# CÓDIGO PENAL COMENTADO

## LIBRO PRIMERO (ARTS. 1º A 105)
### DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA


DIRECTORES
JAIME COUSO - HÉCTOR HERNÁNDEZ

AUTORES
MIGUEL CILLERO
JAIME COUSO
HÉCTOR HERNÁNDEZ
JORGE MERA



AbeledoPerrot
LegalPublishing Chile

udp
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
programa de derecho penal
facultad de derecho

concede que es "algo difícil" que la circunstancia opere cuando el adulto participa en una forma secundaria (complicidad, encubrimiento), aunque la situación no sería inimaginable. En el parecer de este autor, la agravante no debe apreciarse cuando el mayor de edad es un autor mediato que se sirve del menor inocente como mero instrumento para la ejecución de la conducta típica, ya que, en tal caso, faltaría la razón para agravar la pena (empujar a una persona inmadura a la ejecución de hechos ilícitos, exponiéndola al peligro de corrupción), porque el joven no es incorporado en la realización del acto antijurídico, en el cual sólo interviene objetivamente (CURY, 515).

"Prevalerse" del menor significa aprovecharse de él (GARRIDO, I, 244), servirse o usar al menor como tal para la ejecución del fin delictivo, si bien el requisito de la prevalencia aparece abierto a consideraciones subjetivas del juzgador, pues la Ley lo faculta para apreciarlo en conciencia; en todo caso, el aprovechamiento debe estar dirigido a facilitar la perpetración del delito, no, en cambio, a asegurar la impunidad (CURY, 515). Hay consenso en que es indispensable que el mayor conozca la minoridad de su copartícipe para que opere la agravante (ETCHEBERRY, II, 43; GARRIDO, I, 244; CURY, 515).

Atendida la índole subjetiva y personal de la agravante (la voluntad de prevalerse del menor en la comisión del delito), ésta no se comunica a los demás intervinientes (GARRIDO, I, 245; CURY, 516).

**Artículo 73.** Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurran.

Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 71.





## COMENTARIO

*Jorge Mera*

Al comentar el Art. 11, circunstancia 1ª (eximentes incompletas), nos referimos, tal como hace nuestra literatura, al Art. 73, por la íntima conexión que existe entre ambas disposiciones. En ese lugar se abordan los principales problemas que se han planteado en relación con esta última disposición, entre otros, si se aplica sólo a las eximentes que contemplan requisitos enumerados expresamente (legítima defensa y estado de necesidad justificante) o también a las eximentes cuyos requisitos son divisibles moralmente; la necesidad de la concurrencia del requisito básico o esencial de la eximente de que se trate, y la aplicación de esta atenuante privilegiada tanto a los delitos dolosos como culposos. Para todo ello, en consecuencia, véase Comentario al Art. 11 Nº 1.

## COMENTARIO PREVIO A LOS ARTS. 74 Y 75*

### EL RÉGIMEN CONCURSAL EN EL DERECHO CHILENO. TRATAMIENTO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

*Jaime Couso*

BIBLIOGRAFÍA: COUSO, Jaime (2007), "El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso", en *Rev. derecho (Valdivia)* (año 2007, v. 20, Nº 2); COUSO, Jaime y MERA, Jorge (2007), "El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala penal de la Corte Suprema. Estudio empírico", en *Revista Ius et Praxis,* (año 2007, Vol 13, Nº 1); CURY, (1959): "El delito continuado", en *RCP,* t. XVIII; MAÑALICH, Juan Pablo, (2010): "¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?", en AAVV, *Informes en Derecho.* Doctrina Procesal Penal 2009 (Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública), (año 2010, Nº 7); ETCHEBERRY, Alfredo (sin fecha): *El concurso aparente de leyes penales* (Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile); LAZO, Santiago (1916), *Código de Procedimiento Penal, Orígenes, Concordancias, Jurisprudencia,* (Santiago, Poblete Cruzat Hnos. Editores); MATUS, Jean Pierre (1994), "Aproximación analítica al estudio de

* Agradezco la valiosa colaboración recibida, en la preparación de este comentario, por parte de los ayudantes de investigación Sabrina Perret y Franco Maggio, de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

concurso aparente de leyes penales", en: *Revista de Ciencias Penales*, Quinta época (1990-1994), t. XLII, Nº 3; MATUS, Jean Pierre: "Comentario a los Artículos 74 a 78", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 383-407; MATUS, Jean Pierre (2008), "Concurso Real, Reiteración de Delitos y Unificación de Penas en el Nuevo Proceso Penal", [fecha de consulta: 23 de marzo 2011], disponible en http://cl.microjuris.com/Search, Cita: MJD314; MERCADO, Marco Antonio (2003): *Problemas concursales y delito continuado en los delitos que protegen la libertad sexual* (Santiago, LexisNexis-ConoSur); MUÑOZ HORMENT, Humberto (1986), "Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos", en Revista Chilena de Derecho, (1986, Vol. 13); NOVOA MONREAL, Eduardo (1965), "El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico", en RCP, t. XXIII, Nº 2; SOLARI E., Tito y RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1979), "Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 3, 1979.

## COMENTARIO

*Jaime Couso*

### *I. Generalidades. El sistema del régimen concursal del derecho chileno*

Los artículos 74 y 75 del CP establecen reglas que determinan si al culpable de dos o más delitos se le impondrán las penas correspondientes a cada uno de ellos o si acaso una sola pena, y cuál debe ser ésta. Esta cuestión, que de por sí plantea algunos problemas debatidos en doctrina y jurisprudencia (y que serán tratados al comentar esas disposiciones), se relaciona con un capítulo más amplio del Derecho penal: el de los concursos de delitos, desarrollado en buena medida por la doctrina y la jurisprudencia a partir de una sistematización de las pocas normas expresas existentes en la materia y de la recepción de categorías y principios sin base legal expresa, tomados de la dogmática jurídico-penal de cuño alemán.

Si bien el sistema del régimen concursal del derecho chileno no ha alcanzado una sistematización unitaria, la doctrina y la jurisprudencia reconocen, en la práctica, las siguientes situaciones posibles: a) el autor comete un solo delito, y sólo por él se le debe condenar, sea que haya realizado un solo tipo penal, sea que formalmente haya realizado dos o más tipos penales a través de una conducta que, sin embargo, es valorada unitariamente como un único injusto típico culpable, por disposición legal expresa (como en los *delitos complejos*) o por algún principio de creación doctrinaria, con reconocimiento jurisprudencial (como en el *delito continuado*);





b) el autor comete dos o más delitos, valorados como injustos típicos culpables independientes, entre los cuales, sin embargo, se da una fuerte vinculación fáctica, que les hace merecedores de una cierta valoración unitaria (*concurso ideal* y *concurso medial*); c) el autor comete dos o más delitos independientes, sin otra vinculación entre sí que el haber sido cometidos por el mismo autor, o con una vinculación débil (como en el caso de la *reiteración de hurtos*).

Estas diversas situaciones tienen reflejo en el tratamiento punitivo: mientras los casos de unidad delictiva ciertamente sólo admiten la imposición de la o las penas correspondientes al único delito cometido, los casos de pluralidad delictiva con *vinculación fuerte* cuentan con un especial tratamiento punitivo que se acerca al que tendría la comisión únicamente del delito más grave, mientras que los casos de pluralidad delictiva sin vinculación fuerte acarrean la imposición de las penas correspondientes a cada delito, salvo ciertas reglas especiales que atienden a diversos criterios.

### *II. Unidad delictiva*

La valoración de un comportamiento humano penalmente relevante como la comisión de un único delito, en lugar de la comisión de varios de ellos, supone a veces un análisis de cierta complejidad.

Para efectuarlo, una parte de la doctrina (por ej., ETCHEBERRY, II, 110; CURY, 651) parte distinguiendo entre casos de *unidad natural de acción* y casos de *unidad jurídica de acción* (o "*unidad de delitos con multiplicidad de acciones*", CURY,651), distinción que otros autores no consideran apropiada para resolver los casos prácticos, para los que el único criterio útil parece ser el examen y la valoración jurídicos de si acaso, más allá de la aparente pluralidad delictiva, en realidad se ha realizado, por una sola vez, un único injusto típico (MATUS, Comentario, 384[152]).

A primera vista, la identificación de un caso como *unidad delictiva* no es problemática cuando formalmente el comportamiento enjuiciado realiza tan sólo un tipo penal, por una única vez, porque las partes de que se compone dicho comporta-

[152] También rechazan el criterio de la *unidad natural de acción* NOVOA, II, 222 y ss.; GARRIDO, II, 436 y ss.

miento, no son en sí mismas punibles (como en el caso del *delito habitual*[153]). En tal caso, entonces, la cuestión de si el comportamiento, ya en un sentido *natural*, está compuesto de sólo una acción o si acaso de dos o más acciones, unificadas únicamente a través de una valoración jurídica, no tendría importancia práctica, sino sólo didáctica. Sin embargo, en la mayoría de los casos en que se plantea la pregunta de si hay una o varias acciones, cada una de las "partes" del "todo" (sea que se les considere o no como acciones independientes) sí realiza formalmente un tipo penal; así, en el ejemplo aparentemente simple de quien, a través de movimientos corporales sucesivos, toma del suelo una a una las monedas ajenas de las que se quiere apropiar[154], si suponemos que la conducta es interrumpida antes de completarse la acción típica de hurto, entonces ya el primer acto ha realizado formalmente una tentativa de hurto, que vuelve a verse realizada formalmente por el segundo acto[155]. Por ello, la identificación de un caso como *unidad delictiva* suele ser "problemática", de modo que debe contarse con algún criterio (se trate la valoración jurídica, o de la apreciación del sentido natural

[153] Si se entiende, como, por ej., lo hace ETCHEBERRY, II, 111, que en el delito habitual, por definición, los actos singulares (que deben cometerse de forma reiterada) son atípicos (lo que, como se verá, no parece ser necesario).

[154] Ejemplo citado por NOVOA, II, 222, quien lo toma de CARRARA, criticando su pretensión de que ya a partir de criterios naturales (*ontológicos*) se debe afirmar allí la presencia de tan sólo una acción. En cambio, CURY, 651, considera que la unidad de acción es, en este caso, *natural*.

[155] En cambio, si la acción típica se completó, no puede decirse, ni siquiera formalmente, que cada uno de esos actos previos configuró una tentativa de hurto, pues el tipo de tentativa no se realiza simplemente con el elemento positivo consistente en que el autor "da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos", sino que supone además la presencia de un elemento negativo, consistente en que "faltan uno o más [hechos directos] para su complemento", que es precisamente lo que no ocurre cuando la acción típica finalmente se completó (teniendo en cuenta que la pregunta de si ha faltado o no algún hecho para "el complemento" de la acción típica no se plantea "en tiempo real" –caso en que efectivamente siempre podría decirse que, tras cada acto, todavía faltan uno o más para su complemento– sino que se plantea y se responde *ex post facto*, en el juicio, cuando ya se sabe que la acción sí se completó); ese elemento negativo permite negar la existencia de un concurso de leyes entre la tentativa (exitosa) y el delito consumado, pues produciéndose el segundo, la primera ni siquiera se da formalmente.





del comportamiento), previamente acogido como válido, para resolver si realmente con el comportamiento desplegado por el autor se ha cometido un solo delito o varios.

En todo caso, la discrepancia doctrinaria, para los casos problemáticos, en ningún caso se refiere a si la valoración jurídica es un criterio que no deba ser tenido en cuenta: aun los autores que sostienen la existencia de casos de *unidad natural de acción* no dudan en calificar, por ejemplo, a los *delitos complejos*, como casos de *unidad jurídica de acción*, en que la unidad delictiva no resulta de la *naturaleza de las cosas*; lo propio ocurre con *el delito continuado*, como se verá. La discrepancia radica más bien en que para algunos autores ésa es la única forma de decidir la cuestión (sólo el derecho –o el respectivo tipo penal– nos puede decir si debemos tratar como un solo delito las diversas "partes" de tal comportamiento), mientras que para otros, además, hay casos en que la unidad delictiva resulta patente ya en una apreciación *ontológica* del comportamiento, apreciación centrada en la finalidad que tuvo el autor[156] (desde un principio se propuso hurtar las diversas especies esparcidas por el suelo) o en una combinación entre la finalidad y el "contexto unitario" en que se exterioriza esa finalidad (CURY, 651) (el sujeto sustrae las diversas especies en un mismo contexto espacio-temporal).

*a) Unidad natural de acción*

Quienes, como CURY, reconocen la existencia de estos casos, ofrecen como ejemplo característico la reiteración, en un contexto unitario (y con una misma finalidad) de actos semejantes, que formalmente realizan una y otra vez el mismo tipo, incluso si afectan a sujetos pasivos diferentes –salvo "cuando el atentado se dirige contra bienes *eminentemen-*

[156] Tal sería la noción de *unidad natural de acción* de ETCHEBERRY, según el juicio de GARRIDO, II, 436. Eso parece desprenderse, en efecto, de la afirmación de ETCHEBERRY, II, 110, de que la *unidad natural* "[s]e produce cuando existe un comportamiento humano dirigido conscientemente por la voluntad con miras a un fin"; sin embargo, puede apreciarse que, materialmente, no sigue ese criterio cuando califica como casos de *unidad jurídica de acción* (en los que, entonces, recién la valoración jurídica unifica lo que naturalmente son acciones independientes) a una serie de comportamientos que, sin embargo, también aparecen unificados por la finalidad, como paradigmáticamente es la situación del delito continuado.

*te personales*" (CURY, 651, la cursiva está en el original)–[157]. NOVOA, en cambio, quien, como se vio, rechaza el criterio de la *unidad natural de* acción, entiende que la unidad delictiva existente, por ejemplo, entre "los diversos movimientos de mano para coger esas varias cosas", no es algo que se desprenda de la *naturaleza* de la acción, sino que deriva de que dicha pluralidad (de movimientos) "carece *legalmente* de relevancia para multiplicar los delitos", entre otras razones, porque "la Ley positiva chilena no hace cuestión del número de cosas objeto de la apropiación", como lo revela la referencia, frecuente en las disposiciones del respectivo título, en plural, al robo de "cosas" o "especies" (NOVOA, II, 223, la cursiva está en el original); la unidad delictiva está configurada, entonces, por el tratamiento dado por la Ley positiva a cada figura delictiva, de modo que "a menos que el sentido de la Ley conduzca a una conclusión diferente, cada hecho que naturalmente apreciado tiene unidad, corresponde a un solo delito, y [...] si se presentan varios de esos hechos como obra de un mismo sujeto activo, nos encontramos ante un concurso real de delitos". (ibíd.; en esa afirmación, sin embargo, el propio NOVOA inadvertidamente se apoya en una cierta noción de *unidad natural* de acción, para identificar la unidad más elemental que, en tales casos, no corresponde unificar con otras, a falta de un vínculo jurídicamente reconocible entre ellas: en efecto, al referirse a "cada hecho que naturalmente apreciado tiene unidad", el implícito es que esa unidad elemental no es subdivisible en otras partes menores, no por criterios jurídicos, sino *naturales*). También para MATUS la noción de *unidad natural de acción* "no escapa a las consideraciones de carácter jurídico", como en el caso de la acción, para algunos *naturalmente* unitaria, de propinar tres golpes que causan lesiones, que, sin embargo, es separada en acciones (y delitos) independientes, que entran en concurso, si cada golpe se dirige a un objeto material (y sujeto pasivo) distinto, solución que no se sigue en el caso del hurto, por no afectarse un bien jurídico *personalísimo* (MATUS, Comentario, 384,

[157] No se encuentra, en cambio, dentro de los ejemplos de *unidad natural de acción*, referencias al caso –también característico, para cierta doctrina comparada– de la realización sucesiva, ininterrumpida y ajustada al plan, de comportamientos de tentativa y de consumación.





criticando la pretensión de CURY de que en el caso del hurto la acción sería naturalmente *unitaria*; en efecto, **en mi opinión**, CURY no aplica su punto de partida de modo coherente cuando a la reiteración de una conducta en el mismo contexto, pero respecto de sujetos pasivos distintos, da un tratamiento diverso según si los bienes jurídicos son personalísimos o no, lo que parece un criterio, no *natural*, sino *jurídico*). Y son tales consideraciones jurídicas las que, en fin, también permiten identificar una única acción típica (constitutiva de un solo delito) en la reiteración de la misma conducta, en un mismo contexto espacio-temporal, aun tratándose de atentados en contra de bienes jurídicos personalísimos, siempre que se dirijan en contra de un mismo y único sujeto pasivo (así, por ejemplo, respecto de los delitos sexuales, como lo destaca MERCADO, 30-33, argumentando, correctamente, a partir del sentido de los tipos penales, para concluir que la reiteración –en esas condiciones– no aumenta el desvalor de la acción ni la intensidad de la lesión al bien jurídico, si bien yerra al citar "[e]n la misma línea" a CURY y su concepción de la "unidad *natural* de acción").

La **jurisprudencia** reconoció muy temprano que la apropiación de diversas especies ajenas, pertenecientes a distintos titulares, en un mismo contexto espacio-temporal ("en un solo acto y en una misma casa", "de una vez") configura una acción unitaria, constitutiva de un solo delito de hurto (o robo)[158]. El criterio para apreciar la unidad delictiva no siempre queda claro, pero en alguna decisión más elaborada se revela como un criterio claramente *jurídico*, referido al propósito del legislador: "en el delito de hurto [...] carece de importancia que el hechor sepa quién es el dueño de la cosa o cosas de que se apodera, bastando sólo que la cosa sea ajena, y, si esto es así, resulta evidente que la circunstancia de pertenecer [...] a diversos dueños, no puede pluralizar los delitos, ya que, como se ha dicho, tal elemento no ha sido considerado para describir la figura [...] ni tampoco ha considerado [la ley] el número de cosas objeto de la apropiación; tales antecedentes son irrelevantes porque [la ley] atiende al valor del objeto substraído [...] el legislador desprecia en esta figura el número de objetos del delito y el número de sujetos pasivos del mismo" (Corte de Apelaciones de

[158] Véase las numerosas referencias en ETCHEBERRY DPJ, II, 66 y ss.

Chillán, contra Guillermo Mellado y otro, 4 de agosto de 1952 [apelación en materia penal], en: *RDJ* XLIX, 4-236 [1875-1976] II, p. 67), siendo el mismo tipo de valoración *jurídica* el que permite llegar a otra conclusión "en aquellos casos en que se atenta en contra de la salud o la vida, porque en éstas se confunden el objeto [material del resultado] y el sujeto [pasivo] y aquí sí que la Ley considera cada uno de los hechos para multiplicar o no los hechos punibles" (ibídem); en otras ocasiones, en cambio, la unidad delictiva parece referirse al sentido natural de la acción: "[la acción,] si bien compleja, fue una sola en cuanto a la intención de apropiarse de cosas ajenas con ánimo de lucro" (Corte Suprema, contra Alberto Quiñones López, en: *RDJ* LXII, 4-68, tomada de ETCHEBERRY DPJ, II, 67).

*b) Unidad jurídica de acción*

Pese a que la sistematización dada a esta materia difiere en buena medida según el autor que se consulte (GARRIDO, II, 438 y ss., la ordena según los dos grandes "principios" que fundamentan la *unidad jurídica de acción*: "el ámbito de protección de la norma que precisa el sentido del tipo" y "la naturaleza de la acción concreta de que se trata"[159]; ETCHEBERRY, II, 110 y ss., lo hace según la forma en que se presenta la unidad de la acción: unidad "de resultado", de la "especial estructura del tipo", y unidad dada por la "conexión de continuidad" (o según "la fuente" de la que deriva tal unidad –ETCHEBERRY, 5, con idéntica estructuración que la que sigue después en ETCHEBERRY, II, 110 y ss.–; mientras que CURY, 651-652, y MATUS, Comentario, 386 y ss., entre otros, optan por una enumeración casuística de las hipótesis de unidad jurídica de acción reconocidas), la doctrina coincide, en la práctica, en buena medida, en que configuran un solo delito, porque la Ley (o principios jurídicos sin reconocimiento expreso en ella) valora de forma unitaria el comportamiento, a lo menos los siguientes casos:

i) Los ***delitos complejos***, es decir, aquellos en los que "el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diversas" (CURY, 651; GARRIDO, II, 437), como el robo con violencia

[159] Principio, este último, que hace dudar de que la unificación siga criterios estrictamente jurídicos, en la medida que apela justamente a la "naturaleza" de la acción, como si hubiese algo en ella, con independencia de la valoración jurídica, que permite apreciarla como una sola.





en las personas (Arts. 433 y 436, en relación con el Art. 432 del CP), en que quedan unificadas la sustracción y el ejercicio de violencia física, cada uno de los cuales, en otras circunstancias, podría configurar un injusto típico autónomo (lo que para CURY, 652, en todo caso, no es una característica necesaria de este caso de *unidad jurídica de acción*, de modo que sigue hablando de un *delito complejo*, aun cuando las acciones singulares que lo componen no sean punibles; en cambio, para ETCHEBERRY, II, 110, por definición, en los *delitos complejos* la Ley reúne acciones que constituyen, cada una, "delitos diferentes, cada uno típicamente distinto", terminología que también mantiene MATUS, Comentario, 386, para quien la unificación legal de acciones en sí mismas atípicas da lugar, en cambio, a lo que se denominaría un *delito compuesto*).

ii) Los ***delitos permanentes*** (Art. 141 del CP), como el secuestro, en los que, según LABATUT, "la acción que lo consuma crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien jurídico afectado" (LABATUT, I, 164), y una de cuyas características principales consiste en que, durante dicho estado o "situación antijurídica" subsiste "la posibilidad del agente de hacer prolongarla o de hacerla cesar" (ETCHEBERRY, 6, quien, sin embargo, emplea una terminología distinta, llamando *delito continuo* a lo que actualmente, y en esta obra, se denomina *delito permanente*), de modo que la conducta sigue configurando un solo delito, por más que el autor reitere acciones y omisiones dirigidas a mantener aquel *estado antijurídico*, algunas de las cuales, individualmente consideradas, bastarían para configurar nuevamente el delito, pero que justamente por su valoración jurídica unitaria, simplemente vienen a prolongar el período de consumación del único delito cometido.

iii) Los ***delitos habituales***, en los que "la tipicidad presupone la ejecución reiterada de la acción" (CURY, 653), de modo que, como sostienen POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, una vez realizado el tipo con "la primera reiteración" de ahí en adelante "es indiferente el número de veces que tal reiteración se produzca" (POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 454), pues de todos modos se habrá cometido una sola vez el delito, como ocurre con la *encubrimiento por favorecimiento habitual* (Art. 17, Nº 4, del CP); si acaso la ejecución por una sola vez (sin reiteración) de la conducta es atípica sólo en relación con la figura que castiga la habitualidad (como en el caso del actual Art. 367, inc. 2º,

del CP, que sanciona con una pena agravada la promoción o facilitación habitual de la prostitución de menores de edad, en relación con la menor pena que el primer inciso de la misma disposición contempla para la realización de la misma conducta por una sola vez), o lo es de forma absoluta (como en el caso ya citado del Art. 17, Nº 4, del CP), no parece relevante: en ambos casos la situación es la misma, en relación con el tipo que exige habitualidad: hay unidad delictiva, en el sentido de que el tipo habitual se entiende realizado una sola vez, por más que el autor haya incurrido varias veces en la reiteración de la conducta[160].

iv) Otros ***delitos con pluralidad de acciones,*** en que, si bien la ejecución de una acción por una sola vez ya es típica, "por la estructura del tipo es indiferente para la valoración jurídica que la acción descrita en él se haya realizado una o muchas veces" (CURY, 653), como la falsificación de moneda (Arts. 162 y ss. del CP) y la circulación de moneda falsa (Arts. 168 y 170 del CP), delito que, como advierte NOVOA, "no pierde unidad aun cuando se realice en más de una oportunidad y mediante varios actos" (NOVOA, II, 223); lo que caracterizaría, en todo caso, estas hipótesis de *unidad jurídica de acción*, es que, como lo señala MATUS, Comentario, 387 –denominando, sin embargo, a esta categoría como *delitos de emprendimiento*–, las diversas acciones son unificadas "aunque se encuentren

[160] Por ello, no parece conveniente restringir el concepto de *delito habitual*, como lo hace ETCHEBERRY, al caso en que "las acciones aisladas no son punibles" (ETCHEBERRY, II,111; en el mismo sentido, NOVOA, I, 251: "la acción aislada no es típica"), pues la solución predicada para este caso también es necesaria en los casos en que la reiteración sólo viene a calificar un tipo básico que no requiere reiteración, como en el caso del delito de la promoción o facilitación habitual de la prostitución de menores de edad, después de la reforma introducida por la Ley Nº19.927, de 14 de enero de 2004, que tipificó la comisión del primer acto de promoción o facilitación, dejando la habitualidad como una figura calificada, a la que, de aplicarse el primer criterio, ya no se consideraría *delito habitual*. Es cierto que también podría aplicarse a ese caso la figura del *delito continuado*, pero la unidad delictiva en tal caso, a diferencia de en el *delito continuado*, deriva ya del sentido del tipo (agravado o calificado) que incorpora el elemento de habitualidad (quien reitera una y otra vez la misma conducta, en este caso, incurre una sola vez en conducta *de forma habitual*; no tiene sentido decir que "incurrió varias veces en una conducta habitual"), y no de una construcción de base consuetudinaria, que no viene exigida por el tipo penal (como es el caso en el delito continuado, lo que lo deja expuesto a más críticas).





separadas espacial y temporalmente", lo que la distinguiría del caso de la reiteración de la conducta en un *contexto unitario*, que para CURY, como se vio, en realidad es un caso de *unidad natural acción*, y que para los críticos de esta noción, con todo, no siempre encuentra un espacio explícito dentro del listado de hipótesis de *unidad jurídica de acción* (sí, en cambio, en GARRIDO, II, 439; también NOVOA, II, 223).

CURY añade, además, al listado de hipótesis de *unidad jurídica de* acción, los ***delitos de tipicidad reforzada,*** "en los cuales el tipo contempla varias posibles acciones, de manera que la ejecución de cualquiera de ellas lo satisface, pero al mismo tiempo le es indiferente el que se realice más de una", como en el delito del Art. 123 del CP, respecto del cual, tanto la acción de "dirigir discursos a la muchedumbre", como la de "repartir impresos" (si en cada caso está presente la finalidad de excitar al pueblo al alzamiento) sirven, alternativamente, para realizar el tipo, pero en el que, por otra parte, la suma de ambas acciones sólo satisface el tipo una vez, y no permite apreciar una comisión reiterada del mismo (CURY, 653; también reconocen esa hipótesis de *unidad jurídica de* acción, MATUS, Comentario, 386-387, y POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 456, quienes asimilan a este caso, además, el de los *tipos mixtos alternativos*, como el homicidio calificado (Art. 391, inc.1º, del CP), en los 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" (MATUS, Comentario, 386-387; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 455-456), de lo que cabría desprender que, por ejemplo, la ejecución de la acción homicida con *alevosía* y actuando *por premio o promesa remuneratoria* no vendría a configurar una reiteración de homicidios calificados (ni siquiera en concurso aparente por consunción), sino tan sólo un homicidio calificado (pero, dado que aquí se da, por definición, una sola acción homicida, **en mi opinión** no parece necesario tratar este caso como una hipótesis de *unidad jurídica de acción* que viene a unificar, por una valoración jurídica, lo que de otro modo podría llegar a considerarse una pluralidad –y reiteración– delictiva); cfr., asimismo, MERCADO, 30-32, destacando que también en la violación, siempre que las diversas modalidades típicas se ejecuten en un mismo contexto *situacional* y temporal, se debe apreciar unidad de acción y de "hecho delictivo" (en caso de penetración sucesiva, por

ej.: primero, por vía bucal, y luego, por vía anal).

MATUS incluye, además, dentro de las hipótesis de *unidad jurídica de acción*, a los ***delitos de emprendimiento***, definiéndolos como aquellos en que "distintas conductas que pueden realizarse en diferentes momentos aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie de acciones, iniciadas o no por el autor, y en que éste participa una y otra vez" (MATUS, Comentario, 387; en el mismo sentido, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 454-455), como en el caso de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes (por ej., de los Arts. 1º y 3º de la Ley Nº 20.000), con la consecuencia de que el sujeto que, por ejemplo, ejecuta una acción de elaboración de drogas estupefacientes y, luego, otra de tráfico con dichas sustancias y, por último, una de tráfico con las materias primas que sirven para obtenerlas, incurre en un solo delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido bajo esas diversas modalidades. Otra cosa ocurriría, en cambio, según los mismos autores, en el caso de los *tipos mixtos acumulativos*, como la prevaricación judicial (Art. 223 del CP), en que la realización de los diversos actos de enumerados por la ley, si bien aparecen como diversas modalidades de *prevaricación*, bien puede configurar diversos delitos independientes, que entran en concurso aparente, ideal o real (MATUS, Comentario, 387; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 456); **en mi opinión**, la razón salta a la vista: el nombre de "prevaricación", en este caso, apenas viene a agrupar conductas del todo diversas, que realmente parecen afectar a bienes jurídicos también distintos (la recta administración de justicia, la probidad y la libertad de autodeterminación sexual), a las que lo único que las agrupa es la calidad del sujeto que incurre en ellas (ETCHEBERRY, I, 225 explica que las figuras mixtas acumulativas "[en] el fondo, son figuras distintas reunidas con una etiqueta común").

La **jurisprudencia**, que había reconocido ya en 1882 la unidad delictiva en un caso de la reiteración de acciones de circulación de moneda falsa (v. la sentencia de la Corte Suprema, de 12 de octubre de 1882, en: *GT* 1882, p. 1441, citada por NOVOA, II, 223), hace unos años confirmó esta tesis (Corte Suprema, 15 de julio de 1994, en: FM 428, 361, citada por MATUS, Comentario, 387).

*c) El delito continuado*

Si bien parte de la doctrina plantea ciertas dudas acerca de si el





*delito continuado* es realmente un caso de *unidad jurídica de acción* (para CURY, 653 y ss. es un "caso límite"; le dan la razón POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 452-453; mientras que GARRIDO, II, 437, sin tomar postura, advierte que, si bien "la doctrina nacional [lo] considera como un caso de unidad jurídica [...] hay algunos autores que lo califican como un concurso específico"), hay un amplio acuerdo en reconocer que, cuando se dan sus presupuestos, corresponde tratar como una única realización típica a la reiteración de acciones que formalmente realizan varias veces un tipo (o diversos tipos que atentan en contra de un mismo bien jurídico), castigándolo como un solo delito, con la pena asignada por la Ley a éste. Así, por ej., coinciden en reconocer esa consecuencia, ETCHEBERRY, II, 113, para quien derechamente "el delito continuado *es* un solo delito y no varios" (el énfasis está en el original), y otros autores que dudan sobre la naturaleza de la institución, pero no en tratarla en la práctica como un caso de unidad delictiva, que debe sancionarse, entonces, como la comisión por una sola vez, de un único delito (POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 453; GARRIDO, II, 444). CURY, 658-659, en cambio, matiza esta conclusión, al tratar al delito continuado como si se tratase de un caso de concurso medial, pues "el fraccionamiento *necesario* sitúa las acciones continuadas en relación de 'medio a fin'" (la cursiva está en el original), de modo que corresponde castigarlo con "la pena mayor asignada al delito más grave" (Art. 75 del CP). En cualquier caso, tanto aquellos autores como éste coinciden, en el caso del hurto, en que el vínculo de continuidad excluye la aplicación del Art. 451 del CP, que consiste realmente en una regla especial de penalidad aplicable al concurso real de hurtos, cometidos bajo las circunstancias allí señaladas, y no al delito continuado de hurto (en ese sentido, por ej., ETCHEBERRY, II, 113-114; GARRIDO, II, 444; CURY, 1959, 208; MUÑOZ, 340-341).

Sólo NOVOA (NOVOA, II, 242; ya antes, en NOVOA, 1965, *passim*) niega toda eficacia al delito continuado en nuestro derecho, reservando el tratamiento unitario de la reiteración de acciones para los casos en que ello proviene del sentido del tipo (lo que precisamente no ocurriría en el paradigmático caso de los hurtos, de modo que el tratamiento punitivo más favorable disponible sería la regla del Art. 451 del CP); con ello, entonces, sin negar que ciertos tipos penales admiten la unificación de diversas realizaciones típicas, y su castigo como un solo delito, entiende que eso es un problema de Parte

Especial, y no la consecuencia de una institución de la Parte General, aplicable a una generalidad de figuras delictivas, como se pretende en el caso *delito continuado*.

Aunque no tenga consagración legal expresa, la **jurisprudencia** de la Corte Suprema reconoce el *delito continuado* de manera clara, como una figura que tiene "la virtud de unificar la acción", desde 1966 (sentencia de la Corte Suprema, 9 de noviembre de 1966, en RDJ, tomo XLIII, 2ª parte, sección 4ª, p. 256, citada por COUSIÑO, I, 319, quien fue el redactor de la misma, como abogado integrante). Más recientemente, la Sala Penal de la Corte Suprema, vuelve a aplicar la figura del *delito continuado*, a la que considera "una institución que entre nosotros encuentra su origen en el derecho consuetudinario, constituyendo un caso característico de creación consuetudinaria de Ley penal bonam partem y, precisamente por esto último, generalmente aceptada por la mejor doctrina", resolviendo, además, que las diversas acciones "han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible" (Corte Suprema, Rol Nº 2863-03, 30 de enero de 2006 [casación en el fondo penal], redactada por Enrique CURY, quien, **en mi opinión**, se aleja así, en la práctica, de la postura que ha sostenido en doctrina, cuando propuso tratar el caso como si se tratase de un *concurso medial*: en efecto, en esta decisión la Corte Suprema impuso al condenado, en su sentencia de reemplazo, la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito de malversación de caudales públicos del Art. 233, Nº 3, del CP, que se castiga en la Ley con presidio mayor en su grado mínimo a medio; así, como puede apreciarse, se trató a las diversas acciones de apropiación, como un solo delito, sin aplicarse la solución que el Art. 75 del CP contempla para el *concurso medial*, y que CURY había propuesto en 658-659). Como reseña ETCHEBERRY, II, 114, los tribunales han aplicado la figura especialmente en el caso de reiteración de "infracciones contra bienes jurídicos cuantificables: hurto, malversación, estafa, lo que hace posible determinar la suma total a que el resultado asciende", lo que en casos singulares, advierte el mismo autor, podría ser problemático, si, por ejemplo, la acumulación material de las penas por varios delitos de pequeña cuantía conduce a una sanción menor que su castigo como un solo delito, de una cuantía mayor, caso en que, sin embargo, **en mi opinión**, no habría dificultad para exigir, en base al principio de legalidad de la pena, la aplicación





de las únicas sanciones expresamente establecidas por el legislador (las de cada delito de baja cuantía), en lugar de una que sólo resulta de la aplicación de una construcción consuetudinaria, cuyo único sentido es favorecer al afectado, y no perjudicarlo. Lo propio podría decirse del peligro de otras consecuencias perjudiciales que podrían derivar de la aplicación de la figura del *delito continuado* (por ej., en materia de prescripción), a las que hace referencia ETCHEBERRY, II, 114-115.

También ha sido objeto de discusión doctrinaria la cuestión de los requisitos, en particular, de la especial relación que debe mediar entre las diversas acciones que han de ser unificadas por medio de su valoración como un *delito continuado*. Hay amplia coincidencia en que el *delito* continuado exige: a) unidad de sujeto activo; b) pluralidad de acciones, "cada una de las cuales satisface las exigencias del tipo respectivo" (CURY, 657); c) una cierta separación cronológica, entre las diversas acciones (pues si se dan en un *contexto unitario* su unidad se puede afirmar de manera más palmaria; v. *supra*, al tratar de la *unidad natural de acción*); d) que los delitos en conexión de continuidad sean "de una misma especie", entendiendo por tales los que "atentan en contra de un mismo bien jurídico mediante un modo de comisión semejante" (CURY, 658, destacando que no se aplica, en cambio, el "defectuoso" concepto de *misma especie* empleado por el Art. 351 del CPP, y poniendo como ejemplo de delitos de la misma especie, en PG, p. 512, la malversación de caudales públicos cometida mediante sustracción y el hurto o la apropiación indebida; en sentido similar GARRIDO, II, 442, concretando la exigencia en que los diversos tipos realizados "correspondan a un tipo básico único", como ocurriría entre el giro doloso de cheques y la estafa, así como entre la falsedad de documento privado y de instrumento público; ETCHEBERRY, II, 111, añade el ejemplo de la continuidad entre tentativa y consumación [si bien, como se afirmó *supra*, Nº 4, **en mi opinión**, en los casos de ejecución ininterrumpida del plan delictivo es muy dudoso que los primeros actos ejecutivos realicen, siquiera formalmente, el tipo de tentativa], y se refiere, al parecer de acuerdo con ella, a la doctrina que admite la relación de continuidad "entre las formas simples y agravadas del mismo delito"); e) unidad de sujeto pasivo, si se trata de atentados en contra de bienes jurídicos personalísimos (GARRIDO, II, 442, para quien ello "podría tener particular importancia en delitos de

índole sexual repetidos en contra de una misma víctima", tesis que explícitamente desarrolla MERCADO, 39 y ss., apoyando una amplia aplicación de la figura a los delitos sexuales con unidad de sujeto pasivo; en el mismo sentido, CURY, 658, quien menciona demás el caso de los delitos en contra de la vida, salud, libertad ambulatoria, libertad de autodeterminación sexual, honor; lo que, **en mi opinión**, es demasiado indiferenciado para poder aprobarse –pues no parece aceptable, por ej., unificar diversas lesiones corporales cometidas, en tiempos diversos, respecto de la misma víctima–, siendo preferible que la aplicación de la figura del delito continuado, tratándose de atentados en contra de bienes jurídicos personalísimos, incluso si afectan a un mismo sujeto pasivo, se circunscriba a hipótesis excepcionales en las que realmente, conforme al sentido del tipo penal, la reiteración no incremente de modo sensible la intensidad de la afectación del bien jurídico[161]); f) una especial conexión entre las diversas acciones (ETCHEBERRY, II, 110), cuya naturaleza es, sin embargo, objeto de discusión (para CURY, 656-657, el vínculo consiste en que las diversas acciones "constituyen la violación, necesariamente fraccionada, de una única norma de deber", como en el caso de quien quiere desvalijar la casa deshabitada, pero no puede hacerlo en una sola noche, pues el vehículo con que cuenta no le alcanza para ello; GARRIDO, II, 443-444, en cambio, tras rechazar la exigencia de "fraccionamiento necesario" formulada por CURY, a la que califica de "un tanto extrema", no intenta encontrar una única naturaleza del vínculo de continuidad, admitiendo que puede consistir en que las diversas acciones fueron abarcadas por un "dolo global" o "un proyecto general del autor", pero también en la "igualdad de motivación", como en el caso del cajero que, sin tener un plan genérico previo, pero cada vez "con iguales motivaciones", se apodera varias veces de diversas sumas).

La **jurisprudencia** de la Corte Suprema, en el citado fallo de la Segunda Sala, del año 2006 (Rol Nº 2863-03, 30 de enero de 2006), se pronunció sobre la naturaleza del vínculo de continuidad, descartando la necesidad de un "dolo común", y acogiendo la denominada *teoría de la alternación*, con arreglo a la cual la reunión de las diversas acciones "presupone subjetivamente que el autor renueve la misma resolución delictiva o una similar, bajo el efecto motivador de circunstancias equivalentes o esencialmente equivalentes", sea que aquél se haya propuesto o no, desde un principio, la ejecución de todas las acciones a las que luego se reconoce vínculo de continuidad, de modo que también se da ese vínculo en el caso en que "el procesado [...] no obró realizando un dolo único y conjunto como el exigido por la vieja teoría, sino que más bien renovó la misma resolución delictiva de apoderarse de los caudales públicos que le habían sido confiados, bajo el efecto motivador de circunstancias equivalentes, como ciertamente lo eran su estrechez económica, las escasas perspectivas que le ofrecía su situación en el servicio, la ubicación apartada de su oficio, las necesidades impuestas por sus obligaciones domésticas y otras semejantes"; razonamiento en el que implícitamente se descarta la exigencia de "fraccionamiento necesario" (lo que es especialmente significativo, si se considera que el fallo fue redactado por Enrique CURY, quien precisamente, en doctrina, había planteado dicha exigencia).

Sin embargo, la misma Segunda Sala de la Corte Suprema, dos años después (en sentencia Rol

[161] También el legislador español en el CP de 1995 ha limitado la aplicación del delito continuado en este tipo de casos al prohibir su aplicación, por regla general (en el Art. 74) cuando se trate de "ofensas a bienes eminentemente personales", con independencia de si afectan a un mismo o a diversos sujetos pasivos, distinción que, con todo, sí es relevante para admitir, excepcionalmente la figura respecto de "infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo", pero no de modo general, sino atendiendo, "para aplicar o no la continuidad delictiva", "...a la naturaleza del hecho y del precepto infringido". En Alemania, por su parte, donde el delito continuado, sin llegar a alcanzar recepción legislativa, fue desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, estableciendo requisitos semejantes a los recogidos por nuestra doctrina nacional, permitiendo así aplicar la figura a diversos atentados en contra bienes jurídicos personalísimos que afectasen a un mismo sujeto pasivo, más tarde, sin embargo, a partir de la "decisión del siglo" adoptada en 1994 por el Gran Senado para asuntos penales, del Tribunal Supremo Federal, el delito continuado ha sido prácticamente abandonado por la jurisprudencia (y ya desde antes era objeto de crítica por amplios sectores de la doctrina), sin perjuicio de que otras reglas e instituciones legales permiten moderar los efectos de este cambio jurisprudencial, al determinar la pena de las diversas infracciones reiteradas, y sin perjuicio de que, de todos modos, la "unidad típica de acción" (*tatbeständliche Handlungseinheit*) permite unificar diversas realizaciones típicas reiteradas, cuando para el respectivo tipo penal el comportamiento típico, conceptualmente, de hecho, o característicamente, presupone varias acciones individuales (v. ROXIN, Claus [2003], *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II [Munich, Verlag C.H. Beck], parág. 33, nm 262 y ss. y 19).

Nº 1494-2007, 20 de noviembre de 2007, ahora sin la integración de CURY[162]) ignora esta doctrina y sostiene (curiosamente retomando la "vieja" argumentación de CURY) la exigencia de una "unidad de propósito" y de "fraccionamiento necesario", rechazando la existencia de un delito continuado de estafa, por falta de "unidad de propósito del agente [...] desde que no es verosímilmente creíble sostener que los encausados [...] hayan previsto en forma precisa y determinada realizar, durante un cierto lapso de tiempo, veintidós conductas de uso malicioso de instrumento público falso, y otras tantas de estafa" y porque "no se aprecia una vulneración, necesariamente dividida, de una misma norma [...] porque se fueron cometiendo a medida que se presentaban aisladamente las condiciones necesarias para su comisión".

La jurisprudencia de Cortes de Apelaciones ha tenido oportunidad de examinar, en numerosos fallos de nulidad, si acaso procede reconocer un vínculo de continuidad en el caso de **reiteración de atentados en contra de la libertad o la indemnidad sexual** de un mismo sujeto pasivo. En contra de la tesis sugerida por la doctrina (v. *supra*, las referencias a CURY y a GARRIDO, en tal sentido), que precisamente admite tal posibilidad, la gran mayoría de las decisiones dictadas en los últimos años coincide en rechazar la continuidad en esos casos. En un grupo de decisiones, el rechazo se funda en que, tratándose de "atentados en contra de bienes jurídicos eminentemente personales", "aparece como esencial [...] el que el agente que realiza el acto típico obedezca a un mismo propósito delictivo" (Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 2552-2007, 12 de diciembre de 2007, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/2979/2007, declarando que en la especie tal exigencia no se cumple, pues "en él [el agente] se observa una intención deliberada de afectar la indemnidad sexual de la menor en cada hecho por separado", argumento que se repite, casi textualmente, en Corte de Apelaciones de Temuco, Rol Nº 498-2010, 3 de agosto de 2010, contra Salazar Ferrada, Juan Honorindo, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/4550/2010; así como en Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 1149-2010, 9 de octubre de 2010, contra Oñate Paz, Roberto, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/8229/2010; en sentido similar, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol Nº 317-2009, 15 de diciembre de 2009, contra Aguirre Chávez, Eduardo Segundo, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/4890/2009, exigiendo "la 'unidad de conciencia colectiva' a que se refiere la doctrina [que sólo] se encuentra presente cuando el hecho delictivo es el mismo sin agotarse en cada acto, lo que no ocurre en este caso"). En otro grupo de decisiones, el rechazo parece ser más categórico, de modo que no parece venir al caso la cuestión de si puede apreciarse, en el caso concreto, un propósito unitario; así, la Corte de Apelaciones de San Miguel (Rol Nº 63-2007, 31 de julio de 2007 [recurso de apelación], Nº ID LegalPublishing: 36865) entiende que "se acepta que el delito continuado puede recaer en bienes jurídicos de contenido patrimonial [...] y a aquellos que pueden lesionar la fe pública [pero], [s]e ha establecido, por el contrario, que no hay continuidad en aquellos casos en que se verifican infracciones a bienes jurídicos personalísimos, o dicho en otros términos, 'si lo injusto del tipo se asienta en la lesión de valores enraizados en la personalidad o en la reprobabilidad de relaciones personalísimas...'". (citando a WELZEL); asimismo, para la Corte de Apelaciones de Talca, Rol Nº 370-2010, 23 de septiembre de 2010, contra Escobar Rivera, Víctor Manuel y Parada Cáceres, Héctor Mauricio, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/7498/2010, siendo el bien jurídico de la "indemnidad sexual" uno "personalísimo", por definición "se vulnera con cada ataque [...] no pudiendo, en ningún caso [...] fraccionarse en diversos actos".

**En cambio**, recientemente la Corte de Apelaciones de Temuco (Rol Nº 345 2008, 24 de abril de 2008, contra Hugo Rogelio Espinoza Vásquez [nulidad penal], Nº ID LegalPublishing: 38894) resolvió reconocer la continuidad delictiva en un caso en que "existieron tres episodios reprochables penalmente por el acusado, referidos a un mismo hecho punible, realizado en un mismo lugar y durante el lapso de un mes", en atención a que todas esas conductas "obedecen a un mismo designio criminal, dándose en la especie un propósito de unidad de actos en que repitió su accionar de significación sexual en la misma forma" (con lo que sigue apegada a la doctrina del "propósito unitario", para el que no es indiferente que, a

[162] Pero con la presencia de los Ministros Chaigneau y Rodríguez, que habían concurrido al citado fallo de 30 de enero de 2006, y que ahora cambian de opinión, sin ofrecer fundamentos para ello (lo que es una omisión común en la Corte Suprema chilena, como se demuestra en COUSO / MERA, 331, 337, 343, 349, y cuya explicación se intenta en COUSO, 2007).

fin de cuentas, pese a la separación cronológica, las tres ocasiones fueron "verificadas en un espacio corto de tiempo"; por otra parte, sin embargo, también parece subyacer a la decisión un fundamento cercano a la *teoría de la alternatividad*, cuando añade la consideración de que los tres atentados se cometieron "aprovechando que la víctima vivía en la misma casa donde pernoctaba el agente delictivo").

Fuera de ello, los tribunales han aplicado, con todo, la figura del *delito continuado* en algunos casos de atentados sexuales (como pone de relieve ETCHEBERRY, II, 114-115, citando su propia obra DPJ II, 73 y ss., y DPJ IV, 190 y ss.), ante "la imposibilidad de acreditar el número y circunstancias de cada acto cometido, aunque consta que se prolongaron durante cierto lapso, esto es, hubo más de uno", solución acaso "pragmática", pero que, **en mi opinión**, carece de fundamento; en efecto, si se rechaza la aplicabilidad del *delito continuado* a casos de atentados sexuales, el déficit de prueba cierta sobre la reiteración debe conducir a condenar por un único atentado, y la existencia de pruebas fehacientes sobre la reiteración (aun cuando no conste precisamente la fecha de cada atentado) debería conducir a condenar por a lo menos dos delitos, en concurso real (sujetos, en su caso, al régimen del Art. 351 del CP); si, en cambio, se acepta la aplicación del *delito* continuado a este tipo de delitos, sólo corresponde aplicarlo en la segunda de las hipótesis reseñadas (y no, por cierto, invocando como fundamento la incertidumbre sobre la fecha de cada atentado). En otra decisión, la Corte de Apelaciones de Rancagua (Rol Nº 138-2007, 24 de mayo 2007 [nulidad penal], Nº ID LegalPublishing: 36.393), aparentemente también reconoce la continuidad delictiva entre dos delitos sexuales, pero en realidad, **en mi opinión**, indirectamente viene más bien a confirmar la tesis anterior, contraria a su aplicación, pues la decisión expresamente se apoya en que "entre los dos episodios reprochables penalmente realizados por el acusado, no medió un lapso superior a las 12 horas entre uno y otro [...] el primer atentado ocurrió cuando [la víctima] estaba semidormida y, el segundo, a la mañana siguiente cuando estaba en la ducha sin ropa [de lo que] es dable colegir que [...] obedecen a un mismo propósito delictivo, pues claramente la posibilidad de efectuar las tocaciones a la menor se dieron en ese espacio de tiempo, obedeciendo el actuar del agente al sólo interés de realizar tales acciones, manteniéndose de esta forma un propósito de unidad de actos en las dos oportunidades en que repitió su accionar", descartando la Corte, por déficit de evidencias probatorias, "que en una determinada época, en que ellos se habrían producido, se han verificado dos delitos diversos e independientes entre sí, con sus propias circunstancias absolutamente desvinculadas unas de otras", dando a entender con ello que, con mejores pruebas sobre la separación cronológica entre ambos atentados, cabría negar la unificación delictiva, la que en este caso, entonces, parece haberse fundado más bien en que la reiteración se produjo en un solo contexto temporal, y no en la existencia de un vínculo de continuidad entre acciones claramente separadas en el tiempo.





### *III. Pluralidad de delitos*

La regulación del los Arts. 74 y 75 sugiere una diferencia conceptual entre dos grupos de casos de pluralidad de delitos: la pluralidad delitos constituida a través de un solo hecho y la pluralidad de delitos constituida a través de varios (dos o más) hechos. El primer grupo configura la hipótesis del *concurso ideal* de delitos; el segunda, la de los *concursos reales* de delitos. La situación, tratada por el Art. 75, inc. 1º, segunda alternativa, de que un delito "sea el medio necesario para cometer el otro" (*concurso medial*), conceptualmente es un caso de *concurso real* (CURY, 662), con independencia de que su tratamiento punitivo sea el mismo (sistema de *absorción agravada*[163] de la pena) que el de los casos de *concurso ideal*, lo que se debe a que el legislador reconoce en este caso –como en el del concurso ideal– una fuerte vinculación fáctica entre los diversos delitos acogidos a esta regla.

El examen de estos preceptos y de los problemas interpretativos que plantean, se abordará más adelante.

En este lugar sí cabe destacar que el tratamiento punitivo establecido por el Art. 74 del CP para el *concurso real* puede considerarse el tratamiento "por defecto", o la regla general aplicable a estos casos, que deja de ser aplicable, sin embargo, cada vez que la Ley contemple *reglas especiales, para casos excepcionales*, en los que el legislador parece prestar atención a una cierta vinculación

[163] La expresión "absorción agravada", tomada de MAÑALICH, 43, expresa de manera más exacta el efecto de la regla que la tradicionalmente usada "absorción", a secas.

entre los delitos sometidos a tales reglas, más "fuerte" en el caso del concurso medial, más débil en los restantes casos. A continuación se mencionan los principales casos:

a) La regla de *absorción agravada* de la pena, establecida para el *concurso medial* (v. *infra*, al tratar sobre el Art. 75 del CP), es una primera excepción a tener en cuenta (no así, la regla establecida para el *concurso ideal*, pues este no es un caso especial *dentro* del grupo de los concursos reales, sino derechamente, otro tipo de concurso).

b) Una segunda regla es la de la *acumulación* jurídica de las penas, establecida por el Art. 351 del CPP, para la **reiteración de crímenes y simples delitos de la misma especie** (así como la establecida por el Art. 509 del C. de P.P., para los mismos casos, aplicable a las causas no sometidas a las reglas del CPP), que el Art. 397 del CPP también hace aplicable a la reiteración de **faltas de la misma especie**. Conforme al Art. 351 del CPP:

> "En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.
>
> Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos [...]"

El propio Art. 351, inc. 4º del CP, resuelve la cuestión de qué se entiende por delitos "de la misma especie": "aquellos que afectaren al mismo bien jurídico", definición que corrige, según CURY, 661-662, algunas de las deficiencias de que ofrece el Art. 509 del C. de P.P. ("aquellos que estén penados en un mismo título del Código Penal o Ley que los castiga"), pero no todas ellas, pues debería importar no sólo si se atenta contra el mismo bien jurídico, sino también "*la forma que adopta el ataque*", de modo que no serían de la misma especie, por ej., la estafa y el robo con violencia o intimidación en las personas (CURY, 512, 662, n. 42, si bien resolviendo el ámbito de aplicación de la agravante de reincidencia específica, del Art. 12, Nº 16, del CP). MATUS, Comentario, 396, anticipa que la solución del Art. 351 del CPP generará problemas de aplicación, sobre todo en el caso de delitos que





no protegen un único bien jurídico, lo que reduciría sustancialmente su ámbito de aplicación, restringiéndola al caso en que haya una especie de "*identidad* de bien jurídico protegido" (cursiva en el original).

Sobre las infracciones que, por "su naturaleza", pueden ser "estimadas como uno solo delito", NOVOA, II, 227, refiriéndose al Art. 509 del C. de P.P., idéntico en este punto al Art. 351 del CPP, entiende que son "aquellos tipos que pueden ser medidos en magnitudes o cuya caracterización y pena toman en cuenta ciertas cuantías pecuniarias", como el hurto, los daños y la malversación de caudales públicos, debiendo aplicarse la regla de *asperación* o *acumulación jurídica de penas* (en este caso, aumento en uno o dos grados), a partir de la pena que corresponde al monto total de los hurtado, dañado o malversado (implícitamente, en el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, 117; también POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 467[164]; MUÑOZ, 348). En contra de esta solución se pronuncian SOLARI / RODRÍGUEZ, 266-267, refiriéndose al Art. 509 del C. de P.P., en esto idéntico, como se dijo, al Art. 351 del CPP, invocando tres razones: primero, porque ello implicaría dar a los delitos cuyas penas se determinan a partir de un importe expresado en dinero (lo que es una circunstancia azarosa, que no se corresponde con una mayor reprochabilidad de este primer grupo de delitos) un trato injustificadamente más severo que el que se da a los delitos cuyas penas no se determinan de ese modo, y que igualmente podrían ser estimados, conforme a su naturaleza, "como un solo delito", así como también es más severo que el trato dado, en fin, a los delitos que no pueden ser considerados "como uno solo" (los del inc. 2º del Art. 509 del C. de P.P., similar en esto, al inc. 2º del Art. 351 del CPP); en efecto, para estos otros dos grupos de delitos se considera como suficiente exasperación punitiva el aumento de la pena en grado (uno a tres grados, en el Art. 509 del C. de P.P.; uno o dos, en el Art. 351 del CPP), aumento calculado a partir de la pena del delito más grave (o de

[164] En realidad, unos y otros no acogen explícitamente la propuesta de NOVOA de sumar cantidades, para calcular la pena básica desde la cual deben realizarse los aumentos dispuestos por la regla, sino que acogen simplemente su definición de qué tipo de delitos pueden ser estimados como uno solo. MATUS, sin embargo, posteriormente ha reconocido (v. *infra*, el texto principal), acogiendo ahora el criterio de GARRIDO, que efectivamente antes interpretaba así la regla sobre la forma de calcular la pena.

uno cualquiera de los delitos cometidos, que tengan igual pena), prescindiéndose en estos casos, entonces, de toda consideración a la pena de los demás delitos, mientras que para el primer grupo de delitos, a la exasperación punitiva consistente en el aumento de la pena en grado (tres o dos, según el caso), se añade, eventualmente, la que resulta de tomar por pena base, no la pena de uno cualquiera de los delitos cometidos (que deben tener igual pena, según estos autores, para quedar sujetos a la regla del inc. 1° del Art. 509 del C. de P.P.), sino la pena asignada por la Ley a un delito (imaginario) que tuviera por importe la suma de los importes de los verdaderamente cometidos; segundo, porque ese tratamiento más severo, incurriría, además, en el defecto de considerar dos veces en perjuicio del condenado una misma circunstancia, a saber, el número de delitos cometidos, que, primero, incide en la pena usada como base para calcular el aumento de pena y, luego, en la magnitud de dicho aumento (uno o más grados, justamente según el número de delitos); y, tercero, porque el precepto analizado (el Art. 509 del C. de P.P.) ninguna mención hace a la posibilidad de "sumar" los importes hurtados, defraudados, malversados, etc., a diferencia de la regla excepcional del Art. 451 del CP, que, para la "reiteración de hurtos", ha debido establecer expresamente esa forma de calcular la pena. Para estos autores, en cambio, los delitos de la misma especie que "pueden estimarse como uno solo", conforme a su naturaleza, son aquellos que comparten una "relativa identidad típica", especialmente en la forma que adopta la lesión del bien jurídico (SOLARI / RODRÍGUEZ, 264, 263), sin necesidad de que sus penas se determinen en relación con una cuantía apreciable en dinero. Sin embargo, la aplicación de la regla del inc. 1° del Art. 509 del C. de P.P., depende de que, además, los diversos delitos que "pueden estimarse como un solo" tengan la misma pena (en concreto, atendidas las reglas de determinación aplicables a cada uno de ellos), pues la referencia a "*la pena* correspondiente a las diversas infracciones" precisamente supone que sea la misma (ibíd., 264), y que a partir de ella se efectúe el aumento punitivo. GARRIDO, II, 449 y n. 687, también rechazando la solución defendida por NOVOA, reitera el último de los tres argumentos de SOLARI / RODRÍGUEZ, añadiendo que la aplicación de la misma forma de cálculo de pena, empleada expresamente por el Art. 451 del CP, a una hipótesis para la que no aparece establecida expresamente (el Art. 509 del C. de P.P.) constituiría un caso





de analogía en perjuicio del condenado, contraria al Art. 19, N° 3, de la CPR; por ello, propone entender que "pueden considerarse como uno solo", por ej., hurtos de cuantías análogas, lesiones u homicidios simples, aun si alcanzan distintos niveles de ejecución, y que "estimar como un solo delito" a las diversas infracciones cuando, por ej., se trata de hurtos, daños o malversaciones, no implica sumar las sumas cantidades hurtadas, dañadas o malversadas, sugiriendo, en cambio (si bien no es claro al respecto), que simplemente debe partirse de la pena de una de esas infracciones[165], para desde ahí efectuar los aumentos. Recientemente, MATUS acoge este punto de vista, advirtiendo, no obstante, que el criterio tradicional, defendido por NOVOA, "es, por lo demás, la expresa voluntad de la mayoría de la Comisión Revisora del Código de Procedimiento Penal de 1906" (MATUS, 2008, s. N° de pág.; en efecto, como consta en la reseña que, sobre el origen del antiguo Art. 537 del C. de P.P. –posteriormente, Art. 509– ofrece LAZO, 363-364, ese criterio fue acogido, en realidad, de forma unánime por la Comisión Revisora), y añade a los ejemplos señalados por GARRIDO "los cada vez más frecuentes de abusos sexuales" (si no se les trata como delito continuado), advirtiendo además que el criterio tradicional (sumar cuantías para calcular la pena base) "produciría, en ciertos casos, una agravación mayor que la de aplicar la regla siguiente" (el inc. 2°, del Art. 351 del CPP).

En relación con las infracciones que, no obstante ser "de la misma especie", "no pudieren estimarse como un solo delito", SOLARI / RODRÍGUEZ, 262-264, incluían (interpretando el Art. 509 del C. de P.P.) los delitos que constituyen formas muy diferentes de lesión del bien jurídico, diferencia que, por ej., se puede apreciar, dentro del universo de los delitos contra la propiedad, entre una figura de apropiación y una de destrucción (no, en cambio, entre los hurtos y la apropiación del Art. 470, N° 1, del CP, en que la forma que adopta la

[165] Si se trata, por ej., de hurtos de cuantías análogas, se partirá de la pena de un hurto de dicha cuantía (no de la pena correspondiente a un hurto de la suma de dichas cuantías); si se trata, en cambio, de la hipótesis, señalada por GARRIDO, de infracciones "iguales" que "alcanzan distintos niveles de ejecución", aunque no lo diga explícitamente, la único coherente con su criterio es aplicar la misma regla que el inc. 2°, del Art. 351 del CPP, establece para las infracciones que "no pudieren estimarse como un solo delito": partir de la infracción que, en concreta, tenga mayor pena.

lesión del bien jurídico es muy similar). Tales delitos, entonces, se debían regir por la regla del inc. 2º del Art. 509 del C. de P.P., que también sería aplicable, en todo caso, a los delitos que, no obstante afectar del mismo modo al bien jurídico (razón por la cual podrían "estimarse como un solo delito"), no tienen la misma pena, en concreto (ibíd., 264, 270), de modo que no podrían quedar sujetos a la regla del inc. 1º del mismo precepto. Para GARRIDO, II, 449, por su parte, a partir de los ejemplos que ofrece (robos y hurto; injurias y homicidio), se desprende que (bajo la regla del Art. 509 del C. de P.P.) no podían estimarse como un solo delito los que, no obstante estar tipificados en el mismo título, no afectaban al mismo bien jurídico (en absoluto, o en parte, si una de ellas constituía un delito pluriofensivo). MATUS, por último, concluye, interpretando ahora al Art. 351 del CPP (que, para definir cuándo los delitos son "de la misma especie", sustituyó el criterio de la inclusión "en el mismo título" por el que atiende a la identidad del bien jurídico afectado), que los delitos que "no pueden estimarse como un solo" son (solamente) "los casos en que los delitos pluriofensivos tienen al menos un mismo bien jurídico protegido en común" (como el hurto y el robo con intimidación) (MATUS, 2008).

**En mi opinión**, tienen razón SOLARI / RODRÍGUEZ, GARRIDO y MATUS al rechazar la tesis propuesta por NOVOA, pues la exigencia de sumar las cuantías monetarias, que ya lleva eventualmente a un marco penal superior, para sobre ese marco aplicar los aumentos de pena por la reiteración, por más que se apoye en la opinión de la Comisión Revisora del C. de P.P. (argumento histórico), no se recoge expresamente en la disposición del Art. 509 del C de P.P. (por contraste, en el Art. 451 del CP, para la reiteración de hurtos, sí queda claro que debe sumarse las cuantías de lo hurtado, pero –consecuentemente con ello, que ya puede implicar alcanzar una pena superior– no se eleva la pena por la reiteración, sino sólo se dispone aplicarla en su grado superior), y con tanta mayor razón no puede bastar para develar el sentido de una disposición contenida en una Ley distinta (el Art. 351 del CPP), dictada un siglo más tarde, en la que tampoco se recoge expresamente aquella solución. Y si bien la obscuridad de la expresión, autoriza a consultar su "espíritu", éste se revela con mayor propiedad en este caso atendiendo a una interpretación teleológica de la disposición, cuya finalidad claramente es moderar los excesos punitivos que resultarían de la acumulación material de los diversos delitos de la misma especie, cometidos de forma reiterada por el mismo autor. Y dado que este objetivo se justifica con la misma razón para los dos grupos de delitos a los que se refiere la disposición –los que pueden considerarse como un solo delito y los que, por su naturaleza no pueden considerarse de ese modo– el tratamiento privilegiado debe ser sustancialmente el mismo para ambos grupos, lo que no ocurriría si, por ejemplo, el autor de 2 violaciones de igual gravedad (consideradas todas las circunstancias) recibe la pena superior en un grado a la señalada a una sola de ellas, mientras que el autor de dos hurtos de igual gravedad, por montos que, sumados, conducen ya a una elevación de pena (a la que se sumará la que dispone el Art. 351), recibe la pena superior en dos grados a la señalada para uno sólo de ellos; por ello, en conclusión, también en los casos del inc. 1º del Art. 351 del CPP el cálculo de pena partirá de la que corresponda a un delito realmente cometido (en su caso, el más grave, si se entiende que también en este inciso se regula la pena de la reiteración de delitos que no tienen la misma gravedad, que, por otra razón, puedan considerarse como uno solo), y no a un delito inexistente, construido ficticiamente mediante la suma de las cuantías de lo hurtado, malversado, defraudado, etc. Ahora bien, si no es ése el criterio que distingue el ámbito de aplicación de los inc. 1º y 2º del Art. 351 del CPP, queda por resolver cuál de los propuestos debe emplearse; pero esa definición pasa totalmente a segundo plano si, por las razones señaladas a continuación, la regla que rige uno y otro caso termina, en la práctica, igualándose, para todos los delitos de la misma especie.

En efecto, en primer lugar, y no obstante las diferencias en el tenor literal de ambos incisos del Art. 351 del CPP, para ambos grupos de delitos, destaca MATUS, el aumento debe hacerse a partir de la pena concreta determinada, aplicando las circunstancias que sean del caso, de modo 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 (MATUS, 2008). **En mi opinión**, si bien ello sólo es claro (según el tenor literal) en el caso del inc. 2º del Art. 351 (donde expresamente el aumento parte de la pena señalada a la infracción que "considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asig-

nada pena mayor")[166], concurriendo en el primer caso las mismas razones materiales que en el primero justifican realizar el aumento sólo una vez consideradas las demás circunstancias (lo que puede llevar a una pena menos severa; v. *supra*, "Comentario al Art. 50", "*III. Orden de aplicación...*" ), es perfectamente razonable aplicarle analógicamente la regla establecida para el segundo grupo (la misma solución habían defendido ya SOLARI / RODRÍGUEZ, 265, interpretando el Art. 509 del C. de P.P., para alcanzar una interpretación armónica de los dos incisos de dicha disposición, y evitar que las circunstancias modificatorias que afectan a uno solo de los delitos terminen afectando la pena de todos ellos, si la unificación punitiva que el precepto dispone se produce antes de considerar el efecto de aquellas circunstancias).

Por su parte, y en segundo lugar, si bien sólo respecto del segundo grupo de delitos (los del inc. 2º del Art. 351 del CPP, tal como ocurría sólo con el inc. 2º del C. de P.P.) el "número de los delitos" es el criterio que debe guiar la decisión del tribunal acerca de cuál será el número de grados en que aumentará la pena (habiendo acuerdo en que el aumento es obligatorio, a lo menos en un grado; así, ya NOVOA, II, 227), la doctrina parece coincidir (con razón) en que, necesariamente, el mismo criterio debe seguirse para adoptar esa misma decisión respecto del primer grupo de delitos (los del inc. 1º de cada una de esas disposiciones) (así, NOVOA, II, 227; de acuerdo con él, MATUS, 2008[167]).

Así las cosas, la cuestión de cuáles son –dentro del universo de los "delitos de la misma especie"– los que deben quedar sujetos a uno u otro de aquellos dos primeros incisos del Art. 351 del CPP, pasa a ser de orden meramente clasificatorio; pues en ambos casos, debe primero determinarse la pena concreta que corresponde a cada uno de los diversos delitos

[166] De hecho, con anterioridad, MATUS, Comentario, 396, extraía esta conclusión sólo para los casos sujetos al inc. 2º (del Art. 509 del C. de P.P., y, por extensión, del Art. 351 del CPP).

[167] Cfr. MUÑOZ, 349, criticando la regla del Art. 509 del C. de P.P. porque "en ninguno de los dos casos se tome[a] en cuenta la *entidad* de los delitos, en circunstancias de que precisamente la consideración de la *naturaleza* de los delitos, y no sólo un número, constituye el factor más trascendente para estimar que el sistema de la acumulación jurídica es superior a los demás" (la cursiva está en el original).





de la misma especie reiterados, para, en seguida, tomando por base la pena del delito que, "con las circunstancias del caso" resulte con mayor pena, o cualquiera de ellos, si la pena es la misma, efectuar el aumento en uno o dos grados, teniendo en cuenta el número de delitos cometidos.

Pasando a otra cuestión, pese al carácter general con que aparecen formuladas, MATUS aclara que "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" (MATUS, 2008), de modo que, cuando ello no es así (porque las penas carecen de grados, como la multa; o se trata, en concreto, de una pena indivisible no susceptible de agravación, como el presidio perpetuo calificado) debe aplicarse la regla de acumulación del Art. 74 del CP.

Una limitación adicional a la aplicabilidad de la regla del Art. 509 del C. de P.P. (aparentemente aplicable también, en los mismo términos, a la del Art. 351 del CPP) identifican SOLARI / RODRÍGUEZ, 268-269, en el sentido de que sólo sería posible cuanto todos los delitos cometidos, y que deban ser juzgados, sean de la misma especie, pues la regla de cálculo de pena exige tener en cuenta "las diversas infracciones", lo que aludiría a todos los delitos cometidos, lo que no podría ocurrir si dentro del universo total de "las diversas infracciones" cometidas y por juzgarse, algunas son de la misma especie y otras no, hipótesis en que no podrían aplicarse las reglas del Art. 509 del C. de P.P. para los primeros, para luego acumular materialmente la pena así determinada, conforme al Art. 74 del CP, con las penas de los segundos. **En mi opinión**, la limitación, fundada en un argumento de texto no concluyente (las "diversas infracciones" no tienen por qué ser necesariamente todas las cometidas, sino que bien pueden ser todas "las de la misma especie") no se justifica, de modo que nada obsta a exasperar la pena de los delitos de la misma especie, y acumularlos, luego, conforme al Art. 74, con las penas de los que no son de la misma especie. De hecho, ello resultará así, por ejemplo, si a una pena determinada conforme al Art. 351 del CPP, para varios delitos de la misma especie, más tarde hay que acumular materialmente, en virtud del Art. 74 del CP, una pena correspondiente a un nuevo delito (que no sea de la misma especie), cometido por el mismo agente. En ese caso, ciertamente no podría sostenerse que, por ej., en aplicación del Art. 164 del COT, debería revertirse el efecto de la aplicación del Art. 351 del CPP a

los primeros delitos, para ahora, *ex post*, acumular las penas de todos ellos (sean o no de la misma especie), conforme al Art. 74 del CP. No siendo razonable ello, en esa hipótesis, tampoco parece razonable privar al Art. 351 del CPP de su efecto natural en relación con el subconjunto de los delitos de la misma especie (cuando ello sea más favorable para el condenado), si en un mismo proceso y condena ellos concurren con algunos que no son de la misma especie, cuyas penas deban acumularse, en virtud del Art. 74 del CP, con la resultante de aquella otra regla. Ninguna razón material se opone a ello, ni tampoco lo exige el tenor literal de la disposición.

Por último, y en los casos a los que las reglas del Art. 351 del CPP sí resultan en principio aplicables, el inc. 3º del mismo artículo dispone, sin embargo, que si de la aplicación de la acumulación de penas, dispuesta por el Art. 74 del CP, resultare una pena inferior, deberá aplicarse esta disposición en lugar del Art. 351 del CPP. Esta contraexcepción es imperativa para el tribunal, y no facultativa como sugiere el uso de la expresión "podrá" (GARRIDO, II, 450, explicando que así lo entiende la jurisprudencia; en el mismo sentido, CURY, 661).

c) También constituyen una excepción a la regla general de acumulación material de penas, del Art. 74 del CP, los casos de **concursos especialmente regulados por la Ley penal**, a veces, en principio para ofrecer un tratamiento punitivo privilegiado, como ocurre con la regla del Art. 451 del CPP, establecida para la "reiteración de hurtos [...] a una misma persona, o a distintas personas en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar", caso en que "el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior", lo que, según GARRIDO, II, 451, vendría a representar una cierta forma de *absorción* de la pena, aclarando que, ciertamente, no se trata de aumentar la pena en un grado sino de imponer el grado máximo de los contemplados por el marco penal –o el único grado, si el marco penal no tiene más que uno[168]–. En cambio, **en mi opinión**, no corresponde tratar como casos de concursos especialmente regulados por la Ley (como parece hacerlo MATUS, Comentario, 395) a los que previamente han sido calificados como hipótesis de *unidad jurídica de acción* (o de delito), por ej., los *delitos complejos*, pues en estas hipótesis se parte de la base de que, desde el punto de vista de la valoración jurídica, no se han cometido dos o más injustos típicos (y culpables), sino uno solo, mientras que en los concursos de delitos, el Derecho penal aprecia la comisión de una pluralidad de injustos típicos (culpables), si bien los castiga de forma unificada (por razones más bien de Política Criminal). Para el primer caso (*unidad jurídica de acción*), entonces, no se establece, propiamente, un "régimen concursal", sino una pena, para el *único* delito cometido. Si acaso reglas como, por ej., la del Art. 372 bis del CP (establecida para quien "con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima", y que agrava el tratamiento punitivo, en lugar de privilegiarlo) constituyen un caso de *delito complejo* o de una regla concursal especial para una pluralidad de delitos, es, justamente, una discusión de Parte Especial, de cuya respuesta dependerá si hay que conformarse con la existencia de un contexto situacional ("con ocasión") en el que ambos delitos se han cometido (suficiente para que las razones político criminales exijan el tratamiento punitivo agravado), o si acaso se requiere una especial relación objetiva y/o subjetiva, a la manera de la "abrazadera típica" requerida, por ej., para el robo con intimidación o violencia en las personas, sin la cual no se da el mayor desvalor de acción que resulta, en ciertos casos de delitos complejos, de una valoración unitaria del injusto.

[168] No corresponde, en cambio, aplicar analógicamente el Art. 67 del CP y circunscribir la determinación de la pena concreta al *máximum* del único grado (en ese sentido, rechazando la aplicación analógica del Art. 67 del CP, *la sentencia de la Corte Suprema*, 1970, RDJ LXVIII, 4-37, contra Waldo Astorga Rivera, citada por ETCHEBERRY, DPJ IV, 227-228 y n. 3988).





*IV. Concurso aparente de leyes penales*

El concurso aparente de leyes penales también constituye, en cierto sentido, un caso de *unidad delictiva*, en el que, a pesar de que la conducta formalmente aparece realizando dos o más tipos penales, una valoración jurídica correcta conduce a someterla a la regulación de uno solo (se aplicará una sola *Ley penal* de las varias que entran en *concurso aparente*), de modo que, para todos los efectos, se entiende cometido un solo delito. Pese a ello, se suele tratar al concurso aparente de leyes fuera del listado de casos de *unidad delictiva* (v., por ej., CURY, 667; GARRIDO, II, 456; MATUS, Comentario 388), acaso porque la afirmación de la *unidad delictiva* en la generalidad de los casos no es problemática por-

que se verifique por oposición a una aparente pluralidad de *acciones*, sino por oposición a una aparente pluralidad de *leyes* que aparecen siendo satisfechas (sin embargo, en las hipótesis de aplicación del *principio de consunción*, lo problemático de la afirmación de la *unidad delictiva* se aprecia en la oposición a una aparente *pluralidad de acciones típicas*, tal como ocurre, por ej., en las hipótesis de *unidad jurídica de acción*).

El estudio de los concursos aparentes de leyes penales se resume en el de los **diversos principios** que conducen a la aplicación de una sola de las leyes aparentemente concurrentes, que desplaza a las demás. Si bien nuestra doctrina suele mencionar los cuatro *principios* tradicionales –*especialidad*, *consunción*, *subsidiariedad* y *alternatividad*–, la doctrina mayoritaria, coincidiendo con el punto de vista de ETCHEBERRY, 98-99, reconoce eficacia práctica exclusivamente a los principios de *especialidad* y de *consunción* (en ese sentido, CURY, 668; v. también NOVOA, II, 252-253, si bien los considera sólo como unas "pautas" frecuentemente útiles para dilucidar una cuestión interpretativa que no es reducible, sin embargo, a la aplicación de unas reglas formuladas *a priori*; GARRIDO, II, 460 parece reconocer eficacia también al principio de subsidiariedad, mas no al de *alternatividad*). MATUS, en cambio (ya en MATUS, 1994, 5 a 31; v. también MATUS, Comentario, 389-391; MATUS, 2008, 305-322, refiriéndose a los Arts. 8.1-8.4 del C.P. Español de 1995; y POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 459-461) rescata los principios de *subsidiariedad* y *alternatividad*, destacando su aptitud para resolver más satisfactoriamente casos que no quedan resueltos por los de *especialidad* y *consunción*.

a) **Principio de especialidad.** En este caso, el concurso aparente se resuelve con relativa sencillez, aplicando el principio de que la Ley especial prevalece sobre la Ley general (lo que podría verse como aplicación de la regla del Art. 13 del CC, "Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición"). En materia de tipos penales, el principio es aplicable cuando "de las normas aparentemente aplicables, una de ellas contiene una descripción del mismo hecho descrito en otra, pero en forma más particularizada y detallada" (ETCHEBERRY, II, 123). Es este principio el que hace prevalecer el tipo de la falsificación de documento privado (Art. 197) sobre el de la estafa (Art. 468 del CP), de modo que el primero "no es sino una clase especial de estafa: causar un perjuicio mediante **ese engaño particular** que consiste en falsificar un documento" (ETCHEBERRY, II, 123; la negrilla está en el original; cfr., sin embargo, en contra de esta opinión, NOVOA, II, 258, quien advierte que "el Art. 197 no cabe íntegramente en el Art. 468 [...] [pues el primero] exige que se obre 'en perjuicio de tercero' [...] [pero] no se manda que el perjuicio haya de ser pecuniario, único al que puede referirse el Art. 468", argumento que, si convence, deja a salvo, en todo caso, la posibilidad de absorber la estafa en la falsificación, por *consunción*, pues a lo menos "ordinariamente" la segunda –con sus consecuencias perjudiciales para el patrimonio– acompañaría a la primera). La misma relación de especialidad se da entre el parricidio y el homicidio.





La **jurisprudencia** también ha reconocido un *concurso aparente por especialidad* entre la falsificación de documento (o instrumento) privado y la estafa (ya, por ej., en la sentencia de la Corte Suprema de 6 de octubre de 1953, en RDJ L, 192, citada por MATUS, Comentario, p. 389; también en sentencia de la Corte Suprema [contra Francisco Segundo Marín Almonacid], en RDJ LXVII, 4-318, citada por ETCHEBERRY, DPJ IV, 407 y 506 y ss.). También por el *principio de especialidad* se aprecia concurso aparente entre un delito de prevaricación cometida por abogado ("que con abuso malicioso de su oficio, perjudicase a su cliente [...]", Art. 231 del CP) y un delito de estafa residual (Art. 473 del CP) cometida en el mismo acto en contra de su cliente (Corte de Apelaciones de Temuco, Rol Nº 554-2008, de 2 de julio de 2008 [nulidad penal], Nº ID LegalPublishing: 39.866, rechazando expresamente la existencia de un *concurso ideal*[169]).

b) **Principio de consunción.** Para CURY, si el principio de especialidad es "de carácter lógico" (la Ley que "lo aprehende [al hecho]

[169] La relación de *especialidad*, sin embargo, es muy dudosa en el caso, si se considera, en la misma decisión, que el tipo de la estafa requiere de un engaño, que no es, por cierto, un elemento necesario en la prevaricación, de modo que no toda prevaricación del Art. 231 (ni siquiera si se le restringe a la que consiste en perjudicar al cliente) constituye una estafa; el caso, de todos modos, bien puede configurar concurso aparente *por consunción*, por lo que es perfectamente plausible la decisión de descartar el concurso ideal.

de manera más perfecta en sus particularidades" debe prevalecer, por razones lógicas, sobre la que lo aprehende sólo en sus características más gruesas), el principio de *consunción* (o de *absorción*) es de carácter "axiológico", pues lleva a desplazar una de las leyes (tipos) colmadas por el hecho sancionándolo sólo conforme a la Ley (tipo) restante, cuando "el desvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos contiene al que supone la realización del otro" (CURY, 669; en el mismo sentido, MUÑOZ, 378, tratando al principio de *consunción* como un problema de antijuridicidad, en contraposición con el principio de *especialidad*, que resulta ser un problema de tipicidad), lo que ocurre especialmente cuando, al decir de ETCHEBERRY, "la ley, al establecer la penalidad de una figura delictiva, ya ha tomado en consideración la gravedad (o "desvalor") de otras conductas, también punibles, que la acompañan ordinariamente" (ETCHEBERRY, II, 124), como ocurre, por ejemplo, con el delito de homicidio consumado, cuyo desvalor es capaz de absorber a la tentativa fallida de homicidio cometida segundos antes de dar la estocada mortal[170]. Castigar al autor, en tales casos, por todos estos delitos constituiría una infracción del ***non bis in idem*** (ETCHEBERRY, II, 125); por ello, tanto ETCHEBERRY, II, 125, como GARRIDO, II, 459, relacionan el *principio de consunción* con preceptos como el Art. 63 del

[170] En cambio, es dudoso que el ejemplo citado por ETCHEBERRY, II, 124, y por GARRIDO, II, 458, en el que un robo con fuerza absorbería a los daños y a la violación de domicilio, deba considerarse un caso de aplicación del *principio de consunción*, pues, en el caso de la violación de domicilio o morada pare ser más bien el principio de especialidad el que la desplaza, y no el de *consunción* (a menos que se diferencie, de forma convincente, el concepto de morada del Art. 144 del CP, del concepto de lugar habitado o destinado a la habitación, del Art. 440 del CP, habría que ver en este tipo de robo una especie de violación de morada, cuya particularidad –como en el *burglary* del derecho anglosajón– es que se comete como medio para cometer otro delito, en este caso, un hurto; y si bien es cierto que, como sostiene ETCHEBERRY, 86, "no todo robo con fuerza en las cosas comporta necesariamente la violación de domicilio", sí parece ocurrir que todo robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación importa violación de domicilio; y el asunto es que parece tener más sentido estudiar la relación concursal concentrándose en este tipo calificado, y no en un tipo abstracto, como sería el robo con fuerza en las cosas, a secas); por su parte, tratándose de los daños, quedan desplazados simplemente a través de una cláusula de *subsidiariedad* expresa (v. Art. 488 del CP, comentado *infra*, en el texto principal), que hace innecesaria la compleja valoración subyacente al principio de *consunción*.





CP, argumento sugerente en lo que se refiere a la prohibición de tener en cuenta (para agravar la pena) las circunstancias "inherentes al delito" (si bien la "regularidad" exigida por el principio de consunción no equivale a la "necesidad" aludida por el Art. 63); ETCHEBERRY, II, 125, argumenta además que este principio fue tenido en cuenta por el legislador al establecer una cláusula de subsidiariedad expresa para el castigo de los daños en el Art. 488 del CP ("sólo [...]cuando el hecho no pueda considerarse como otro delito que merezca mayor pena"), pues "la Ley no ha podido desconocer que los daños a las cosas forman parte inherente de multiplicidad de delitos".

Apreciar si acaso uno de los injustos típicos contiene el desvalor de otro u otros, es un problema interpretativo complejo, que se debe centrar en los respectivos tipos penales (NOVOA, II, 248 y 251, enfatizando que ese análisis no puede ser eludido mediante la aplicación de ninguna fórmula de sencilla aplicación). En todo caso, las hipótesis propuestas paradigmáticamente por la doctrina suelen expresar la exigencia de "regularidad" (si no de "inherencia") con que la conducta absorbida acompaña a la principal. Así, ETCHEBERRY, II, 124, entiende que son absorbidas conductas que "acompañan ordinariamente" a la figura delictiva principal, "como **antecedentes**, como **medios**, como **etapas de desarrollo**, como **consecuencias**, etc." (el énfasis es nuestro). MATUS, Comentario, 391-393; v. también, aunque en relación con el CP Español de 1995, MATUS, 2008, 318-320, por su parte, recurre a la clasificación tripartita de los *actos copenados*, según la oportunidad en que aparecen, en relación con el acto principal: *actos anteriores copenados* (como la intervención previa en calidad de inductor, en relación con la conducta principal de autoría; las tentativas fallidas de comisión, en relación con la posterior consumación –"siempre que se mantenga una misma voluntad criminal y no varíe el objeto material"–; o la comisión de delitos de peligro, en relación con la posterior ejecución del delito de lesión que actualiza dicho peligro –como "las amenazas seguidas del mal amenazado"–); *actos propiamente acompañantes copenados* (como las "*diversas formas de participación en el delito simultáneas* a la ejecución material del mismo" –por ej., en el paso de la complicidad a la autoría–; o la ejecución de "*hechos de escaso valor criminal* que acompañan regularmente la comisión de ciertos delitos de homicidio y lesiones, como las injurias de hecho y las lesiones leves[...]", si bien en POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PE, 109, coin-

cidiendo con POLITOFF / GRISOLÍA / BUSTOS, 158, el homicidio también absorbe alguno cuyo valor criminal no es escaso, como el aborto violento [...]") y *actos posteriores copenados* (como "*el aprovechamiento o destrucción de los efectos del delito*", "el agotamiento de la intención puesta en el delito preferente"[171], o ciertos "actos de *autoencubrimiento*" –ETCHEBERRY, II, 127, propone el ejemplo de la inhumación ilegal del cuerpo de la víctima del homicidio–).

Para decidir si el desvalor de una conducta valorativamente ya contiene al de la otra, también es relevante tener en cuenta la magnitud de la conminación penal de una y otra (pero CURY, 670, advierte que sólo como "criterio de referencia", y que sería engañoso dejarse guiar únicamente por él; en el mismo sentido NOVOA, II, 251: "[u] na pena mayor es generalmente (no siempre) una indicación de que el tipo que la contiene puede tener preeminencia sobre otro"[172]).

[171] MATUS, Comentario, 393, cita como ejemplo "el uso del documento falsificado por parte de quien lo falsifica"; sin embargo, en el Art. 196 del CP el legislador parece haber establecido derechamente un caso de *subsidiariedad* (que bien puede considerarse *expresa*): se castigará por uso malicioso (sólo) a quien no ha incurrido ya en la falsificación propiamente tal, como lo deja en evidencia la expresión "como si fuere autor de la falsedad". Siendo así, resulta artificioso recurrir al *principio de consunción*, cuyos resultados son siempre más discutibles e inciertos.

[172] Lo que debe entenderse en el sentido de que, aun un marco penal elevado, que por su cuantía bien podría "absorber" la pena de un delito relativamente leve, no basta para afirmar que el respectivo injusto penal valorativamente pueda entenderse abarcado por el injusto del delito mayor. En ningún caso se sugiere, en cambio, que el delito con menor pena pueda absorber al delito con mayor pena (ETCHEBERRY, II, 127, rechaza expresamente esa posibilidad a propósito de los "actos anteriores impunes": la violación de la mujer no puede absorber el homicidio del marido –pero sí las lesiones, habría que acotar– usado como medio para acceder a la primera). De igual modo no parece plausible la solución de una *consunción inversa*, propuesta por MATUS, Comentario, 392, para el "concurso" entre una tentativa de suicidio y un aborto consumado, pues la "conducta principal impune" justamente no tiene marco penal dentro del cual pueda tenerse en cuenta (y sancionarse) el desvalor de la conducta absorbida. Más sentido, que la afirmación de un "concurso" entre una ley que tipifica una conducta y una "ley" que considera atípica a otra, parece tener el reconocimiento de una justificación del aborto en base a un ejercicio legítimo del derecho de la embarazada que, en el uso de su libertad de autodeterminación, decide terminar con su vida, a costa de la del feto, justificación que no desaparece por el hecho de fracasar en su tentativa de darse muerte. Fuera de ese caso, la afirmación de una *consunción* inversa en el caso de un concurso de dos leyes que tipifican y conminan diversas conductas, de manera tal que el castigo





En particular, tendría sentido examinar si el marco penal establecido por la Ley que habría de prevalecer (por ej., la que conmina penalmente el homicidio consumado), es lo suficientemente elevado y amplio como para permitir que el desvalor de la conducta tipificada por la Ley desplazada (en el ejemplo, la tentativa de homicidio fallida, o la inhumación ilegal) sea considerado al fijar la pena concreta, como parte de la "mayor o menor extensión del mal producido por el delito" (criterio considerado por el Art. 69 del CP).

Finalmente, el hecho de que dos o más conductas representen diversas formas de poner en peligro o lesionar el mismo bien jurídico, es un criterio para tener por absorbido el desvalor de las formas de puesta peligro más tenues dentro del castigo las formas más intensas de puesta en peligro, como lo sugiere ETCHEBERRY, 92, cuando sostiene que "los delitos que representen ataques más directos contra la vida (común o individual) deben absorber a los que significan ofensas más lejanas"; criterio que materialmente recoge la **jurisprudencia** en el caso de la tenencia ilegal y el porte ilegal de armas (v. la sentencia de apelación de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol Nº 217.637, de 23 de abril de 2004, contra José Sandro Zamorano Meneses [recurso de apelación], Nº ID LegalPublishing: 30.356: "afectando ambas infracciones al mismo bien jurídico, que es la seguridad pública, no cabe duda que la conducta de porte engloba el disvalor de la tenencia"). Sin embargo, según POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PE, 56, cuando el delito de peligro importa no sólo un peligro individual (este sí era el caso, en cambio, en el ejemplo de MATUS, Comentario, 392, de las amenazas seguidas del mal amenazado), sino un peligro común, como ocurre con el porte ilegal de armas, el castigo del homici-

Continuación nota [172]

de la conminada con menor pena *absorba* el desvalor de la castigada con mayor pena, parece contraria a la lógica del principio: no se ve cómo un injusto penal que merece mayor pena, puede quedar "absorbido" por un marco penal menor por el simple hecho de que fue cometido como un comportamiento que "acompaña" regularmente a otra conducta constitutiva de un injusto penal con menor merecimiento de pena; cosa distinta sería si el contexto en que se cometió esta segunda conducta configura una exculpante, o una eximente incompleta basada en la menor culpabilidad, eficaz también respecto de la primera conducta. Pero eso no constituiría un concurso de leyes penales (de tipos).

dio no absorbe el desvalor de última infracción[173], y debe apreciarse un *concurso medial*[174] (algo parecido sugiere, indirectamente, ETCHEBERRY, 92: el ataque "más directo" contra un bien jurídico individual –revelado por su mayor pena– no absorbería el desvalor de "una infracción de tipo "mixto", que atente contra intereses individuales y comunes a la vez"). El mismo criterio sigue la decisión (recién citada) de la Corte de Apelaciones de Rancagua, al considerar que las lesiones y el porte ilegal del arma con que se cometieron son delitos independientes, que deben castigarse de forma separada (que ni siquiera entran en *concurso ideal* –v . *infra*, el apartado dedicado a este tipo de concurso–; en el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1400-2007, de 19 de junio de 2007, contra Jaime Antonio Muñoz Orellana [recurso de apelación], N° ID LegalPublishing: 39.549); en cambio, para la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 819-2009, de 17 de junio de 2009, contra Marcelo Iván Palma Martínez [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 42274) el porte de armas no puede ser castigado de forma independiente al robo con intimidación cometido precisamente con el arma que se portaba, que parece, entonces, absorber el desvalor del primero. Por su

[173] Sin embargo, ello sólo sería cierto para la figura "privilegiada" de porte ilegal de armas, del Art. 11, inc. 2°, de la Ley N° 17.798 (lo propio puede decirse de la figura "privilegiada" de tenencia ilegal, del Art. 9°, inc. 2°, de la misma ley), pues sólo en ella el peligro común parece fundamentar el desvalor del comportamiento; en cambio, si al autor de un homicidio se le quiere hacer responder por la figura básica, del inciso 1° de tal disposición (así como la del inc. 1° del Art. 9), precisamente porque es el homicidio cometido (y que será castigado) lo que revela que el porte (o la tenencia) estaba destinada a perpetrar un delito (en este caso, el homicidio), entonces es claro que se estaría violando el *non bis in idem*, pues la mayor pena de la figura básica, por sobre la figura privilegiada, no se fundaría en tal caso en el peligro común, sino en un peligro individual en contra de la vida de la víctima, que debe ser absorbido por el delito que representa la actualización de ese peligro (el homicidio). Y si en tal caso puede afirmarse que queda a salvo la posibilidad de castigar de forma separada al autor –con pena de multa– por la figura privilegiada de porte (para hacerse cargo del desvalor de la puesta en peligro común subyacente a todo porte ilegal), el desvalor de esta conducta también puede ser absorbido por el castigo del homicidio, en virtud del criterio de la *insignificancia*.

[174] Estos autores hablan aquí de "un *concurso ideal* –por relación de medio a fin–", aludiendo realmente, entonces, al *concurso medial*, también denominado *concurso ideal impropio*.





parte, la C. de Valparaíso también identifica un concurso aparente por consunción (Rol N° 648-2007, de 6 de julio de 2007, contra Fernando Wladimir Villegas Yánez; Álvaro Alejandro Navarrete Catalán [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 36695) y no un concurso de delitos, en la hipótesis de un robo con intimidación en que el ofendido estuvo privado de libertad por el autor por algunas horas ("existió un solo delito de robo con intimidación [...] puesto que el secuestro que padece el ofendido como consecuencia del robo con intimidación quedó subsumido en la figura del artículo 436 del Código Penal y no constituye un delito independiente, siendo sólo un componente de aquél, ya que la retención de la víctima por algunas horas, se realizó sólo con ocasión del robo, que fue el móvil principal del accionar delictual").

c) **Principio de subsidiariedad.** Admitiendo que en una serie de casos es acertada la crítica dirigida por la doctrina nacional a este principio, en el sentido de que ya vienen resueltos por los principios de *especialidad* o de *consunción*, o que constituyen "simples delimitaciones del alcance de ciertas normas, sin contenido material"[175], MATUS, Comentario, 389-390; también en MATUS, 2008, 308-314, se rescata este principio (de forma convincente), por su utilidad para resolver, conforme a criterios valorativos (que van "más allá de consideraciones 'puramente utilitarias' [...]"[176]", hipótesis en que corresponde identificar una relación de subsidiariedad *tácita* entre dos tipos penales que se interfieren como dos círculos secantes[177], por lo menos en dos constelaciones de casos, para los que propone, respectivamente, las siguientes soluciones: 1° "[s]i concurren dos o más figuras calificadas

[175] En efecto, en este caso, según concluye ETCHEBERRY, "la disposición que consagra la "subsidiariedad" no tiene otro alcance que declarar explícitamente la voluntad del legislador en el sentido de aplicar el principio de especialidad y mantener la vigencia de las leyes anteriores que contemplen casos especiales" (ETCHEBERRY, 98).

[176] Tomando distancia del punto de vista de CURY, 670.

[177] Según el propio MATUS, existe "relación de *interferencia* entre dos o más normas penales cuando, además del o los casos en que son redundantes, todas tienen un ámbito de aplicación independiente" (MATUS, 2004, 13). En otro lugar (MATUS, Comentario, 390) caracteriza la situación así "[s]on 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 receptos tengan en común al menos una misma propiedad jurídico penalmente relevante*".

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" (las lesiones graves gravísimas del Art. 397, N° 1°, del CP); 2° "[s]i 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 concurra como agravante" (solución que tiene en cuenta, como un principio general, el mayor valor asignado por nuestro CP a las circunstancias que atenúan la responsabilidad, en comparación con el que asigna a las que la agravan, como lo demuestra el efecto más intenso que sobre la pena tiene la pluralidad de atenuantes, sin agravantes, frente a la pluralidad de agravantes, sin atenuantes –v. CURY, 765–).

d) **Principio de alternatividad.** Completamente descartado por la doctrina mayoritaria, por tratarse de un caso especial de *consunción* –en el caso de las "figuras mixtas alternativas" (como la pluralidad de verbos rectores en las lesiones: herir, golpear y maltratar de obra)– o por referirse a casos que deben ser tratados como concursos (reales o ideales) de delitos –en el caso de las "figuras mixtas acumulativas" (como la diversas figuras incluidas en la prevaricación del Art. 233 del CP; v. ETCHEBERRY, II, 128 y I, 225), MATUS, Comentario 390-391, también intenta rescatar este principio en un sentido diverso al empleado hasta entonces en Chile, ahora con la misión de subsanar "errores legislativos" que frustran la *ratio legis*, como las hipótesis en que "las circunstancias pensadas como agravantes terminan siendo un privilegio" (como en el caso del Art. 403 bis del CP que, al tipificar el envío de cartas o encomiendas explosivas incluye, junto a la figura de peligro –"que [...] puedan afectar la vida o integridad corporal de las personas"– la de lesión –"que afecten [...] la vida o integridad corporal[...]", con una pena inferior a la del homicidio simple y muy inferior a la del homicidio calificado, pese a que además de configurarse éste se produce una puesta en peligro general), casos en que el principio de *alternatividad* daría preferencia a la figura con mayor pena (en el ejemplo, el homicidio calificado) desplazando a aquella que por "error legislativo" tiene menor pena[178].

[178] Se podría objetar que con ello se infringe el principio constitucional de legalidad de la pena, pues la pena señalada para el envío de cartas explosivas que afectan la vida es la del Art. 403 bis del CP, y el Art. 19, n° 3°, inc. 7°, de la CPR dispone que ningún delito se





Por último, MATUS, Comentario, 393-394, se refiere a los "efectos residuales" de la Ley en principio desplazada, por aplicación de los principios del *concurso aparente*, es decir, a las consecuencias jurídico penales que la Ley desplazada mantiene en ciertos casos, sea respecto del autor (cuando la Ley desplazada debe ser tenida en cuenta, a lo menos en

Continuación nota [178]

castigará con otra pena que la que le señale la ley. Sin embargo, a menos que haya razones que den plausibilidad a la hipótesis de una derogación táctica de la figura que tiene mayor pena (que no es el caso en el ejemplo discutido), si se entiende que el principio de legalidad quiere proteger la confianza de los individuos en que no se les castigará con otra pena que la señalada por ley al delito cometido, lo cierto es que cualquier destinatario de la norma que examine las conminaciones penales de buena fe puede contar con que un comportamiento alevosamente homicida como éste puede llegar a ser sancionado válidamente con presidio mayor en sus grados medio a presidio perpetuo, que en este sentido es una pena "señalada" por la ley a ese delito. Así, la garantía de la libertad personal involucrada en el principio de legalidad de las penas no se ve afectado por la aplicación preferente en este caso del Art. 391, n° 1, del CP. A esta interpretación del principio de legalidad conforme a su dimensión de garantía individual (la dimensión de representatividad democrática no parece estar en juego en esta cuestión, y de hecho parece inclinarse más a favor de una interpretación conforme a la *ratio legis*) se opone una concepción del mismo que lo ponga siempre al servicio de la interpretación "más favorable al reo", de entre las que tienen cabida en el tenor literal de alguna de las normas legales disponibles, concepción que realmente no parece tener asidero en la tradición del principio de legalidad de las penas, sino más bien en una determinada actitud minimalista, que adolece del defecto de carecer de una justificación de justicia distributiva de los esfuerzos despenalizadores, conformándose con despenalizar donde sea posible, incluso si ello no responde a una pauta racional y distributivamente justa. Todo lo anterior podría abonar en ciertos casos soluciones como las que propugna el *principio de alternatividad* que, sin embargo, por inspirarse explícitamente en una misión de todos modos riesgosa desde el punto de vista del principio de legalidad (la idea de subsanar "errores legislativos" en perjuicio del individuo se mueve peligrosamente cerca de la zona en que la que ya se vulnera la garantía de la libertad individual, a cuyo servicio está el principio de legalidad), merece mayor estudio, o una reformulación de sus fundamentos, antes de ser reconocido. De hecho, antes que hablar de "error del legislador" (en el señalamiento de la pena, se entiende), bien puede entenderse que, sistemáticamente, en su relación con el Art. 391, n° 1 (y también, en su caso, con el n° 2°), del CP, la expresión "afecten la vida" en el tipo penal del Art. 403 bis del CP, correctamente interpretada, abarca conductas que la afectan a través de su puesta en peligro concreta, pero no a las que lo hacen mediante su lesión (es decir, causando la muerte), todo lo cual, sin burlar la confianza de los destinatarios de las normas en que no se les impondrá otra pena que la señalada por la ley a la conducta, no afectaría la dimensión de garantía individual del principio de legalidad.

dos materias: i) en la determinación de la pena, por ej., para determinar la mayor o menor extensión del mal producido por el delito –salvo si se aplicó el principio de *especialidad*–, y ii) derechamente para ser aplicada al caso, si "resurge" a consecuencia de que la Ley en principio preferente no tiene aplicación, por faltar a su respecto uno de los presupuestos de la punibilidad, como en el caso de la amnistía) sea respecto de terceros (cuando al partícipe *extraneus* debe aplicársele la Ley que respecto del partícipe *intraneus* fue desplazada, como ocurre con el cómplice *extraneus* de un autor de parricidio, que sólo responderá como cómplice de homicidio, a través del *resurgimiento* del Art. 391 del CP).

**Artículo 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.

**Bibliografía:** Künsemüller, Carlos: "Comentario a los Artículos 12 y 13", en Politoff / Ortiz, Comentario, pp. 187-227; Matus, Jean Pierre (2008), "Concurso Real, Reiteración de Delitos y Unificación de Penas en el Nuevo Proceso Penal", [fecha de consulta: 23 de marzo 2011], disponible en http://cl.microjuris.com/Search, Cita: MJD314; Muñoz Horment, Humberto (1986), "Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos", en Revista Chilena de Derecho, (1986, Vol. 13); Matus, Jean Pierre: "Comentario a los Artículos 74 a 78", en Politoff / Ortiz, Comentario, pp. 383-407.

## Comentario

*Jaime Couso*

### *I. El concurso real de delitos*

El Art. 74 del CP establece la regla general para el tratamiento de pluralidad delictiva constituida a través de varios (dos o más) hechos, esto es, del *concurso real de delitos*. Según Cury, 659-660, hay *concurso real* "cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos jurídica y fácticamente independientes, respecto de ninguno los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada". La *independencia* fáctica, con todo, no debe entenderse como ausencia de toda *vinculación* fáctica entre los delitos (por ello es equívoca la referencia a delitos "no conectados entre sí", en Etcheberry, II, 115, así como en Garrido, II, 447)[179], pues se acepta de modo general que también entran en *concurso real* delitos entre los que se da una cierta vinculación fáctica, que se podría calificar de "débil" (como los hurtos sujetos a la regla del Art. 451 del CP) o "fuerte" (como los que están en relación de medio a fin, sujetos a la regla del Art. 75 del CP). Pero sí exige, la independencia fáctica, que los diversos delitos estén constituidos por diversos hechos; en caso contrario, si están constituidos por un solo hecho, se configura propiamente un "concurso ideal de delitos"[180]. Por último, cuando no se cumple la exigencia de que no se haya pronunciado sentencia condenatoria respecto de ninguno de los delitos, el caso conceptualmente no constituiría *concurso real de delitos*, sino *reincidencia*[181].

### *II. La regla de la acumulación material de penas.*

Y la regla general establecida por el Art. 74 para los delitos que

[179] Muñoz, 342, trata la independencia como un requisito negativo para que se produzca el concurso real, explicando que "[d]e lo que se trata es que los hechos no estén vinculados entre sí por aquella vinculación que, según las distintas posiciones que se adopten, es la que da lugar fundamentalmente al delito continuado, o bien a otros casos de unidad jurídica de delito".

[180] Y si bien tiene razón Matus (Matus, 2008, n. 3), al rechazar la exigencia de una "pluralidad de hechos" como requisito de aplicación de la regla del Art. 74 (*acumulación material de penas*), pues ello haría imposible aplicarla subsidiariamente a los casos de *concurso ideal* respecto de los cuales la regla del Art. 75 del CP resultase más desfavorable para el condenado, ello no obsta a que el concepto de concurso real sí incorpore tal requisito, sin el cual no se le puede distinguir del concurso ideal. Si hay que admitir, entonces, que la *acumulación material de penas* es una regla establecida tanto para los concursos reales, como para los concursos ideales que no resulten tratados más favorablemente para el condenado a través de la *absorción agravada de penas*.

[181] En el sentido de las circunstancias agravantes 15ª y 16ª del Art. 12 del CP que, ahora sí, después de la modificación introducida por la Ley Nº 20.253 (DO 14/03/2008), se conforman con la condena previa, sin exigir el cumplimiento de la pena (a diferencia de lo que ocurría antes de dicha reforma; v. Künsemüller, Comentario, 213; Cury, 511).

entran en *concurso real* consiste en que el autor de los mismos debe cumplir íntegramente las penas correspondientes a todos ellos, regla denominada por la doctrina como *acumulación material* de penas.

Esta forma de castigar al sujeto responsable de varios delitos ya fue objeto de discusión en la Comisión Redactora y en el Parlamento, por considerarse un exceso, que podía acarrear cuantías penales ya entonces consideradas "absurdas", pero pese a ello se rechazó la propuesta de introducir alguna limitación absoluta a la acumulación material, de modo que la regla ha regido sin más limitaciones que las establecidas para los casos excepcionales (v. *supra*) contemplados en aquel entonces o incluidos más tarde –algunos, sin embargo, de frecuente aplicación, como el Art. 509 del C. de P.P.– (v. MATUS, Comentario, 383). Más recientemente, el *Anteproyecto* de CP de 2005, propuso (en su Art. 53) que la regla de la acumulación material de penas "no podrá llevar a imponer una pena superior en dos grados a la correspondiente al delito más grave [...] o a treinta años de reclusión, si éste tuviese asignada la pena de reclusión mayor en su grado máximo". Esta proposición, como el *Anteproyecto*, no llegó a ser presentada a la consideración del Congreso Nacional.

Conforme a la regla del Art. 74 del CP, el cumplimiento de las diversas penas acumuladas debe ser simultáneo cuando ello sea posible, salvo si "de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas". Aplicando este criterio, sí podrían cumplirse simultáneamente con otras, las penas privativas de derechos y las pecuniarias (LABATUT, I, 176). En cambio, como explica CURY, 661, el cumplimiento de una de las penas se hace ilusoria "cuando la imposibilidad de ejercer el derecho afectado por esta última está ya implícito en la afectación de aquél a que concierne la otra", lo que ocurre, desde luego, en caso de imponerse dos o más penas privativas de libertad o una pena privativa de libertad junto a una o más penas restrictivas de libertad (NOVOA, II, 26). Para estos casos, el propio Art. 74, inc. 2°, del CP dispone el cumplimiento sucesivo de las penas, partiendo por "las más altas en la escala respectiva", a excepción de las penas restrictivas de libertad que si concurren con penas privativas de libertad, deben imponerse recién una vez cumplidas éstas (excepción que, según explica MATUS, 2008, también se aplica a las penas restrictivas no incluidas en las escalas graduales a que se refiere el inc. 2° del CP, como la sujeción a la vigilancia de la autoridad).





**Artículo 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.

BIBLIOGRAFÍA: BUSTOS, Juan (1962): *Concurso ideal de delitos*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (Santiago de Chile, Editorial Universitaria); ETCHEBERRY, Alfredo (sin fecha): *El concurso aparente de leyes penales* (Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile); MATUS, Jean Pierre: "Comentario a los Artículos 74 a 78", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 383-407; MUÑOZ HORMENT, Humberto (1986), "Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos", en Revista Chilena de Derecho, (1986, Vol. 13).

## COMENTARIO

*Jaime Couso*

### *I. El concurso ideal*

El Art. 75 del CP concede un tratamiento punitivo privilegiado a casos de pluralidad delictiva constituida a través de un solo "hecho", reconociendo la estrecha vinculación fáctica que une a los diversos delitos cometidos (no se trata, en cambio, de un caso de *unidad delictiva*; v. *supra*, Comentario previo a los Arts. 74 y 75, I). Una primera cuestión problemática es la de qué debe entenderse por "un solo hecho", es decir, cuál es esa fuerte vinculación fáctica que da lugar a tal tratamiento privilegiado.

La doctrina concede a la expresión "hecho" un significado distinto, y más amplio, que al concepto de "acción", propio del sistema del hecho punible (definido como "*acción* típica, antijurídica y culpable"), concluyendo que el Art. 75 está concebido para hipótesis en que en un solo hecho se manifiestan diversas acciones (...típicas, antijurídicas y culpables) constitutivas de delito (así, por ej., ETCHEBERRY, II, 119[182]).

[182] Sin embargo, en ETCHEBERRY, 11-12, asumía la nomenclatura alemana, y afirmaba, interpretando el alcance del Art. 75 del CP, que "en el concurso ideal hay varios delitos aunque la acción sea única", lo que implicaba asumir –para efectos de la teoría de los concursos de delitos– un concepto de acción distinto del que se emplea en la teoría del hecho punible, como se acepta, por lo demás, por la doctrina alemana.

Pero más allá de esa convergencia, la doctrina manifiesta diversas opiniones sobre varias cuestiones relevantes.

Una primera discrepancia se aprecia en relación con los criterios materiales que determinan cuándo los diversos delitos forman parte del mismo hecho. Uno de los criterios que se proponen gira en torno a la idea de la *necesidad* de la segunda infracción (ETCHEBERRY, II, 122: "la Ley [...] toma en consideración que la múltiple ofensa al orden jurídico no proviene de un efecto contingente, sino necesario: para cometer el delito que se proponía, el delincuente no podía dejar de cometer el otro, forzosamente y aunque no lo quisiera", criterio que, sin embargo, no se aplica a numerosos casos de concurso ideal entre un delito dolos y otro imprudente –como el aborto seguido de muerte de la embarazada– en los que es imaginable que, con mayor diligencia, bien podría haberse evitado este último), o la de *identidad del resultado externo* causado por una misma acción (NOVOA, II, 232, criterio que, como se verá, deja fuera del Art. 75 del CP a casi todos los casos reconocidos de *concurso ideal*), o, en fin, el de existencia la una *única decisión en contra del orden jurídico* (el mismo ETCHEBERRY, II, 121, refiriéndose a ANTOLISEI: el sujeto "se ha colocado en posición de rebeldía, de desobediencia a la norma (aunque se trate de normas distintas) **en un solo momento**, mientras que en el concurso material se rebela varias veces sucesivas contra el orden jurídico"[183], criterio que permite abarcar la generalidad de los casos comúnmente aceptados de *concurso ideal*, pero todavía es problemático respecto de otros, como el concurso entre las lesiones inferidas a quien intenta rescatar al secuestrado y el delito de secuestro, donde no se aprecia un solo momento de "rebeldía" contra el ordenamiento jurídico, sino, a lo menos, tantos cuantos son las acciones –y omisiones– con las que se ha ido manteniendo en el tiempo el secuestro, como "estado antijurídico")[184].

[183] El énfasis está en el original.

[184] En cambio, la mejor explicación de la relación que debe existir entre los diversos delitos que entran en concurso ideal, parece ser la (defendida por la doctrina mayoritaria alemana) que exige una identidad, siquiera parcial, entre las acciones ejecutivas de los diversos delitos. ETCHEBERRY, II, 120) de alguna manera se acerca a ese criterio cuando, para resolver la cuestión, propone la siguiente fórmula: "¿Puede, mentalmente, precisarse un instante en el cual uno de los delitos esté cometido, en tanto que el otro





No obstante esta indeterminación de los criterios materiales para definirlo, una mayoría de la doctrina autores acepta que caben dentro de "un solo hecho", siempre que se manifiesten de forma unitaria, diversos resultados materiales independientes (con diversos alcances, admiten esa posibilidad: ya, tempranamente, BUSTOS, 85, 89 y ss.; CURY, 663 y ss.; ETCHEBERRY, II, 119 y ss.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 447, 449; GARRIDO, II, 453-454; MUÑOZ, 361). NOVOA, II, 232, en cambio, defendiendo una opinión solitaria, entiende que los diversos resultados (materiales) típicos causados por una sola acción no son constitutivos de un solo "hecho" sino necesariamente de varios, rechazando por ello la existencia de concurso ideal en tales hipótesis, tanto si se producen diversos resultados heterogéneos (con un disparo se mata a una persona, se hiere a otra y se daña la propiedad ajena) como si se producen diversos resultados homogéneos (un solo resultado mata a dos personas)[185].

Sin embargo, aun al interior de aquella doctrina mayoritaria, en la práctica se resuelve de formas diversas qué delitos pueden quedar alcanzados por ella. Las diferentes opiniones, tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia, se aprecian mejor al examinar las soluciones propuestas para los casos más problemáticos o más frecuentes.

*a) Concurso ideal heterogéneo*: la doctrina mayoritaria coincide en que la realización de dos o más tipos penales diferentes, cuya ejecución material se inicia a través de un mismo comportamiento externo (si bien "internamente", para CURY, 663, se pueden apreciar dos

Continuación nota [184]

no esté siquiera en tentativa? Si no pueden separarse las ofensas de esta forma, ello significa que el hecho es indivisible, y en consecuencia único" (con la salvedad que, para los delitos de *resultado cortado*, como el robo, el momento que define al límite entre el concurso ideal y el concurso real no parece ser le consumación formal sino el agotamiento, como la misma doctrina mayoritaria alemana, lo acepta).

[185] De modo que, para este autor, la regla del Art. 75, en lo que al concurso ideal atañe (dejando de lado al *concurso medial*), se aplicaría únicamente a casos en que un solo hecho (una "conducta humana" que "origina" un solo "resultado externo") "quede abrazado no solamente por un tipo sino que por dos o más", como en caso del acceso carnal violento con hermana casada (NOVOA, II, 232), donde habría que apreciar, según da a entender NOVOA, no sólo violación, sino además incesto y –hasta antes de su derogación por la Ley N° 19.335, DO 23/09/1994– adulterio.

o más finalidades, y por ello, dos o más acciones), aun si da lugar a la producción de resultados materiales independientes, queda abarcada dentro de un solo hecho (por ej., disparar a una persona, hiriéndola, y destruyendo al mismo tiempo una cosa ajena de gran valor). Los casos más tratados en doctrina son los siguientes:

i) Los *delitos preterintencionales* (no regulados expresamente en la ley), en los cuales "*quien, con ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causa culposamente un resultado típico más grave*" (CURY, 349). Reconocen aquí la existencia de un *concurso ideal*, CURY, 350, 664, pues "[a]unque constituye el caso límite de tal posibilidad, también aquí el movimiento corporal único del agente puede materialmente desdoblarse en dos acciones, la primera de las cuales presta su fisonomía la finalidad orientada a la realización de la conducta típica perseguida (dolo), y a la segunda, la omisión de imprimir a su actividad toda la dirección final de que era capaz a fin de evitar la desviación del curso causal[...]"; ETCHEBERRY, expresamente, en el caso del aborto doloso consumado o frustrado, seguido de muerte de la embarazada atribuible a culpa (ETCHEBERRY, III, 110-111), así como en la hipótesis de las lesiones dolosas de menor entidad, seguidas de lesiones culposas más graves (ETCHEBERRY, III, 127), pero es curiosamente ambiguo en el caso del homicidio preterintencional, donde aprecia, sin especificar su naturaleza, "un concurso de delitos", entre las lesiones dolosas y el cuasidelito de homicidio (ETCHEBERRY, III, 51, expresión que también había usado en I, 326, al referirse, en general, al tratamiento del delito preterintencional, abarcando ahí tanto aquellos dos primeros casos como este último); y, GARRIDO, III, 50-51, respecto del homicidio preterintencional, y 112, respecto del aborto doloso seguido de muerte imprudente de la embarazada[186].

[186] Opinión que, sin embargo, contradice la solución que aparecía defendiendo en GARRIDO, II, 454, n. 693, donde consideraba "discutible" que hubiese allí un *concurso ideal*, y opinaba (no queda claro si de *lege lata* o de *lege ferenda*) que "debería sancionarse según el art. 74" pues "hay dos acciones (o hechos) claramente distintas: la actividad dolosa dirigida a atacar el feto y la falta de cuidado con que se realizó esa actividad, que provocó la muerte de la mujer", opinión a la que parecía dar un alcance todavía mayor cuando añadía (GARRIDO, II, 455) que "[e]n la mayor parte de los casos señalados como de concurso ideal, hay pluralidad de acciones [...] [por lo que] en puridad,





En la **jurisprudencia**, un fallo de apelación relativamente reciente de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas (Rol Nº 84-2007, de 15 de septiembre de 2007 contra Jaime Juvenal Calbuyahue Cheuquepil, Nº ID LegalPublishing: 37283) aplica el Art. 75 del CP a un caso de delito preterintencional de lesiones menos graves dolosas con resultado de muerte imprudente, argumentando que "de acuerdo a nuestra jurisprudencia mayoritaria se castiga como un concurso ideal de delitos". Por su parte, aprecia un concurso ideal entre un delito de homicidio simple doloso frustrado y uno de lesiones gravísimas dolosas consumadas (y no un concurso aparente por consunción, si bien la difenrecia no tiene consecuencias prácticas en el caso), la Corte de Apelaciones de Santiago (en sentencia de apelación, Rol Nº 1400-2007, de 19 de junio de 2007, contra Jaime Antonio Muñoz Orellana, Nº ID LegalPublishing: 39549).

ii) En los casos de *aberratio ictus*, en que un "golpe" (disparo, estocada, carta bomba, etc.) se dirige dolosamente hacia un determinado objeto, pero por una desviación en el curso causal termina alcanzando, con culpa del autor, a otro (en el caso más tratado, ambos "objetos" son personas), también aprecian un *concurso ideal*, sujeto al Art. 75 del CP, POLITOFF / GRISOLÍA / BUSTOS, 135; CURY, 313; y POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 267. GARRIDO, II, 126-127, en cambio, aprecia aquí un solo delito doloso consumado.

iii) Otros casos frecuentes de pluralidad de delitos ejecutados materialmente a través de una única acción exterior, como la *violación y el incesto* (ya BUSTOS 88; v. MATUS, Comentario, 400, citando en ese sentido a la Comisión Redactora y haciendo referencia a "numerosa jurisprudencia" citada por Fernández; sin embargo, un sector –mayoritario, según GARRIDO, III, 357– no aprecia incesto, sino únicamente violación o

Continuación nota [186]
son casos de concurso real", justificando el tratamiento unitario sólo en el caso de "acciones indivisibles" como la de la violación de la mujer casada que "lleva implícito el adulterio". Determinante de esta opinión, que lo acercaba mucho al criterio seguido por NOVOA, parecía ser una cierta confusión entre los conceptos de "acción" y "hecho" (que usa como sinónimos en el pasaje citado, pese a que él mismo partía distinguiendo entre ambos conceptos), confusión que lo llevaba a negar la unidad de hecho por la mera presencia de una pluralidad de acciones delictivas.

estupro, por faltar el consentimiento libre de alguno de los partícipes, que sería exigencia típica; en sentido similar, ETCHEBERRY, IV, 44).

La **jurisprudencia** ha tratado el caso del concurso entre el *porte y tenencia de armas* y entre éstos y un delito distinto (lesiones o robo) cometido con el arma que se porta. Así, por ej., la Corte de Apelaciones de Rancagua (sentencia Rol Nº 217.637, 23 de abril de 2004, contra José Sandro Zamorano Meneses [recurso apelación], Nº ID LegalPublishing: 30356, citada al tratar del *concurso aparente*) descarta el concurso ideal entre el porte y la tenencia de armas, y reconoce implícitamente un *concurso aparente de leyes* ("afectando ambas infracciones al mismo bien jurídico, que es la seguridad pública, no cabe duda que la conducta de porte engloba el disvalor de la tenencia"), castigando sólo por el primero; pero, por otra parte (en la misma decisión), tampoco acepta la existencia de *concurso ideal* entre el porte ilegal y las lesiones cometidas con el arma que el autor portaba, pues "[e]l porte ilegal de arma de fuego, como delito de peligro abstracto que es, estaba cometido –consumado– antes que el hechor se encontrara siquiera con el lesionado"[187], tratándolos (implícitamente) como un caso de *concurso real*, si bien sugiere que podría haber *concurso ideal* si el porte hubiese "tenido la precisa finalidad de perpetrar las lesiones, caso en el cual existiría premeditación".

[187] El argumento ignora el carácter de *delito permanente* del porte ilegal de armas (así lo califican POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PE, 56, el que, en consecuencia, se sigue consumando hasta el momento de su total agotamiento (cuando se ponga fin al estado antijurídico creado con el primer acto consumativo), lo que, según CURY, 652, debería llevar a reconocer un concurso ideal entre el *delito permanente* y los que se cometan simultáneamente con él. Sin embargo, como lo decisivo para el concurso ideal no debe ser la manifestación coetánea, sino el hecho de que ambos delitos se integren en un mismo hecho material, compartiendo siquiera una acción ejecutiva, típicamente relevante para ambos, la presencia de un *concurso ideal* es discutible, pues es dudoso que la acción de lesionar con el arma sea una acción ejecutiva del delito permanente de porte ilegal de armas (sí lo sería en cambio, la acción de lesionar a quien intenta terminar con el porte ilegal, recuperando el arma de quien ilegalmente la porta). Cfr. sin embargo, lo dicho acerca del concurso aparente entre la figura básica del porte ilegal y el delito que el autor del porte precisamente se proponía cometer con el arma, *supra*, en n. 173.





*b) Concurso ideal homogéneo*: consiste en la realización de un mismo tipo penal, varias veces, cuya ejecución material se inicia a través de un solo comportamiento externo, como en el caso de quien coloca una artefacto explosivo queriendo o aceptando la muerte de diversas personas, que efectivamente se produce a consecuencia de la explosión. En tal caso CURY, 666, si bien criticando *de lege ferenda* el diverso tratamiento que tendría quien da muerte a las mismas personas mediante acciones sucesivas, y ETCHEBERRY, II, 121 siguen reconociendo un *concurso ideal* sometido a la regla del Art. 75, inc. 2º, del CP (también BUSTOS, 89-91, advirtiendo la equivocidad del tenor literal del Art. 75, se decidió a favor de su aplicación a los casos de *concurso ideal homogéneo*, apoyado en "el elemento intencional y los antecedentes de la legislación comparada", así como en "la equidad y el espíritu general de la legislación", que exigen aplicar "lo más favorable al reo"). En cambio, rechazan tratar como *concurso ideal* a estas hipótesis, GARRIDO, II, 453, con argumentos de texto –la regla del Art. 75 supone que haya un "delito más grave", lo que excluye extenderla para el caso en que se ha cometido varias veces el mismo delito–, y arguyendo que, en estos casos, "el bien jurídico afectado es de índole altamente personal", argumento que confunde en la medida que él mismo, ya por razones conceptuales –por haber una pluralidad de "acciones (o hechos)"– ha calificado como concurso real a toda hipótesis de manifestación aparentemente externa de "finalidades perfectamente diferenciables", salvo en el caso aislado en que ha entendido que la acción es "indivisible", y NOVOA, II, 232, para quien cada resultado material separado da lugar un hecho diverso[188]. La **jurisprudencia**, en alguna ocasión, particularmente en el caso (tratado *infra*, en el siguiente literal) de los *delitos culposos con pluralidad de resultados*, ha recogido el argumento de texto, conforme al cual el Art. 75 del CP sólo es aplicable a concursos de delitos conminados con penas diversas, lo que excluye al concurso *homogéneo*, que quedaría sometido entonces a la regla del Art. 74, sobre *acumulación material* de penas (en ese sentido, si bien *obiter dictum*, la sentencia de la Corte Suprema contra Juan Se-

[188] Por su parte, MATUS, Comentario, 400, y POLITOFF / MATUS / Ramirez, PG, 447 y n. 233, restando importancia a la cuestión, finalmente (como advierte CURY, 666, n. 66) no se pronuncia.

gundo Camilo, de 1965, RDJ LXII, 4-500, sintetizada por ETCHEBERRY, DPJ II, 142, y DPJ I, 263 y n. 514). El año 2005, en una decisión algo *sui generis*, la Sala Penal de la Corte Suprema (Rol Nº 4.112-2005, de 15 de septiembre de 2005, contra Daniela Alejandra Radwell Darricarrere [casación en el fondo penal], Nº ID LegalPublishing: 32840), también acoge la tesis de que el concurso ideal homogéneo no tiene cabida en el Art. 75 del CP, pero no para dar aplicación al Art. 74 del CP, sino para afirmar la existencia de un solo cuasidelito (aspecto del fallo que se examina infra, en el siguiente literal), argumentando, a mayor abundamiento, que "el artículo 75 de Código Penal, que exige que un solo hecho constituya dos o más delitos, en todo caso, además, no es aplicable, porque éste exige como condición esencial, que en el concurso exista un ilícito más grave que otro, lo que en el caso en estudio no acontece porque si se razona que son dos los cuasidelitos ellos aparecen con igual sanción"[189]. Recientemente, la Corte de Apelaciones de San Miguel (Rol Nº 247-2009, de 1 de abril de 2009 [nulidad penal], Nº ID LegalPublishing: 42034) rechaza la aplicación del Art. 75 del CP al caso de un disparo que dolosamente da muerte a dos personas, afirmando en cambio un *concurso real*, sobre la base del argumento de que tratándose de "bienes jurídicos personalísimos" "habrá tantos delitos como víctimas" (citando a POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 452), dando a entender con ello que la pluralidad delictiva por definición excluiría el *concurso ideal* (conclusión que los autores citados en ningún caso pretenden extraer de aquella esa afirmación[190]).

[189] Curioso es, además, –porque contradice, al parecer sólo para estos casos, la opinión que ha defendido en la doctrina–, que esta tesis haya sido suscrita por CURY, como ministro redactor del fallo. En efecto, CURY, 666, había afirmado que la clasificación del concurso ideal en "homogéneo" y "heterogéneo" "tiene un valor sistemático, pues, desde el punto de vista práctico, las dos situaciones se rigen por lo dispuesto en el art. 75 del CP". Y no parece que con la decisión de la Sala Penal a la que concurrió haya decidido abandonar por completo este punto de vista, con las consecuencias que ello tiene para los casos de *concurso ideal homogéneo* de delitos dolosos: someterlos a la regla de *acumulación material* de penas, del Art. 74 del CP.

[190] A diferencia de GARRIDO, también citado por el fallo, quien efectivamente afirma que la pluralidad delictiva, en el caso del concurso de delitos de homicidio doloso, configura un *concurso real*.





*c) Delitos culposos con pluralidad de resultados.* En esta hipótesis, que se verifica, por ej., cuando un conductor imprudente impacta a otro automóvil, lesionando o dando muerte a dos o más personas, las razones expuestas por NOVOA, II, 232 (v. *supra*, el punto anterior), al rechazar en general la posibilidad de un *concurso ideal homogéneo*, aún cuando no haga referencia explícita al asunto, apoyan implícitamente la tesis de tratarlos como casos de *concurso real* de delitos. GARRIDO, II, 227-228, en cambio, entiende que, en los cuasidelitos, la conducta prohibida consiste en "comportarse sin cuidado" y no en "causar un resultado", de modo que debe apreciarse un solo cuasidelito, y no un concurso (*real* ni *ideal*) de cuasidelitos. ETCHEBERRY, I, 322, tampoco aprecia concurso alguno (ni *real* ni *ideal*), sino que afirma la existencia de un solo cuasidelito "porque ha existido una sola infracción del deber general de diligencia o cuidado". CURY, 665, coincide con esa tesis para la generalidad de los casos, pues el "disvalor de acción en esas situaciones [constituido por la actuación imprudente, pese a la previsibilidad del resultado] es siempre idéntico", pero hace excepción únicamente de la hipótesis en que "para el autor *era previsible que si la conducta producía efectivamente un resultado típico, éste sólo podía consistir en una lesión múltiple de bienes jurídicos*", como es el caso del capitán que conduce imprudentemente una nave o aeronave en la que viajan varios pasajeros, en el que reconoce un *concurso ideal*.

En relación con el tratamiento dado a esta materia por la **jurisprudencia**, ETCHEBERRY, DPJ I, 264-265, reseña diversas decisiones que, en la pasada década del sesenta, castigan, unas, por concurso ideal de cuasidelitos, otra, por un solo cuasidelito, e incluso alguna que rechaza la aplicación del Art. 75 del CP (sugiriendo la aplicabilidad del Art. 74) cuando los cuasidelitos son de la misma gravedad, ya que al tener igual pena no les esulta aplicable la regla de que se aplique la pena (mayor) del "delito más grave" (aludiendo al argumento de texto citado supra, al reseñar la postura de GARRIDO). Más tarde, en la década del setenta parece consolidarse el criterio conforme al cual, en estos casos, debe castigarse por un concurso ideal de cuasidelitos (ETCHEBERRY, DPJ IV, 85), criterio ratificado por un fallo de 1990 (Corte Suprema, 27 de agosto de 1990, RDJ, LXXXVII, 197, citada MATUS, Comentario, 400). Sin embargo, más recientemente, en un fallo de 2005 (Corte Suprema, Rol Nº 4.112-2005, de 15 de septiembre de 2005, contra Daniela Alejan-

dra Radwell Darricarrere [casación en el fondo penal], Nº ID LegalPublishing: 32840), la Sala Penal de la Corte Suprema aplica la concepción defendida por GARRIDO, ETCHEBERRY y CURY (quien es, por el demás, el redactor del fallo), para resolver que, en una hipótesis de conducción en estado de ebriedad, que causa a dos pasajeros del automóvil impactado, lesiones simplemente graves y lesiones menos, respectivamente, "se trata de un solo hecho cuasidelictual que produjo un resultado múltiple previsto en el artículo 492 y sancionado en el artículo 490 Nº 2 [...], y como la procesada ejecutó una sola acción culposa, la penalidad se rige por la última disposición citada y no el artículo 75 [...]" (en el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 7025-2006, de 18 de junio de 2008, contra Francisco Roa Serra [recurso de apelación], Nº ID LegalPublishing: 39406).

*II. El concurso medial*

El mismo tratamiento privilegiado que el *concurso ideal* recibe en el Art. 75 del CP el *concurso medial* (también denominado *concurso ideal impropio*), que, como se dijo, es realmente un caso de *concurso real*, cuya peculiaridad está dada porque los delitos que se encuentren en una relación de medio a fin.

Hay acuerdo en doctrina y en la práctica judicial en que esa relación se debe juzgar *en concreto*, atendiendo a la "conexión ideológica" entre los delios, de acuerdo con "el plan del autor" (GARRIDO, II, 451; en el mismo sentido, CURY, 663; MATUS, Comentario, 400; MUÑOZ, 1986, 338), conexión que la **jurisprudencia** ha apreciado, por ejemplo: entre un delito de estafa de más de 400 UTM (Art. 467, inc. final, del CP) y los delitos –utilizados como medio para cometer la estafa– de falsificación de documento público (Art. 193 del CP) y de falsificación de sellos y timbres de una autoridad (Art. 185 del CP) (Corte Suprema, Rol Nº 8059-2008, de 31 de marzo de 2010, contra Jorquera Rojas, Bernardo Galvarino [nulidad penal], Nº ID LegalPublishing: 43522)[191]; y, entre un delito de robo con violencia y otro de tráfico de sustancias químicas esenciales (del Art. 2º de

[191] También hay, sin embargo, fallos que niegan la relación medio-fin, bajo las circunstancias concretas, entre la falsificación de documento público y una malversación (v. Corte Suprema, 15 de noviembre de 1984, RDJ LXXXI, 245, citada por MATUS, Comentario, 401).





la Ley Nº 20.000), si el primero ha sido un medio para cometer el segundo (Corte de Apelaciones de Iquique, Rol Nº 104-2007, de 26 de octubre de 2007 [nulidad penal], Nº ID LegalPublishing: 37600, decisión que, sin embargo, como se verá, aplica el Art. 74 del CP, por ser más favorable a los condenados).

*III. Aplicación de la regla de absorción agravada de la pena. "Pena mayor" y "delito más grave"*

El tratamiento punitivo privilegiado establecido por el Art. 75, inc. 2º del CP, tanto para el *concurso ideal* como para el *concurso medial*, consiste en que se castigue con "la pena mayor asignada al delito más grave" (regla conocida como *asperación*, *absorción* o –mejor aún–, *absorción agravada*[192] de la pena).

Sobre la definición de cuál es el delito más grave, hay acuerdo (véase, por todo, ETCHEBERRY, II, 121-122; MATUS, Comentario, 402) en que, entre penas de la misma naturaleza (por ejemplo, privativas de libertad), el delito más grave es el que tiene la pena (el grado) más alta, y si ambos tienen, como pena mayor, la misma pena (el mismo grado), el delito más grave es el que tiene señalada dicha pena, como pena única, o el que menos grados tiene hacia abajo, dentro de su marco penal (es más grave un delito castigado con presidio menor en sus grados medio máximo que uno castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados); si ambos delitos tienen la misma pena, cualquiera de ellos puede tenerse como el delito más grave. Según MATUS, Comentario, 402, si bien lo mismo se desprende implícitamente de las explicaciones de ETCHEBERRY, II, 121, y de las de CURY, 667, la decisión de cuál es el delito más grave sería previa a la aplicación de las atenuantes y agravantes[193]. Cuan-

[192] V. *supra*, n. 163.

[193] Sin embargo, la explicación de NOVOA, II, 236, sobre el carácter más benigno que, para los efectos de esta regla, tienen las penas compuestas de varios grados "puesto que ellas permitirían rebajas más considerables", parece sugerir que la determinación de cuál es delito más grave es posterior a la aplicación de las atenuantes y agravantes (si bien, en el mismo lugar, sólo un par de párrafos más abajo, parece entender lo contrario). En efecto, sólo sería "más benigna" (para los efectos de decidir cuál es el delito más grave) la pena del homicidio simple que la pena de las lesiones gravísimas si, por ejemplo, concurriendo tres atenuantes sin agravantes, las reglas del Art. 67 y 68 del CP se aplican antes de escoger el delito "más grave", caso en el cual el "delito

do las penas de los diversos delitos son de naturaleza diversa, el delito más grave sigue siendo el que tenga la pena más alta, de las respectivas escalas establecidas por el CP; sin embargo, si la más alta es una pena restrictiva de libertad y el otro delito está castigado con pena privativa de libertad (pero de menor duración), habrá que decidir el asunto "caso a caso" (CURY, 667; de acuerdo con él, MATUS, Comentario, 402, aclarando, con razón, que, si unas y otras son de igual duración, debe tenerse por más grave a la pena privativa de libertad).

Una vez definido el delito más grave, conforme a esas reglas, la determinación de cuál es la pena mayor asignada a ese delito no ofrece dificultades, habiendo acuerdo en la doctrina en que, si el delito más grave tiene una pena única, ésa hace las veces de la más grave (no procede aumento alguno de pena), y que, tratándose de penas que constan de grados de una di-

Continuación nota [193]

más grave" podría ser el de lesiones gravísimas, si el tribunal planea efectuar las rebajas de pena en la máxima extensión que se lo permiten los Arts. 67 y 68 del CP (caso en que, respecto de las lesiones gravísimas, la pluralidad de atenuantes, valorada conforme al Art. 67, sólo permite rebajar la pena hasta el presidio menor en su grado medio, mientras que para el homicidio, la pluralidad de atenuantes, valorada según el Art. 68, permite rebajarla hasta el presidio menor en su grado mínimo, pudiendo imponer el tribunal 541 días de presidio). En tales casos, sin embargo, la "pena mayor" siempre terminaría siendo la única pena resultante de la rebaja en grados. Y, sin embargo, sólo a través de ese procedimiento, como puede apreciarse, tendría relevancia en la aplicación del Art. 75, la cuestión (planteada por NOVOA) de si el marco penal consta de uno o de una pluralidad de grados. Para el procedimiento contrario (conforme al cual el Art. 75 se aplica antes de considerar las atenuantes y agravantes), no tiene ningún impacto (a igual límite superior) la diferencia entre marcos compuestos de una única pena o de varias penas. Y este procedimiento (en el que concuerda la doctrina mayoritaria, y que parece ser el correcto), al reducir el efecto del Art. 67 (permitiendo al tribunal, en el ejemplo, rebajar la pena sólo hasta el presidio menor en su grado máximo –dos grados menos que la pena mayor asignada al homicidio- que podría fijar en 3 años y un día), debería llevar al tribunal, en este ejemplo, a aplicar el Art. 74 del CP, como norma más favorable (castigando, por acumulación material de penas, a una pena de 602 días de presidio menor en su grado medio –la suma de los 61 días correspondientes al homicidio, con rebaja de tres grados, y de los 541 días correspondientes a las lesiones, con rebaja de dos grados–).





visible, la "pena mayor" es todo el grado respectivo (por ejemplo, presidio mayor en su grado mínimo), y no su mayor extensión (10 años de presidio) (ya, en ese sentido, LABATUT, I, 178, y NOVOA, II, 236) ni siquiera su mitad superior (el *máximum*, concepto que los Arts. 67 y 68 del CP acuñan para otros propósitos, de modo que sería analogía *malam partem* su aplicación a este caso; cfr. MATUS, Comentario, 402, haciendo referencia, con todo, a jurisprudencia contradictoria citada por ETCHEBERRY, DPJ IV, 225 y ss.).

Con todo, aunque no lo establezca expresamente el Art. 75 del CP (a diferencia del Art. 351 del CPP), hay relativo acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en que, cuando la regla de *absorción agravada de la pena* del Art. 75 conduce a una mayor pena que la que resultaría de la aplicación de la regla general de *acumulación material de penas*, del Art. 74 del CP, deberá preferirse esta última (CURY, 662, aplicando por analogía el Art. 509 del C. de P.P., en esto idéntico al Art. 351 del CPP; aparentemente de acuerdo con ello, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 451; GARRIDO, II, 451; en cambio, ETCHEBERRY, II, 119-120, parece entender que el Art. 75 del CP se sigue aplicando en esos casos: "sin perjuicio de que en casos particulares se obtenga un resultado diferente [¿resultados a los que habría que resignarse?], la Ley ha querido señalar para el concurso ideal [...] un tratamiento penal diferente [...] y más benigno[...]").

En la **jurisprudencia** reciente, apoya la aplicación del Art. 74 del CP, cuando resulta más favorable que el Art. 75, la Corte de Apelaciones de Iquique (Rol Nº 104-2007, de 26 de octubre de 2007 [nulidad penal], Nº ID LegalPublishing: 37600).

Para concluir el análisis del *concurso ideal*, es relevante la advertencia de CURY acerca de la posibilidad de que "dos o más delitos se encuentren entre sí en concurso ideal y entren además en concurso real con otro u otros hechos punibles", caso en que "deberá resolverse antes el primero", fijando la pena de conformidad con el Art. 75 del CP, pena que, en seguida, habrá que acumular ("material o jurídicamente –según corresponda–") con la primera (CURY, 667; de acuerdo con él, ETCHEBERRY, II, 122) (lo propio debe entenderse que rige para casos de delitos en *concurso medial* que además entren en concurso real con otros).