

# Derecho Penal

PARTE GENERAL

ENRIQUE CURY URZÚA

EDICIONES UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE  
Vicerrectoría de Comunicaciones y Extensión  
Casilla 114-D Santiago, Chile  
Fax (56-2) - 635 4789  
mriverv1@puc.cl  
www.puc.cl/edicionesuc/

**DERECHO PENAL**  
**PARTE GENERAL**  
Enrique Cury Urzúa

© Inscripción N° 143.944  
Derechos reservados  
1982  
I.S.B.N. 956-14-0808-2

Segunda edición, 1988  
Tercera edición revisada, 1992  
Cuarta edición, 1996  
Quinta edición, 1999  
Sexta edición, 2001  
Séptima edición ampliada, marzo 2005, 1.500 ej.

Diseño:  
Publicidad Universitaria  
Impresor:  
Imprenta Salesianos S.A.

C.I.P. - Pontificia Universidad Católica de Chile  
Cury Urzúa, Enrique  
Derecho penal: parte general  
Enrique Cury Urzúa, 3ª. ed.  
Incluye bibliografía.  
1. Derecho penal—Chile.  
I. t.  
2004 345.83 dc.21 RCA2



5.- Como, según se ha dicho, la coautoría no es accesoria, en rigor a su respecto los problemas de comunicabilidad no existen.<sup>308</sup> Por eso mismo, sin embargo, en relación a ellos los resultados prácticos son idénticos a los que se han expuesto para los partícipes.<sup>309</sup> El coautor *extraneus* del *intraneus* que comete un delito calificado impropio es, por consiguiente, sólo coautor del correspondiente delito base no calificado. En lo concerniente a los delitos de infracción de un deber, los *extraneus* nunca podrán ser coautores y únicamente cabe castigarlos como partícipes.

<sup>308</sup> Supra, II, 3. También en esto mi posición actual se diferencia de la sostenida en CURY, 2ª Edición, 37, III, d), dd), págs. 232 y 233.

<sup>309</sup> Lo cual es lógico, precisamente porque la comunicabilidad de las circunstancias personales constituye un límite a la accesoria.

## CAPÍTULO XII

## UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS. CONCURSO DE DELITOS Y CONCURSO APARENTE DE LEYES

### § 41. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS EN GENERAL

Según ya se ha expresado,<sup>1</sup> todo tipo está construido sobre un *hecho voluntario*; esto es, contiene la descripción de un suceso en cuya base ha de encontrarse siempre una acción o una omisión, en su caso. Así pues; lo ordinario será que una sola acción satisfaga el contenido de un solo tipo penal y que, a la inversa, varias acciones den origen a otros tantos hechos típicos. Con todo, no siempre ocurre de este modo. Puede suceder, en efecto, que distintas acciones a omisiones sólo colmen las exigencias de un tipo y configuren, por ende, un solo delito, mientras que de la otra parte debe examinarse por lo menos la hipótesis de que una acción realice la descripción de varios tipos diversos o muchas veces la de un mismo tipo, dando origen a más de un delito.

Es posible que entre nosotros estas cuestiones susciten menos dificultades que a la doctrina extranjera,<sup>2</sup> debido a que la ley destaca expresamente la distinción entre *hecho* y *acción*. Sin embargo, aun así la polémica subsiste, como puede apreciarse más adelante.<sup>3</sup>

A mi juicio, el punto de partida impuesto por la estructura de la ley en vigor es el siguiente: *una sola acción sólo puede dar origen a un delito*. A este respecto, como en su oportunidad se observará, no cabe admitir excepciones,<sup>4</sup> aunque una ejecución materialmente conjunta de las manifestaciones de voluntad pueda, en cambio, dar origen a la *unidad del hecho* y, por eso, a un tratamiento punitivo diferenciado.

<sup>1</sup> Supra, 16, III, a).

<sup>2</sup> Una ojeada de conjunto a la polémica en Alemania puede encontrarse en MAURACH, II, 54, págs. 415 y sigts. Las conclusiones son antagónicas por lo general con las del texto, en relación con los casos más importantes. Asimismo, véase MAURACH-ZIPPE, II, 55 y sigts., págs. 511 y sigts.; JAKOBS, 31 Y 32, págs. 1044 y sigts.; JESCHECK, 66 y sigts., págs. 646 y sigts. Para el estado actual del asunto en el derecho penal español, más próximo al nuestro, MIR, 27, págs. 623 y sigts.; sobre el derecho argentino más reciente, ZAFFARONI, 57 y 58, págs. 815 y sigts.

<sup>3</sup> Véase, especialmente, infra, 43, II, a).

<sup>4</sup> Ídem.

Pero la afirmación anterior no es reversible. En efecto, hay oportunidades en que el legislador exige para la configuración del hecho típico la concurrencia de varias acciones, de varias omisiones o de unas y otras conjuntamente. Así da origen a situaciones que es preciso examinar con más detalle.

La ubicación sistemática de la teoría sobre la unidad y pluralidad de delitos no es clara y, posiblemente, da origen a muchas de sus dificultades.<sup>5</sup> En efecto, en parte ella concierne a la teoría del delito e, incluso, a distintos aspectos de ella; en parte se relaciona con el sistema de reacciones punitivas, como lo deja ver claramente nuestro ordenamiento positivo, en donde los preceptos fundamentales sobre la materia se encuentran ubicados entre las normas relativas a la determinación de la pena. Así por ejemplo, ciertas cuestiones relativas al concurso ideal de delitos o al delito continuado se relacionan estrechamente con las referentes al tipo de injusto, al paso que el tratamiento del concurso real es, decididamente, un asunto de política criminal concerniente a la forma de sancionar la pluralidad de delitos. Por fin, una comprensión cabal de la problemática exige remitirse aquí a cuestiones vinculadas con la interpretación de la ley, como lo son, sin duda, las atingentes al concurso aparente de leyes. Por eso, echar alguna luz sobre esta región fronteriza del sistema penal suele ser difícil.

En los párrafos siguientes se tratan por separado los casos de unidad<sup>6</sup> y pluralidad<sup>7</sup> de delitos, destinando uno distinto a la situación especial del concurso aparente de leyes.<sup>8</sup>

## § 42. LA UNIDAD DEL DELITO

De acuerdo con lo que se ha expuesto en el párrafo anterior, el delito es único cuando la acción es *naturalmente única*; pero también lo es en aquellos casos en los cuales el ordenamiento positivo o el derecho consuetudinario ha creado una *unidad jurídica* sobre la base de una pluralidad de acciones. Los problemas que plantea cada una de estas situaciones son diferentes.

### I. LA UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN

La mayor parte de los tipos que constituyen la base del sistema -esto es, las figuras simples- exigen la realización de una sola acción. Así ocurre, por ejemplo, con el homicidio simple (art. 391, N° 2° C.P.), el hurto (art. 432, última parte), la apropiación indebida (art. 470, N° 1°), o las injurias (art. 416). Pero esto sucede también con hipótesis calificadas o privilegiadas, como el homicidio del art. 391, N° 1°, circunstancias primera, segunda, tercera y cuarta del C.P.; el parricidio del art. 390; el infanticidio del art. 394 o las lesiones corporales graves y gravísimas del art. 397. Los ejemplos podrían multiplicarse. En tales casos se habla de *unidad natural de acción* con la consiguiente *unidad delictiva*. Quien sólo mata a un hombre no ha ejecutado más que un homicidio.

<sup>5</sup> MAURACH, II, 54, I, 2, b), pág. 417; MEZGER, II, 65, II, págs. 359 y 360, y Libro de Estudio, I, 93, I, 2, pág. 327; MAURACH-ZIPFF, II, 54, I, B, 16, págs. 516 y 517.

<sup>6</sup> Infra, 42.

<sup>7</sup> Infra, 43.

<sup>8</sup> Infra, 44.

La unidad natural de acción ha de ser tanto *física* como *psíquica* (*objetiva y subjetiva*). El autor ha de obrar, por lo tanto, con la *finalidad* de realizar sólo una vez el tipo de injusto correspondiente y *exteriorizar* su propósito en un contexto unitario. La unidad, sin embargo, no desaparece porque la acción afecte a diversos *objetos materiales*, si con ello se lesiona un solo bien jurídico de contenido indeterminado, como, por ejemplo, cuando con un solo acto se sustraen varias cosas muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro. Del mismo modo, comete un solo delito de lesiones quien golpea tres veces a la víctima en un mismo contexto temporal. La unidad del sujeto pasivo no es requerida sino cuando el atentado se dirige en contra de bienes *eminentemente personales*,<sup>9</sup> o sea, aquellos cuya lesión sólo puede lograrse actuando inmediatamente sobre la personalidad física o moral del agraviado. Así, no obsta a la unidad de acción que los objetos sustraídos pertenezcan a varias personas; pero ella desaparece si con una misma expresión se injuria a varios individuos o en un contexto de acción se lesiona a dos hombres.<sup>10</sup>

También son casos de unidad natural de acción los de aquellos tipos que contemplan posibilidades de ejecución alternativa, cuando, de hecho, el autor únicamente realiza una de ellas. Tal ocurre, por ejemplo, en las injurias, que se configuran lo mismo mediante una acción o una expresión proferida en deshonra, descrédito o menosprecio de otro, si el sujeto activo se limita a emplear sólo una de estas modalidades de ejecución. Pero la situación es distinta en las hipótesis de la llamada tipicidad reforzada,<sup>11</sup> pues allí, como se verá, la unidad de la acción es jurídica.

### II. LA UNIDAD JURIDICA DE ACCIÓN

Hay también unidad de delito en los casos de *unidad jurídica de acción*, esto es, situaciones en que el hecho típico está compuesto por varias acciones, varias omisiones, o acciones y omisiones que, en conjunto, lo complementan. En rigor, por consiguiente, sería más correcto hablar de *unidad de delito con multiplicidad de acciones*. En efecto, aquí no hay unidad de acción. Sólo se trata de que el tipo, "actuando como una abrazadera", ha reunido varias acciones u omisiones en la unidad de un hecho. Tal situación puede darse en varios casos:

a) La hay, en primer lugar, en los *delitos complejos*, en que el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diversas. Así ocurre en las hipótesis de robo con violencia en las personas (ejercicio de violencia física y sustracción), con intimidación (amenaza y sustracción) y con fuerza en las cosas (ejercicio de fuerza física sobre un objeto material y sustracción), del art. 432, primera parte, del C.P.; en la de violación propia (ejercicio de violencia física o amenaza y acceso carnal), del art. 361, N° 1°; en las de giro fraudulento (doloso) de cheque (giro del cheque contra cuenta sin fondos, cerrada o inexistente, o bien orden de no pagarlo fuera de

<sup>9</sup> En el mismo sentido, MAURACH, II, 54, III, B, 2, b), bb), pág. 434.

<sup>10</sup> Cfr. JAKOBS, 32, I, 4, pág. 1075.

<sup>11</sup> Infra, II, d).

los casos en que ésta es autorizada por la ley, y omisión del deber de consignar en el plazo de tres días contados desde la notificación del protesto), del art. 22 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques (discutible), etc. La cuestión de si las distintas acciones, independientemente consideradas, son punibles o no, es irrelevante; todo cuanto importa es que en la estructura del hecho típico puedan distinguirse dos o más acciones.<sup>12</sup>

b) Asimismo, se da pluralidad de acciones con unidad de hecho punible en los llamados *delitos permanentes*, es decir, aquellos en los que se crea una situación fáctica tal que cada momento de su duración puede ser imputado a consumación. Así, por ejemplo, en el secuestro del art. 141, inc. primero, del C.P., en la sustracción de menores del art. 142 o en la usurpación de los arts. 457 y 458.

Lo más característico del delito permanente consiste en que crea una situación de hecho jurídicamente indeseable, cuya perduración en el tiempo depende de la voluntad del autor, pues éste podría ponerle fin si quisiera. Por tal motivo, el sujeto compromete dicha voluntad en un esfuerzo por mantener el estado de las cosas, y lo hace momento a momento en tanto éste se prolonga.<sup>13</sup> En estas hipótesis, por eso, el hecho típico incluye una acción y una omisión.<sup>14</sup> Con su actividad el sujeto crea la situación fáctica jurídicamente desaprobada; omitiendo hacerla cesar, provoca la perdurabilidad del efecto desvalorado por el ordenamiento.

La situación es distinta en los *delitos instantáneos de efectos permanentes*. Aquí la acción, *naturalmente única*, crea un estado jurídico nuevo que, como tal, subsiste y surte efectos con independencia de la voluntad del agente, quien carece de la posibilidad de ponerle fin por sí sólo.<sup>15</sup> Un caso característico lo constituye el tipo de la bigamia, contemplado por el art. 382 del C.P. Aunque el segundo matrimonio es nulo, poner fin a su existencia aparente no depende de la voluntad del autor, el cual tampoco puede evitar que surta los efectos jurídicos limitados que le acuerda la ley. Por tal motivo, la consumación de ese delito se agota ya con la manifestación de voluntad que origina el estado.

Es indispensable establecer una nítida distinción entre estas dos hipótesis para reconocer que sólo la primera de ellas importa una pluralidad de acciones –en este caso, una mixtura de acción y omisión–. Ello importa, en primer lugar, para la calificación de la actividad del que concurre con posterioridad al momento consumativo, que en el delito instantáneo de efectos permanentes será siempre encubridor y en el permanente, en cambio, si interviene antes del agotamiento, puede ser coautor o cómplice; luego, para el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, el cual en los delitos permanentes se inicia con el agotamiento y en los instantáneos de efectos permanentes con el acto consumativo; por fin, porque los otros delitos que se cometan entre la consumación y el agotamiento entran en concurso ideal con el permanente, al paso que con el instantáneo de efectos permanentes todo hecho punible posterior a la consumación se encuentra en relación de concurso real.

c) Hay también un delito único con pluralidad de acción en ciertos casos en los que, por la estructura del tipo, es indiferente para la valoración jurídica que la acción descrita en él se haya ejecutado una o muchas veces.<sup>16</sup> Así ocurre en las hipótesis de falsificación de moneda contemplada en los arts. 162 y sigts. El forjamiento de una o varias monedas metálicas es punible de la misma manera. El legislador enjuicia el hecho en su conjunto y no cada una de las acciones que lo componen. Otro tanto sucede respecto de los delitos de violación de sepulcros o sepulturas del art. 321 y de exhumación o traslado ilegal de restos humanos del art. 322, y en el de facción ilegal de operaciones de cambio internacional del art. 24 del Decreto 471 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el Diario Oficial de 24 de noviembre de 1977, que fijó el texto refundido de la Ley sobre Comercio de Exportación y de Importación y de Operaciones de Cambios Internacionales. El reconocimiento de esta clase de tipos es el resultado de un proceso interpretativo que debe realizarse, para cada uno de ellos, en la Parte Especial.

d) Ocurre lo mismo que en el caso anterior con respecto a ciertas hipótesis a las que suele denominarse *de tipicidad reforzada*. Son situaciones en las cuales el tipo contempla varias posibles acciones, de manera que la ejecución de cualquiera de ellas lo satisface, pero, al propio tiempo, le es indiferente el que se realice más de una. Así acontece, por ejemplo, con el delito a que se refiere el art. 123 del C.P., de acuerdo con el cual sólo debe imponerse una vez la pena señalada, aun cuando se trate de un sujeto que ha tocado campanas para excitar al pueblo al alzamiento, ha dirigido, con igual fin, discursos a la muchedumbre, y le ha repartido impresos. También estos casos tienen que reconocerse mediante la interpretación del tipo correspondiente en el campo de la Parte Especial.

e) Deben incluirse asimismo en este grupo, a pesar de que presentan una estructura algo diversa, los *delitos habituales*. En ellos la tipicidad presupone la ejecución reiterada de la acción, base objetiva indispensable –aunque no suficiente– para afirmar la habitualidad.

f) Por último, también es un caso de pluralidad de acciones que configuran un solo hecho punible, el *delito continuado*, una creación del derecho consuetudinario que, en atención a la complejidad de sus presupuestos, exige un tratamiento separado.

### III. EL DELITO CONTINUADO COMO CASO LIMITE DE LA UNIDAD JURIDICA DE ACCIÓN

La hipótesis del *delito continuado* es, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico, una creación del derecho consuetudinario que, para una parte importante de la literatura, importa el reconocimiento de una unidad natural de acción.<sup>17</sup> Aquí, en

<sup>16</sup> MAURACH, II, 54, II, B, 2, págs. 423 y sigts., habla, en este caso, de "tipos reiterativos".

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, MAURACH, II, 54, III, B, especialmente en b), pág. 429.

cambio, ese punto de vista se rechaza y el delito continuado es apreciado incluso como un caso límite de la unidad jurídica de acción.<sup>18</sup>

Esta discutida figura es una creación de los prácticos italianos (BALDO, BARTOLO, FARINACCIO)<sup>19</sup> y sus orígenes se encuentran en un propósito de benignidad. La ley vigente en la época amenazaba con pena de muerte al que incurriera en tres o más hurtos. Hasta para un magistrado como FARINACCIO, que no se caracterizaba por su benevolencia, esa disposición tenía que conducir a resultados aberrantes. Con el objeto de evitarlos, los prácticos formularon la regla de que no existen tres hurtos, sino uno, cuando las sustracciones, aunque ejecutadas en tiempos diversos, han sido realizadas con un propósito unitario. La legislación italiana recogerá más tarde esa idea que la doctrina había desarrollado y perfeccionado. De allí se trasladará a la dogmática extranjera, en donde por largo tiempo se la elabora sobre una base consuetudinaria. Así, por ejemplo, el Código Penal alemán, como el nuestro, no contempla hasta el presente una norma relativa al tema, pese a lo cual la jurisprudencia de ese país, como la chilena, da a la institución una aplicación relativamente extendida.<sup>20</sup>

Se habla de un delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas. El problema fundamental consiste en determinar cuál es y qué naturaleza tiene el vínculo al que se atribuye la eficiencia de unificar las distintas acciones. Sobre este punto las opiniones se hallan divididas y las soluciones distan de ser satisfactorias.<sup>21</sup> A continuación se presenta un esquema sintético de ellas.

#### a) La teoría subjetiva tradicional

De acuerdo a un punto de vista *subjetivo*, dominante en doctrina y práctica, la conexión es el resultado de que las distintas acciones se encuentran orientadas por un *dolo común*.

En mi opinión, este criterio no resiste un examen atento, pues la voluntad de concretar el hecho típico (dolo) tiene que ser renovada cada vez que se emprende la ejecución de cada una de las distintas acciones. Como el dolo es voluntad que se realiza en acto, su persistencia temporal en un período durante el cual nada se está ejecutando es insostenible. En la práctica, además, esta concepción conduce a soluciones desafortunadas. ¿Por qué motivo habría de castigarse conforme a las disposiciones que regulan el concurso real (reiteración)<sup>22</sup> al sujeto débil de carácter que cede a tentaciones ocasionales en diversas oportunidades, concediendo, en cambio, el beneficio de tratarlo como autor de un delito único al que manifiesta una volun-

<sup>18</sup> En el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, pág. 110; GARRIDO, II, 107, pág. 339.

<sup>19</sup> Sobre el punto, con detalle, PUNZO, *Reato continuato*, Padova, 1951, 3, págs. 7 y sigts.; PILLITU, *Il reato continuato, esposizione della dottrina della continuazione secondo il Codice Penale Rocco*, Padova, 1936, págs. 42 y sigts.

<sup>20</sup> Sobre la situación de los fallos nacionales, véase ETCHEBERRY, D.P.J., III, 196, págs. 102 y sigts. Asimismo, sentencia de la C.S. de 26 de abril de 1971, con nota crítica de CURY, en *Estudios jurídicos*, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, 1972, vol. I, N° 1, págs. 134 y sigts. Como en el texto GARRIDO, II, 107, pág. 339.

<sup>21</sup> MAURACH-ZIPPE, II, 54, III, 67, pág. 537.

<sup>22</sup> *Infra*, 43, a).

tad criminal perseverante, proponiéndose, desde un principio, la ejecución de varias acciones delictuales de una misma especie?<sup>23</sup>

#### b) La teoría subjetiva de la finalidad

Enteramente semejante al anterior es el punto de vista que apoya el vínculo de conexión en la existencia de una *finalidad única*. Puesto que el dolo no es más que finalidad tipificada (finalidad de realizar el hecho típico), la solución es equivalente a la expuesta en el apartado anterior.<sup>24</sup>

#### c) La teoría objetiva

Tampoco el criterio *objetivo* ofrece una solución satisfactoria. Desde luego hay que descartar todo intento de establecer el vínculo de conexión en la *unidad temporal*, porque una de las características del delito continuado es que las distintas acciones que lo integran han de haberse ejecutado en tiempos diversos. Pero tampoco la *unidad de lugar*, de *objeto material*, del *sujeto pasivo* o de *bien jurídico atacado* suministran criterios aprovechables. No se divisa la razón por la que habría de contemplarse un delito único cuando el agente, inadvertidamente, entra a robar en dos noches diferentes a una misma casa, o cuando simplemente ataca varias veces la propiedad ajena mediante una forma de actuar equivalente. En el fondo, los partidarios de apoyar el vínculo de continuidad en unidades de tipo objetivo no hacen otra cosa que deducir de ellas una presunta conexión subjetiva, a la cual, sin embargo, se abstienen de aludir.<sup>25</sup> De no ser así, su punto de vista resulta arbitrario.

#### d) La concepción subjetiva italiana

Los autores italianos, arrancando del texto legal que los rige, aprecian un delito continuado cuando existe un *disegno* (disegno) único, fórmula a la que atribuyen significados diversos.<sup>26</sup> Pero la mayoría está de acuerdo en que la unidad de acción así construida es una ficción jurídica creada para asegurar una regulación más justa en ciertas hipótesis de concurso. Su sistema, pues, es inaprovechable si, como sucede en nuestro ordenamiento, no se cuenta con una norma positiva en la cual apoyarlo. Por otra parte, la solución conduce a resultados prácticos tan insatisfactorios como la de la unidad del dolo.

#### e) La concepción negativa

A causa de todo esto, la noción del delito continuado ha quedado, hasta cierto punto, suspendida en el vacío. Y, por eso, no es raro que NOVOA, entre otros, haya concluido por desestimarla, limitándose a invertir los argumentos técnicos que suelen encontrarse en la doctrina italiana.<sup>27</sup> Si, en efecto, la continuación no es más

<sup>23</sup> MAURACH, II, 54, B, 1, b), bb), pág. 431; MEZGER, II, 67, IV, 2, pág. 373.

<sup>24</sup> Con acierto me ha criticado, pues, NOVOA, *El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico*, en R.C.P., tomo XXIII, N° 2, 1964, especialmente en pág. 144, nota 3, a causa de que en otro tiempo acogí ese punto de vista.

<sup>25</sup> Así, PROTO, *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Palermo, 1951, 4, pág. 24.

<sup>26</sup> PUNZO, op. cit., págs. 127 y sigts., con detalle.

<sup>27</sup> NOVOA, *El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico*, cit., passim. En ese sentido también CURY, *Orientación*, la edición, 29, I, b), ee), págs. 285 y sigts.

que una construcción legislativa utilitaria, y si el ordenamiento jurídico chileno no la contempla, hemos de concluir que la institución es ajena a nuestro derecho y hay que prescindir de ella. Por otra parte, la elaboración de la figura por la doctrina no sólo genera un peligro de abuso en su aplicación, sino también de un tratamiento injusto a ciertos casos.<sup>28</sup> Sin embargo, aun ponderando estas circunstancias, creo que una exclusión total del delito continuado es imposible y tampoco satisface a la pretensión de justicia.<sup>29</sup> Así, la búsqueda de una fórmula satisfactoria para la determinación del vínculo de continuidad no debe ser abandonada.

#### f) La valoración unitaria del injusto

No cabe duda de que el delito continuado está compuesto por una pluralidad de acciones, cada una de las cuales, independientemente considerada, satisface las exigencias del tipo.

Pero que el "objeto de la valoración" sea múltiple no significa, necesariamente, que la "valoración del objeto" también haya de serlo. Como, por otra parte, el juicio de reprochabilidad es individualizador y se dirige contra la *persona* del autor, no puede servirnos para resolver un problema concerniente a los *actos*. La cuestión queda así circunscrita al campo del injusto.

Esto, junto con plantear el problema en términos diferentes, arroja nueva luz sobre las afirmaciones de los prácticos italianos, que, acaso, distan de ser tan caprichosas o utilitarias como suponen los autores contemporáneos. BALDO, BARTOLO, FARINACCIO, no estaban en condiciones de expresarse con la precisión de juristas que casi han agotado el análisis estructural del hecho punible; pero, quizás por esto mismo, sus intuiciones aprehendían la esencia de las cosas con una inmediatez que muchas veces sorprende. Precisamente aquí, en el problema concreto suscitado por el delito continuado, parecieran haber advertido desde el primer momento que se encontraban frente a un asunto relativo a la valoración jurídica de las conductas. Fue menester la irrupción del naturalismo decimonónico y la deformación consiguiente de las concepciones penales para que ese punto de partida se abandonara y perdiéramos de vista la naturaleza del asunto.

El delito continuado aparece, pues, como un problema de injusto típico. Y, así, diremos que *consiste en una pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface todas las características de un tipo legal, pero que han de ser valoradas conjuntamente, porque constituyen la violación, necesariamente fraccionada, de una misma norma de deber*. La cuestión del nexo, que hasta ahora suele plantearse en el plano psíquico de la acción o en el formal del tipo, se traslada al ámbito material de la antijuridicidad. A su vez, los criterios positivos sobre los que se ha pretendido erigir el vínculo de continuación se sustituyen por un punto de partida negativo: la violación de la norma es única cuando, conforme a la representación del autor, *no era posible consumarla sino en forma fraccionada*.

<sup>28</sup> MAURACH, II, 54, III, b, 1, b), bb), págs. 430 y 431, y 3, págs. 435 y 436. Véase, además, supra, aa). Más detenidamente, MAURACH-ZIPPE, II, 54, III, 59 y sigs., págs. 535 y sigs. Decididamente en contra JAKOBS, 32, V, C, 50, págs. 1.098 y 1.099; dudoso JESCHECK, 66, V, 2, pág. 653.

<sup>29</sup> En el mismo sentido, MAURACH, II, 54, III, b), 1, b), pág. 429: "la pretensión de una formación consuetudinaria, compendiadora de tipos, de unidades de acción, por aplicación de las reglas de la relación de continuidad, es imperiosa".

Debe destacarse el sentido *subjetivo* de la fórmula, que exige efectuar el enjuiciamiento conforme a la representación del autor, y al hecho de que la *norma* violada ha de ser idéntica para todos los objetos de la valoración, esto es, para todas las acciones típicas en que se descompone el delito continuado. Cosa esta última que no significa identidad de figura delictiva o unidad de sujeto pasivo, pues ni lo uno ni lo otro son condiciones indispensables para que la norma vulnerada sea única.

De acuerdo con lo expuesto, comete hurto continuado el sujeto que desea apoderarse de todo el mobiliario de una casa deshabitada, pero sólo dispone para transportarlo de un vehículo que, conforme a su representación, no basta para cargarlo en un solo viaje y, por esto, se ve obligado a ejecutar varios, cada uno de ellos en una noche distinta. En cambio, los hurtos son múltiples si el sujeto obró en esa forma porque, deliberadamente, deseaba disminuir el riesgo de ser descubierto, haciendo más imperceptible su conducta. Comete una sola malversación de caudales públicos el tesorero que quiere sustraer \$ 1.000.000 y, como sólo encuentra en la caja \$ 200.000 cada día, se ve obligado a tomarlos en cinco oportunidades; pero los delitos son varios si se apodera de la suma en pequeñas cantidades, para disimular mejor su acción y asegurar así la impunidad. El incesto reiterado con una misma persona es siempre continuado, pues aquí el fraccionamiento de los actos conducentes al fin global es impuesto por la naturaleza misma de las cosas.

En los límites la situación puede ser sutil —como lo son siempre las decisiones axiológicas—. Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que la aceptación de una valoración unitaria se determina conforme a la representación que el agente tiene sobre la necesidad de fraccionar para asegurar la consumación. Si el tesorero del ejemplo empleado antes desea sustraer \$1.000.000 y en la caja los hay, pero \$500.000 de ellos están en moneda metálica de \$50, es obvio que la consumación unitaria es imposible para un individuo, y, aunque no lo fuese, lo pondría en evidencia, de modo que no se conseguiría conducir furtivamente la cosa fuera de la esfera de custodia del legítimo tenedor. La cuestión es distinta cuando la consumación instantánea es posible y el fraccionamiento se hace necesario para impedir un descubrimiento ulterior del hecho; este caso, pues, debe ser tratado conforme a las normas que regulan el concurso material. Como se ve, las consecuencias de la fórmula para cada situación concreta deben ser objeto de un examen prolijo.

#### g) Los restantes requisitos del delito continuado

Aparte del vínculo de conexión, el delito continuado supone los siguientes requisitos, sobre los cuales ya se ha dicho lo fundamental en los apartados precedentes:

aa) Pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface las exigencias del tipo respectivo.

bb) Transcurso de un cierto lapso entre la ejecución de cada una de dichas acciones. Cuando, por el contrario, todas ellas se realizan en un solo contexto temporal, podremos encontrarnos más bien ante un caso de concurso ideal de delitos<sup>30</sup> o de concurso aparente de leyes,<sup>31</sup> pero no de delito continuado. A este último respecto, por lo demás, es preciso distinguir las situaciones en las que realmente se han ejecutado varias acciones conjuntamente, de aquellas en las cuales sólo existe uni-

<sup>30</sup> Infra, 43, II.

<sup>31</sup> Infra, 44.

dad natural de la acción con pluralidad de actos, entendiendo por tales los distintos movimientos corporales, homogéneos o heterogéneos, en los que, por las limitaciones naturales del quehacer humano, suele tener que fraccionarse una conducta (sacar una tras otra las manzanas del árbol para colocarlas en el cesto en que se las transportará, o los muebles de la casa en la cual se roba para instalarlos en el vehículo dispuesto con ese objeto; realizar las distintas operaciones conducentes a la falsificación de un billete de banco; etc.).

En relación con el tiempo que debé separar a una de otra acción para que pueda apreciarse un auténtico delito continuado, no es posible fijar términos rígidos. Es preciso, en todo caso, exigir uno que permita afirmar, con arreglo al criterio de un observador imparcial, la independencia fáctica de las unas en relación con las otras.

cc) La unidad del sujeto pasivo sólo debe exigirse cuando los delitos de que se trata lesionan bienes jurídicos eminentemente personales (vida, salud, libertad ambulatoria, libertad de autodeterminación sexual, honor). En los hechos punibles que atacan contra el patrimonio es indiferente, así como también en los que atacan intereses de la colectividad.

dd) Los delitos en conexión de continuidad tiene que ser de una misma especie. Esto es evidente, porque sólo de esta manera puede concebirse la violación unitaria de la norma. De acuerdo con lo que ya se ha explicado al respecto,<sup>32</sup> por delitos de la misma especie se entienden aquellos que atacan en contra de un mismo bien jurídico mediante un modo de comisión semejante. No se requiere la identidad de las figuras punibles y tampoco en este caso ha de recibir aplicación la defectuosa disposición del art. 509 del C. de P.P. o la del art. 351 del C.P.P., corregida sólo parcialmente. Es posible, por último, la continuidad entre hechos consumados y tentados.

#### h) El tratamiento penal del delito continuado

Si se admite que las conductas componentes de un delito continuado están vinculadas por un nexo de necesidad que, sin amalgamarlas fácticamente, las somete a una valoración conjunta, el precepto legal que resuelve sobre su punibilidad se encuentra en el inc. segundo del art. 75 del C.P. En efecto, el fraccionamiento *necesario* sitúa las acciones continuadas en relación de "medio a fin" y, así, ellas satisfacen todas las características de la situación descrita por esa norma. En cierto modo, el delito continuado es como la cara inversa del concurso ideal de delitos. En éste, el movimiento corporal único importa una violación *necesaria* de varias normas; en aquél, el ataque unitario a una norma singular se ejecuta mediante una necesaria pluralidad de actos separados en el tiempo. La situación, ciertamente, no es reversible, pero en el inc. segundo del art. 75 del C.P. el legislador ha expresado su voluntad de otorgarles un tratamiento semejante a sus dos aspectos. Así se resuelven también las dificultades prácticas sobre punibilidad a que ha dado lugar la solución de casos concretos.

<sup>32</sup> Supra, 33, II, c), ff).

En todo caso, a mi juicio no es aconsejable introducir en la ley una regulación expresa para el delito continuado. La experiencia italiana ha demostrado que esos preceptos suscitan dificultades hermenéuticas insalvables, a causa de que es muy difícil ofrecer una fórmula exacta para ejecutar valoraciones y extraer sus consecuencias.

En consideración a la conexión de continuidad, la participación en una cualquiera de las acciones vinculadas por ella lo es en todo el delito, siempre, naturalmente, que el concurrente conozca el hecho en su conjunto. Asimismo, el cómputo de la prescripción de la acción penal debe iniciarse cuando se consuma la última conducta de la serie o el último acto ejecutivo de ella, en su caso.

Durante mucho tiempo se contempló en el art. 451 del C.P. una hipótesis particular de *hurto continuado* con tratamiento punitivo diferenciado.<sup>33</sup> No es así y hoy esto se reconoce de manera más o menos general.<sup>34</sup> El art. 451 se refiere expresamente a "reiteración de hurtos", esto es, a *varios hurtos* y, en consecuencia, a *varios delitos*. De donde resulta que solo contiene una fórmula especial para el castigo del concurso real de esa clase de hechos punibles.

#### i) La situación en la jurisprudencia<sup>35</sup>

La jurisprudencia ha vacilado mucho en relación con el delito continuado. En una época se inclinó a desecharlo, porque no encontraba una norma expresa en la cual apoyar su construcción. Actualmente tiende a uniformarse para aceptar una concepción subjetiva y sostener la unidad del dolo (finalidad). A esto suelen agregarse consideraciones sobre la dificultad de probar el número de delitos por los que se debería castigar si se aplicaran las reglas del concurso real. Este argumento, naturalmente, es frágil si lo que se quiere establecer es la unidad de las distintas acciones, pero se lo encuentra también en la doctrina comparada más autorizada.<sup>36</sup>

### § 43. LA PLURALIDAD DE DELITOS

La pluralidad de delitos puede adoptar dos formas que es menester examinar por separado. En efecto, aquí deben distinguirse —aunque la ley los identifique a veces para ciertos aspectos prácticos— el concurso *real o material* y el concurso *ideal o formal de delitos*.

#### I. EL CONCURSO REAL DE DELITOS

##### a) Concepto y requisitos

*Hay un concurso real (material) de delitos cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes,*

<sup>33</sup> LABATUT, I, 165, pág. 178.

<sup>34</sup> ETCHEBERRY, II, págs. 113 114; GARRIDO, II, 107, c), pág. 342. NOVOA, II, 489, pág. 276; indirectamente también POLITOFF-MATUS-RAMIREZ, 16, 2, D, pág. 462. La primera vez que se advierte el error de la doctrina tradicional, sin embargo, se encuentra en CURY, *El delito continuado*, cit., 3, D, págs. 207 y sigs.

<sup>35</sup> Véase supra, nota 20.

<sup>36</sup> Véase, por todos, JESCHECK, 66, V, 1, pág. 652; MAURACH-ZIPFF, II, 54, III, B, 61, pág. 535.

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

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

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

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

## b) El tratamiento punitivo del concurso real

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

### aa) La regla general: acumulación material de las penas

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

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

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

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

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

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

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

<sup>37</sup> Infra, II

<sup>38</sup> Supra, 42, III

<sup>39</sup> Supra, 33, II, c).

<sup>40</sup> Supra, 33, II, c), dd).

<sup>41</sup> MAURACH, II, 56, IV, A, 1, pág. 476; MAURACH-ZIPFF, II, 56, IV, A, 56, pág. 591.

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

#### cc) La segunda excepción: la absorción de la pena

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

A mi juicio, la *necesidad* de la relación de medio a fin debe juzgarse *en concreto*. Por consiguiente, su existencia depende de las circunstancias concurrentes en el caso dado y no sólo de la naturaleza intrínseca de los hechos (discutible).<sup>44</sup> En relación con ello conviene recordar, por otra parte, que con arreglo al criterio sostenido precedentemente ésta es la conexión que se presenta en las hipótesis de delito continuado<sup>45</sup> y, por consiguiente, el art. 75 la disposición que regula su punibilidad.<sup>46</sup>

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

La razón por la que la ley sanciona estos casos de reiteración en una forma más benigna es objeto de cierta discusión. NOVOA<sup>47</sup> estima que tal sistema es injustificado y sólo puede explicarse por unos motivos tradicionales exentos de racionalidad. Este criterio coincide, en general, con el que defiende en lo concerniente al delito continuado.<sup>48</sup> En mi opinión, por el contrario, la conexión de necesidad entre los delitos justifica una valoración jurídica con-

<sup>42</sup> Supra, 33, II, c), ff.

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

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

<sup>45</sup> Supra, 42, III, d).

<sup>46</sup> Supra, 42, III, h).

<sup>47</sup> NOVOA, II, 483, págs. 266 y 267.

<sup>48</sup> Supra, 42, III, c).

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

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

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

## II. EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS

### a) Concepto, naturaleza y estructura del concurso ideal

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

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

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

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

<sup>49</sup> Véase, sobre ello, supra 42, III, h).

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

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

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

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

<sup>54</sup> Supra, 42, II.

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

Como lo destaca certeramente RODRIGUEZ MUÑOZ,<sup>56</sup> la concepción unitaria tropieza con dificultades cuando uno de los delitos que integran el concurso ideal es complejo y, por consiguiente, está compuesto, ya él, por varias acciones naturales. Se requiere una construcción sumamente artificiosa<sup>57</sup> para sostener la unidad de la acción cuando el autor, por ejemplo, durante el curso de un robo, viola a su hermana (concurso ideal entre robo con violación e incesto). En realidad, mantener ese criterio para estas situaciones es imposible.

En principio, la polémica tiene un carácter teórico, sin consecuencias prácticas muy significativas<sup>58</sup>. No obstante, cobra importancia, en primer lugar, respecto a ciertos problemas concernientes a la participación, y, en segundo, para la solución adecuada de la situación que presentan las hipótesis de delito preterintencional y las de delitos culposos con pluralidad de resultados.

#### aa) El problema de la participación en el concurso ideal

Parece lógico que los adherentes a la teoría unitaria consideren que el participe en un concurso ideal lo es de un solo delito<sup>59</sup> si él ha colaborado o instigado a una sola acción. Por el contrario, cuando se sostiene, como aquí, que en los casos de concurrencia ideal las acciones configuradoras de los distintos tipos son también múltiples, debe afirmarse que el participe lo es de todos los delitos si su actividad satisface las exigencias requeridas para considerarlo cómplice o instigador de cada uno de ellos y aunque se haya manifestado externamente en una forma unitaria. Lo decisivo es lo que él sabía sobre la naturaleza del hecho en el cual colaboraba o respecto del cual formaba en otro la voluntad de realización. Así, el que instiga a la violación de una hermana del autor, conociendo la relación parental que lo vincula con la víctima, es inductor tanto de la violación como del incesto. Asimismo, el que contribuye proporcionando la bomba que sabe destinada a causar la muerte de tres personas al mismo tiempo, es cómplice de tres homicidios.

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

#### bb) El delito preterintencional

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

#### cc) Los delitos culposos con pluralidad de resultados

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

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

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

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

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

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

#### b) Clasificación del concurso ideal

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

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

<sup>57</sup> Ídem.

<sup>58</sup> JESCHECK, 67, I, 2, págs. 657 y 658.

<sup>59</sup> Así, expresamente, MAURACH, 54, II, C, págs. 424 y sigts.

<sup>60</sup> Supra, 20, III, e).

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

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

<sup>63</sup> Infra, b).

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

### c) Efectos penales del concurso ideal

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

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

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

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

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

<sup>64</sup> ETCHEBERRY, II, pág. 121.

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

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

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

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

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

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

## § 44. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

### I. CONCEPTO Y NATURALEZA

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

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

<sup>67</sup> En el mismo sentido, NOVOA, II, 484, pág. 268.

<sup>68</sup> Ídem, con algún detalle.

<sup>69</sup> Infra, 57, III, d), bb).

<sup>70</sup> Supra, I, b), cc).

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

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

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

## II. LOS PRINCIPIOS DE SOLUCIÓN DEL CONCURSO APARENTE

Para resolver los problemas generados por el concurso aparente de leyes penales y sus relaciones con el concurso ideal de delitos, la literatura ha formulado varias reglas o principios, pero hasta el presente no existe un acuerdo pleno sobre su número y practicabilidad. Así, FONTECILLA<sup>73</sup> y PAVON VASCONCELOS,<sup>74</sup> reconocen por lo menos la existencia de cuatro: *especialidad*, *consunción*, *subsidiariedad* y *alternatividad*. Por el contrario, ETCHEBERRY,<sup>75</sup> si bien efectúa una exposición de los cuatro, considera que sólo dos de ellos rigen auténticamente la problemática: los de *especialidad* y *consunción*.<sup>76</sup> En el desarrollo subsiguiente prevalece este último criterio, aunque por razones prácticas se ha concedido al principio de subsidiariedad alguna mayor consideración que en otras ocasiones,<sup>77</sup> y se informa, además, someramente, sobre el de alternatividad.

### a) Principio de especialidad

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

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

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

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

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

### b) Principio de consunción

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

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

<sup>72</sup> Supra, 8, VII.

<sup>73</sup> FONTECILLA, Concurso de delincuentes de delitos y de leyes penales, cit., págs. 97 y sigs.

<sup>74</sup> PAVON VASCONCELOS, Concurso aparente de normas, cit., IV, págs. 97 y sigs.

<sup>75</sup> ETCHEBERRY, El concurso aparente de leyes penales, cit. 15 y sigs., págs. 45 y sigs., y 45, pág. 99

<sup>76</sup> Véase, además, en el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, pág. 123. Este criterio corresponde básicamente al expuesto por MEZGER, II, 69, II, pág. 380. Asimismo, es semejante el tratamiento que da al asunto GARRIDO, II, 111.2, págs. 352 y sigs.

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

<sup>78</sup> Sobre ello, supra, 8, I, b).

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

<sup>80</sup> En el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, pág. 124.

<sup>81</sup> Supra, 18, IV.

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

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

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

#### c) Principio de subsidiariedad

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

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

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

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

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

<sup>84</sup> ETCHEBERRY, *El concurso aparente de leyes penales*, 45, pág. 99.

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

#### d) Principio de accesoriedad

En la prolija exposición que le dedica ETCHEBERRY<sup>85</sup> se advierte de inmediato que este principio ha sido formulado de muchas maneras distintas, sin que hasta el presente se haya encontrado una manera de expresarlo correctamente. En el fondo, lo que se designa con ese rótulo no es más que una forma específica de aplicación del principio de consunción a situaciones planteadas por tipos con pluralidad de hipótesis.<sup>86</sup> Cuando el sujeto, en efecto, haya realizado simultáneamente varias de éstas, la cuestión de si ha de castigárgelo por un concurso de delitos o por un solo hecho punible (tipicidad reforzada)<sup>87</sup> exigirá una apreciación valorativa para cuya solución el principio de alternatividad no brinda una regla prácticamente aprovechable, limitándose a plantear el problema.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> ETCHEBERRY, *El concurso aparente de leyes penales*, cit., 19, págs. 59 y sigs.

<sup>86</sup> En el mismo sentido, NOVOA, II, 494, pág. 287.

<sup>87</sup> Supra, 42, II, d).

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

