiago, ca. 2003, p. 128.

(22) En el Senado de la República se suprimió, "para evitar problemas de interpretación", la referencia del proyecto original que, junto a la idea del "mismo bien jurídico", agregaba la posibilidad de considerar como delitos de la misma especie los comprendidos en un mismo título del Código o en una misma ley especial (PFEFFER, Emilio, Código Procesal Penal Anotado y Concordado, 2^a ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 275).

(23) CURY, Enrique, Derecho Penal, Parte General, t. II, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1985, p. 274. Allí se mencionan otros ejemplos de desafortunadas consecuencias de la regulación anterior, que llevaba a considerar "delitos de la misma especie", por ejemplo, el aborto (artículo 342), la suposición de parto (artículo 353) y la violación (artículo 361); o el parricidio (artículo 390) y las calumnias (artículo 412), etc.

(24) CURY, Derecho Penal, cit. nota al pie n° 5, pp. 662 y 512,

(25) La interpretación que aquí se ofrece es similar a la que los integrantes de la Comisión Revisora del Proyecto de CPP de 1906 ofrecían para la interpretación del artículo 537 CPP (1906), que años después pasaría a ser el inciso primero del artículo 509 CPP (1906), y que al momento de su promulgación no contemplaba una regla acerca de qué habría de entenderse por "delitos de la misma especie". En dicha Comisión, a petición del Sr. Vergara, se discutió la necesidad de "que se determine con toda claridad el alcance de este artículo en cuanto se refiere a las diversas infracciones estimadas como un solo delito", agregando que "él entiende que se ha querido evitar las condenas de ochenta o más años impuestas en casos semejantes a los del Notario de Peumo que se condenó a una pena de más de ochenta años, estimando como un delito separado cada infracción de la ley cometida por dicho funcionario en el otorgamiento de escrituras públicas"; sin embargo, "el señor Presidente estima perfectamente claro el artículo y se refiere, sin duda, no sólo a los casos a que alude el señor Vergara sino también al de reiteración de todo simple delito, como el de hurto, por ejemplo" (LAZO, Santiago, Código de Procedimiento Penal, Orígenes, Concordancias, Jurisprudencia, Santiago: Ed. Poblete Cruzat Hnos., 1917, p. 363s.).

(26) Esta es, por lo demás, respecto a todos los delitos contra la propiedad, la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia recopilada por ETCHEBERRY, Jurisprudencia, cit. nota al pie n° 9, t. I, pp. 405-413 y t. IV, p. 146, dentro del contexto de la agravante de reincidencia propia específica. También parece ser la dominante en la jurisprudencia actual, según las sentencias recopiladas por CERDA, Rodrigo; y HERMOSILLA, Francisco, Código Penal, Jurisprudencia en el Nuevo Sistema de Justicia Criminal, Santiago: Librotecnia, 2004, pp. 85-89, aunque hay alguno que incorpora un requisito adicional a la identidad del bien jurídico para considerar los hechos como de "una misma especie", para los efectos del artículo 12 n° 16 CP, a saber, la identidad en los móviles del hecho (p. 88).

(27) FONTECILLA, Rafael, Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales

problemas jurídicos, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1956, p. 80 distingue los regímenes de ambas reglas, idénticas en el antiguo artículo 509 CPP (1906) afirmando que en la primera estaríamos ante un sistema de "cúmulo jurídico" y, en la segunda, ante uno "progresivo". La distinción es pertinente si se estima que, efectivamente, en el primer caso se puedan "sumar las cuantías", lo cual nosotros rechazamos, como se verá enseguida en el texto. A los argumentos que allí se exponen cabe agregar que la regla de la "suma de las cuantías" para el caso común, el del hurto en ciertas circunstancias (cometido en "un mismo lugar" o contra "una misma persona"), está establecida así expresamente en una regla especial (la del artículo 451 CP), que no está contenida en el actual artículo 351 CPP, pudiendo el legislador perfectamente haberla copiado, de estimarla adecuada. Es, por lo tanto, posible afirmar que si así no se ha hecho en las numerosas oportunidades tenidas al efecto, es porque no se estima que dichas reglas tengan el mismo contenido normativo. FONTECILLA emplea la distinción, además, para hacer aplicable sólo al segundo caso la excepción de volver a la regla general del artículo 74 CP, en caso de ser éste más favorable al condenado, al ofrecer una pena menor. Sin embargo, no se ve razón alguna para ello, como sí es posible apreciar frente a las situaciones excepcionales del artículo 451 CP, donde la unidad de víctima o su pluralidad en un contexto de unidad especial, parecen justificar la suma de las cuantías del hurto, considerándolo un único delito.

(28) ETCHEBERRY, Derecho Penal, t. II, cit. en nota al pie n° 3, p. 117.

(29) NOVOA, Curso, t. II, cit. nota al pie n° 5, p. 227. Esta es, por lo demás, la expresa voluntad de la mayoría de la Comisión Revisora del Código de Procedimiento Penal de 1906 (LAZO, cit. nota n° 25, p. 364)

(30) GARRIDO, Derecho Penal, t. II., cit. en nota al pie n° 10, p. 346. No obstante, debo reconocer que en nuestras obras anteriores, citadas en la nota al pie n° 1, no se habían tomado suficientemente en cuenta los buenos argumentos de GARRIDO, y se seguía sin más la doctrina tradicional chilena.

(31) Así también la SCA Pedro Aguirre Cerda (1981), RDJ LXXVIII, 4-67, cit. por ETCHEBERRY, Jurisprudencia, t. IV, cit. nota al pie n° 9, p. 206, quien, sin embargo, se manifiesta en contra de esta solución.

(32) GARRIDO, Derecho Penal, t. II., cit. en nota al pie n° 10, p. 346.

(33) Con todo, como señala ETCHEBERRY, Jurisprudencia, t. IV, cit. en nota al pie n° 9, p. 207s., hay jurisprudencia contradictoria, sobre todo para el caso en que los hechos puedan considerarse "como un solo delito". Sin embargo, el procedimiento contrario, esto es, elevar la pena a partir del marco establecido en el tipo penal, impide una adecuada comparación de este sistema con las reglas del artículo 74 CP, cuando se requiere establecer cuál de ellos supone una "pena menor", pues se estarían comparando penas abstractas con concretas, lo que fuerza un poco la lógica y hace perder el sentido del artículo 351, que es ofrecer un sistema penológico más benigno que el de la regla general.

(34) 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.

(35) NOVOA, Curso, t. II, cit. nota al pie n° 5, p. 227.

(36) De otro modo, en este último caso, se produciría la extraña situación de que quien ha cometido un crimen que, con todas las circunstancias del caso, merece pena de presidio perpetuo calificado, quedaría "impune" por el resto de los delitos que cometiese antes de ser procesado y condenado por el primero. Esta situación estaba antes detalladamente regulada en el hoy derogado inc. 3° del artículo 74, para el caso que se impusiere la pena de muerte: el resto de las penas también debían imponerse, quedando únicamente su ejecución sujeta a la condición de que la de muerte se ejecutase

efectivamente.

(37) Aunque la sencillez de este procedimiento parece acorde con el sentido de la ley y el principio de legalidad (de no existir reglas concursales, esto es lo que habría que hacer siempre: calcular las penas que corresponden en concreto a cada delito e imponerlas conjuntamente), y aún con el de igualdad ante la ley (ese es el procedimiento en casos de reincidencia: cada delito se castiga con su pena, determinada en concreto), el análisis jurisprudencial de ETCHEBERRY, Jurisprudencia, t.II, pp. 101-110, muestra las vacilaciones y divergencias en la aplicación de estas reglas por parte de nuestros tribunales, las cuales parecen siempre guiadas por el interés de imponer una pena menor o mayor, según los casos (por lo general -pero no siempre así-: pena menor para reiteración de delitos contra la propiedad, pena mayor en caso de reiteración de delitos contra las personas), que la llevan a veces sí y a veces no a hacer cálculos y comparaciones en base a la pena abstracta, particularmente en el caso de que los hechos puedan estimar "un solo delito". Lamentablemente, un proceder de esta manera no es susceptible de reconducir a directrices racionales para casos futuros y sólo cabe señalar que, así como es posible errar en la interpretación, también lo es que el interés de benignidad o severidad lleve a combinaciones en la aplicación de las reglas legales imposibles de sistematizar y por lo tanto, que quedan fuera de un análisis racional.

(38) Por lo tanto, tampoco caben aquí las disquisiciones acerca de cuál es la "pena más grave" o la "menos rigurosa", propias de la teoría de la aplicación de la ley en el tiempo (ver nota al pie nº 18).

(39) La cita es de Alejandro Reyes, ver nota al pie nº 15, al final.

(40) Al respecto, ver MATUS, Jean Pierre; WEEZEL, Alex van, "Artículos 50 a 73", en: POLITOFF/ORTIZ/MATUS, Texto y Comentario, cit. en nota al pie nº 1, pp. 323-382, p.345s.)

(41) Allí se que faculta al Tribunal para decretar la suspensión de la ejecución de "la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia al condenado", reemplazándola por la remisión condicional "si los antecedentes del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir" (artículo 4º, c)); la reclusión nocturna, "si los antecedentes del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos" (artículo 8º, c)); o la libertad vigilada, "si los antecedentes del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir" no volverá a delinquir" (artículo 4º, c)).

(42) Aunque FONTECILLA, Concursos, p. 82, critica la regulación concursal proveniente del sistema "clásico", que se traduciría en "el objetivismo más crudo", lo hace no porque la reiteración no debe tomarse en cuenta, sino porque la regulación concursal "clásica" no toma en cuenta adecuadamente el problema de la delincuencia habitual, produciendo resultados "manifiestamente absurdos", si se miran desde el punto de vista de la necesidad de tratamiento del sujeto que delinque de este modo: "así, el cúmulo material es inaplicable porque muchas veces las penas no alcanzarían a cumplirse durante la vida del condenado", agregando:"basta con imaginar la ridiculez de una pena de doscientos años de presidio"; y, por otra parte, "el sistema de la absorción deja en la impunidad el delito menor y el cúmulo jurídico no pasa de ser una combinación artificiosa entre la intensidad y la duración de la pena". Estas críticas al sistema concursal legal, desde el punto de vista de la peligrosidad del agente manifestada en la reiteración de delitos, no pueden justificar llegar a hacer caso omiso de ésta y de aquella y, sencillamente, por el solo albur de aplicar una regla como la del artículo 351 CPP o la "unificación de penas" correspondientes al artículo 74 CP, hacer "como si" se hubiese cometido "un único delito" y no se esté frente al caso de una reiteración de delitos cometidos por un mismo sujeto.

(43) Ver al respecto las sentencias citadas por CERDA, Rodrigo, "Institución de unificación de penas contemplada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales ", Revista de la Justicia Penal, n° 2 (2008), donde se puede apreciar que la única consideración para negar en la mayor parte de los casos el beneficio solicitado es la cuantía de la pena impuesta en definitiva, sin hacerse cuestión del problema implícito de la reiteración, como muestra de una conducta difícilmente reconducible a los presupuestos de la Ley 18.216 .

(44) CHAHUÁN, Manual, cit. nota al pie n° 24, p. 188.

(45) HORVITZ / LÓPEZ, Derecho Procesal Penal, cit. nota al pie n° 22, p. 53s.

(46) WEEZEL, Alex van, "Unificación de las penas: la regla del artículo 160 inciso 2ª del Código Orgánico de Tribunales ", Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, n° 207 (2000), pp. 55-58, p.55.

(47) Por lo tanto, no corresponde ya "sumar las penas" en casos del artículo 74 , como mandaba el derogado artículo 160 COT (WEEZEL, "Unificación", cit. en nota anterior, p. 56), pues ese efecto se encuentra ya determinado por la sola existencia de diversas sentencias de carácter obligatorio, esto es, de "penar por separado" (CUERDA, Concurso, cit. en nota al pie n° 8, pp. 49ss) sino únicamente determinar si concurre un supuesto de concurso ideal, medial o uno de reiteración, que eventualmente conllevarían a la imposición de una pena menos rigurosa. Como ya hemos visto que los dos primeros casos no tienen un ámbito importante de aplicación práctica en Chile (nota al pie n° 3), la cuestión se reduce, como se me ha planteado en las consultas, a saber si estamos ante un caso de reiteración de delitos del artículo 351 CPP , pero sólo si la aplicación de su regla penológica resulte más favorable al condenado.

(48) Para la historia de la legislación, véase CERDA, "Unificación", cit. nota al pie n° 26.

(49) Por eso es que, con sano criterio, el inciso segundo de esta disposición ha concedido al condenado (y no al Ministerio Público) la facultad de solicitar la modificación del fallo "posterior", como una forma de compensar, a través de la actividad del más interesado en ello, una eventual falta de celo de los Tribunales en realizar esta modificación. Es obvio, además, que en un sistema acusatorio, con Defensoría Penal Pública, bastaría haber dejado únicamente a petición del condenado la activación de este incidente de "unificación de penas".

(50) WEEZEL, "Unificación", cit. nota anterior, p.58.

(51) Y así puede apreciarse, por ejemplo, en la Sentencia de 6 de diciembre de 2006 del Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, causa RIT 127-2004, donde, luego de un "raciocinio hipotético, para determinar la pena concreta a aplicar, que consiste en determinar la sanción que habrían tenido los condenados en el caso hipotético de haberse acumulado las causas", los sentenciadores "fueron del parecer que a los sentenciados les hubiese resultado más favorable aplicar lo dispuesto en el artículo 451 del Código Procesal Penal , por sobre lo establecido en el artículo 74 del Código Penal "; y, por lo tanto, "se estimó pertinente y ajustado a derecho rebajar la pena contenida en la presente causa, a fin de ajustarla a aquella pena que hubiere correspondido en caso de existir la referida reiteración" (en: Boletín de Jurisprudencia, Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, n° 1 (2007), p. 133).

(52) Ya vimos que la obligación de "sumar penas" sí existía en la regulación del artículo 160 COT ya derogado, pero ni aún en esa regulación se permitía la creación de una "pena conjunta" o "global" (WEEZEL, "Unificación", cit. en nota n° 14, p. 56)

(53) El carácter general de esta disposición se reconoce, también, en el artículo 91 CP , donde se

establece que, en caso de que se delinca durante el cumplimiento de una pena ya impuesta, quienes lo hagan "sufrirán la pena que la ley señala al nuevo crimen o simple delito que cometieren, debiendo cumplir esta condena y la primitiva por el orden que el tribunal prefije en la sentencia, de conformidad con las reglas prescritas en el artículo 74 ", disposición que no ha sido objeto de crítica por parte de nuestra doctrina, (KÜNSEMÜLLER, Carlos, "Artículos 90 a 92", en POLITOFF/ORTIZ/MATUS, Texto y Comentario, cit. en nota nº 1, pp.421-432, p. 426)

(54) Nótese que la ley no exige que se imponga alguna pena por el tribunal "posterior", siendo posible, teóricamente, que éste decida no imponer ninguna pena, si al hacerlo se excedería el máximo que pudiese imponerse conforme al artículo 351 CPP , como sucedería, por ejemplo, si un tribunal anterior intermedio (posterior a la primera sentencia, pero anterior a la última), ya hubiese hecho tal regulación de modo que el total de las penas impuestas ya hubiese alcanzado al máximo que resultaría de haber aplicado en un solo proceso las reglas del mencionado artículo 351 CPP .