

CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA TEORIA DE LOS CONCURSOS DE DELITOS

Humberto Muñoz Horment
Abogado. Master en Derecho Penal

I. INTRODUCCIÓN

En doctrina el delito se define como una acción, típica, antijurídica y culpable. Este concepto parte de un supuesto básico que es el siguiente:

Una sola persona ejecuta una sola acción que constituye un solo delito en forma completa.

Sin embargo, en la vida real cada uno de estos presupuestos (la persona, la acción, el delito, la circunstancia de estar completo) puede variar, sea en su número o en su desarrollo.

La ley, la doctrina y la jurisprudencia así lo han entendido y, en consecuencia, consideran expresamente cada una de las diversas situaciones que pueden presentarse.

Así, puede suceder que:

1) *Una sola persona ejecuta una sola acción que configura un solo delito en forma completa.*

Este es el esquema básico.

Aquí estamos en presencia de un caso de *unidad natural de delito*.

2) *Una sola persona ejecuta varias acciones que configuran un solo delito en forma completa.*

Aquí varió el número de "acciones", manteniéndose inalterados los restantes presupuestos.

Estamos en presencia de un caso de *unidad jurídica de delito*.

3) *Una sola persona ejecuta varias acciones que configuran varios delitos en forma completa.*

Aquí varió el número de "acciones" y también el número de "delitos".

Estamos en presencia de un caso cuyo estudio corresponde a la *teoría de los concursos de delitos*.

4) Puede suceder también que ya no se trate de una sola persona, sino que participen en el delito *varias personas*.

Aquí varía el número de personas.

Estamos en presencia de un caso cuyo estudio corresponde a la *Teoría de la participación*, que se denomina también *Teoría del concurso de personas en el delito*.

5) Puede suceder, además, que el delito *no esté completo*, pues ha quedado en una determinada etapa de su desarrollo sin que llegue a completarse.

Aquí varía el elemento desarrollo de la ejecución del delito.

Estamos en presencia de un caso cuyo estudio corresponde a la *Teoría del Iter Criminis* (vía o camino del delito).

6) Puede suceder también que, antes de efectuar un estudio acabado de la situación, nos parezca que a un caso determinado le son aplicables diversas

disposiciones penales, cuando en realidad sólo le es aplicable una sola, quedando las restantes excluidas.

Aquí estamos en presencia de un caso de naturaleza diferente a los anteriores, del cual se ocupa la *Teoría del concurso aparente de leyes penales*.

7) Por último, pueden darse también situaciones en las cuales se mezclan los diversos casos expuestos.

Así, por ejemplo, *varias personas ejecutan varias acciones* que configuran *varios delitos* estando algunos de ellos *completos* y otros *incompletos*.

Naturalmente, pueden existir otras combinaciones: tantas cuantas sean posibles, variando cada uno de los presupuestos que hemos planteado.

Estos casos son resueltos por cada una de las *teorías* que hemos enunciado, según corresponda.

De modo que el problema que plantea la concurrencia de varias personas será tratado por la Teoría de la Participación; la situación de estar o no completo determinado delito será tratado por la teoría del *Iter Criminis*; la circunstancia de que concurren varios delitos, será tratada por la Teoría de los Concursos de Delitos, etc.

Ahora bien, aquí vamos a tratar solamente de algunos casos de *Unidad de delito* y de *Pluralidad de delitos*, de manera que la concurrencia de diversas personas (Teoría de la Participación) y el problema de las etapas de desarrollo del delito (Teoría del *Iter Criminis*) serán estudiados en otra ocasión.

Existe *Unidad de delito* cuando la valoración jurídica del hecho es una sola, es única.

Esta situación puede darse en los siguientes tres casos:

- 1) Unidad natural del delito.
- 2) Unidad jurídica del delito.
- 3) Concurso aparente de leyes penales.

En estos tres casos el *delito* cometido es *uno solo*.

A su vez, existe *pluralidad de delitos* cuando la valoración jurídica de el o los hechos son múltiples.

Esta situación puede darse en los siguientes dos casos:

- 1) Concurso real o material de los delitos
- 2) Concurso ideal o formal de delitos.

En estos dos casos los *delitos* cometidos son *múltiples*.

Por razones de orden pedagógico nos parece más conveniente tratar primero los casos de pluralidad de delitos y, en segundo lugar, los casos de unidad de delito, aun cuando la lógica nos indicaría justamente el camino inverso.

II. PLURALIDAD DE DELITOS

Como ya hemos visto, los casos de Pluralidad de Delitos son dos: el Concurso Real o Material de Delitos y el Concurso Ideal o Formal de Delitos.

1) EL CONCURSO REAL O MATERIAL DE DELITOS

Estamos en la situación de que una misma persona ha cometido dos o más delitos, cumpliéndose determinados requisitos que pasaremos a enunciar.

Definición: "El concurso real o material de delitos tiene lugar cuando una misma persona ha cometido varios delitos, independientes entre sí, y sobre los cuales no ha recaído sentencia condenatoria ejecutoriada".

Ubicación en la ley. El concurso real o material de delitos está expresamente tratado, en su forma básica, en el artículo 74 del Código Penal. Una forma particular de concurso real (el delito medio para cometer otro) está contemplada en el artículo 75 del Código Penal. Otra forma bastante especial de concurso real (reiteración de hurtos en circunstancias determinadas) está legislada en el artículo 451 del Código Penal. Finalmente, para los efectos de la pena es necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 74, inciso primero: "Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones".

Requisitos. No basta que una misma persona haya cometido dos o más delitos para que estemos en presencia de un concurso real o material. También en el concurso ideal o formal una misma persona comete dos o más delitos. Veremos oportunamente la diferencia que existe entre ambas formas de concurso de delitos.

Para que efectivamente tenga lugar la figura del concurso real o material es necesaria la concurrencia de los siguientes cuatro requisitos:

- 1) Una misma persona.
- 2) Pluralidad de hechos típicos, antijurídicos y culpables.
- 3) Independencia de los hechos entre sí.
- 4) Ausencia de sentencia condenatoria ejecutoriada.

ANÁLISIS DE CADA UNO DE LOS REQUISITOS

1) *Una misma persona*

Debe tratarse de un sujeto único.

Este sujeto único puede haber tenido participación en cada uno de los hechos en distintas calidades: puede haber sido autor en uno y cómplice o encubridor en otro u otros.

2) *Pluralidad de hechos típicos, antijurídicos y culpables*

El concurso real o material es un concurso verdadero. Aquí estamos realmente frente a una situación de pluralidad de delitos que no se excluyen entre sí: *concurrén* todos juntos.

Cada hecho debe ser delictivo en sí mismo y apto para ser punible aisladamente. Cada delito puede estar completo o incompleto; de manera que en su aislamiento, en su individualidad, puede encontrarse en diversas etapas de desarrollo; uno puede estar consumado y los otros en grado de tentativa o de frustración.

Se trata, entonces, de varios *delitos* cometidos por una misma persona. Más precisamente, de varios *hechos* punibles. Más tarde veremos la importancia que tiene esta circunstancia de que se trata de *hechos* y no de *acciones*.

Ahora bien, estos varios hechos y varios delitos pueden presentarse de diferentes maneras:

1) Pueden darse varios hechos que configuran varios *tipos distintos*. Es el caso más simple de concurso real o material.

Ejemplo: Un mismo sujeto un día roba, al día siguiente viola y otro día mata. Múltiples hechos, diversos delitos, todos distintos e independientes entre sí.

2) Pueden darse varios hechos que configuran varias veces el *mismo tpo.*

Ejemplo: Un mismo sujeto viola en diversas oportunidades a distintas mujeres. Múltiples hechos, el mismo delito (violación), en diversas ocasiones diferentes.

3) Pueden darse varios hechos que configuran varios *delitos*, pero que se encuentran vinculados entre sí por una *relación necesaria de medio a fin.*

Ejemplo: Un mismo sujeto viola la correspondencia para apropiarse de los valores contenidos en la carta.

4) Por último, en nuestro Código existe un cuarto caso de concurso real, que es un caso bastante especial y que tiene lugar cuando existe reiteración de hurtos a una misma persona o en una misma casa a distintas personas.

Estos dos últimos casos, señalados en los puntos 3) y 4), han sido discutidos en nuestra doctrina, por lo cual merecen un análisis particular.

DELITOS VINCULADOS ENTRE SÍ POR UNA RELACIÓN NECESARIA DE MEDIO A FIN

Esta situación está contemplada en el artículo 75, no en el artículo 74, que es el que trata del caso común de concurso real.

Artículo 75: "La disposición del artículo anterior (se refiere al 74 y concretamente a la forma de penar el concurso real) no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos (éste es el concurso ideal o formal, que trataremos después), o cuando *uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro*".

Este último caso se trata entonces en el artículo 75 junto al concurso ideal y se le pena en la misma forma que el concurso ideal, pero constituye, por su naturaleza, un verdadero *Concurso Real*.

Ejemplos: Ya hemos visto el caso del sujeto que viola la correspondencia para apropiarse de los valores contenidos en ella. Otro ejemplo puede ser el del sujeo que daña la caja de fondos para apropiarse del dinero o de los documentos que se encuentran en su interior.

En ambos casos hay dos hechos y dos delitos. Los delitos son dos porque han podido ocurrir el uno sin el otro. Son separables, tanto intelectual como realmente.

Puede ocurrir que alguien viole la correspondencia y no se apropie del dinero, pues sólo lee la carta ajena. Puede ocurrir también que se dañe la caja de fondos y no se cometa en definitiva el robo. Pero se ha producido el daño, que es independiente.

No obstante, en el supuesto de cometerse los dos delitos, ellos estarán vinculados *necesariamente* por una conexión ideológica de medio a fin. Es en este caso cuando estamos en presencia de un concurso real que, sin embargo, por expresa disposición de la ley, se pena igual que el concurso ideal o formal.

Doctrina chilena: En nuestra doctrina no siempre se pensó que éste era un caso de concurso real. Es posible que la circunstancia de encontrarse legislado en el artículo 75 junto al verdadero concurso ideal haya dado lugar a cierta confusión.

Es así como antiguamente Pedro ORTIZ (1933-37), J. Raimundo DEL RÍO (1936-39) y Gustavo LABATUT (1948-51) lo trataron como Concurso Ideal¹.

DEL RÍO ni siquiera se plantea el problema: lo considera derechamente como un concurso ideal. Lo mismo sucede en las primeras ediciones del "Derecho Penal" de LABATUT.

Es decir, lo consideraban como si estuviéramos en presencia de un solo hecho y de varios delitos.

En las sucesivas ediciones del "Derecho Penal" de LABATUT, adicionadas y complementadas por Julio ZENTENO (1968-79), ya no es tan claro que estemos frente a un concurso ideal propiamente tal, aun cuando a nuestro entender la situación no se resuelve en forma definitiva².

Rafael FONTECILLA, en su monografía sobre el "Concurso de Delitos" (1946), no lo considera en ningún caso un Concurso Ideal: sostiene que podrá constituir a veces un Concurso Real y a veces un Concurso Aparente de Leyes Penales³.

JUAN BUSTOS, en su memoria de grado, que versó sobre el "Concurso Ideal" (1962), sustenta una posición algo más firme: lo trata como Concurso Real, aun cuando manifiesta concordar con FONTECILLA, en orden a que a veces podrá constituir un Concurso Aparente de Leyes Penales⁴.

Eduardo NOVOA, en su "Curso de Derecho Penal Chileno" (1960) utiliza la denominación de "Concurso Ideal Impropio", pero de alguna forma un poco contradictoria dice textualmente: "La verdad es que *no tiene nada de concurso ideal*, sino que se trata de dos delitos conectados entre sí por la relación de medio a fin"⁵.

Alfredo ETCHEBERRY, en su memoria de grado, que trata del "Concurso Aparente de Leyes Penales" (1957), define el asunto en forma más drástica: le parece indiscutible que estamos en presencia de un caso de Concurso Real. Dice que la circunstancia de que se le pene como Concurso Ideal "no significa, como es natural, una declaración doctrinaria en el sentido de que hay un concurso ideal: se trata simplemente de un tratamiento punitivo especial, dada la forzosa concurrencia de ambos delitos"⁶.

Más modernamente, el mismo Alfredo ETCHEBERRY, en su "Derecho Penal" (1ª Ed. 1964 - 2ª Ed. 1976), y Enrique CURY, tanto en su "Orientación

¹ PEDRO ORTIZ M. "Nociones generales de Derecho Penal", Ed. Nascimento, Santiago, 1933, p. 103; J. RAIMUNDO DEL RÍO C. "Elementos de Derecho Penal", Ed. Nascimento, Santiago, 1939, p. 290; GUSTAVO LABATUT G. "Derecho Penal", Tomo I, Parte General, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1951, p. 219.

² Véase, GUSTAVO LABATUT G. "Derecho Penal", Tomo I, Parte General, Ed. Jurídica de Chile, 5ª edición, Santiago, 1968, p. 234. También 8ª edición, 1979, p. 202.

³ RAFAEL FONTECILLA R. "El Concurso de Delitos y sus principales problemas jurídicos", en "Concursos de delinquentes, delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 73. Este trabajo fue publicado anteriormente, en "Revista de Derecho Penal", segundo trimestre de 1946, Buenos Aires, Edit. Ediar.

⁴ JUAN BUSTOS R. "Concurso Ideal de Delitos", Ed. Universitaria S.A., Santiago, 1962, p. 80.

⁵ EDUARDO NOVOA M. "Curso de Derecho Penal Chileno", Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 1966, p. 266.

⁶ ALFREDO ETCHEBERRY O. "El Concurso Aparente de Leyes Penales", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, s/f, p. 13.

para el estudio de la Teoría del Delito" (1969-1973), como en su "Derecho Penal" (1985), están en la posición diametralmente opuesta a la inicial de DEL RÍO: ni siquiera se plantean el problema y lo consideran derechamente un caso de *Concurso Real*⁷.

¿Por qué razón? Simplemente, porque lo que define en su esencia al Concurso Ideal es la existencia de *un solo hecho* y aquí estamos en presencia de *dos o más hechos*, circunstancia que a su vez constituye la esencia del Concurso Real.

Luego, es un Concurso Real que se pena en la misma forma que el Concurso Ideal, es decir, en forma generalmente más benigna, por razones de justicia material o de política criminal, pues en este caso, al igual que en el Concurso Ideal, no puede concebirse la ejecución de un delito sin que al mismo tiempo se realice el otro.

Es probable que subyazca aquí la idea de CARRARA, quien considera que una misma voluntad sería sancionada doblemente si se castigaran por separado dos o más delitos que no pueden sino cometerse necesariamente juntos⁸.

CASO ESPECIAL DE REITERACIÓN DE HURTOS EN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS

Esta especie de Concurso Real está contemplada en el artículo 451 del Código Penal.

Artículo 451: "En los casos de reiteración de hurtos a una misma persona o en una misma casa a distintas personas, el tribunal 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".

Doctrina chilena: Al igual que en el caso anterior que acabamos de estudiar, esta especialísima disposición del artículo 451 ha dado lugar a discrepancias en nuestra doctrina, las cuales también pueden estimarse actualmente superadas.

Así, LABATUT y DEL RÍO consideraron, en épocas pasadas, que en esta norma el Código contemplaba un caso de *delito continuado*. Más exactamente, un "hurto continuado"⁹.

No obstante, a partir de la memoria de grado de Enrique CURY, que versó precisamente sobre "El Delito Continuado" (1960), nuestra doctrina se ha uniformado en torno a la posición sustentada por dicho autor, en el sentido de que éste *no* es un caso de delito continuado.

La argumentación de CURY se basa en que esta norma habla de "reitera-

⁷ ALFREDO ETCHEBERRY O. "Derecho Penal", Tomo II, Parte General, Carlos E. Gibbs, Editor, Santiago, 1964, p. 116; ALFREDO ETCHEBERRY O. "Derecho Penal", Tomo II, Parte General. Segunda edición revisada y actualizada, Ed. Gabriela Mistral, 1976, p. 85; ENRIQUE CURY U. "Orientación para el estudio de la Teoría del Delito", Ediciones Nueva Universidad, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1973, p. 284; ENRIQUE CURY U. "Derecho Penal", Parte General, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 1985, p. 283.

⁸ FRANCESCO CARRARA. "Programa del Curso de Derecho Criminal". Traducción por Sebastián Soler, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1944, Tomo V, párrafo 2522, p. 66.

⁹ GUSTAVO LABATUT G. "Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial, Cuarta Edición, Ed. Jurídica de Chile, 1964, p. 357; J. R. DEL RÍO, ob. cit., p. 575.

ción de hurtos", vale decir, de una pluralidad, "una multiplicidad de delitos". En cambio, en el delito continuado, como lo veremos en detalle más adelante, hay un solo delito; en otras palabras, el delito continuado es un caso de Unidad de Delito y no de Pluralidad de Delitos, como lo es éste del artículo 451¹⁰.

NOVOA concuerda en que el Código "se limita a dar una regla de regulación de pena para lo que expresamente denomina 'reiteración de hurtos'", por lo cual no es admisible estimar que exista aquí una figura de delito continuado. Es decir, está de acuerdo con CURY en orden a que no es delito continuado, pero aún no lo clasifica como Concurso Real¹¹.

ETCHEBERRY, dando un paso más adelante, ratifica que no constituye un delito continuado y afirma positivamente que se trata de un Concurso Real o Material¹².

CURY, en su "Orientación para el estudio de la Teoría del Delito", señala con precisión que: "El art. 451 se refiere expresamente a 'reiteración de hurtos', esto es, a *varios hurtos* y, en consecuencia, a *varias acciones*. De donde resulta que sólo contiene una fórmula especial para el castigo del *concurso real* en esa clase de delitos"¹³.

Posteriormente, el mismo CURY, en su "Derecho Penal" repite esta frase, pero, significativamente, reemplaza la expresión "varias acciones" por "varios delitos". Volveremos sobre este punto¹⁴.

En síntesis, el artículo 451 contempla un caso especial de Concurso Real, porque se refiere claramente a una Pluralidad de Delitos (Reiteración de Hurtos), y en eso consiste, precisamente, la esencia del Concurso Real: en la *Pluralidad de Hechos Punibles*.

En consecuencia, no contempla una figura de Delito Continuado, porque lo que caracteriza a esta última es la *Unidad* de valoración jurídica.

De manera que en los cuatro casos de Concurso Real que se han revisado (varios hechos que configuran varios tipos distintos; varios hechos que configuran varias veces el mismo tipo; varios hechos que configuran varios delitos en relación necesaria de medio a fin; varios hurtos en determinadas circunstancias expresamente señaladas en el artículo 451), encontramos siempre la concurrencia real de una *pluralidad de hechos* que pueden ser calificados aisladamente de típicos, antijurídicos y culpables.

3) *Independencia de los hechos entre sí*

Hasta ahora hemos visto solamente dos requisitos del Concurso Real: la unidad de sujeto activo (una misma persona) y la pluralidad de hechos típicos, antijurídicos y culpables.

Vamos entonces al tercer requisito, cual es la necesidad de que los *hechos* deben ser *independientes* entre sí.

En el fondo éste es un requisito de carácter negativo.

¹⁰ ENRIQUE CURY U. "El Delito Continuado", Ed. Universitaria S.A., 1962, p. 103. Véase también ENRIQUE CURY U. "El Delito Continuado" (conclusión), en "Revista de Ciencias Penales", Tercera Epoca, septiembre-diciembre, 1959, N° 3, Tomo XVIII, p. 208.

¹¹ E. NOVOA M. Ob. cit., Tomo II, p. 276.

¹² A. ETCHEBERRY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, 1964, p. 112.

¹³ E. CURY. Ob. cit., "Orientación . . .", p. 280.

¹⁴ E. CURY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, p. 280.

De 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.

La conexión que no debe darse —o, en otras palabras, la relación que haría desaparecer el concurso real— sería la conexión propia del delito continuado o de cualquier otra forma de unidad de delito jurídicamente hablando.

Esto quiere decir que los hechos deben ser *jurídicamente independientes*, y no lo serán (por ello el requisito asume una forma negativa) cuando exista una vinculación de orden jurídico tal, que nos encontremos frente a una unidad de delito y no a una pluralidad fáctica de hechos que es esencial para la existencia del concurso real.

Intentaremos aclarar mejor este punto al estudiar los diferentes casos de Unidad Jurídica de Delito.

4) *Ausencia de sentencia condenatoria ejecutoriada*

Se trata también de un requisito negativo, a saber: que NO exista condena intermedia.

Dicho en otra forma: para que exista el concurso real, el sujeto no debe haber sido condenado, durante el tiempo que media entre la comisión de dos delitos, por alguno de ellos. Es decir, es indispensable la ausencia de condena al menos respecto de dos delitos.

Naturalmente, si el individuo comete tres delitos y sólo ha sido condenado por uno, existirá el concurso real entre los otros dos delitos restantes, y así sucesivamente, si aumenta el número de delitos.

Debe tratarse de una sentencia que cumpla dos condiciones:

- a) Debe ser *condenatoria*; y
- b) Debe estar *firme* o *ejecutoriada*.

Recordemos que el concepto de sentencia firme o ejecutoriada está expresamente definido en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, pueden darse en la práctica dos casos:

1. Que el proceso esté iniciado y no haya aún condena firme.

En este caso *sí* hay concurso real. Para que se destruya el concurso es necesario que el fallo esté ejecutoriado.

2. Que el proceso haya terminado por sentencia condenatoria ejecutoriada, pero que ésta no se haya cumplido efectivamente por cualquier causa.

En este caso *no* hay concurso real, porque hay condena ejecutoriada. De manera que es irrelevante para estos efectos que la pena impuesta se haya cumplido o no, siempre que exista una condena ejecutoriada.

Aquí hay *reincidencia*, como lo veremos en seguida.

PRINCIPIOS QUE RIGEN EN MATERIA DE UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

En materia de Unidad y Pluralidad de Delitos, y por consiguiente en la Teoría de los Concursos de Delitos, deberían regir dos grandes principios de importancia, especialmente respecto de la penalidad de las distintas figuras jurídicas que pueden presentarse.

Hemos dicho que deberían regir, y no que "rigen", porque, como veremos poco más adelante, en el hecho ellos son vulnerados en alguna medida por la ley positiva en más de una ocasión.

Estos dos principios son los siguientes:

1. *Ningún delito debe quedar sin castigo.* (Quot delicta tot poenae).

2. *Nadie debe ser castigado más de una vez por el mismo delito.* (Non bis in idem).

Todo análisis de las diferentes cuestiones que pueden presentarse en la Teoría de los Concursos de Delitos debe efectuarse teniendo como guía los dos extremos que señalan estos principios.

Así, el fundamento de justicia material de la punibilidad del Concurso Real se encuentra en el primer principio matriz: cada delito debe ser castigado; ningún delito debe quedar impune. (Quot delicta tot poenae).

Por ello —como dice el artículo 74— al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

Del mismo modo, el fundamento del último requisito negativo que estudiamos respecto del Concurso Real, vale decir, la necesidad de la inexistencia de condena intermedia, se encuentra en el segundo principio matriz: no debe nunca castigarse más de una vez por el mismo hecho punible.

La persona que comete varios delitos debe ser castigada por todos ellos, pero sólo una vez por cada delito cometido. (Non bis in idem).

En este punto reside la diferencia esencial entre el *Concurso Real* y la *Reincidencia*.

En el Concurso Real *no* hay condena intermedia; en la Reincidencia *sí* hay condena intermedia, puesto que esta última tiene lugar, en términos generales, cuando el sujeto ha sido *condenado* por uno o más hechos punibles y vuelve a cometer otro u otros delitos.

La condena intermedia excluye toda posibilidad de Concurso Real, precisamente porque no debe castigarse más de una vez por un mismo delito. (Non bis in idem).

Desde el punto de vista formal, el Concurso Real se diferencia también de la Reincidencia en sus efectos: el *Concurso Real* se pena en la forma que veremos en el párrafo correspondiente; en cambio, la *Reincidencia* constituye, en nuestro Código, una *Circunstancia Agravante de la Responsabilidad Criminal*, en sus distintas formas (impropia o propia; propia genérica o propia específica), de conformidad a la compleja y defectuosa normativa contenida en el artículo 12 N^{os} 14, 15 y 16, respectivamente. Además, la Reincidencia genera otros efectos. Así, por ejemplo, tiene importancia desde el punto de vista práctico el hecho de que impide la remisión condicional de la pena, restringe la posibilidad de obtener la libertad provisional de procesado, interrumpe la prescripción de la acción penal y de la pena, etc.

En nuestra doctrina la agravación de la pena por causa de Reincidencia es severamente criticada por CURY en su "Derecho Penal"¹⁵.

CLASIFICACIÓN DEL CONCURSO REAL

La doctrina distingue dos formas de Concurso Real:

a) La *reiteración*.

b) La *acumulación*.

Se habla de *reiteración* cuando los múltiples delitos cometidos son de la *misma especie*.

¹⁵ E. CURY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, p. 142

A su vez, se habla de *acumulación* cuando los diversos delitos cometidos son de *distinta especie*.

Esta clasificación tiene importancia, en nuestra legislación positiva, para los efectos de la penalidad de ambas formas de concurso real o material.

El criterio diferenciador está en la circunstancia de tratarse de delitos de la misma o de diferente especie, y no en el hecho de configurar varios tipos penales distintos o varias veces el mismo tipo penal.

El concepto de delito de la misma especie o de diferente especie es más amplio que el de tipo penal.

Una determinada "especie" de delito puede comprender varios "tipos penales", incluso muy diferentes en su naturaleza. Ello, de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico positivo que, en forma poco afortunada, según lo estudiaremos en seguida, define para determinados efectos a los delitos de la misma especie, como aquellos que están penados en un mismo título del Código Penal o ley especial que los castiga.

Este concepto de delito de la "misma especie" se encuentra definido en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, el cual señala expresamente que tal definición está restringida sólo para "los efectos de este artículo". No obstante ello, en beneficio de la claridad y atendido el importante rol que dicha norma juega en la determinación de la pena que debe aplicarse al concurso real, es conveniente entender que esta definición tiene alcances generales.

PENALIDAD DEL CONCURSO REAL O MATERIAL

A) *Sistemas de penalidad en la legislación comparada*

En la legislación comparada se conocen tres sistemas según los cuales es posible sancionar el concurso real o material de delitos.

Ellos son:

- 1) El sistema de la Acumulación Aritmética o Material.
- 2) El sistema de la Absorción.
- 3) El sistema de la Acumulación Jurídica o de la Asperación o Agravación.

En términos muy generales estos sistemas presentan las siguientes características:

1) *El sistema de la Acumulación Aritmética o Material*

De conformidad a este sistema, *simplemente se suman todas las penas correspondientes a los diversos delitos cometidos*.

Se basa en la aplicación absoluta e irrestricta del principio *Quot Delicta Tot Poenae* —a cada delito su pena— y responde a un criterio retribucionista puro.

Es evidentemente la solución más "inmediata y primitiva", como la califica Reinhard MAURACH¹⁶.

Este sistema ha sido criticado doctrinariamente, por adolecer de graves defectos:

a. Puede dar lugar, especialmente cuando se suman aritméticamente penas privativas de libertad, a sanciones de tal magnitud que sobrepasen la me-

¹⁶ REINHART MAURACH. "Tratado de Derecho Penal". Traducción por Juan Córdoba Roda, Tomo II, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 476.

dida de la culpabilidad, que no debe olvidarse nunca que constituye un reproche personal para un solo individuo.

b. Puede llevar a absurdos tales como la aplicación de penas privativas de libertad que sobrepasen en su cuantía la posibilidad de vida de un ser humano (100 años de presidio) o la aplicación coetánea de dos penas de presidio perpetuo.

c. Es poco práctico, pues hay penas de diferentes naturalezas que no pueden cumplirse simultáneamente. (Ejemplo: penas privativas de libertad y penas restrictivas de libertad).

2) *El sistema de la Absorción*

Según este sistema, se aplica *solamente la pena que corresponde al delito más grave, a veces con la modalidad de sancionar con la pena "mayor" asignada a este delito más grave.*

Se basa en la idea de que la pena mayor absorbe a la menor: poena major absorbet minorem.

También ha sido criticado por la doctrina, pues adolece de importantes deficiencias:

a. Constituye una abierta violación del principio *quot delicta tot poenae*, pues deja en la impunidad a los delitos de menor gravedad, que quedan absorbidos o consumidos por la pena del delito más grave.

b. Por lo mismo, alienta a quien cometió un delito grave a cometer otros de menor entidad, que no influirán en definitiva en la pena.

3) *El sistema de la Acumulación Jurídica o de la Asperación o Agravación*

En su forma más simple, este sistema postula *la aplicación de la pena que corresponde al delito más grave aumentándola en determinada forma, según el número y entidad de los delitos cometidos.*

Concebido el sistema en esta forma, recibe el nombre de "asperación o agravación", pues implica, como señala MAURACH, una "agravación de la pena más grave"¹⁷.

Puede también concebirse al revés, es decir, como una atenuación de la pena resultante de la suma de todas las penas particulares.

Se diferencia del sistema de la acumulación aritmética en que aquí la acumulación no es numérica o material, sino que es jurídica o abstracta. No se trata de una simple suma matemática, sino que de la agravación, por sobre la pena asignada al delito más grave, según criterios valorativos o axiológicos, como lo son la cantidad y especialmente la entidad (la naturaleza, la sustancia del delito) de los hechos punibles.

Se diferencia, a su vez, del sistema de la absorción, en que aquí los delitos de menor entidad no son materialmente absorbidos, sino que concurren, según los criterios valorativos señalados, a la agravación de la pena, según corresponda.

La doctrina concuerda mayoritariamente en que este sistema es más satisfactorio que los anteriores, a pesar de que presenta el inconveniente de que el mecanismo de computación de las penas es más complejo.

¹⁷ R. MAURACH. Ob. cit., Tomo II, p. 479.

Así, por ejemplo, para Santiago MIR PUIG, es el más adecuado, pues constituye una vía intermedia entre los dos anteriores, ya que supone una pena más grave que la correspondiente al delito de más gravedad, pero no tanto como la que resultaría de sumar todas las penas. Entre nosotros, NOVOA manifiesta igual opinión¹⁸.

Del mismo modo, MAURACH anota como punto a favor del sistema el hecho de que las penas por los delitos menos graves contribuyen a la computación de la pena definitiva, y de esta manera no son "liquidados", como ocurre en el sistema de la absorción¹⁹.

B) *La penalidad del concurso real o material en nuestra legislación positiva*

La verdad es que nuestra legislación positiva (Código Penal y Código de Procedimiento Penal) aplica los tres sistemas descritos de una forma que podríamos calificar de poco lógica y racional.

Se pueden dar los siguientes cinco casos:

1. *La regla general*: aplicación del sistema de la acumulación aritmética o material.

2. *Primera Excepción*: aplicación del sistema de la acumulación jurídica o asperación (agravación).

3. *Contraexcepción*: aplicación nuevamente del sistema de la acumulación aritmética o material.

4. *Segunda Excepción*: aplicación del sistema de la absorción.

5. *Regla Especial*: aplicación de la regla contenida en el artículo 451 del Código Penal.

Veamos, separadamente, cada uno de estos cinco casos.

1) *La regla general: aplicación del sistema de la acumulación aritmética o material*

Esta es la regla general, que se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 74 del Código Penal, según el cual: "Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones".

Ejemplo: Un mismo sujeto un día roba, al día siguiente viola y otro día mata. Se suman las penas correspondientes a los delitos de robo, violación y homicidio.

¿En qué orden se cumplen las penas? El Código Penal lo dispone en forma expresa: *simultáneamente*, si es posible; *sucesivamente*, si no es posible.

Y en este último caso (no es posible la ejecución simultánea de las penas, por la naturaleza de ellas) se aplican primero las penas *privativas* de la libertad y después las penas *restrictivas* de la libertad (confinamiento, extrañamiento, relegación o destierro).

Esto es, en síntesis, lo que dispone el inciso segundo del ya citado artículo 74 del Código Penal.

¹⁸ SANTIAGO MIR PUIG. "Lecciones de Derecho Penal", Ed. Bosch, Barcelona, p. 289; E. NOVOA M. Ob. cit., Tomo II, p. 257.

¹⁹ R. MAURACH. Ob. cit., Tomo II, p. 476.

2) *Primera excepción: aplicación del sistema de la acumulación jurídica o asperación (agravación).*

La regla general enunciada sufre una primera excepción en virtud de lo dispuesto por el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal:

Artículo 509: "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, dos o tres grados".

"Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a 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".

"Podrán, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al reo una pena menor".

"Las reglas anteriores se aplicarán también en los casos de reiteración de una misma falta".

"Para los efectos de este artículo, se considerarán delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo título del Código Penal o ley que los castiga".

Esta complicada norma está contenida, como hemos dicho, en el Código de Procedimiento Penal y, más precisamente, en el título que trata de "La Sentencia".

No obstante su ubicación en un Código que norma aspectos adjetivos, ella tiene un evidente carácter sustantivo o de fondo.

La excepción se refiere a los casos de *reiteración* de "crímenes o simples delitos" y la *reiteración* de una misma e idéntica "falta".

En estos casos se aplica, de manera no del todo perfecta, el sistema de la acumulación jurídica, en su forma de asperación o agravación.

Sin embargo, hay que hacer previamente una importante distinción:

- a. Si las infracciones pueden estimarse como *un solo delito*; o
- b. Si las infracciones *no pueden* estimarse como un solo delito.

En el primer caso (si pueden estimarse como un solo delito), se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, *estimadas como un solo delito*, aumentándola en uno, dos o tres grados.

En el segundo caso (no pueden estimarse como un solo delito), el tribunal aplicará la pena señalada a aquella infracción que, *considerada aisladamente con las circunstancias del caso*, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados, según el número de delitos.

Es necesario aclarar, brevemente, cuatro puntos en relación a estas normas.

1. Estas reglas son aplicables solamente en los casos en que estemos en presencia de una *reiteración de delitos de la misma especie*.

Es necesario entonces precisar, en primer término, cuándo estamos frente a delitos de "la misma especie".

CURY opina que la ley aquí ofrece una solución "clara pero infortunada".

En realidad la solución tiene la ventaja de la certeza jurídica, en cuanto no da lugar a interpretaciones encontradas, pero ha resultado poco afortunada según lo veremos en seguida.

Efectivamente, el propio artículo 509 del Código de Procedimiento Penal optó por señalar expresamente (de allí la certeza jurídica) que: "Para los efectos de este artículo se considerarán *delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo título del Código Penal o ley que los castiga*".

Resulta desafortunada la solución, pues de conformidad a ella se deben considerar de la *misma especie delitos* que por su propia naturaleza son muy diferentes y que, en consecuencia, atentan contra bienes jurídicos radicalmente diversos.

Por el contrario, sucede también que delitos que, básicamente, atentan contra el mismo bien jurídico, deben considerarse de *distinta especie*, porque se encuentran en otro título del Código Penal.

Ejemplos:

De conformidad a esta norma serían de la *misma especie* los delitos de *injuria* (Art. 412) y de *homicidio* (Art. 391), puesto que ambos están ubicados en el Título VIII, del Libro II, del Código Penal, que trata de los Crímenes y Simples delitos contra las personas. Es meridianamente claro que estos dos delitos son de naturaleza absolutamente diversa: la Injuria constituye un atentado contra el Honor y el Homicidio, un delito contra la Vida de una persona.

Por el contrario, resultan ser de *distinta especie* el delito de *aborto* (Art. 342 y sgtes.) y el de *infanticidio* (Art. 394), atendido que geográficamente se encuentran en diferentes Títulos del Código Penal, no obstante que ambos protegen, básicamente, el bien jurídico "Vida Humana", sea en gestación o apenas formada.

Pueden encontrarse numerosos otros ejemplos de inconsecuencia como los señalados, que no responden a ningún criterio sustentable.

En cambio, suele resultar afortunada la solución al considerar de la misma especie a los delitos penados en la ley especial que los castiga. Así, serían de la misma especie, por ejemplo, el "fraude aduanero" y el "contrabando", lo que parece correcto. (Ambos están penados en la "Ordenanza de Aduanas", que es ley especial).

2. Cabe también preguntarse: ¿Cuándo las infracciones pueden estimarse como un solo delito?

Esta vez la ley no responde expresamente a la interrogante.

Se piensa, en general, en nuestra doctrina, que podrán las infracciones considerarse *como un solo delito* cuando la penalidad se determine por la *cuantía o monto*.

Ejemplo: En el caso del delito de *hurto*, tres hurtos de \$ 10.000 podrán ser considerados como uno solo de \$ 30.000, para luego aumentar la pena fijada para este último en uno, dos o tres grados.

Los ejemplos del segundo caso, vale decir, de delitos que aún siendo de la misma especie no pueden estimarse como uno solo, son algo más rebuscados. Novoa propone el siguiente: "Un particular que falsifica un certificado de funcionario público (Art. 205), luego una escritura pública (Art. 194) y finalmente un porte de armas (Art. 200)".

En este ejemplo se aplicará la pena de la falsificación de documento público (la escritura pública, Art. 194), pues constituye la infracción que considerada aisladamente tiene asignada mayor pena, y esta pena se aumentará en uno, dos o tres grados, según el número de delitos.

En este segundo caso debe aplicarse la pena señalada para aquella infracción que, considerada aisladamente, tenga en definitiva una pena mayor, teniendo en cuenta para determinar tal pena *las circunstancias del caso*.

Esta es una clara referencia a las circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal (Arts. 11, 12 y 13) que concurren, particularmente, en el caso en concreto.

3. Dijimos que, según esta disposición del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, se aplica el sistema de la acumulación jurídica o de la asperación o agravación, pero que tal aplicación no es del todo perfecta.

En efecto, esto es así porque sólo en el segundo caso (cuando las infracciones no pueden estimarse como un solo delito) la norma dice que la pena se aumentará en función de la "cantidad" de delitos.

En el primer caso (si pueden considerarse como un solo delito), sin duda por un olvido del legislador, no se dice en función de qué elemento o variable se ha de aumentar la pena.

Sin embargo, este error no es el más importante. Mucho más grave nos parece que en ninguno de los dos casos se tome 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.

Es de esperar que los jueces, en la práctica, usando un adecuado criterio jurídico, consideren la "entidad" de los delitos, aprovechando la circunstancia de que la ley, al menos en el primer caso, no los limita en absoluto a este respecto, y les permite una flexibilidad nada menos que de tres grados en la pena.

4. Por último, hay que hacer notar —y esto lo destaca especialmente CURY— que respecto de las "faltas", la ley exige *identidad total*: debe tratarse de la *misma falta*. Esto se deduce claramente del inciso cuarto del artículo 509, tantas veces citado.

3) *Contraexcepción: Aplicación nuevamente del sistema de la acumulación aritmética o material*

Podrán con todo —dice el inciso tercero del artículo 509— aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal (Acumulación Aritmética o Material), si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al reo una pena menor.

Debe notarse que la disposición es meramente facultativa y no imperativa, desde el momento en que utiliza literalmente la expresión "podrán".

No obstante ello, y en esto concuerda la totalidad de nuestra doctrina y jurisprudencia, por tratarse de una forma de expresión del principio "pro reo", en la práctica se ha entendido que es de hecho una *obligación* aplicar la pena menor.

4) *Segunda excepción: Aplicación del sistema de la absorción*

Partiendo de la base de que en los delitos en conexión ideológica necesaria de medio a fin tendríamos un caso de *concurso real*, que como hemos estudiado es la posición unánimemente sustentada por nuestra doctrina más moderna, resulta que la ley pena un caso de concurso real con la *pena mayor asignada al delito más grave*.

Esto es así, porque esta forma de concurso real o material está contemplada en el artículo 75, junto al verdadero concurso ideal o formal, y no en el artículo 74 donde se encuentran las formas básicas de concurso real.

Es decir, se está penando con el sistema de la *absorción* (pena mayor asignada al delito más grave) a un concurso real, cuando este sistema constituye en nuestra ley la forma clásica de penar el concurso ideal o formal.

Pero esto —como acota ETCHEBERRY— tiene una razón de fondo, una explicación de justicia material. Porque cuando se cometen varios delitos pudiendo cometer uno solo es más censurable que cometer dos delitos, porque no se podía hacer de otra manera, que es la situación de los delitos conectados como medio a fin, y también, como veremos, la del concurso ideal o formal. Por esta razón la ley es más benigna ²⁰.

5) *Regla especial: Aplicación de la regla contenida en el artículo 451 del Código Penal*

Como ya lo hemos estudiado esta disposición sanciona de manera muy especial un caso, también bastante particular, de reiteración de hurtos.

Se trata de la reiteración de hurtos a una misma persona o en una misma casa a distintas personas. En este caso, el tribunal hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al sujeto en su grado superior.

Como sabemos hoy día nuestra doctrina considera que aquí no existe realmente una figura de delito continuado, sino que se trata de un caso más, bastante peculiar por cierto, de concurso real, que se pena en la forma que hemos señalado.

Es semejante al caso de los delitos de la misma especie que pueden considerarse como un solo delito, con la diferencia de que aquí la pena es menor, pues sólo se aumentará en un grado, y no podrá aumentarse en dos o tres grados. Es por ello que ETCHEBERRY no lo considera un delito continuado tratado con severidad, sino que un concurso real o material, tratado con benignidad ²¹.

Jurisprudencia chilena: Atendido que la generalidad de los problemas que ha resuelto nuestra jurisprudencia han girado en torno a la distinción —sea entre casos de unidad y pluralidad de delitos, sea entre casos de concurso real o concurso ideal— y aún no hemos examinado estas materias, practicaremos el análisis de esos fallos después de haberlas estudiado.

Por el momento, dejaremos en claro que nuestra jurisprudencia concuerda plenamente en cuanto que el concurso de delitos se encuentra regido por los dos principios matrices que hemos señalado: a) Ningún delito puede quedar impune; b) No puede un mismo hecho ser sancionado dos veces; *non bis in idem*.

Concuerda también, en materia de penalidad del concurso real, en orden a que el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal complementa el artículo 74 del Código Penal, dando preferencia al sistema de la acumulación jurídica, tal como lo hemos explicado.

Del mismo modo, la jurisprudencia es unánime en cuanto a que la disposición, contenida en el inciso tercero del artículo 509 del Código de Proce-

²⁰ A. ETCHEBERRY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, 1964, p. 119.

²¹ A. ETCHEBERRY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, 1964, p. 112.

dimiento Penal, que permite la aplicación del artículo 74 del Código Penal, si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al reo una pena menor, es facultativa; pero ha de entenderse, en la práctica, como obligatoria, por constituir una expresión del principio "pro reo".

2) EL CONCURSO IDEAL O FORMAL DE DELITOS

El concurso ideal o formal de delitos constituye el segundo caso de pluralidad de delitos.

Es decir, aquí también nos encontramos ante una situación en la cual se han cometido, por una misma persona, dos o más delitos: una pluralidad de delitos.

La diferencia esencial entre el Concurso Real y este Concurso Ideal o Formal se encuentra en lo siguiente: en el *Concurso Real* se han ejecutado *varios hechos* que configuran *varios delitos*; en cambio, en el *Concurso Ideal* con *un solo hecho* se han configurado, también, *varios delitos*.

Más brevemente: en ambos concursos existen *varios delitos*; pero en el Concurso Ideal el *hecho* que dio origen a esos delitos *es uno solo*; por el contrario, en el Concurso Real los *hechos son múltiples*.

Este concurso de un solo hecho que, sin embargo, da lugar a dos o más delitos, ha sido denominado en doctrina Concurso Ideal, Intelectual o Formal. Para mayor claridad en la exposición emplearemos solamente la expresión "Concurso Ideal", sin olvidar que también ha recibido doctrinariamente las denominaciones que hemos señalado.

Definición: "El concurso ideal de delitos tiene lugar cuando una persona, ejecutando un solo hecho, comete dos o más delitos diferentes o un mismo delito varias veces".

Ejemplos:

a) El padre, conociendo las relaciones que lo ligan, yace con su hija usando fuerza o intimidación.

Aquí hay un solo hecho (un padre, que conoce las relaciones que lo ligan y que yace con su hija usando fuerza o intimidación) y dos delitos diferentes que se configuran simultáneamente: un incesto (Art. 364) y una violación (Art. 361).

b) El sujeto, con un solo disparo, mata a dos personas.

Aquí también hay un solo hecho (el sujeto que efectúa un solo disparo) que configura dos veces el delito de homicidio (Art. 391), pues mata a dos personas.

Ubicación en la ley: El concurso ideal está expresamente tratado en la primera parte del inciso primero del artículo 75 del Código Penal, cuando éste se refiere al *caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos*.

Requisitos: Los requisitos del Concurso Ideal son los siguientes:

1) Una misma persona.

2) Unidad del Hecho; un solo Hecho.

3) Pluralidad de delitos: pluralidad de acciones, típicas, antijurídicas y culpables.

Ahora bien, antes de ingresar al análisis de cada uno de estos requisitos, es indispensable que nos refiramos previamente, en un largo paréntesis, al exacto alcance de la voz "hecho" y sus diferencias con la voz "acción", en

su sentido amplio, comprensiva tanto de la acción propiamente tal como de la omisión.

Análisis de los conceptos de "hecho" y de "acción": su importancia y sus diferencias

Durante toda la exposición que hemos efectuado de esta materia se ha utilizado repetidamente la palabra "hecho" y no "acción", a pesar de que el artículo 1º del Código Penal, y también la doctrina, comienzan a definir el delito como una "acción u omisión" y no como un "hecho".

Esto no ha sido una casualidad. Hemos usado el término "hecho" intencionalmente, pues esto tiene una enorme importancia, por las razones que veremos en seguida.

¿Por qué hablamos de *hecho* y no de *acción* en materia de concursos?

En primer lugar, y este solo argumento nos parece prácticamente definitivo, *porque así lo dice expresamente nuestra ley*, a diferencia de otras legislaciones extranjeras en las cuales se usa la expresión "acción".

Efectivamente, nuestro Código emplea el término *hecho*.

No lo hace directamente el artículo 74, que trata del caso base de concurso real, pero se deduce en forma clara y sin lugar a dudas del artículo 75.

Dice el artículo 75: "La disposición del artículo anterior (o sea, el 74) 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 esta disposición (Art. 75) están contemplados el concurso ideal y la forma de concurso real en la cual existen varios delitos vinculados entre sí por una relación necesaria de medio a fin, a la que ya nos hemos referido extensamente.

Lo que queremos remarcar ahora es la circunstancia de que se usa la expresión *hecho* en el artículo 75 directamente, y también en forma indirecta cuando hace referencia al artículo 74. ("La disposición del artículo anterior . . .", etc.).

Queremos llamar especialmente la atención sobre este concepto de *hecho*, porque no sólo la *teoría de los concursos de delitos* se construye en nuestro Código sobre el *hecho* y no sobre la *acción*.

En efecto, veamos —sin que la enumeración sea en ningún caso exhaustiva— lo siguiente:

a) Toda la *teoría de la participación* completa se estructura sobre el *hecho* y no sobre la *acción*.

Art. 15 Nº 1: Se consideran autores: Los que toman parte en la *ejecución del hecho*, sea de una manera . . .

Art. 15 Nº 2: Se consideran autores: Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo. (Se refiere indiscutiblemente al *hecho*).

Art. 15 Nº 3: Se consideran autores: Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el *hecho* o lo presencian sin tomar parte inmediata en él. (En el *hecho*).

Art. 16: Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la *ejecución del hecho* por actos anteriores o simultáneos.

b) Del mismo modo en la *teoría del Iter Criminis* la expresión "*hechos directos*", que utiliza el artículo 7º, en su inciso 3º, es decisiva en la construcción del concepto de Tentativa.

c) Toda la *teoría de los delitos culposos* se estructura en nuestro Código sobre el "hecho" y no sobre la "acción".

Art. 490: "El que por imprudencia temeraria *ejecutare un hecho...*"

Art. 492: "Las penas del artículo 490 se impondrán respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, *ejecutare un hecho...*".

d) Lo mismo puede decirse respecto del *estado de necesidad*, pues el artículo 10 N° 7 utiliza la expresión *ejecuta un hecho*; del artículo 10 N° 1, inciso 2°; en determinadas atenuantes y agravantes (11 N° 4; 12 N° 18; 12 N° 19; 456 bis N° 4); en las *faltas* el artículo 494 N° 19 califica de *hechos penados*, entre otros delitos, nada menos que al hurto, a la estafa, a la apropiación indebida. Pueden verse también los Arts. 144, 400, 452, 458, 488, etc.

No siempre la palabra *hecho* está usada, en todas estas disposiciones, exactamente con el mismo sentido y alcance; pero es una realidad que la frase *ejecutar el hecho* es importante en nuestro Código Penal.

Entonces es necesario precisar el concepto de *hecho* y, sobre todo, diferenciarlo del de *acción* u *omisión*.

En este sentido no cabe duda que el concepto de *hecho es más amplio* que el de *acción*.

Un *hecho único* puede estar integrado por *varias acciones*, e incluso por una *acción* y una *omisión*.

Esto es claro en delitos complejos, tales como el robo con violencia o intimidación en las personas o la violación.

Ejemplos:

1) Robo con violencia o intimidación en las personas. (Es el *hecho*).

1. Una *acción*: Apropiarse. 2. Otra *acción*: Ejercer la fuerza o la intimidación.

2) Violación (Es el *hecho*). 1. Una *acción*: Yacer. 2. Otra *acción*: Usar fuerza o intimidación.

En estos casos *el hecho es único*, pero las *acciones son múltiples*, porque son independientes, pueden darse la una sin la otra; se puede yacer sin usar fuerza y se puede usar fuerza sin yacer.

El primer caso será normalmente impune (yacer sin fuerza) y el segundo (usar fuerza sin yacer) podrá constituir otros delitos (abusos deshonestos, lesiones), pero en ningún caso será violación.

La "violación" surgirá sólo cuando confluyan las dos acciones simultáneamente, "abrazadas por el mismo tipo penal", en un hecho único.

Y será así aún cuando participen dos personas, pues una puede yacer y la otra usar la fuerza. Este sería un caso preciso de coautoría, pues ambos han ejecutado el hecho de una manera inmediata y directa.

Pero aquí lo que nos interesa, fundamentalmente, es que pueden coexistir múltiples acciones dentro de un solo hecho.

Lo mismo puede decirse respecto de delitos con pluralidad de acción, en los cuales, por la estructura del tipo, es indiferente que la acción típica se haya ejecutado una o muchas veces.

Ejemplo:

El ejemplo clásico de esta situación lo constituye el delito de falsificación de moneda. (Art. 162 y sgtes.).

Falsificación de moneda. (Es el *hecho*). 1. *Hecho único*: Falsificación.
2. *Diversas acciones*: Cada uno de los forjamientos.

De igual manera en los delitos denominados "permanentes", cuyo concepto precisaremos en su oportunidad, puede darse un solo hecho que, sin embargo, incluye una acción y una omisión.

Ejemplo: El delito de secuestro (Art. 141).

Acción = Encerrar o detener a una persona, sin derecho, privándola de la libertad.

Omisión = No hacer cesar el encierro o la detención. Crear la perdurabilidad, la permanencia del disvalor, omitiendo.

Está claro, entonces, que efectivamente —tanto en teoría como en nuestra ley— pueden distinguirse en la estructura del "hecho" dos o más "acciones", o una "acción" y una "omisión".

El concepto de *hecho* es, por consiguiente, *más amplio* que el de *acción*.

Desde luego el *hecho*, en su estructura, comprende al *resultado*, que no forma parte de la acción.

El "resultado" es la consecuencia de la acción y por lo mismo no puede estructuralmente formar parte de ella.

El resultado es el efecto de la acción; y ésta la causa de aquél.

También forma parte del *hecho* el *nexo causal* entre la acción y el resultado; en los delitos de resultado, naturalmente.

El nexo causal no podría formar parte de la acción, puesto que la acción es, precisamente, uno de los elementos que enlaza.

Aún más, forman parte del *hecho* y no de la acción las diversas *modalidades de la acción*, que suelen presentarse con frecuencia en determinados tipos penales, y que dicen relación con el lugar, tiempo o formas de la acción.

Ejemplos:

a) En el delito de infanticidio (Art. 394) es indispensable que la acción de matar se ejecute "dentro de las 48 horas después del parto". (Modalidad de "tiempo" de la acción).

b) En el delito de robo con fuerza en las cosas (Arts. 440 y sgtes.) es importante determinar si la apropiación se ha efectuado en "lugar habitado o no habitado". (Modalidad de "lugar" de la acción).

c) En el delito de homicidio en riña o pelea (Art. 392) es determinante la circunstancia de que efectivamente exista una riña o pelea. (Modalidad de "forma" de la acción).

Síntesis: El *hecho* comprende: 1. A la acción. 2. Al resultado. 3. Al nexo causal entre acción y resultado. 4. A las modalidades descriptivas típicas (lugar, tiempo o forma de la acción).

Así, el concepto de *hecho* está integrado por elementos de orden psíquico (aspecto interno de la acción, la finalidad) y también por elementos de orden fáctico o materiales (el aspecto externo de la acción; el comportamiento humano; el resultado, las modalidades de tiempo, lugar y forma).

Pues bien, la importancia que tiene esta circunstancia de que en nuestro Código la teoría de los concursos esté construida en base al *hecho* y no a la *acción* reside, fundamentalmente, en que esto permite la *múltiple valoración jurídico penal*.

Nos explicamos: Si hay algo indiscutible de conformidad a la más elemental lógica es que *una sola acción sólo puede dar origen a un solo delito*.

También es perfectamente concebible que dos acciones den lugar a dos delitos; tres acciones a tres delitos, etc.

Pero lo que está en abierta pugna con la lógica es que *una sola acción* pueda constituir *dos o más delitos*.

Suelen citarse con frecuencia en las obras de Derecho Penal frases de algunos autores que han resultado ser muy adecuadas para definir, en pocas palabras, problemas cruciales, y que por ello se hacen famosas.

Entre ellas está la feliz expresión de Arthur BAUMGARTEN, penalista alemán de los años 1930, que trató sobre el concurso ideal y escribió:

“Una acción, un delito, quien cuente de otra manera lo tendría que hacer con la cooperación de una tabla de multiplicar bruja”²².

Lo que sucede es que las legislaciones alemana (antes de 1975) e italiana definen al concurso ideal en base al concepto de “acción”, y allí está la raíz de las complicadísimas teorías que ellos se ven obligados a elaborar para intentar demostrar que una sola acción puede constituir más de un delito. Así, por ejemplo, Francesco ANTOLISEI comienza diciendo, forzado por la legislación sobre la cual trabaja, que el concurso ideal se presenta cuando con una sola acción u omisión se viola varias veces la ley penal, cometiéndose, por ello, varios delitos. Luego continúa con una compleja elaboración destinada a procurar una explicación de cómo es posible que esto ocurra, perdiendo, por cierto, la claridad que lo caracteriza en la exposición de otras materias²³.

Esta circunstancia, de que esas legislaciones extranjeras utilicen la palabra “acción” para definir al concurso ideal, plantea, a sus respectivas doctrinas, dos grandes problemas, a saber:

1. La cuestión de cómo puede una acción única configurar varios delitos; y
2. La cuestión de si se trata realmente, efectivamente, y no *idealmente*, de varios delitos.

Las dos cuestiones están estrechamente vinculadas, de manera que la solución de una condiciona la de la otra.

Justamente la denominación de concurso ideal o intelectual deriva del pensamiento de quienes creen que sólo “idealmente”, “intelectualmente”, puede concebirse una pluralidad de delitos y una sola acción. De la convicción de que esto no puede ocurrir en la *realidad*.

En cambio, entre nosotros es perfectamente concebible que *un solo hecho* pueda constituir *dos o más delitos*, porque el concepto de hecho es más extenso y puede comprender a varias acciones.

Para nosotros los dos grandes problemas que hemos señalado tienen en nuestra ley positiva una respuesta clara y expresa. De manera que, en verdad, no constituyen problemas.

Es la propia ley —en el artículo 75— la que resuelve la primera cuestión al disponer claramente que se trata de *un solo hecho* y no de una sola acción.

Y es también la ley —en el mismo artículo 75— la que prescribe en forma expresa que este hecho único constituye *dos o más delitos*, resolviendo así la segunda cuestión.

²² ARTHUR BAUMGARTEN. “Die Idealkonkurrenz”, 1930, Tomo II, p. 189. Citado por Juan Bustos R., “El Concurso Ideal de Delitos”, Ob. cit., p. 32.

²³ FRANCESCO ANTOLISEI. “Manual de Derecho Penal”. Parte General. Traducción por Juan del Rosal y Angel Torio, U.T.E.H.A. Buenos Aires, 1960, pp. 373-374.

Entre nosotros este concurso no debería denominarse "ideal", porque no tiene nada de ideal, es tan real como el anterior, en el sentido de que realmente, y no sólo intelectualmente, concurren dos o más delitos sin excluirse entre sí.

Pensamos que en nuestra doctrina deberíamos más bien hablar de un "Concurso de varios hechos" y de un "Concurso de un solo hecho".

La pluralidad de delitos en ambos concursos es algo absolutamente real. No tiene nada de intelectual o ideal.

El problema para nosotros es distinto, y si bien no es de fácil respuesta, al menos puede tener una solución que no pugne con los principios elementales de la lógica. Este problema es el de determinar con precisión cuándo y en qué circunstancias podemos hablar de *un solo hecho* y no de *varios hechos*. Volveremos sobre este punto al examinar los requisitos del concurso ideal.

Doctrina chilena

En nuestra doctrina no siempre se vio tan claramente la importancia de esta distinción entre el hecho y la acción.

Es así como DEL RÍO y LABATUT, ciñéndose estrictamente al tenor literal de la ley, definen al concurso ideal como aquel que tiene lugar cuando *un solo hecho* constituye dos o más delitos, pero no deducen de ello toda la gama de conclusiones que es posible desprender. En verdad, no ven aún diferencia de importancia entre el concepto de hecho y el de acción²⁴.

Por el contrario, FONTECILLA, en su monografía que ya hemos citado, de 1946, caracteriza al concurso ideal como una "unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas". No obstante, visualiza el problema, puesto que al referirse al artículo 75 señala que en lugar de *hecho* éste debió decir *acción*²⁵.

ETCHEBERRY, en su memoria de grado que también hemos citado (1957), expresa que "existe concurso ideal cuando *una sola conducta humana externa* lesiona diversas disposiciones legales, o varias veces una misma". Emplea, en aquella oportunidad, la expresión "conducta humana externa" y no "hecho"²⁶.

Posteriormente, en 1960, siendo Profesor Agregado de Derecho Penal en la Universidad de Chile, informa la memoria de grado de Juan BUSTOS, sobre el "Concurso Ideal", y junto con calificarla de sobresaliente, elogia en forma especial el tratamiento que el entonces alumno da a la diferenciación entre los conceptos de "acción" y "hecho"²⁷.

No obstante ello, BUSTOS, si bien cuando enfoca el concepto hacia nuestro Código en particular expresa que el concurso ideal es "una figura compleja que reúne varios delitos en torno a la *unidad de hecho*", postula en definitiva, al terminar su trabajo, que de lege ferenda, y concordando con FONTECILLA, habría que reemplazar en el artículo 75 la voz "hecho" por "acción"²⁸.

²⁴ Véase J. R. DEL RÍO. Ob. cit., p. 280; G. LABATUT, Tomo I, Parte General, Tercera Edición, 1959, Ed. Jurídica de Chile, p. 202.

²⁵ R. FONTECILLA. Ob. cit., p. 77.

²⁶ A. ETCHEBERRY. Ob. cit., "El Concurso...", p. 10.

²⁷ ALFREDO ETCHEBERRY O. Informe sobre la memoria de prueba de Juan Bustos R., sobre "Concurso Ideal de Delitos", 2 de agosto de 1960, en Juan Bustos R. Ob. cit., p. 5.

²⁸ J. BUSTOS. Ob. cit., pp. 85-87.

Nuevamente ETCHEBERRY, poco más tarde, en la primera edición de su "Derecho Penal" (1964), se refiere al concurso ideal precisando que es aquella situación en la cual *un solo hecho* da origen a la existencia de varios delitos²⁹.

Modifica entonces su posición y no sólo utiliza la expresión *hecho*, en lugar de "conducta humana externa", sino que sustenta con claridad y decisión que: "Nuestro sistema de concurso no se estructura fundamentalmente sobre la *unidad de acción*, sino sobre la *unidad de hecho*, derivando de ello las consecuencias a que nos hemos venido refiriendo". Evidentemente, mantiene estos mismos conceptos en la última edición de su "Derecho Penal" (1976)³⁰.

Para NOVOA, en su "Curso de Derecho Penal Chileno", tomo II (1966), también el *hecho* está en la base del concurso, y hace especial referencia a la unidad de hecho, como también a su importancia y a la diferencia entre nuestra legislación y la normativa vigente en Alemania en aquella época³¹.

Por su parte CURY, desde la primera edición de su "Orientación" (1969) sustenta derechamente que "el concurso ideal sólo supone la *unidad del hecho*, no de la *acción*", de tal modo que en esta figura jurídica "solo es única la forma, el modo en que se exterioriza y realiza la actividad final; pero las acciones son múltiples"³².

En el reciente segundo tomo de su Derecho Penal (1985) mantiene dicho pensamiento y señala que: "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"³³.

Francisco GRISOLÍA destaca también la importancia que tiene en general —y específicamente respecto de los problemas que se plantean en torno a la "comunicabilidad"— la circunstancia de que en nuestra ley es posible la calificación jurídica múltiple porque se participa en el *hecho*³⁴.

Del mismo modo, Sergio YÁÑEZ desprende ricas y nuevas conclusiones respecto de los problemas básicos de la Autoría y Participación en el Código Penal Chileno, al poner énfasis en la expresión "*Ejecución del hecho*", que utiliza el artículo 15 N° 1, del Código Penal³⁵.

Por último, a nuestro entender, es Luis COUSIÑO, en su "Derecho Penal Chileno", Tomo I (1975), quien asigna al concepto de *hecho*, en general, la enorme relevancia que nos parece que realmente tiene en nuestra ley. Es así como, aun cuando en los dos tomos que hasta ahora ha escrito no ha alcanzado a tratar específicamente el tema de la teoría de los concursos de delitos,

²⁹ A. ETCHEBERRY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, 1964, p. 116. (El subrayado es nuestro).

³⁰ A. ETCHEBERRY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, 1976, p. 86. (El subrayado es nuestro).

³¹ E. NOVOA M. Ob. cit., Tomo II, pp. 263 y sgtes.

³² ENRIQUE CURY U. "Orientación para el estudio de la Teoría del Delito", Primera Edición, Edeval, Valparaíso, 1969. (El subrayado es nuestro).

³³ E. CURY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, p. 285. (El subrayado es nuestro).

³⁴ FRANCISCO GRISOLÍA C. "La Comunicabilidad en los Delitos de Malversación y Fraude", en "Revista de Ciencias Penales", Tomo XXXIV, N° 1, 1976, p. 20.

³⁵ SERGIO YÁÑEZ P. "Problemas básicos de la Autoría y de la Participación en el Código Penal Chileno", en "Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal", Edeval, Valparaíso, 1975, p. 171 y sgtes. (Las mayúsculas y el subrayado es nuestro).

en el primer tomo ya citado destina toda una sección a la *Teoría del Hecho*, a la cual trata antes que a la *Teoría de la Acción*, quedando esta última comprendida en aquélla³⁶.

ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL CONCURSO IDEAL

1) *Una misma persona*

De igual manera que en el concurso real, en el concurso ideal también debe tratarse de un sujeto único.

A la mayoría de la doctrina le parece que éste es un requisito tan obvio que ni siquiera lo mencionan. Aquí lo hemos señalado sólo para mantener la uniformidad con respecto a la definición y requisitos del concurso real o material.

2) *Unidad del hecho; un solo hecho*

Respecto de este requisito adquiere todo su valor nuestra exposición acerca del concepto de hecho y sus diferencias con el de acción.

Conforme al tenor literal de nuestra ley, los problemas cruciales del concurso ideal se han trasladado hacia este punto: a la *unidad de hecho*.

En efecto, de la particular circunstancia de que en nuestro código el concurso está construido sobre el concepto de hecho y no de acción, se desprenden a lo menos las siguientes conclusiones de importancia:

a. El problema del concurso en general se sitúa, en definitiva, en el ámbito de la *teoría del Hecho*, o bien en el de la *teoría de la Tipicidad*, pero en ningún caso en la *teoría de la Acción*.

En la más moderna doctrina extranjera el concurso es tratado en la teoría de la *Tipicidad*. Así, por vía meramente ejemplar, Eugenio Raúl ZAFFARONI lo trata en la "Problemática especial de la Tipicidad"; Günther STRATENWERTH señala que "las cuestiones fundamentales del concurso deben tratarse en la teoría de la Tipicidad"; Santiago MIR PUIG vincula directamente la unidad de hecho con el "sentido del Tipo". Entre nosotros para CURY solamente "ciertas cuestiones relativas al concurso ideal de delitos o al delito continuado se relacionan estrechamente con las referentes al *tipo de injusto*"³⁷.

b. Esto nos lleva a concluir que en la teoría de los concursos hay toda una riqueza, una gama de problemas conceptuales, que van mucho más allá de la sola cuestión de la penalidad, como se entendía antiguamente.

c. La circunstancia de estar construida la teoría sobre el hecho y no sobre la acción posibilita, entre nosotros, como ya lo hemos señalado, la *múltiple valoración jurídico penal*, sin los problemas que se presentan en otras legislaciones.

³⁶ LUIS COUSIÑO MC IVER. "Derecho Penal Chileno", Tomo I. Véase Sección segunda. Teoría del Hecho, pp. 325 y sgts., y Sección Tercera. La Teoría de la Acción, pp. 429 y sgts.

³⁷ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. "Teoría del Delito", Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 703; GÜNTHER STRATENWERTH. "Derecho Penal". Parte General. Traducción por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 343; SANTIAGO MIR PUIG. Ob. cit., p. 291; E. CURY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, p. 270. (El subrayado es nuestro).

Esto es, que *un solo hecho*, al poder integrar en su estructura a dos o más acciones, *puede ser valorado lógica y jurídicamente en forma múltiple*.

En otras palabras: un solo hecho puede constituir dos o más delitos; en cambio, una sola acción jamás podrá configurar una multiplicidad de delitos.

d. De todo lo dicho se desprende claramente que, para nosotros, la cuestión fundamental es diferente: no se trata de un intento por explicar la inconsecuencia que significa la acción única seguida de valoración múltiple, *sino que de precisar* cuándo y en qué circunstancias podemos hablar de *un solo hecho* y no de *múltiples hechos*.

Este es el punto decisivo, pues de él va a depender, en última instancia, que en el caso concreto decidamos si estamos en presencia de un concurso real o de un concurso ideal, con la consecuencia práctica de que en uno u otro evento debe aplicarse una pena muy diferente.

Cabe entonces preguntarse: ¿Cuándo estamos en presencia de *un solo hecho*?

ETCHEBERRY destaca que el "principal problema que aquí se plantea es el de saber cuándo un hecho debe ser considerado *único*" y reconoce que esta cuestión ha dado origen a numerosas dificultades en doctrina y que "no es sencillo dar una respuesta"³⁸.

Hemos afirmado anteriormente que ésta es, por cierto, una cuestión difícil de resolver, pero en ningún caso imposible, porque no pugna con la lógica, como ocurre cuando se trata de que una sola acción configure varios delitos.

Aquí se puede llegar a una solución satisfactoria por dos vías diferentes que, sin embargo, conducen a un mismo resultado.

Una de las vías es la utilizada por ETCHEBERRY, cual es la de investigar el sentido y finalidad de la ley. La otra es acudir a criterios de orden más bien fácticos o naturales³⁹.

Se puede decir que, para que se dé la unidad de hecho, debe existir una apariencia externa unitaria, el hecho debe presentarse en *un solo contexto*, dado por la secuencia continuada y sin interrupción de la actuación humana.

En otras palabras, se da el *contexto único*, cuando hay *unidad o indivisibilidad espacial y temporal en el hecho*.

El criterio de distinción se mueve entonces en el orden de los procesos naturales, fácticos.

Si el contexto de la situación —en las categorías del *espacio* y del *tiempo*— puede ser considerado *único* por ser *indivisible*, estaremos frente a *un solo hecho*.

Por el contrario, si considerando el contexto espacial y temporal los delitos —como dice PACHECO— *han podido ocurrir el uno sin el otro* (o sea, son *divisibles*), ya no estamos frente a un solo hecho; los hechos son múltiples⁴⁰.

El ejemplo de PACHECO —que cita ETCHEBERRY— es clarificador a este respecto. Dice que si un hombre viola a una mujer y le causa graves lesiones físicas, hay un hecho solo, "indivisible en su realidad", pero hay dos delitos: violación y lesiones.

¿Por qué el hecho es único? Lo expresa PACHECO al considerar el caso contrario: los bandidos que asaltan a los viajeros, los roban y los matan. Aquí,

³⁸ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, 1964, pp. 117-118.

³⁹ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, 1964, p. 118.

⁴⁰ JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO. "El Código Penal Concordado y Comentado", Madrid, 1867, I, pp. 421-422.

sostiene PACHECO, el hecho ya no es único: "Los delitos son dos: han podido ocurrir el uno sin el otro. Ni son un hecho mismo, aunque sean hechos próximos, ni hay ninguna dificultad en separarlos con la inteligencia, pues en realidad separados estuvieron".

Se rompe entonces el contexto único, la indivisibilidad, cuando no hay unidad espacial o temporal, y, con mayor razón, cuando faltan ambas. Destruído el contexto único ya no podremos hablar de un solo hecho; tendremos que reconocer una pluralidad de hechos. Y, en consecuencia, ya no se tratará de un concurso ideal, sino que de un concurso real.

ETCHEBERRY llega, a nuestro entender, a una solución análoga, pues para él si las ofensas no pueden separarse, ello "significa que el hecho es indivisible y, en consecuencia, único"⁴¹.

Sostiene esta tesis apoyándose en los fines y motivos que inspiraron a la ley. Sustenta, en efecto, "que en el concurso ideal la ley es más benigna pues 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". "Y a esta situación, si bien censurable, la ley la considera menos digna de pena que aquella en la cual se cometen varias ofensas pudiendo cometer una sola; en que ha sido la voluntad del hechor, y no las circunstancias, lo que ha determinado la múltiple ofensa".

Esta misma razón, como ya lo hemos estudiado, mueve a la ley a ser más benigna en el caso de concurso real en el cual un delito es el medio *necesario* para cometer el otro. No puede cometerse el delito que el delincuente se propone, si previamente no comete el otro.

En la doctrina italiana ANTOLISEI refuerza esta opinión argumentando que en el concurso ideal la pena es menor porque el sujeto se ha colocado en posición de rebeldía, de desobediencia a la norma (aunque se trate de varias normas distintas) en *un solo momento*, mientras que en el concurso real se rebela varias veces sucesivas contra el orden jurídico. Es decir, aquí ANTOLISEI está remarcando el criterio de la unidad temporal: un solo momento⁴².

Entonces en esta *unidad de espacio y tiempo, que hace al contexto indivisible, estaría el criterio para calificar al hecho como único*.

Este contexto único es lo que los italianos denominan la "contestualità", expresión que se ha traducido como "contextualidad". Es decir, contexto único.

Naturalmente en materia tan compleja la doctrina no es unánime. Así hay quienes exigen, además del contexto único, otros requisitos.

ANTOLISEI, y los italianos en general, requieren la existencia de la "contestualità" y, además, la *unidad de fin, de propósito*⁴³.

Entre nosotros, BUSTOS, en su memoria, cuando se refiere a la unidad de hecho en relación a nuestra ley, exige, además del contexto único, la unidad de alguno de los elementos del hecho, sea la acción, sea el resultado⁴⁴.

⁴¹ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, 1964, p. 118.

⁴² F. ANTOLISEI. Ob. cit., p. 376.

⁴³ Puede verse, a título meramente ejemplar, F. ANTOLISEI. Ob. cit., p. 376. SILVIO RANIERI, "Manuale di Diritto Penale", Edit. Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1952, p. 199. GIUSEPPE BETTIOL, "Derecho Penal". Parte General, Ed. Temis, Bogotá, 1965, p. 546.

⁴⁴ J. BUSTOS. Ob. cit., p. 20.

Entonces hay quienes exigen unidad del contexto y, también, unidad de fin, de acción o de resultado.

No concordamos con estas opiniones. Nos parece que no es necesariamente así.

Pensamos que para la *unidad de hecho* basta la unidad o indivisibilidad externa del contexto, y no se requiere necesariamente unidad de acción, o de finalidad, que para nosotros vendría a ser lo mismo, puesto que la acción es conducta final, ni tampoco se requiere unidad de resultado a falta de unidad de acción.

Aún más, sostenemos que para la existencia del concurso ideal, no ya para la unidad del hecho, se requiere, por el contrario, no una unidad de acción, sino una multiplicidad de acciones y, por consiguiente, también una multiplicidad de finalidades.

Ello es así porque tenemos que ser consecuentes con la posición adoptada y, sobre todo, con la ley chilena.

Hemos dicho que está claro que en el concurso ideal hay un solo hecho pero dos o más delitos. Así lo dice, textualmente, el artículo 75 del Código Penal.

Y el Código Penal también dice, en su primer artículo, que el delito es una acción u omisión voluntaria penada por la ley.

Entonces cuando hay dos delitos, hay dos acciones; y cuando hay tres delitos, hay tres acciones, etc.

Y la doctrina, que en esto no se contrapone con la ley, nos dice que el delito es una acción, típica, antijurídica y culpable.

Luego, cuando hay dos delitos, hay dos acciones típicas, antijurídicas y culpables, y así sucesivamente.

Y como la acción lleva en sí la finalidad, cuando hay dos acciones hay dos finalidades.

Entonces en el concurso ideal hay dos o más acciones, con sus correspondientes finalidades, que configuran dos o más tipos y que son todas antijurídicas y culpables.

Si no fuera así no habría dos o más delitos, como dice el artículo 75.

Y esto es independiente de la *unidad de hecho*.

Si no fuera así no podría el artículo 75 decir que *un solo hecho* puede constituir dos o más delitos.

Todo esto lo permite la circunstancia de que el hecho, concepto amplio, puede estar constituido por varias acciones, varias finalidades y varios resultados.

Esto se ve claro en la definición de CURY, cuando dice que un mismo hecho realiza antijurídica y culpablemente las exigencias de dos o más tipos. Y entre las exigencias de los tipos, está la acción, y el dolo, que no es más que la finalidad tipificada⁴⁵.

Entendemos que a similares conclusiones se llega dentro del esquema de ETCHEBERRY, para quien la voluntad finalista o finalidad pertenece a la acción, pero, una vez valorada esta finalidad como reprochable, pasa a denominarse dolo, y se asienta —como tal dolo— en la culpabilidad. Los resultados, para los efectos que aquí nos interesan, son análogos, pues el concurso ideal exigirá, dentro de este modelo, varias acciones y varias finalidades, y también las

⁴⁵ E. CURY. Ob. cit., "Orientación...", p. 285.

correspondientes valoraciones de las finalidades como reprochables y, por consiguiente, dolosas⁴⁶.

De modo que, en síntesis, habrá *un solo hecho* cuando exista unidad espacial y temporal, de manera que el contexto sea único e indivisible; y habrá *concurso ideal* cuando este *hecho único* dé origen a *dos o más delitos*, o, lo que es lo mismo, a *dos o más acciones típicas, antijurídicas y culpables*.

Pero aquí pasamos al tercer y último requisito del concurso ideal.

3) *Pluralidad de delitos: pluralidad de acciones típicas, antijurídicas y culpables*

Con lo dicho en el punto anterior este requisito se explica por sí solo. Es claro, como hemos visto, que si la ley habla de *dos o más delitos*, tendrán que concurrir una *pluralidad de acciones típicas, antijurídicas y culpables*, pues en ello consiste, precisamente, el delito.

Ejemplos

Es posible que los siguientes ejemplos sean útiles para aclarar algunos de los complejos problemas que plantea la teoría de la Unidad y Pluralidad de Delitos.

1. *El sujeto dispara sobre una persona con intención de matarla y la mata*

Es el caso más simple. Aquí *sí* hay *unidad de hecho* porque hay un solo contexto externo, hay unidad espacial y temporal. También hay unidad de acción, de finalidad y de resultado.

Lo que *no* hay es *concurso ideal, ni real*. Aquí no hay ningún concurso de ninguna especie, porque no hay pluralidad de delitos.

Este es un caso de Unidad de Delito: es, simplemente, un homicidio.

2. *El sujeto dispara sobre la persona con intención de matarla y no da en el blanco; inmediatamente después dispara de nuevo y la mata.*

Aquí *sí* hay *unidad de hecho* porque igual que en el caso anterior hay unidad espacial y temporal, hay un solo contexto.

Pero aquí hay dos acciones, cada una con su finalidad de matar: la primera vez el sujeto quiere matar y no lo logra; la segunda vez quiere matar nuevamente y lo logra.

No hay *concurso ideal* porque hay *un solo delito*: homicidio consumado.

Este es un caso, como veremos más adelante, de concurso *aparente* de leyes penales que se resuelve por el principio de la consunción o absorción: la etapa más avanzada del iter criminis (el homicidio consumado) absorbió o consumió a la etapa menos avanzada (el homicidio tentado o frustrado).

3. *El sujeto dispara sobre la persona con intención de matarla, pero sólo la hiere; la persona logra escapar; varias semanas después la encuentra de nuevo, le vuelve a disparar y la mata*

Aquí *no* hay *unidad de hecho*, porque no hay un solo contexto. No hay en absoluto unidad espacial ni temporal.

⁴⁶ Véase A. ETCHEBERRY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo Pimero, 1976, pp. 194 y sgts.

Hay dos hechos, dos acciones, dos finalidades, dos resultados y dos delitos independientes entre sí: uno de lesiones y el otro de homicidio.

Es claro que *no* hay *concurso ideal* porque si bien los delitos son dos *el hecho no es único; es múltiple*.

Aquí hay varios hechos y varios delitos: luego estamos frente a un *concurso real*.

4. *El sujeto con un solo disparo mata a dos personas, siendo esa su intención*

Es evidente que *sí* hay *unidad de hecho*. Es la unidad perfecta de espacio y de tiempo.

También hay dos acciones, dos finalidades, dos resultados y dos delitos: dos homicidios consumados.

Este caso *sí* configura un *concurso ideal*: con un solo hecho se han cometido dos delitos.

5. *El sujeto con un solo disparo mata a la persona que quería matar, pero también hiere a otra persona que estaba al lado y a la cual no quería tocar*

También es evidente que *sí* hay *unidad de hecho*. La unidad de hecho es tan perfecto como en el caso anterior.

Hay también dos acciones y dos finalidades distintas: una dolosa y la otra propia de los delitos culposos, pues el sujeto no fue capaz de imprimir a su acción la dirección final suficiente, permitiendo así la desviación del curso causal hacia la producción de un resultado no deseado (herir a la otra persona) pero previsible, tanto más cuanto estaba al lado.

En este caso *sí* hay *concurso ideal* porque ejecutándose un solo hecho se cometieron dos delitos: un homicidio doloso y lesiones culposas.

Estos ejemplos pueden considerarse un poco de laboratorio, pero nos han sido útiles para demostrar tres cosas que nos interesan:

a. Para que exista unidad de hecho es necesaria la unidad del contexto, la unidad de la situación externa espacial y temporal;

b. Pero la unidad de hecho no requiere necesariamente unidad de acción, de finalidad o de resultado. Son independientes. Puede darse la una sin la otra, y

c. En el concurso ideal debe existir unidad de hecho, con pluralidad de acciones, de finalidades y de resultado.

Y lo que es posible porque un solo hecho puede comprender diversas acciones, diversas finalidades y diversos resultados.

Otros ejemplos

Veamos ahora algunos ejemplos verdaderos que se han dado en Chile y que han sido resueltos por nuestra jurisprudencia.

1. *Violación e Incesto*

Es el caso del padre que, conociendo las relaciones que lo ligan, yace con su hija menor de doce años cumplidos, o bien usando de fuerza o intimidación.

Este es el caso más citado en todas las obras de Derecho Penal. Es una situación absolutamente real que ocurre, desgraciadamente, con mucha frecuencia.

La unidad de hecho es indiscutible.

El concurso ideal también: un solo hecho (yacer usando fuerza o intimidación; o yacer con menor de doce años, sabiendo las relaciones que lo ligen) y dos delitos diferentes (violación e incesto) que no pueden cometerse el uno sin cometer el otro simultáneamente.

La jurisprudencia hoy día es unánime en orden a que, efectivamente, se trata de un caso de concurso ideal⁴⁷.

2. *El marido golpea a su mujer dándole puntapiés en el estómago, sin intención de matarla. Pero la mujer fallece dos horas después a causa de las lesiones*

En este caso la unidad de hecho es también evidente. El hecho es uno solo: dar de puntapiés a la mujer en el estómago.

No obstante, los resultados son dos: un primer resultado doloso (las lesiones) y un segundo resultado culposo pero más grave (la muerte no querida, pero previsible).

En este caso la Corte sancionó como concurso ideal entre un delito (doloso) de lesiones y un cuasidelito de parricidio⁴⁸.

El fallo parece acertado, salvo en cuanto a la mención a un "parricidio culposo", que no es concebible. En realidad se trata de un "homicidio culposo".

Este ejemplo (dolo de lesiones con resultado de muerte culposa) constituye una figura preterintencional que nuestra jurisprudencia sanciona actualmente, en forma prácticamente unánime, de conformidad al artículo 75, a título de concurso ideal⁴⁹.

El delito preterintencional, como tal, no está sancionado específicamente en el Código nuestro, por lo cual la doctrina chilena, en general, aprueba esta solución.

Recordemos que el delito preterintencional existe cuando de un solo hecho derivan dos resultados: un primer resultado que configura un tipo *doloso* básico, y un segundo resultado, más grave que el anterior, que configura un tipo *culposo*.

Así, NOVOA no ve inconveniente para que puedan "hermanarse" en una conducta dos tipos superpuestos: uno doloso y otro culposo, y sancionarse de conformidad a las normas del concurso ideal⁵⁰.

ETCHEBERRY opina que debe sancionarse el delito preterintencional, como un concurso (ideal) entre un delito (el querido) y un cuasidelito (el producido). Así no se viola el principio "no hay pena sin culpa", ya que aquélla resulta siempre proporcionada a ésta⁵¹.

⁴⁷ Véase ALFREDO ETCHEBERRY O. "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Tomo III. Parte General. Samuel Muñoz Vera, editor, Concepción, 1968, p. 177. También E. NOVOA M. Ob. cit., Tomo II, p. 263.

⁴⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, T. L., p. 2^a, Secc. IV, p. 160, I. Corte de Santiago, 9-IX-1953.

⁴⁹ Véase E. NOVOA M. Ob. cit., Tomo II, con abundante jurisprudencia, p. 264. También A. ETCHEBERRY, Ob. cit., "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Tomo II, pp. 57 y sgts.

⁵⁰ E. NOVOA M. Ob. cit., Tomo I, p. 557.

⁵¹ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo I, 1964, p. 297.

Para CURY, incluso, 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 de que era capaz a fin de evitar la desviación del curso causal hacia otros resultados jurídicamente indeseables (culpa). Esta solución, especialmente en cuanto a la concepción de la culpa, corresponde a un finalismo ortodoxo⁵².

En todo caso, existiendo aquí un solo hecho del cual derivan dos resultados que, a su vez, corresponden a dos acciones, se puede afirmar que, efectivamente, estamos frente a un verdadero concurso ideal.

3. *Una mujer muere a causa de maniobras abortivas realizadas por una persona que carecía de título y de conocimientos suficientes*

En este caso también hay unidad de hecho y dos delitos: un aborto doloso y un homicidio culposo.

La Corte sancionó como concurso ideal⁵³.

El fallo parece acertado, pues estamos, al igual que en el caso anterior, ante una figura de delito preterintencional.

4. *El sujeto disparó a corta distancia a la salida de una función de teatro sobre el juez letrado de la localidad, pero no lo hirió. Sin embargo resultaron heridas otras dos personas, una con lesiones graves y otra con lesiones leves*

El fallo estimó que este hecho constituye a la vez cuatro delitos: homicidio simple frustrado, lesiones graves, lesiones leves y desacato, debiendo sancionarse conforme al artículo 75⁵⁴.

Citamos este caso más bien por lo pintoresco. Sería largo de estudiar a fondo. Pero, en general, la solución del fallo parece justa.

5. *El sujeto, conduciendo un automóvil, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia, atropella a tres personas: una de ellas muere y las otras dos resultan con lesiones graves*

En este caso específico la Corte sancionó al sujeto como culpable de "un solo hecho constitutivo de dos o más delitos", y le impuso la pena de acuerdo con el artículo 75⁵⁵.

Ahora bien, esta situación es diferente a la de las figuras preterintencionales, pues aquí estamos en presencia de un solo hecho imprudente o negligente (culposo), con el cual se producen varios resultados típicos y antijurídicos. La diferencia está en que respecto de ninguno de ellos existe dolo; no hay figura dolosa alguna.

⁵² E. CURY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, pp. 286-287.

⁵³ Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, T. LII, p. 2^º, Secc. IV, p. 198. Casación de Fondo, 19-X-55. Véase también A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Tomo III, pp. 173 y sgts.

⁵⁴ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Tomo III, p. 174.

⁵⁵ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Tomo II, p. 55.

Este caso es de común ocurrencia en accidentes del tránsito.

A este respecto ETCHEBERRY, en su "Derecho Penal en la Jurisprudencia", manifiesta que ésta es una de las pocas materias en las cuales podría hablarse de una perceptible "evolución" en nuestra jurisprudencia, pues en términos generales las sentencias más antiguas que se pronuncian sobre el problema lo resuelven por la tesis de la singularidad de la infracción (es decir un solo cuasidelito, cualquiera que sea el número de muertos o lesionados); en tanto que las más recientes se inclinan por ver en el caso una pluralidad de cuasidelitos punibles, y dentro de ellas, la mayoría aplica para su sanción la regla del concurso ideal (artículo 75) ⁵⁶.

Nuestra doctrina no ha llegado a un acuerdo unánime sobre este punto, salvo en cuanto se rechaza derechamente la posibilidad de un concurso real o material.

Pues bien, estos ejemplos, de los cuales sólo el citado en el número 4 es de rara frecuencia, y en cambio los otros ocurren a diario, nos demuestran la existencia del concurso ideal en casos de la vida real.

CLASIFICACIÓN DEL CONCURSO IDEAL

La doctrina distingue dos formas de Concurso Ideal:

- a. El concurso ideal *heterogéneo*.
- b. El concurso ideal *homogéneo*.

Se da el concurso ideal *heterogéneo* cuando con un mismo hecho se cometen dos o más delitos *diferentes*. O dicho de otra forma: con un solo hecho se configuran varios tipos diversos.

Ejemplos de esta especie de concurso ideal encontramos en la comisión de los delitos de violación e incesto a que ya nos hemos referido.

Se da el concurso ideal *homogéneo* cuando con un mismo hecho se comete varias veces el mismo delito. O dicho en otra forma: con un solo hecho se configura varias veces *un mismo tipo*.

Ejemplos de esta especie de concurso ideal encontramos en el caso de quien con un solo disparo mata a dos personas (dos homicidios) o bien con una sola expresión injuria a varias personas (múltiples injurias).

La clasificación no tiene, en verdad, mayor importancia práctica porque no influye en la penalidad.

PENALIDAD DEL CONCURSO IDEAL

De conformidad a lo prescrito por el artículo 75 del Código Penal *sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave*.

Si dicha pena fuere la de muerte, podrá imponerse, en vez de ella, la de presidio perpetuo.

Es decir, en materia de concurso ideal se aplica *siempre* el sistema de la *absorción*, que estudiamos a propósito de la penalidad del concurso real.

⁵⁶ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Tomo II, p. 51. También Tomo III, p. 118.

III. UNIDAD DE DELITO: EL DENOMINADO CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

Según lo hemos visto, la Unidad de Delito puede ser: *Natural* o *Jurídica*, y también se da en esta figura jurídico-penal denominada el *Concurso aparente de leyes penales*, de la cual hemos insinuado ya un concepto, y que sabemos tiene una naturaleza esencialmente diferente a la de los verdaderos concursos.

La *Unidad de Delito* puede tener un origen *natural*, como lo será normalmente la acción única que configura un solo tipo penal y que constituye, por cierto, la gran regla general; y puede también tener su origen en *la ley* cuando ésta, a pesar de existir una pluralidad natural de acciones, crea artificialmente —por razones de justicia material o de política criminal— una *Unidad Jurídica*, es decir, una sola valoración jurídica de hechos múltiples. En esta última situación se encuentra, entre otras figuras jurídico-penales, el *Delito continuado*, que no será objeto de estudio en esta ocasión.

Por el momento, sólo vamos a referirnos a un solo caso de *Unidad de Delito*, cual es el llamado *Concurso Aparente de Leyes Penales*.

Aquí en realidad no hay concurso de delitos, porque no hay pluralidad de delitos, condición ésta indispensable para que dos o más delitos verdaderamente concurren y podamos hablar de un concurso.

En otras palabras, éste es un caso más de Unidad de Delito. El delito es uno solo.

Esta es la situación en la cual parecen aplicables varios tipos penales a un solo hecho delictivo, pero estos tipos en realidad se excluyen entre sí, de tal modo que sólo uno de ellos rige la situación y desplaza, en consecuencia, a todos los demás.

La determinación de cuándo nos encontramos frente a esta situación y no a un concurso real o ideal, es un problema complejo, extremadamente abstracto.

Aún más, determinado que la situación realmente existe, decidir correctamente cuál es el tipo aplicable y cuáles quedan desplazados es también un problema de alta complejidad que se resuelve mediante la aplicación de categorías lógicas-abstractas o valorativo-axiológicas.

Esta complejidad ha llevado a grandes confusiones y a posiciones diametralmente opuestas en la doctrina, las que parten por la discrepancia en torno a la ubicación sistemática del problema.

Así, hay quienes piensan que debe ser tratado dentro de la Teoría del Delito, discrepando si ha de serlo en la Teoría del Tipo o en la de los Concursos de Delitos.

Hay también quienes piensan que debe ser tratado en la Teoría de la Pena y otros en la Teoría de la Ley, sea en la aplicación o en la interpretación de ésta.

Hoy día predominan, al menos entre nosotros, quienes piensan que es un problema de interpretación de la ley (CURY), o de interpretación y aplicación de la misma (ETCHEBERRY, GRISOLÍA), pero que, fundamentalmente por razones pedagógicas, debe estudiarse a continuación de la teoría de los concursos real e ideal⁵⁷.

⁵⁷ Véase E. CURY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo I, p. 166. A. ETCHEBERRY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, p. 88. F. GRISOLÍA, "Unidad y Pluralidad de Delitos". Apuntes de Clases en el Programa de Magister en Derecho Penal, U. de Chile, 1983.

Por último, para terminar esta introducción, digamos que los problemas relativos al Concurso Aparente de Leyes Penales, si bien es cierto que llegan a tocar cuestiones de alto vuelo doctrinario y teórico, no es menos cierto que, por la inmensa e insospechada frecuencia con que ellos se presentan, tienen un carácter eminentemente práctico, hasta el extremo de que es casi imposible resolver correctamente un caso de la vida real sin conocer los principios que rigen en esta materia.

Definición. "El concurso de leyes penales tiene lugar cuando un solo hecho delictivo parece configurar múltiples tipos penales diversos, pero, en definitiva, por razones lógicas y valorativas, sólo configura uno de ellos, quedando todos los restantes desplazados".

Ubicación en la ley. A diferencia del concurso real y del concurso ideal, ésta es una situación no contemplada en forma expresa por la ley. No existe una normativa que la regule en forma sistemática, como ocurre con los artículos 74 y 75 del Código Penal y 509 del Código de Procedimiento Penal, respecto de los concursos real e ideal de delitos.

A lo sumo, se encuentran en la ley penal algunos casos discutibles del denominado principio de la subsidiariedad y en la ley civil la consideración del principio de la especialidad como una regla muy general en nuestro Derecho. Así, el artículo 40 del Código Civil, que se encuentra ubicado en el Título Preliminar de dicho texto legal, señala que las disposiciones de los códigos especiales se aplicarán con preferencia a las suyas, consagrando de esta manera, con caracteres muy generales, el principio de la especialidad.

Otras manifestaciones de esta misma idea se encuentran en el artículo 13 del Código Civil, según el cual las disposiciones particulares de una ley prevalecerán sobre las disposiciones generales de ella misma cuando entre las unas y las otras hubiere oposición. En el mismo sentido, el artículo 20 del Código Civil señala, como importante regla de interpretación de la ley, que cuando el legislador haya definido las palabras expresamente para ciertas materias se dará en éstas su significado legal por sobre su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas.

Por otra parte, al no existir una normativa expresa sobre la materia, cobran en ella especial relevancia los dos principios rectores de los casos de unidad y pluralidad de delitos, a los cuales ya nos hemos referido. Como lo veremos pronto, debe tenerse particularmente en cuenta el principio "non bis in idem".

Doctrina chilena

Entre nosotros, se preocupó especialmente del Concurso Aparente de Leyes Penales Rafael FONTECILLA, en una monografía dedicada a su estudio (1946), la cual, si bien hoy se encuentra superada en múltiples aspectos, jugó en su época un rol de importancia⁵⁸.

Posteriormente Alfredo ETCHEBERRY en su memoria de grado trata de "Concurso Aparente de Leyes Penales" (1957), en un trabajo de tal enver-

⁵⁸ Véase RAFAEL FONTECILLA. "El Concurso Aparente de Leyes y sus Principios Fundamentales", en "Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1956. Este trabajo fue publicado anteriormente, en "Revista de Derecho Penal", cuarto trimestre, de 1946, Buenos Aires, Edit. Ediar.

gadura que fue calificado por el entonces profesor Alvaro BUNSTER como "la obra monográfica más profunda, brillante e inteligente que se haya escrito entre nosotros sobre un tema de Derecho Penal"⁵⁹.

En este trabajo ETCHEBERRY resuelve en efecto, de manera extraordinariamente clara y lógica, los principales problemas que plantea el concurso aparente de leyes penales.

Desde esta obra en adelante se consideran sólo dos principios en la solución del Concurso Aparente: el de la especialidad y el de consunción o absorción, quedando relegados a un plano prácticamente insignificante los principios de subsidiariedad y de alternatividad, que fueron considerados en su momento por DEL RÍO y LABATUT.

En este sentido, ETCHEBERRY juega en Chile un papel similar al que desempeñó Edmund MEZGER en Alemania, quien también prácticamente desterró a los dos últimos principios mencionados⁶⁰.

NOVOA, aun cuando opina que "el tema ha sido magnificado en exceso por algunos autores", en el hecho sigue, en términos generales, el mismo pensamiento⁶¹.

En las obras más actuales, como el "Derecho Penal" (1985) de CURY, se mantiene en lo fundamental el camino trazado por ETCHEBERRY⁶².

En España existe alguna tendencia a revitalizar hoy día el principio de la subsidiariedad. Así, por ejemplo, Santiago MIR PUIG en su "Lecciones de Derecho Penal" (1983)⁶³.

Requisitos. Son requisitos de existencia de un concurso aparente de leyes penales los siguientes:

- 1) Unidad del Hecho: un solo hecho.
- 2) Pluralidad de Tipos aparentemente aplicables al hecho único.
- 3) Exclusión, por razones lógicas o valorativas, de todos los tipos concurrentes en favor de uno solo de ellos.

ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS

1) *Unidad del hecho: un solo hecho*

Ya nos hemos referido extensamente al concepto de "hecho" en nuestro Código y al importante papel que desempeña en él cuando tratamos del concurso ideal de delitos, de manera que no se justifica volver sobre ello.

La unidad del hecho es una condición indispensable del concurso aparente de leyes penales. Si los hechos son múltiples, no hay duda de que estamos frente a un verdadero concurso real o material de delitos y no en presencia de un aparente concurso de leyes o tipos.

Precisamente la circunstancia de que también la unidad de hecho caracteriza sustancialmente al concurso ideal o formal de delitos, ha sido la fuente

⁵⁹ ALVARO BUNSTER BRICEÑO. Prólogo al "Concurso Aparente de Leyes Penales", de Alfredo Etcheberry O., Ob. cit.

⁶⁰ Véase EDMUNDO MEZGER. "Tratado de Derecho Penal". Traducción por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pp. 374 y sgts.

⁶¹ Véase E. NOVOA M. Ob. cit., Tomo II, pp. 281 y sgts.

⁶² Véase E. CURY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, pp. 290 y sgts.

⁶³ Véase S. MIR PUIG. Ob. cit., p. 295.

más importante de confusión entre ambas figuras. Veremos pronto cuál es la diferencia esencial entre ellas.

Cabe señalar que en su memoria de grado ETCHEBERRY habla de "unidad de acción" ⁶⁴.

Ahora bien, de la forma cómo trata el tema en su "Derecho Penal" deducimos que actualmente, en el caso de mencionar requisitos del concurso aparente, cosa que no hace en esta última obra, hablaría de "unidad de hecho". A este respecto, son válidas todas las consideraciones que sobre el mismo tema se hicieron al tratar del concurso ideal.

CURY, en su reciente "Derecho Penal", se refiere derechamente al "hecho".

2) *Pluralidad de tipos aparentemente aplicables al hecho único*

Hemos hablado ya de frases que ingresan a la fama entre los penalistas. Aquí viene al caso una que, además de mostrar la genialidad de su autor, que fue el primero, en 1915, en percatarse de la diferencia entre el concurso ideal y el concurso aparente, refleja muy claramente la naturaleza del problema.

La frase en cuestión es de Adolf MERKEL y dice así: "El hecho se ve sometido a diferentes leyes, entre las cuales existe una *porfía* aparente por apoderarse de él" ⁶⁵.

Este es el punto crucial: existe entre los diversos tipos una especie de pugna, de porfía, por apoderarse del hecho. El concurso existirá *verdaderamente*, y podrá ser real o ideal si en esta porfía dos o más tipos logran apoderarse definitivamente del o de los hechos. Pero será sólo *aparente*, si al final se apodera del hecho único *un solo tipo*, que triunfa en la pugna y por ello desplaza a los demás, los cuales en realidad no concurren sino por determinado tiempo en la mente de quien interpreta o aplica la ley.

Ejemplo. El padre mata a su hija, dentro de las 48 horas después del parto.

Frente a este hecho único podemos pensar que nos encontramos ante un *homicidio*, pues este tipo básicamente consisten en "matar a otro", circunstancia que ocurre en la especie. Luego, el tipo del "homicidio" está pugnando por apoderarse del hecho. Sin embargo, si vemos con mayor atención los tipos penales, cacteremos en cuenta que también está presente en esta porfía el tipo del *parricidio*, pues en este tipo no sólo igualmente se "mata a otro", sino que, en forma más particularizada, es "el padre quien mata a su hija". Finalmente, si afinamos aún más el análisis, veremos que también está en la porfía el tipo del *infanticidio*, ya que en él no sólo se da el esquema básico "matar a otro", sino también el más específico "el padre mata a su hija", y, más aún, con mayor particularidad, en este tipo el padre debe matar a su hija "dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto".

En este caso, el tipo del *infanticidio* se apodera él solo del hecho, por razones que luego explicaremos, y el sujeto habrá configurado únicamente este tipo y no los correspondientes al *homicidio* ni al *parricidio*. Luego, estos últimos tipos no concurren realmente. Sólo han estado presentes en el pensamiento del intérprete y por ello el concurso, la concurrencia, fue sólo *aparente*.

⁶⁴ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Concurso...", p. 14.

⁶⁵ ADOLF MERKEL. "Derecho Penal". Traducción por Pedro Dorado Montero. Madrid, España Moderna, s/f, p. 379.

En cambio, si el padre yace con su hija usando intimidación, los tipos de la *violación* y del *incesto* pugnan por apoderarse ambos del hecho, *y lo logran*, es decir, no se desplazan uno al otro, sino que concurren ambos juntos para formar un verdadero *concurso ideal*.

Esta es la diferencia entre el concurso ideal de delitos y el concurso aparente de leyes o de tipos. En este último caso no hay, en verdad, concurso alguno.

Como dice CURY: "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"⁶⁶. En nuestro ejemplo: sólo el *infanticidio*.

Esto es de la mayor importancia práctica, pues en este primer ejemplo solamente se va a sancionar al sujeto (al padre) con la pena correspondiente al delito de infanticidio, y no se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones (homicidio más parricidio más infanticidio), pues no hay concurso real, como tampoco se le aplicará la pena mayor asignada al delito más grave (que en este caso sería el "parricidio"), porque tampoco hay un concurso ideal.

No hay concurso real, porque el hecho es uno solo (padre que mata a su hija dentro de las 48 horas después del parto) y el concurso real requiere pluralidad de hechos. Habría concurso real si este mismo sujeto, además de matar a su hija dentro del término señalado, mata también a otra persona en un contexto temporal y espacial diferente. Allí hay dos hechos y dos delitos: infanticidio y homicidio.

No hay concurso ideal, porque si bien el hecho es uno solo, circunstancia que comparte el concurso ideal y el aparente de leyes, el tipo del infanticidio atrapa él exclusivamente al hecho y aparta a los tipos de homicidio y parricidio. En consecuencia, no se aplica la pena mayor asignada al delito más grave (el "parricidio"), sino únicamente la pena que corresponde al infanticidio.

Luego, al estudiar los principios de especialidad y de consunción o absorción comprenderemos mejor las razones por las cuales en este primer ejemplo el "infanticidio" excluyó a todos los demás tipos y, en cambio, en el segundo ejemplo, la "violación" y el "incesto" no se excluyeron entre sí y concurrieron ambos en un concurso ideal.

Ahora bien, volviendo a uno de los puntos centrales en la teoría del concurso aparente, cabe preguntarse: ¿Cuándo se dará la "porfía" entre los tipos?

Las fuentes más fecundas de porfía se darán cuando existen caracteres comunes en las figuras o bien cuando una figura comprende a otra.

Así, se dará la porfía cuando diversas figuras tengan:

- a. Un *verbo rector* común;
- b. Un *resultado* común;
- c. Un *bien jurídico protegido* común;
- d. Un *sujeto activo* común; y
- e. En general, cuando existan *circunstancias relevantes comunes*.

Esta especie de conflicto se dará normalmente entre disposiciones de la parte *especial* que es, sin duda, la fuente más rica de concursos aparentes.

⁶⁶ E. CURY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, p. 290.

Es claro este conflicto entre figuras que se desgajan o se desprenden de un esquema rector común.

Ejemplos

Del esquema rector común "matar a otro" se desprenden, como hemos visto, las figuras particulares del homicidio (simple o calificado), del infanticidio y del parricidio. Aquí tenemos varios elementos comunes: el verbo rector (matar), el resultado (la muerte), el bien jurídico protegido (la vida). Se diferencian por el sujeto activo (cualquiera persona en el homicidio; determinadas personas en el infanticidio y el parricidio), y por otras modalidades de la acción, sea de tiempo, lugar o forma.

También del esquema rector común "apropiarse de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro" se pueden desglosar los tipos específicos del hurto (simple o calificado), del robo con fuerza en las cosas y del robo con violencia o intimidación en las personas. Aquí también existen múltiples elementos comunes.

Pueden darse, y de hecho se dan, ejemplos que no son tan claros como los expuestos. Así, puede existir la "porfía" entre los muchos tipos que se construyen en base al verbo rector común "defraudar". (Ej. Estafa, art. 468, y Entrega Fraudulenta, art. 467). Entre tipos en los cuales el resultado es común, al menos en parte, como puede ser la violación de domicilio (art. 144) y la usurpación (art. 457), pues en ambos se invade una morada ajena. Igualmente, entre tipos que protegen un mismo bien jurídico. Tal es el caso de la injuria (art. 416) y la calumnia (art. 412), ya que en los dos tipos se protege el honor de las personas. Lo mismo puede suceder respecto del sujeto activo, circunstancia que tiene lugar con frecuencia en delitos que sólo pueden cometer los empleados públicos en relación con figuras similares que no exigen tal calificación. (Ej. Empleado público que sustrae los efectos de un particular que tenía a su cargo, art. 233, y Particular que se apropia de efectos de otra persona que recibió en depósito, art. 470 N° 1).

3) *Exclusión, por razones lógicas o valorativas, de todos los tipos concurrentes en favor de uno solo de ellos*

Según lo hemos venido estudiando, la diferencia esencial entre el concurso ideal y el concurso aparente, y que fue la que descubrió MERKEL, está en que:

"En el concurso aparente no se pueden aplicar simultáneamente todos y ni siquiera más de uno de los tipos legales en porfía"⁶⁷.

En el concurso aparente un solo tipo desplaza necesariamente a todos los demás.

Por ello, hay un solo delito. Los tipos en porfía son incompatibles, no concurren.

En cambio, en el concurso ideal los tipos no se excluyen: concurren, y por eso hay dos o más delitos. Y, por lo mismo, son verdaderos concursos.

¿Por qué razón se excluyen los tipos en el concurso aparente?

Podemos referirnos a tres grandes fuentes de exclusión de los tipos des-

⁶⁷ A. MERKEL. Ob. cit., p. 379.

plazados y que son, a la vez, fuentes de *recepción* del tipo único que se configurará en definitiva.

Ellas son:

1. *La Tipicidad*

La Tipicidad es fuente de exclusión de aquellas disposiciones que van a ser desplazadas y, a la vez, fuente de recepción de la única que va a aplicarse en definitiva.

Se aplicará aquella norma que coincida más perfectamente con el hecho punible; aquella en la cual la adecuación típica sea más ajustada, más exacta.

Esta es, por consiguiente, una cuestión de adecuación típica.

Se puede afirmar que reclama con más propiedad el encuadramiento aquella disposición que contiene los requisitos típicos en forma más particularizada que aquella que los contiene en términos más generales.

De esta idea va a nacer el *principio de la especialidad*, que es uno de los que en definitiva resuelve el concurso aparente.

2. *La Antijuridicidad*

La Antijuridicidad, en cuanto desvalor contenido en la norma, es también fuente de exclusión de aquellas disposiciones que van a quedar desplazadas y fuente de recepción de la única que va a aplicarse finalmente.

Bajo este criterio del desvalor contenido en las diferentes disposiciones se puede afirmar que reclama la primacía en el conflicto aquella norma que es portadora en sí del desvalor contenido en las otras, que por ello quedan excluidas.

De esta idea va a nacer el *principio de la consunción o absorción*, que es el otro principio que puede resolver el concurso aparente.

3. *La Ley*

El derecho positivo puede también ser fuente de exclusión y de recepción, cuando la propia ley señala expresamente que regirá determinado tipo para el caso de que no resulten aplicables otro u otros tipos penales.

Esta situación tiene lugar en raras ocasiones. Un ejemplo de ella se encuentra en la norma contenida en el artículo 488 del Código Penal, el cual prescribe que las disposiciones del párrafo relativo a los daños sólo tendrán lugar cuando el hecho no pueda considerarse como otro delito que merezca mayor pena.

En consecuencia, sólo se aplicará el tipo de "daño" a condición de que no se configure otro tipo más grave. Ello, por disposición expresa de la ley.

De esta idea nace el *principio de la subsidiariedad*, el cual, como veremos, no es considerado por nuestra doctrina más moderna.

CASOS EN LOS CUALES PUEDE PRESENTARSE EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

De conformidad a lo expuesto por ETCHEBERRY en su monografía que ya hemos citado, el concurso aparente de leyes penales se presenta en las siguientes tres situaciones concretas:

1. Conflicto entre disposiciones de la *parte especial*.
 2. Conflicto entre disposiciones de la *parte general y especial*.
 3. Conflicto entre disposiciones de la *parte general*.
- Veamos cuándo y en qué circunstancias pueden darse estos conflictos.

1. *Conflicto entre disposiciones de la parte especial*

La parte especial es, largamente, la más fecunda y rica en situaciones que pueden dar origen a concursos aparentes. Aquí se dan en su plenitud las situaciones a que nos referíamos de "porfía" entre disposiciones que tienen caracteres comunes o figuras que comprenden a otras. Son frecuentes los verbos rectores comunes, los resultados análogos, los mismos bienes jurídicos protegidos, etc.

Estos casos, *por regla general*, serán resueltos por el *principio de la especialidad* y sólo *excepcionalmente* por el de *consunción o absorción*.

2) *Conflicto entre disposiciones de la parte general y especial*

Este conflicto tiene lugar fundamentalmente en dos casos que es preciso distinguir:

a. *En la concurrencia de agravantes o atenuantes con un tipo determinado*

Por ejemplo, cometer el delito con *abuso de confianza*, que es agravante según lo dispuesto por el artículo 12 N° 7, es inherente al tipo de la *apropiación indebida* (art. 470 N° 1), que consiste, precisamente, en una especie de fraude por abuso de confianza y no por engaño. De modo que no cabe aplicar la agravante de abuso de confianza cuando se comete un delito de apropiación indebida, pues ella ya está contenida en este último tipo.

Exactamente lo mismo cabe señalar respecto de la agravante, que consiste en ejecutar el delito por medio de *fractura o escalamiento* de lugar cerrado (art. 12 N° 19), en relación con el delito de *robo con fuerza en las cosas* contemplado en el artículo 440 N° 1, pues en dicho tipo está comprendido el escalamiento o la fractura. Igual razonamiento cabe respecto de la agravante de *abusar el delincuente de la superioridad de su sexo* (art. 12 N° 6) frente al tipo de la *violación de una mujer* (art. 361).

En estos casos la solución del conflicto es fácil porque el concurso nace prácticamente resuelto al tenor de lo dispuesto por el artículo 63, inciso 2°, de conformidad al cual no producen el efecto de aumentar la pena aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

Sin embargo, no debe pensarse que esta disposición constituye una expresión del principio de subsidiariedad, pues, como lo veremos, es una forma de aplicación del principio de la consunción o absorción, que tiene su fundamento último en el principio rector "non bis in idem".

b. *En la concurrencia de hechos que se encuentran en distinta etapa del *iter criminis**

Se trata de la concurrencia de un delito que ha quedado en la etapa de tentativa o de frustración, con uno que ha llegado a consumarse, o de cualquiera otra combinación posible dentro del desarrollo del "camino del delito".

Esta situación la trataremos con algún detalle al ver el principio de la consunción o absorción.

En general, podemos decir que estos casos se resuelven *normalmente* por el *principio de consunción o absorción* y sólo *excepcionalmente* por el *principio de especialidad*.

3. *Conflicto entre disposiciones de la parte general*

Estas situaciones son muy escasas y no revisten mayor trascendencia, pues son prácticamente de laboratorio. Se cita como un posible ejemplo la concurrencia de atenuantes y agravantes entre sí, caso resuelto expresamente por nuestro Código en el inciso final del artículo 66.

En todo caso, de presentarse, se resuelven *siempre* por el principio de la *consunción* y *nunca* por el de *especialidad*.

LOS PRINCIPIOS QUE RESUELVEN EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

Hemos visto cuándo se da la "porfía" entre los distintos tipos que pugnan por apoderarse del hecho único; las fuentes de exclusión y de recepción de las diversas normas en conflicto y, en general, los casos en los cuales puede darse un concurso aparente.

A través de este desarrollo hemos hecho siempre referencia a los principios que resuelven estos casos: el principio de la especialidad y el principio de la consunción o absorción.

Sabemos también que en nuestra doctrina se considera actualmente, a partir del trabajo de ETCHEBERRY, que sólo estos dos principios resuelven el concurso aparente, y que los principios de la subsidiariedad y de la alternatividad, que fueron considerados en su época por FONTECILLA y LABATUT, hoy se encuentran prácticamente desechados. Así piensan hoy día, por ejemplo, CURY y GRISOLÍA⁶⁸.

Veamos, pues, el contenido conceptual de estos principios, para examinar después su aplicación en ejemplos concretos.

1) *Principio de la especialidad*

En palabras de ETCHEBERRY este principio significa que: "Cuando de la consideración de dos o más normas penales lleguemos a la conclusión de que ellas contemplan hechos similares con diversos grados de precisión, la que contemple los hechos con mayor minuciosidad o comprensión debe ser aplicada con exclusión de las otras"⁶⁹.

Es decir, estando en presencia de un concurso aparente, la pugna entre los diversos tipos se resuelve de conformidad al principio de la especialidad, cuando en definitiva rige la disposición que comprende al hecho en forma más exacta, más precisa.

⁶⁸ R. FONTECILLA. Ob. cit., "El Concurso Aparente...", p. 100; G. LABATUT, "Derecho Penal", Tomo I. Parte General, Ed. Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 1959, p. 205; E. CURY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, p. 291.

⁶⁹ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Concurso...", p. 46.

Esta relación de especialidad es fundamentalmente de carácter lógico, abstracto. En ella los juicios valorativos están, en principio, excluidos.

Para ETCHEBERRY, se debe decidir por el tipo más especial de la simple observación objetiva y desprovista de valoración ⁷⁰.

El principio de la especialidad —dice ETCHEBERRY— no es sino una regla de lógica jurídica y regiría en el derecho positivo aunque la ley nada dijera a su respecto, ya que parece claro que al establecer un precepto especial la ley ha querido que cuando determinada situación se produzca ella se sustraiga al tratamiento general, y si negamos aplicación en tal caso al precepto especial, resulta que éste quedaría sin poder aplicarse jamás ⁷¹.

Por su parte, CURY sostiene que el principio de la especialidad funciona prevalentemente sobre esta base lógica, pero que esto es relativo en el terreno jurídico, pues la decisión de cuál es la norma "especial" frente a otra u otras, si bien lógica en sí, presupone una valoración preliminar de las normas, lo cual introduce de alguna manera un criterio axiológico o valorativo ⁷².

En todo caso, la aplicación del principio supone decidir cuál es la norma especial. Implica reconocer, de entre diversos tipos, cuál es el que debe ser calificado de especial. El principio encuentra entonces su fundamento en la tipicidad.

MEZGER ha precisado, con gran exactitud, los elementos que han de considerarse para reconocer el tipo que se encuentra en relación de especialidad frente a otros.

Dice: "Todas las características típicas del tipo más *general* se hallan también contenidas en el tipo *especial*, pero éste contiene *además* otra u otras características ulteriores, agregadas" ⁷³.

Ejemplos

a. En nuestro ya conocido ejemplo del padre que mata a su hija dentro de las 48 horas después del parto, encontramos una clara aplicación del principio de la especialidad para resolver el aparente concurso. En otros términos: es por aplicación de este principio que decidimos sancionar el hecho como infanticidio y no como parricidio, pues el parricidio (matar a un descendiente) y el infanticidio (matar a un descendiente dentro de las 48 horas después del parto) se encuentran en relación de género a especie, siendo especial el infanticidio, puesto que se distingue del parricidio por la existencia del plazo señalado, que es una característica adicional que lo singulariza. El infanticidio contiene todas las características del parricidio, *mas* otra específica: el plazo dentro del cual se comete el hecho.

Aparece claro aquí que triunfa en la pugna el tipo más especial y no el más grave o el sancionado con pena más severa, que en este caso es el parricidio. El principio de la especialidad es uno de los que resuelven el concurso; en cambio, el principio de "la severidad", si pudiéramos denominarlo así, jamás será aplicable.

b. El homicidio calificado excluye al homicidio simple y el hurto calificado al hurto simple; en ambos casos, por aplicación inmediata y directa del

⁷⁰ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Concurso...", p. 48.

⁷¹ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, 1976, p. 90.

⁷² E. CURY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, p. 292.

⁷³ E. MEZGER. Ob. cit., p. 381.

principio de la especialidad. Estos son tipos que se encuentran en relación de género a especie y es el tipo especial el que aprehende al hecho de manera más perfecta, pues capta su esquema básico y *además* las modalidades típicas ulteriores, agregadas.

Homicidio simple (matar a otro); homicidio calificado (matar a otro con alevosía). La "alevosía" sería en este caso la característica que especializa al homicidio calificado y lo hace triunfar en la pugna desplazando al homicidio simple.

Hurto simple (apropiarse de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse); hurto calificado (el mismo esquema básico, más la circunstancia de que el sujeto activo es un dependiente que comete el hurto en la casa en que sirve o en aquella a que lo hubiere llevado su patrón). Aquí el sujeto activo y la modalidad de lugar especializan al hurto calificado frente al hurto simple, que es el tipo genérico.

c. Por las mismas razones señaladas, las injurias graves desplazan a las leves y la calumnia a ambas.

d. Podrían darse innumerables ejemplos (arts. 146 con 156; 161 con 193; 436 con 494 N^o 20, etc.). Vamos a referirnos, en último término, a uno muy importante que es de común ocurrencia y que ha sido resuelto en perfecta concordancia por nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia. Se trata del concurso aparente entre los delitos de *estafa* y de *falsificación de instrumento privado*.

En nuestro Código, la estafa consiste, en términos generales, en causar perjuicio a un tercero mediante engaño. Su tipo básico está contenido en el artículo 468, en el Título relativo a los delitos contra la propiedad. A su vez, la falsificación de instrumento privado consiste, también en términos muy generales, en cometer alguna falsedad en tales documentos, con perjuicio de tercero. El tipo está en el artículo 197, que se encuentra en el Título relativo a los delitos contra la Fe Pública, las Falsificaciones, el Falso Testimonio y el Perjurio.

Sin embargo, a pesar de encontrarse ambos tipos geográficamente tan lejanos en el Código, existe entre ellos un concurso aparente que se resuelve por aplicación del principio de especialidad.

En efecto, la estafa consiste en causar perjuicio a un tercero mediante engaño y la falsificación de instrumento privado también consiste en causar perjuicio a un tercero, pero mediante una forma particularizada de engaño; aquí el engaño está específicamente en la falsificación de un instrumento privado, y no en un engaño cualquiera. Los dos tipos exigen el perjuicio, en los dos hay un engaño, más aún, los dos protegen un mismo bien jurídico (la propiedad); pero en la "falsificación de instrumento privado" el engaño reviste una forma determinada y especial, pues se comete sólo a través de un medio perfectamente determinado: ciertas "falsedades". No cabe otra forma de engaño. En cambio, la "estafa" puede configurarse mediante "cualquier engaño" (art. 473).

La consecuencia exacta la desprende ETCHEBERRY, al decir: "Cuando se cause perjuicio mediante un documento falsificado, sólo podrá aplicarse, en virtud de la especialidad, el precepto que sanciona la falsificación, y el de la estafa resultará completamente desplazado"⁷⁴.

⁷⁴ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, 1976, p. 89.

Esta opinión es, hoy día, y desde el año 1946 en adelante, compartida unánimamente por nuestra jurisprudencia.

Puede citarse, por vía meramente ejemplar, el siguiente fallo: "En la especie resulta evidente que la ley que se refiere a los delitos de falsedad en instrumento privado posee la calidad de especial con relación a la que se refiere a la estafa, por cuanto, exigiéndose en ambas clases de infracciones la existencia del elemento perjuicio o de lesión patrimonial, se observa que las leyes pertinentes a la estafa requieren en términos generales, para constituir el delito, de cualquier engaño que pueda motivar dicho elemento (art. 473), mientras que las referentes a los de falsedad documentaria en cuestión, señalan, además del referido elemento para conformarlo, casos determinados con una serie de circunstancias calificantes (arts. 193, 194, 197 Código Penal). Resulta así demostrado en conclusión que mediante la aplicación de dichos principios a la interpretación de las leyes en conflicto, éste desaparece y que en el caso planteado el delito debe sancionarse como el de la falsedad en instrumento privado en perjuicio de tercero" ⁷⁵.

2) Principio de la consunción o absorción

Este principio, a diferencia del anterior que era lógico-abstracto, es esencialmente *valorativo-axiológico*. Se basa en un criterio de valor que decide la consunción o absorción de una o de varias disposiciones en otra.

A este respecto dice MEZGER:

"El principio de la consunción debe ser aplicado cada vez que un tipo determinado incluya en sí, conforme a su propio y verdadero sentido, el *desvalor delictivo* de otro" ⁷⁶.

Esto significa que si la ley, al establecer la penalidad de una figura delictiva, ha considerado ya en ésta figura, que podríamos denominar principal, el *desvalor* de otras figuras delictivas, que le acompañan, y que vendrían a ser accesorias, *debe* aplicarse solamente la disposición que contempla la figura principal.

Las figuras delictivas accesorias se desplazan, desaparecen, se *consumen* en la infracción principal, son *absorbidas* por ésta.

Pero esto no significa que necesariamente los actos *consumidos* o *absorbidos* estén comprendidos en la descripción típica de la figura principal o esquema rector consumidor, pues allí estaríamos en la especialidad. Basta que de la figura principal se desprenda claramente la voluntad del legislador de castigar el desvalor contenido en las figuras accesorias, desvalores que están comprendidos, que están ya considerados en la penalidad de la figura principal consumidora.

Es una cuestión de inclusión del desvalor y no de características típicas. En el fondo es un problema de antijuridicidad y no de tipicidad como era el de la especialidad.

⁷⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, T. I, p. 2^a, Secc. 4^a, p. 244, I.C. de Iquique, 24-XI-53.

⁷⁶ E. MEZGER. Ob. cit., p. 382. (Las mayúsculas son nuestras).

Ejemplos

¿Cuándo ocurren estas situaciones en la realidad? ¿Cuándo opera el principio de consunción o absorción?

En nuestra doctrina ETCHEBERRY ⁷⁷ lo ha precisado con claridad:

1. *Las etapas más avanzadas del iter criminis consumen a las menos avanzadas*

El delito consumado, que contiene en sí el desvalor del frustrado, lo absorbe; y el delito frustrado absorbe a la tentativa, por la misma razón axiológica.

Si el sujeto dispara sobre una persona con intención de matar y no da en el blanco (homicidio frustrado), pero inmediatamente después le vuelve a disparar y la mata (homicidio consumado), sólo es punible el homicidio consumado y desaparece, absorbido, el homicidio frustrado.

2. *Los grados más importantes de participación absorben a los menos importantes*

Es claro: la calidad de autor consume a la de cómplice si concurren en la misma persona, y la de cómplice desplaza a la de encubridor, en ambos casos por razones de contenido de desvalor.

3. *El delito de lesión o de daño consume al delito de peligro que le precede*

Por ejemplo, el delito de amenaza de homicidio queda obviamente absorbido por el homicidio que posteriormente se consuma.

4. *Las formas más graves de delito consumen a las menos graves, si atentan contra el mismo titular de un bien jurídico*

Así, si una persona en una discusión va progresando en su agresividad y comienza injuriando a la otra, después la lesiona y finalmente la mata, sólo es punible el homicidio final consumado. Las conductas accesorias, todas punibles (injuria, lesiones), han sido compañeras de ruta que desaparecen, son absorbidas, consumidas, por consideraciones valorativas, y no de especialidad, pues no la hay en absoluto entre las conductas mencionadas.

Exactamente lo mismo cabe decir de los abusos deshonestos que preceden a una violación que en definitiva se consuma. De la fabricación de llaves falsas en el robo cometido por el mismo sujeto. De la tenencia de bombas explosivas (art. 481) en relación al autor de estragos (art. 480).

3) *Otros principios: Subsidiariedad y alternatividad*

Ya hemos dicho que los principios de la subsidiariedad y de la alternatividad prácticamente han sido abandonados en Alemania, desde MEZGER, y en Chile desde el trabajo de ETCHEBERRY.

El principio de la *subsidiariedad* se fundamenta en una decisión expresa de la ley. El contenido exacto del principio ha sido enormemente discutido en

⁷⁷ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, 1976, pp. 91-92.

la doctrina extranjera. ETCHEBERRY ha llegado a decir que "todo lo relacionado con el principio de la subsidiariedad es un terreno comparable a las arenas movedizas"⁷⁸.

Entre nosotros, CURY concuerda con ETCHEBERRY, en orden a que conforme al principio de la subsidiariedad 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 concurra⁷⁹.

La idea central que ha impuesto ETCHEBERRY es que este principio "carece de personalidad propia", no tiene independencia, autonomía, frente a los principios de especialidad y de consunción. Para él "resulta superfluo" frente a los dos anteriores⁸⁰.

ETCHEBERRY afirma enfáticamente que: "No hay ningún caso de concurso aparente cuya existencia y solución no puedan ser determinadas por la aplicación de los principios de consunción y especialidad"⁸¹.

El principio de la subsidiariedad "resulta superfluo", porque lo que la ley hace es declarar expresamente o bien que se aplica la especialidad o bien la consunción. Entonces los principios que realmente han resuelto el concurso son éstos y no el de subsidiariedad. La ley se ha limitado a declarar que se aplica uno u otro, pero este solo hecho no lo transforma en un "principio autónomo".

Dos ejemplos pueden servirnos para aclarar la situación.

El artículo 488 del Código Penal dice que las disposiciones del presente párrafo (de los daños) "sólo tendrán lugar cuando el hecho no pueda considerarse como otro delito que merezca mayor pena".

La Ley N° 18.175, de 1982, que modifica la Ley de Quiebras y fija su nuevo texto, dispone en el inciso segundo de su artículo 229 que la quiebra fraudulenta será sancionada (con tal pena), salvo que cualquiera de los actos delictuosos que el fallido hubiere cometido tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta.

En realidad basta con leer estas dos disposiciones para darse cuenta de que *no hacía falta en absoluto que dijeran lo que dicen*, porque el delito más grave va a primar de todas maneras, con o sin disposición de la ley. Podríamos decir que las normas "sobran". Esto es, entendemos nosotros, lo que sostiene ETCHEBERRY cuando dice que este principio "resulta superfluo".

Y exactamente lo mismo cabe decir respecto del principio denominado de la *alternatividad*, el que, en términos generales, dispone que si dos tipos coinciden en uno o más elementos comunes, debe aplicarse el del bien jurídico más importante. Hay aquí una "valoración de los bienes jurídicos".

ETCHEBERRY también lo rechaza, pues para él éste principio "no es más que una expresión particular... del principio de consunción"⁸². Y, efectivamente es así, puesto que en definitiva se trata de una aplicación específica de criterios valorativo-axiológicos ya comprendidos en el principio de consunción o absorción.

⁷⁸ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Concurso...", p. 56.

⁷⁹ E. CURY. Ob. cit. "Derecho Penal", Tomo II, p. 293; A. ETCHEBERRY. Ob. cit., "Derecho Penal", Tomo II, 1976, p. 93.

⁸⁰ Véase A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Concurso...", pp. 94 y sgts. y p. 99.

⁸¹ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Concurso...", p. 94.

⁸² A. ETCHEBERRY. Ob. cit. "El Concurso...", p. 99.

Resulta entonces que los únicos dos principios que resuelven el concurso aparente de leyes penales —o “concurso aparente de tipos” que es la denominación que a nosotros nos parece más precisa— son el de *especialidad* y el de *consunción* o *absorción*.

Por último, cabe preguntarse qué sucede cuando la porfía se plantea entre diversos tipos de manera tal que pueda ser solucionado el concurso tanto por aplicación del principio de especialidad como por el de consunción, y los resultados, de aplicar uno u otro, son contradictorios.

En otras palabras, en caso de enfrentamiento entre los dos principios matrices, cuál de ellos debe primar. ¿La especialidad o la consunción?

Nuestra doctrina discrepa en este punto.

Para ETCHEBERRY prima la *especialidad* y para CURY la *consunción*.

Dice ETCHEBERRY: “Según el criterio general en materia de consunción, la infracción más grave (conminada con mayor pena) absorbe a la más leve. *Pero antes debemos examinar si ambas infracciones están o no en relación de especialidad.* Si lo están, la concurrencia debe decidirse *en favor de la ley especial*, que prima sobre la general, sin atender a la penalidad establecida para ambos casos, en virtud de las normas sobre interpretación de la ley. Es lógico que así sea, pues al crear una figura especial el legislador ha manifestado su voluntad *expresamente*, en tanto que el criterio de la penalidad mayor, norma ordinaria de preferencia en materia de consunción, se basa en la voluntad presunta del legislador”⁸³.

En cambio, para CURY cuando “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”⁸⁴.

⁸³ A. ETCHEBERRY. Ob. cit. “El Concurso...”, pp. 93-94. (El subrayado es nuestro).

⁸⁴ E. CURY. Ob. cit. “Derecho Penal”, Tomo II, p. 293. (El subrayado es nuestro).