



**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS
DEFENSORÍA NACIONAL**

MINUTA

“Criterios para la solución del concurso de delitos”

N° 4/ 2008/ Julio

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:

estudios@defensoriapenal.cl

CRITERIOS PARA LA SOLUCIÓN DEL CONCURSO DE DELITOS

Rocío Lorca Ferreccio*

1. Introducción.....	3
2. La unidad de acción	4
2.1. El delito permanente.....	5
2.2. El delito complejo	6
2.3. El delito continuado	6
2.3.1. Requisitos.....	8
2.3.2. Efectos.....	9
2.3.3. Excurso: delitos sexuales como delito continuado	9
3. Concurso aparente de delitos o concurso de leyes.....	11
3.1. Especialidad	12
3.2. Consunción o absorción	12
3.3. Alternatividad.....	13
3.4. Subsidiariedad.....	14
3.5. Pena.....	14
4. Concurso auténtico de delitos.....	15
4.1. Concurso real por reiteración.....	15
4.1.1. Acumulación	16
4.1.2. Asperación.....	16
4.1.3. Absorción.....	17
4.2. Concurso medial.....	18
4.3. Concurso ideal propio.....	19
4.3.1. El delito preterintencional.....	21
4.3.2. Aplicación del artículo 74 del CP.....	22

* Abogada del Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional.

1. INTRODUCCIÓN

En general, existe concurso de delitos cada vez que una persona ha realizado una pluralidad de hechos típicos respecto de los cuales no se ha dictado una sentencia condenatoria o absolutoria, que se encuentre ejecutoriada.

Desde un punto de vista procesal, el concurso se vuelve relevante al momento de analizar la pluralidad de cargos o delitos por los cuales se acusa a una persona (concurso aparente) y al determinar la pena que se impondrá una vez que se ha pronunciado una condena en relación a una pluralidad de cargos (concurso auténtico). Es por esto que las normas que solucionan problemas concursales reales se identifican como reglas de determinación de la pena, pues requieren como presupuesto que se haya afirmado la responsabilidad penal respecto de determinados hechos, debiendo resolverse acerca de sus consecuencias¹.

Las normas de solución de concursos constituyen una manifestación del principio de proporcionalidad a través de la prohibición de doble valoración o *non bis in ídem*, en el sentido de que “considerar dos veces un mismo hecho –o más exactamente, la misma propiedad de un hecho- para fundamentar o agravar la punibilidad implica una contravención de la prohibición de exceso que se deriva del principio de proporcionalidad”². La situación descrita es especialmente evidente en el caso del concurso aparente.

Pero también estas reglas concretan el principio de proporcionalidad de la reacción penal, en el sentido de impedir que la pena que se le imponga al autor de una pluralidad de delitos atente contra su dignidad (*humanidad de las penas*)³. Ello es patente en las normas que solucionan concursos auténticos, por reiteración o ideales.

La presente minuta tiene por objetivo sistematizar los criterios doctrinarios y normativos que deben ser utilizados para resolver un concurso de delitos.

Para situar la discusión, el trabajo parte describiendo los casos en que existe unidad de acción y por lo tanto no hay problemas concursales. Como se verá, dichas hipótesis no son una obviedad, pues existen situaciones en las que a pesar de haber pluralidad de acciones típicas, la relación de conexión en que estas se encuentran ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a reputar dicha pluralidad como una unidad (delito continuado).

¹ En este sentido véase Mañalich, J. P., “El concurso de delitos. Base para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico”, *Revista Jurídica UPR*, Vol. 74:4, p. 1023-5

² Mañalich, J. P., “Determinación de la pena”, *2 Rev D UAI*, 2005, p. 485.

³ Bustos, J., *Obras Completas*, Ara Editores, Perú, 2004, Tomo I, p. 710.

Una vez sistematizadas las hipótesis de unidad de acción, se analizarán las hipótesis de concurso de delito. Existen fundamentalmente dos categorías de concurso, el auténtico y el aparente. La primera tarea del intérprete consiste en precisar si estamos ante un concurso auténtico (pluralidad de infracciones penales) o no, para lo cual deberá recurrir a una serie de criterios doctrinarios que le permitirán descartar que la infracción múltiple de normas penales sea sólo aparente.

Si se ha concluido que estamos ante un concurso auténtico (real o ideal), se deberá determinar el impacto que tendrá dicha pluralidad de delitos en la determinación de la pena. Para esos efectos se identifican tres sistemas fundamentales:

el sistema de la *acumulación*, por el cual simplemente se suman las penas correspondientes a los diversos delitos; el de la *asperación* (también llamado de la acumulación jurídica, por oposición a la acumulación anterior, que sería aritmética), por el cual se impone la pena correspondiente al delito más grave de los que concurren, aumentada en determinada forma, y el de la *absorción*, por el cual se aplica únicamente la pena que corresponde al delito más grave de los que concurren, prescindiendo de los demás⁴.

La presente minuta está configurada en base a la doctrina nacional y comparada, así como a una serie de pronunciamientos jurisprudenciales que inciden sobre la materia.

2. LA UNIDAD DE ACCIÓN

La oposición natural a una situación concursal será la unidad de delito. Esta unidad de delito normalmente se podrá constatar cuando exista unidad de acción (natural o jurídica) y de disvalor.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible que exista unidad de acción y pluralidad de disvalores, lo que implica que exista una pluralidad de delitos aun cuando exista una sola acción o hecho en un sentido natural (concurso ideal). La determinación del contenido del concepto de unidad de hecho es lo que permite diferenciar entre el denominado concurso real y el ideal, a la vez que constituye uno de los aspectos más conflictivos de la teoría del concurso de delitos.

En atención a que el objetivo de esta minuta es ser una guía operativa para la labor del defensor, la discusión en torno a la unidad de acción o unidad de hecho, será abarcada en la forma más sintética posible.

Desde un punto de vista estrictamente naturalista, hay *unidad de acción* cuando el agente realiza un delito mediante un movimiento corporal en un contexto espacio

⁴ Etcheberry, A., *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., Santiago, 1998, T. II, pp. 116 y 117.

temporal determinado, o mediante la omisión de dicho comportamiento⁵. Es evidente que ese concepto de acción no es lo suficientemente amplio como para abarcar la mayoría de las formas de realización de los tipos penales, por lo que para estos efectos, se ha elaborado un concepto normativo de unidad de acción, que es comúnmente denominado *unidad típica de acción*⁶.

En otras palabras, desde un punto de vista normativo, existe *unidad (típica) de acción* cuando el comportamiento humano satisface las exigencias mínimas del tipo penal, aun cuando desde un punto de vista fáctico o fisiológico puedan identificarse varias acciones⁷.

Existe también unidad típica de acción en otros supuestos en los que el mismo tipo identifica más de una acción al tiempo que las vincula para definir el delito, así sucede regularmente en los delitos complejos y en los delitos permanentes.

A continuación analizaremos las hipótesis paradigmáticas de *unidad típica de acción* (delito permanente y delito complejo), así como el caso particular del delito continuado como supuesto de *unidad jurídica de acción*.

2.1. EL DELITO PERMANENTE

Tradicionalmente se ha definido el delito permanente, como aquel en que se genera un estado antijurídico que es mantenido de manera ininterrumpida por el autor y cuya reversión depende exclusivamente de la voluntad del mismo⁸. En términos más precisos este estado antijurídico, se produce porque luego de la consumación del delito el sujeto activo continúa realizando el tipo⁹.

La consumación en los delitos permanentes no implica que el sujeto activo deje de realizar la acción u omisión típica, sin embargo, esta *continuación en la ejecución* del delito, no impide que se considere como una acción unitaria¹⁰, de ahí que los delitos permanentes constituyen un caso de unidad típica de acción¹¹.

⁵ Mañalich, J.P., op. cit., "El concurso de delitos...", p. 1029.

⁶ *Ibidem*

⁷ Jescheck, H. H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 766.

⁸ Así, Jescheck, op. cit., p. 281 y Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppertor, 5ª Ed., Barcelona, 1998, p. 202.

⁹ Véase Mañalich, J. P., "El secuestro como delito permanente ante el DL de amnistía", *REJ* N°5, 2004, p. 14.

¹⁰ Jescheck, op. cit., pp. 767.

¹¹ La comisión de dichos delitos supone la realización de *a lo menos* una acción y una omisión posterior, pues la acción original constituye al sujeto en posición de garante por injerencia, por lo que está obligado a poner fin al estado antijurídico que ha causado su actuar precedente.

Al respecto debe tenerse presente que esta estructura no sólo es relevante en el ámbito de la comprensión de la unidad típica de acción sino que impacta además otros presupuestos de la responsabilidad penal como el título de intervención de los partícipes, la determinación de la ley penal aplicable y el inicio del plazo de prescripción. Al respecto, véase Mañalich, op. cit., "El secuestro...".

El clásico ejemplo de delito permanente es el delito de secuestro contemplado en el artículo 141 del Código Penal.

2.2. EL DELITO COMPLEJO

En estos delitos, el tipo requiere para su realización que se lleven a cabo varias acciones en sentido natural, acciones independientes entre sí que son vinculadas por la norma jurídico-penal. Es lo que sucede con la acción de intimidación y la apropiación en el delito de robo, si no existiera el tipo penal correspondiente, debería apreciarse un concurso real medial de los delitos de amenazas y hurto que debería resolverse de conformidad al artículo 75 del Código Penal (en adelante, CP).

2.3. EL DELITO CONTINUADO

El delito continuado corresponde a una construcción jurisprudencial en virtud de la cual se aprecia una unidad de acción a partir de una multiplicidad de hechos típicos autónomos entre sí, debido a la concurrencia de ciertos presupuestos que conectan las acciones, de modo tal que jurídicamente pueden considerarse como una sola.

Así, el cajero que diariamente sustrae 100 pesos y los acumula pacientemente, hasta que es sorprendido un año después, sería autor de un delito de hurto por el total de lo sustraído, y no por 365 delitos de hurto¹², pues el delito continuado permite comprender todas las acciones como una sola y calificar los hechos como un solo delito¹³.

El concepto de delito continuado nace en época medieval como una ficción jurisprudencial fundada en razones político – criminales, específicamente para evitar la pena de muerte que acarreaba el *tercer hurto*¹⁴.

Aun cuando la figura del delito continuado carece de sustento normativo explícito, nuestra jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de que, concurriendo los requisitos doctrinarios del delito continuado, el sentenciador debe aplicarlo, pues de lo contrario incurre en un *error de derecho* que puede dar lugar a la anulación de la sentencia¹⁵. Así, por ejemplo, la Ilma. Corte de Santiago ha declarado,

Que en primer término, esta Corte considera que si bien la figura del delito continuado planteado por la defensa no tiene asidero normativo, no puede por ello desconocerse que ha sido ampliamente reconocida

¹² El ejemplo es puramente ilustrativo, como se verá a propósito del concurso real, en el caso del delito de hurto existe una regla especial (art. 451 del CP) que obliga al intérprete a definir con mucha precisión el ámbito del delito continuado, por oposición a la simple reiteración de delitos.

¹³ Un fallo que resuelve en ese sentido un caso similar, fue dictado por la Ilma. Corte de Antofagasta, con fecha 27 de noviembre de 2007, en la causa Rol N°179-2006.

¹⁴ Se ha adjudicado como responsable de esta doctrina al práctico italiano de finales del siglo XVI, Próspero Farinacci.

¹⁵ Al respecto, véase Mañalich, J.P., "Determinación de la pena", 1 *Rev D UAI* pp. 243 y ss; 2 *Rev D UAI*, pp. 490 y ss.

tanto por la doctrina como por parte de la jurisprudencia, por lo que se estima que si resulta posible entonces cometer una infracción de derecho cuando conductas diversas pueden ser calificadas como una sola y luego se sancionan como reiteradas, aplicándosele en la especie una penalidad más gravosa al imputado¹⁶.

Si bien, el fundamento inicial de esta figura reside en consideraciones de proporcionalidad o de carácter político-criminal, es posible encontrar en ella una justificación por consideraciones de economía procesal, en el sentido de facilitar la labor probatoria que pesa sobre el órgano persecutor.

Así, nuestra jurisprudencia ha señalado que entre los criterios que permiten considerar varias acciones típicas como una unidad, existen

[...] criterios de economía procesal, derivados de la imposibilidad material de pesquisar el detalle de cada uno de los actos que componen el conjunto e incluso la manifiesta inequidad de aplicar las reglas concursales materiales comunes¹⁷.

Ciertamente, dicha concepción se encuentra abiertamente reñida con el estándar de convicción dispuesto por nuestro legislador en el artículo 340 del Código Procesal Penal (en lo sucesivo, CPP) en virtud del cual el órgano adjudicador está obligado a absolver siempre que exista una duda razonable respecto de la efectiva ocurrencia de alguno de los hechos imputados, cuestión que es evidente cuando la dificultad de probar un determinado hecho se cita como la principal razón para desarrollar el concepto de delito continuado.

Es por ello, que el delito continuado sólo puede ser comprendido como una solución favorable al imputado y en la medida que ello no sea así, su utilización deberá resistirse a través de la regla de la legalidad, la carga de la prueba y el aludido estándar de convicción.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina acepta mayoritariamente la procedencia de esta figura, salvo por la posición de Novoa, que sostiene que la ley chilena no admitiría la existencia del delito continuado, toda vez que conforme al artículo 1° del CP, cada acción típica debe configurar un delito autónomo. El citado autor señala:

En consecuencia, para la ley chilena, el que realiza varias acciones distintas que están legalmente tipificadas, comete varios delitos, a no ser que el propio tipo dé a entender claramente que la pluralidad de acciones integra una sola infracción penal¹⁸.

¹⁶ Ilma. C. de A. de Santiago, Rol N°2552-2007. En el caso citado, la Corte de todos modos desechó el recurso de nulidad que había interpuesto la Defensoría, por considerar que no se satisfacían los presupuestos del delito continuado.

¹⁷ Ilma. Corte de Rancagua, 17 de octubre de 2006, Rol N°5.721-06.

¹⁸ Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte general*, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 242.

2.3.1. Requisitos

Como requisitos, generalmente se exige la presencia de elementos objetivos y subjetivos comunes entre los distintos hechos. Al respecto, Etcheberry realiza la siguiente clasificación:

- a) Pluralidad de actos: deben existir múltiples comportamientos que autónomamente satisfagan la descripción típica¹⁹.
- b) Unidad de lesión jurídica: esta exigencia puede ser entendida con mayor o menor amplitud, para algunos se requiere que las diferentes acciones infrinjan el mismo tipo penal, en tanto que para otros basta con que exista una cierta homogeneidad en las acciones e identidad en el interés o bien jurídico protegido por las normas vulneradas²⁰.
- c) Vínculo subjetivo entre las acciones: según algunos autores es necesario que exista un propósito inicial que abarque a todas las acciones, que ha sido denominado como dolo unitario o dolo global (doctrina italiana). Se ha criticado mucho el recurso a un elemento subjetivo para conectar las acciones, toda vez que un dolo persistente no tendría porqué implicar un tratamiento más benigno que el de un dolo casual²¹. Al respecto, Jescheck señala que

La doctrina se conforma a menudo con un dolo continuado comprendido criminológicamente que se presente como el fracaso psíquico, siempre homogéneo, del autor en la misma situación fáctica. En parte también fue defendida una teoría puramente objetiva del delito continuado que atendía exclusivamente a los elementos externos de la homogeneidad de la forma comitiva y el bien jurídico, a la relación temporal de los actos individuales y al aprovechamiento de una misma ocasión²².

- d) Vínculo objetivo entre las acciones: a diferencia de lo que sucede respecto de la exigencia de elementos subjetivos para conectar las diversas acciones, no existe discusión respecto de la exigencia de criterios que permitan vincular las acciones desde una perspectiva material u objetiva. Un punto discutible puede ser la exigencia de identidad del sujeto pasivo, la doctrina y la jurisprudencia tienden a exigirla sólo frente a delitos personalísimos y no en casos de ataque a bienes jurídicos de carácter patrimonial²³.

¹⁹ Etcheberry, A., *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., Santiago, 1998, p. 111.

²⁰ Etcheberry, A., op.cit., p.111. Cury exige que los delitos sean “de una misma especie”, no exigiendo que se infrinja la misma norma penal, Cury, E., *Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª ed., Santiago, 2005, p. 658;

²¹ Cury, E., op. cit., p. 654.

²² Jescheck, H. H., op. cit., p. 772.

²³ Véase por todos, Etcheberry, op. cit., p. 113. El análisis de este presupuesto excede el ámbito de este trabajo, sin perjuicio de lo cual parece razonable restringir esta exigencia a los delitos personalísimos toda vez que sólo en estos la identidad del sujeto pasivo adquiere algún sentido frente a la acción típica y puede representar un punto de contacto relevante entre las distintas acciones.

2.3.2. Efectos

Debido a que el fundamento conceptual del delito continuado es que existe unidad (jurídica) de acción, en la situación descrita no existe concurso de delitos, ni tampoco una alteración en las reglas de determinación de la pena.

Sin embargo, parte de la doctrina nacional, considera que las distintas acciones se encuentran en relación de medio a fin, por lo que correspondería aplicar la regla del artículo 75 del CP²⁴. Esta solución del delito continuado puede ser correcta desde una perspectiva material, pero implica negar la condición de delito continuado, pues la citada norma constituye una regla de determinación de la pena para los casos en que un solo hecho constituye dos o más delitos. En el delito continuado, en cambio, se reputan todos los hechos como un solo delito²⁵.

Reputar una multiplicidad de actos como delito continuado, generalmente será beneficioso –en términos punitivos- para el condenado incluso si se aplica el artículo 75 del CP, pues la alternativa es sancionar los delitos conforme a la regla del artículo 351 del CPP, que exige agravación y permite superar el marco penal.

Finalmente, debe tenerse presente que en ciertos casos será conveniente optar por separar los cargos y resolverlo en conformidad al concurso real, siempre que el delito continuado no implique una atenuación de la pena, lo que podría suceder por la determinación de la ley aplicable o por una excesiva laxitud en el estándar probatorio (presunciones)²⁶. La misma opción debe tomarse en los casos en que se recurre al delito continuado como un mecanismo de aliviar la carga probatoria que pesa sobre el órgano persecutor.

2.3.3. Excurso: delitos sexuales como delito continuado

Un tema relativamente discutido en la doctrina nacional y extranjera, consiste en la procedencia del delito continuado en las agresiones sexuales, particularmente en la violación. En nuestro país, sin embargo, pareciera no haber mayor debate en torno al asunto.

El punto es particularmente importante en los delitos sexuales, en los que la identidad del sujeto pasivo es precisamente el elemento que permite construir la hipótesis de delito continuado. Respecto de los delitos patrimoniales en cambio, el vínculo material puede venir determinado más bien por la forma o lugar de comisión, antes que por el sujeto pasivo de la acción.

²⁴ Cury, E., op. cit., p. 658.

²⁵ Es probable que esta opción interpretativa se oriente con el objetivo de expresar la mayor gravedad que podría representar una hipótesis de delito continuado frente a una hipótesis de comisión típica simple, sin embargo, para esos efectos es preferible que el juez recurra a las agravantes generales y especiales que contempla nuestro ordenamiento jurídico, antes que establecer soluciones ad-hoc que además de innecesarias, distorsionan el alcance de esta institución.

²⁶ Vid. Supra, p. 7.

En efecto, es posible encontrar múltiples opiniones coincidentes a favor de la posibilidad de apreciar un delito continuado en una agresión sexual. En este sentido, Garrido señala:

Se acepta, sin embargo, que puede existir continuidad en atentados en contra de bienes personales, cuando su titular es un mismo sujeto pasivo, lo que podría tener particular importancia en delitos de índole sexual repetidos en contra de la misma víctima²⁷.

La misma opinión sostiene Rodríguez Collao, quien admite expresamente el delito continuado para toda clase de atentados contra la libertad sexual, si bien exige para su procedencia que haya homogeneidad estricta en el tipo (misma hipótesis de comisión).

El referido autor señala:

No vemos inconveniente para admitir la aplicabilidad de esta figura respecto de la generalidad de los delitos sexuales; si bien reconocemos que las situaciones en que ello puede ocurrir son francamente excepcionales. Tal vez la única situación imaginable sea la del sujeto que atenta en varias oportunidades en contra de una misma persona (sea a título de violación, estupro o abuso sexual), aprovechando, durante toda la secuencia delictual, la persistencia de una misma situación de desvalimiento de la víctima²⁸.

En la misma línea, Mercado Gómez señala que “la circunstancia de que la libertad sexual sea un bien jurídico eminentemente personal, no es óbice para la aceptación del delito continuado”²⁹.

El único autor nacional que se manifiesta derechamente en contra de esta posibilidad es Novoa Monreal, quien –como ya se señaló– sostiene que el delito continuado es una figura imposible en nuestro sistema jurídico penal.

En la doctrina comparada, la admisión general del delito continuado para la violación no es especialmente problemática. El problema se circunscribe a los casos de pluralidad de sujetos pasivos.

«Si se trata de bienes jurídicos personalísimos entonces está excluido el delito continuado si las diferentes acciones particulares se dirigen contra distintos titulares del bien jurídico (RG, 70, 243 [245]; BGH NSTz 1984, pág. 311: homicidio de varias personas [...] RG 53, 274: abuso sexual sobre distintos niños; BGH 18, 26 [28]: violación de varias mujeres; BGH 26, 24 [26]: coacción a distintas personas)»³⁰.

En España, MIR PUIG, refiriéndose a los términos del artículo 74 del CP español, cita jurisprudencia del Tribunal Supremo que acoge el delito continuado para agresiones sexuales homologables a nuestro delito de violación.

²⁷ Garrido Montt, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 341.

²⁸ Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 268.

²⁹ MERCADO GÓMEZ, *Problemas concursales y delito continuado en los delitos que protegen la libertad sexual*, Lexis Nexis, 2003, p. 96.

³⁰ JESCHECK, op.cit., p. 617.

No exige el artículo 74 CP ni la indeterminación procesal de las diversas acciones ni la unidad del sujeto pasivo. No obstante, el número 3 del mismo artículo viene a requerir que no se trate de «ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva. No cabrá, pues, delito continuado de homicidio, ni de lesiones, etc., pero sí de injurias a un mismo sujeto pasivo³¹.

En nuestra jurisprudencia, existen fallos que confirman la aplicación del delito continuado a este tipo de situaciones³².

3. CONCURSO APARENTE DE DELITOS O CONCURSO DE LEYES

Este tipo de concurso se produce cuando uno o varios comportamientos (acción u omisión) satisfacen más de una descripción típica desde un punto de vista formal, sin perjuicio de lo cual sólo una de esas infracciones determina el delito por el cual el sujeto debe ser imputado.

El fundamento para preterir las otras normas que la acción u omisión ha satisfecho, reside en que la norma preferida contiene o expresa a las demás infracciones, por lo que sólo debe aplicarse ésta para evitar una doble valoración del mismo hecho (*non bis in idem*).

Para determinar si estamos ante un concurso aparente o concurso de leyes se debe atender al *disvalor de injusto*, de modo que cuando uno o varios comportamientos han satisfecho varias descripciones típicas, es necesario preguntarse si existe además pluralidad de disvalor, lo que puede reducirse a la siguiente fórmula: cuando hay pluralidad de disvalor de injusto estamos ante un concurso real, cuando hay unidad de disvalor de injusto, estamos ante un concurso aparente.

Cuando no hay pluralidad de disvalores, no debería haber pluralidad de acusaciones ni de condenas.

Dado que la fórmula señalada no es suficientemente concreta como para permitir una solución operativamente sencilla de los problemas de concurso aparente, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado una serie de criterios que permiten determinar cuándo estamos ante un concurso aparente y qué normas deben ser preteridas.

El efecto del concurso aparente es que el precepto especificado no se aplica, o se aplica implícitamente a través de la disposición que prevalece. Si bien, en estos casos

³¹ Mir Puig, S., op.cit., p. 667.

³² Véase a modo de ejemplo: Ilma. Corte de Rancagua, Rol 138-2007 N°ID Lexis Nexis: 36393 y Rol 226-2005 N°ID Lexis Nexis: 32472; Ilma. Corte de Punta Arenas, Rol 82-2006, disponible en Lex defensor.

las normas descartadas no deberían tener ningún impacto en la pena, mediante consideraciones sistemáticas se podría sostener que en ciertos casos los marcos penales pueden combinarse³³.

A continuación, se revisan los criterios mediante los cuales es posible identificar y resolver un concurso aparente o de leyes.

3.1. ESPECIALIDAD

En virtud de este criterio, debe preferirse la norma más específica, es decir, aquella que contenga todos los elementos de las otras normas más otro/s adicional/es. Ese elemento adicional es el elemento especificador.

El principio de especialidad en sentido estricto es un criterio lógico que atiende a la intensidad de la descripción de la norma penal y que se encuentra contemplado como un criterio de interpretación en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 4, 13 y 20 del Código Civil³⁴).

Así, si una persona mata dolosamente a su padre, satisface la hipótesis típica del homicidio simple del artículo 391 del CP, así como el delito de parricidio contemplado en el artículo 390 del mismo cuerpo normativo. En ese caso, la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito constituye el elemento especificador que hace que la norma aplicable sea el artículo 390 y no el 391.

3.2. CONSUNCIÓN O ABSORCIÓN

Puede suceder que, desde un punto de vista formal, no sea posible excluir la aplicación de un tipo penal que concurre con otro, pero sí por consideraciones materiales. En estos casos, el disvalor de uno de los delitos está considerado en el segundo, aun cuando la descripción típica del tipo que se excluye, no se encuentre plenamente contenida en la norma aplicable.

³³ En este sentido, Jakobs identifica dos supuestos en los que la solución de un concurso aparente puede tener un efecto sobre la determinación de la pena: (a) cuando la ley preferida es más específica por un privilegio y, sin embargo, la ley preterida permite una consecuencia más leve; y, (b) cuando la ley preferida es más específica por una cualificante pero la ley penal desplazada permite una consecuencia mayor. Véase Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 1068.

Respecto del primer caso, parece plausible el análisis propuesto, pues en esos casos la norma inicialmente seleccionada sólo especifica los presupuestos de la responsabilidad penal, mas no las consecuencias de la misma. En virtud del principio de favorabilidad, no correspondería aplicar la misma solución en sentido inverso, esto es, para agravar la pena.

³⁴ En relación a la regla interpretativa contenida en el artículo 13 del Código Civil, Mañalich señala con razón que esta disposición no es útil para fundar la solución de un concurso aparente toda vez que es una regla para la solución de antinomias o conflicto de normas, situación que no acontece cuando hay concurso aparente. En efecto, en este tipo de concurso lo que hay es una solución mediante principio de proporcionalidad para contener la sobre regulación del legislador. Véase, Mañalich, "Determinación de la pena", en *2 Rev D UAI*, p. 496 y ss.

El principio de consunción no es un criterio formal o lógico como el principio de especialidad, sino un criterio material que concreta directamente el principio de *non bis ídem* o la prohibición doble valoración del mismo hecho.

Parte de la doctrina nacional ha identificado como fundamento de este criterio, el *principio de insignificancia*, en virtud del cual “la no aplicación de la pena correspondiente al delito de menor intensidad se justifica, porque al ser el hecho copenado insignificante en relación al principal, el castigo por éste parece suficiente”³⁵.

Como ejemplo de la aplicación de este criterio, puede pensarse en un caso de homicidio frustrado en que se satisface la descripción típica del delito de lesiones menos graves. En este caso, el disvalor del delito de homicidio frustrado expresa al de las lesiones. Del mismo modo, si a propósito de la ejecución de una violación el sujeto activo lesiona levemente a la víctima, dicho injusto se verá absorbido por el injusto de la violación.

Según Cury, este criterio debe preferirse al principio de especialidad, en efecto, el autor señala:

Cuando, por el contrario, el conflicto acepta ser solucionado echando mano de cualquier 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 lógicos³⁶.

Para poder determinar cuándo un tipo contiene el disvalor de otro, será relevante la consideración de los bienes jurídicos protegidos por la norma, así como la pena que ésta conlleva³⁷. Así, la jurisprudencia ha resuelto que la conducta de tenencia ilegal de arma de fuego debe entenderse subsumida en la conducta de porte ilegal de arma de fuego “ya que el peligro para el bien jurídico que el porte no autorizado representa, no aumenta un ápice porque el arma no se encuentre, además inscrita”³⁸.

3.3. ALTERNATIVIDAD

La alternatividad es un criterio que viene establecido por el legislador, en virtud del cual la aplicación de dos disposiciones está diseñada de modo tal que la aplicación de una excluye a la otra.

Una consecuencia relevante de la alternatividad, es que –a diferencia de la subsidiariedad- la aplicación del precepto preterido no se subordina a la del precepto aplicable, es decir que el solo hecho de que éste último sea aplicable excluye la

³⁵ Politoff, S., Matus, J.P., Ramírez M. C., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 454.

³⁶ Cury, E., op. cit., p. 670.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Fallo de la Ilma. Corte de Rancagua, rol 589-2006, disponible en Lex defensor.

posibilidad de aplicar al otro, aun cuando existan obstáculos en la imputación de responsabilidad penal que sólo se refieran al delito aplicable.

Parece difícil encontrar normas cuya aplicación se encuentre diseñada de esta manera, un caso discutible podría ser la relación entre el delito de secuestro (artículo 141 CP) y el delito de sustracción de menores (artículo 142 CP). En estos casos podría decirse que si el sujeto pasivo del atentado contra la libertad es menor de 18 años, nunca podrá aplicársele el artículo 141, aun cuando la hipótesis del artículo 142 no concorra porque -por ejemplo- el sujeto activo sea el padre del menor.

Desde ya, es discutible que el padre de un menor de 18 años no pueda ser sujeto activo de este delito, sin embargo, esta discusión excede el alcance de este trabajo y no es necesaria para aclarar este punto.

3.4. SUBSIDIARIEDAD

El criterio de subsidiariedad consiste, en términos generales, en que una norma es aplicable sólo si otra/s norma/s no lo son. En principio, esto sucede siempre que se debe resolver un concurso aparente bajo los criterios de especialidad o consunción, pues la norma preterida puede ser aplicable en subsidio de la norma más especial.

Este criterio se vuelve relevante cuando constituye una manifestación expresa del legislador, en la que dispone la aplicación subsidiaria de una norma que no se encuentra en concurso aparente con otra, por consideraciones de especialidad o por consunción.

Un caso de subsidiariedad expresa, se encuentra en la regulación del delito de daños, en el que el legislador ordena aplicar el tipo subsidiariamente, aun cuando no exista un fundamento formal o material que permita comprender su exclusión. En efecto, el artículo 488 del CP dispone: “Las disposiciones del presente párrafo sólo tendrán lugar cuando el hecho no pueda considerarse como otro delito que merezca mayor pena”.

De este modo, si a propósito de la comisión de un robo con fuerza en las cosas se produjera un daño a la propiedad privada, superior al que podría esperarse normalmente de la comisión de este delito, no se podría –en cualquier caso- afirmar un concurso real (ideal) entre el robo y los daños, pues éste último debe ser siempre excluido.

3.5. PENA

Muchas veces, la mayor pena asociada al delito es un buen indicador de la mayor gravedad que éste representa respecto de otro, pues lo razonable será que un mayor disvalor de injusto (merecimiento de pena), se exprese en una pena más grave. El

legislador, sin embargo, muchas veces establece penas sin consideraciones sistemáticas que permitan apreciar una relación como la antedicha. En virtud de ello, la magnitud de la pena sólo puede ser utilizada como un criterio de clausura en el sentido de que, al determinar la pena aplicable, esta no debería ser inferior al mínimo de pena señalado para alguno de los otros delitos aplicables.

La razón de lo anterior, reside en que es lógico que el delito que expresa el mayor disvalor no funcione como un privilegio respecto de aquel que sólo expresa una porción de éste. Ello, por cierto, deja de ser así cuando el elemento especificador, en virtud del cual un delito es preferido, es precisamente un privilegio, como sucedería en el caso del delito de infanticidio respecto del parricidio.

4. CONCURSO AUTÉNTICO DE DELITOS

Existe concurso real de delitos cuando una persona ha realizado varios hechos típicos, es decir, existen varios hechos que de manera autónoma satisfacen varias descripciones típicas. En estos casos el sujeto infringe, efectivamente, varias disposiciones penales, lo que puede acontecer porque una sola acción supuso la infracción de más de una norma (concurso ideal) o bien, porque se han cometido sucesivamente diversas acciones que infringen diversos tipos penales (concurso real).

En otras palabras, existe concurso ideal cuando hay unidad de hecho y pluralidad de disvalor, en tanto que si hay pluralidad de hechos y pluralidad de disvalores, estamos ante un concurso real.

A continuación examinaremos las diversas hipótesis de concurso auténtico y las reglas que contempla nuestro ordenamiento para su solución.

4.1. CONCURSO REAL POR REITERACIÓN.

Para que estemos ante un concurso real por reiteración de delitos es necesario que una persona realice varias acciones típicas separadas temporal, funcional y jurídicamente y respecto de las cuales no se haya dictado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada.

En el concurso real, la pluralidad se puede dar por simple reiteración de delitos (hipótesis del artículo 74 del CP) o por una relación de medio a fin entre las diversas acciones típicas (hipótesis regulada por el artículo 75 del CP). Esta última hipótesis, si bien corresponde a un concurso real, ha sido tradicionalmente tratada –tanto por la doctrina como por el legislador- como una hipótesis de concurso ideal (medial), por lo que será analizada en el apartado siguiente.

4.1.1. Acumulación

Los efectos del concurso real se encuentran regulados, en primer término, en el artículo 74 del CP, y consisten en la acumulación material o aritmética de todas las penas. La misma norma establece, además, el orden para el cumplimiento sucesivo de las penas, cuando éstas no puedan ejecutarse simultáneamente.

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

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves, o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en la escala gradual número 1.

La acumulación de penas, sin embargo, no es la única solución que el ordenamiento jurídico otorga al concurso real, en efecto, existen ciertas normas que establecen excepciones expresas a esta solución.

4.1.2. Asperación

La primera de estas excepciones a la acumulación aritmética está contemplada en el artículo 351 del CPP, que establece el sistema de asperación de penas. En virtud de esta disposición, cuando hay concurso real entre delitos de una misma especie, se debe tomar la pena más grave y aumentarla en uno o dos grados. Esta regla tiene como fin expreso beneficiar al condenado, de modo que –como señala su inciso 3º- deberá aplicarse el artículo 74 del CP, si este fuere más favorable.

La regla está establecida en los siguientes términos:

Art. 351. *Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie.* En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de delitos.

Podrá con todo aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una penal menor.

Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.

El legislador ha escogido como criterio para determinar cuándo estamos ante delitos de una misma especie, el bien jurídico protegido, lo que representa un avance

respecto de lo que establecía el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, que atendía al título o ley en que se ubicaba el delito³⁹.

El legislador impone el aumento de grados como una obligación para el órgano adjudicador, no así la cantidad de grados que deben ser aumentados⁴⁰.

4.1.3. Absorción

El artículo 451 del CP contiene una regla especial referida al concurso real del delito de hurto que aplica el criterio de absorción, “que consiste en aplicar la [pena] correspondiente al hecho más grave como sanción única, sanción que absorbe o consume la correspondiente al otro u otros delitos”⁴¹. La citada disposición establece:

Art. 451. En los casos de reiteración de hurtos a una misma persona, o a distintas en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar, el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior.

Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 447.

Esta disposición podría plantear ciertos conflictos frente a la posibilidad de reputar una multiplicidad de hurtos como delito continuado, en otras palabras, podría sostenerse que esta norma obstaculiza la posibilidad de apreciar *delito continuado de hurto*, en la medida que resuelve expresamente esa situación. Sin embargo, la doctrina ha sostenido, correctamente, que esta regla sólo es aplicable respecto del concurso material o real de hurtos, pues si se dan los requisitos del delito continuado no estaríamos frente a una hipótesis de concurso (reiteración), sino a un supuesto de unidad (jurídica) de acción⁴².

Según Etcheberry, esta disposición “no se trata de un ‘delito continuado de hurto’ tratado con severidad, sino de un caso de ‘concurso material de hurtos’ tratado con benignidad”⁴³. Ante lo cual, Mañalich sostiene que sólo es aplicable en la medida que signifique un beneficio respecto del régimen general del concurso real:

Si el artículo 451 del Código Penal fija un régimen de tratamiento penal más favorable para casos de múltiple realización típica de hurto en concurso real, parece haber una buena razón para restringir su aplicación a casos en que efectivamente ese régimen resulte más favorable que el establecido en el

³⁹ Este último criterio era problemático en nuestro sistema, pues el legislador ha regulado en un mismo título delitos que no guardan ninguna relación entre sí y ello implicaba que la solución de asperación careciera de fundamentos comprensibles.

⁴⁰ Al respecto véase Mañalich, “Determinación de la pena”, 2 *Rev D UAI* (2005), p. 504. El autor analiza el fallo de la Excma. Corte Suprema, rol 4809-2003; la sentencia íntegra se encuentra disponible en Lexis Nexis, bajo el N° ID. 29531.

⁴¹ Garrido, M., op. cit., p. 346.

⁴² Véase por todos, Mañalich, “Determinación de la pena”, 2 *Rev D UAI* (2005), p. 488.

⁴³ Etcheberry, op.cit., p. 362.

artículo 74 del Código Penal (acumulación material) o el establecido en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal (acumulación jurídica)⁴⁴.

4.2. CONCURSO MEDIAL

En el concurso medial, también denominado concurso ideal impropio o ideal – medial, al igual que en el concurso real por reiteración, existe pluralidad de hechos y pluralidad de disvalor, sin embargo, la íntima relación que poseen los delitos entre sí, lleva al legislador a equiparar las consecuencias penales de esta hipótesis a las del concurso ideal propio, en el que existe unidad de hecho.

En esta hipótesis, los delitos se encuentran unidos de forma tal que uno de ellos es condición necesaria del otro, por lo que se entiende que hay un menor disvalor de acción y que conforman una unidad delictiva, sin que se requiera además una conexión espacio-temporal determinada. Así, la Ilma. Corte de Santiago ha considerado que la usurpación de nombre y la falsificación de instrumento público constituyen el medio necesario para realizar una serie de defraudaciones⁴⁵.

La doctrina exige que entre las distintas conductas exista una relación de necesidad objetiva, no siendo suficiente la perspectiva del autor, que es de todos modos necesaria y ha sido denominada *conexión ideológica* entre los distintos delitos⁴⁶.

La relación objetiva de necesidad entre las diversas acciones debe darse en concreto, pues si ésta es susceptible de ser considerada en abstracto estaremos ante una hipótesis de concurso aparente y no de concurso auténtico⁴⁷, que se resuelve mediante el principio de consunción⁴⁸.

La exigencia de una relación de necesidad viene impuesta por el tenor literal del artículo 75 del CP, que dispone:

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

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

Al igual que en el caso del concurso real de hurtos, el legislador ha dispuesto una solución mediante *absorción* de las penas, en virtud de la cual se escoge la pena mayor asignada al delito más grave, sin que para ello sea necesario que los distintos delitos sean de la misma especie. Como este es un caso de absorción y no de asperación, a diferencia de lo que sucede en el caso regulado por el artículo 351 del

⁴⁴ Mañalich, , “Determinación de la pena”, 2 *Rev D UAI* (2005), p. 489.

⁴⁵ Fallo de la Ilma. Corte de Santiago, rol 15.599-2006, disponible en Lex defensor.

⁴⁶ Garrido, op. cit., p. 347. Véase al respecto, fallo de la Ilma. Corte de Santiago, rol 2030-2006, disponible en Lex defensor.

⁴⁷ En ese sentido, Cury, op. cit., p. 662;

⁴⁸ Mir Puig, S., op.cit., p. 672.

CPP, la pluralidad de delitos no autoriza al tribunal a aumentar la pena en grados y superar el marco legal de la pena asignada al delito más grave.

4.3. CONCURSO IDEAL

El concurso ideal propio se produce cuando un único hecho infringe más de un tipo penal y estos no se encuentran en concurso aparente. En estos casos existe unidad de acción y pluralidad de disvalor.

Se entiende que, el que exista un solo hecho que satisface las diferentes descripciones típicas, implica un *menor disvalor de acción*, lo que justifica que el legislador haya establecido la norma del artículo 75 del CP, otorgando un trato más benigno al determinar la pena aplicable.

El concurso ideal se puede clasificar en *homogéneo*, cuando la infracción reiterada es a la misma norma, o *heterogéneo* cuando las normas infringidas son diferentes.

Se podría sostener, como algunos lo han hecho en España, que, en atención a que la solución otorgada por el artículo 75 del CP que establece la aplicación de la pena mayor asignada al *delito más grave*, la norma sólo se referiría al concurso ideal heterogéneo, pues el concurso homogéneo “necesariamente implica igual gravedad de los delitos en concurso”⁴⁹.

Sin embargo no es correcto excluir esta categoría de concursos de la aplicación de esta norma, pues es posible imaginar una hipótesis en que se realiza el mismo delito, pero menos grave en consideración a su etapa de ejecución, como sucedería en el siguiente ejemplo: Juan envenena un pastel con el objeto de matar a Pedro y a Diego, sin embargo sólo Pedro muere, pues Diego ha sospechado las intenciones de Juan y ha tomado un antídoto.

En este caso habría un concurso ideal entre el delito de homicidio calificado por envenenamiento consumado y el delito de homicidio calificado por envenenamiento frustrado, el distinto grado de ejecución incide en la gravedad de la pena asociada al delito, pero no en la naturaleza de éste, de modo que sigue siendo un concurso ideal homogéneo⁵⁰.

Esta postura se ha generado principalmente, a propósito del delito de homicidio, pues un sector importante de la doctrina se ha mostrado reacio a aceptar que el homicidio de una pluralidad de personas mediante una única acción, pueda resolverse

⁴⁹ Mir Puig, S., op. cit. p.669, refiriéndose al artículo 77 del CP español que regula la hipótesis de concurso ideal.

⁵⁰ Debe destacarse que esta interpretación es contraria a un sector de la doctrina nacional que considera que la realización simultánea de un mismo tipo penal implica una reiteración y no un concurso ideal, al menos en los delitos que afectan bienes jurídicos personalísimos como la vida o la integridad física. En este sentido se expresa Matus en: Politoff, S., y Ortiz, L., (dir), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 400.

con un concurso ideal “pues no es el medio empleado lo que define el homicidio sino las muertes causadas y éstas son plurales”⁵¹.

Dicha interpretación, sin embargo, carece de suficientes argumentos. En efecto, de la lectura del artículo 75 del Código Penal, no puede sino desprenderse que la realización de más de un delito de homicidio en un solo hecho (como claramente sería el caso de quien jala una vez el gatillo y da muerte a más de una persona) debe sancionarse en conformidad a lo dispuesto por la citada norma⁵².

La afirmación de un concurso ideal en estos casos, es claramente la afirmación correcta, pues este tipo de concurso reconoce que existe –de hecho- una pluralidad de delitos, y establece una regla para determinar la pena cuando dicha pluralidad de delitos sea realizada mediante una única acción, por lo que no es una solución que conceptualmente omita la valoración de ninguno de los homicidios.

Cosa distinta es que, desde una perspectiva política criminal se considere insatisfactoria la regla de determinación de pena dispuesta en el artículo 75 del CP, para este tipo de casos⁵³. Lo que parece ser el motivo que orienta la reseñada postura doctrinaria.

4.3.1. Unidad de hecho

Para determinar si nos encontramos ante una hipótesis de concurso ideal y descartar el concurso real, es necesario analizar el concepto de unidad de hecho, que es aquel que ha utilizado nuestro legislador al regular este tipo de concurso.

Sin perjuicio de que nos remitiremos a lo que ya fue analizado en el capítulo 2 de esta minuta, es necesario realizar ciertas precisiones en torno al concepto de unidad de hecho o unidad de acción, en relación a este tipo específico de concurso.

En general, la doctrina ha sostenido que la unidad de hecho es más amplia que la unidad típica de acción, pues de lo contrario habría siempre reiteración y no sería posible, conceptualmente, la existencia de un concurso ideal⁵⁴.

Sin embargo, la distinción pareciera no ser tan determinante, pues para que se pueda hablar de unidad de hecho en un sentido relevante para el derecho penal, es necesario que -por lo menos- se satisfaga la hipótesis fáctica de un tipo penal, sin perjuicio de que se satisfaga más de una y se de lugar a un concurso ideal.

De este modo, –como lo señaláramos en el capítulo 2- existe *unidad de hecho cuando el comportamiento humano satisface las exigencias mínimas del tipo penal*,

⁵¹ Ibídem

⁵² Ibídem, p. 399 y ss.

⁵³ Al respecto, como señala Matus, debe tenerse presente que la mayoría de los casos que podrían ser conflictivos desde una perspectiva político-criminal quedarán normalmente abarcados por las leyes antiterroristas que contemplan penas muy severas. Politoff, S., y Ortiz, L, op. cit., P. 400.

⁵⁴ Véase por todos, Etcheberry, op. cit., p. 121 y ss.

aun cuando desde un punto de vista fáctico o fisiológico puedan identificarse varias acciones y aun cuando dicha acción típica implique la realización de alguna otra acción típica⁵⁵.

4.3.2. Unidad de acción por efecto de sujeción⁵⁶

Se reconoce en doctrina el caso de dos delitos que son autónomos entre sí pero que se ven vinculados por encontrarse cada uno de ellos en concurso ideal con un tercer delito que funciona como abrazadera, es lo que se ha denominado, *unidad de acción por efecto de abrazamiento*⁵⁷.

Parte de la doctrina ha desechado la posibilidad de apreciar concurso ideal cuando uno de los delitos es más grave que aquel que sirve de abrazadera⁵⁸. Sin embargo, no se aprecian buenas razones para restringir la utilización del concurso ideal en esos casos, sobre todo cuando nuestro legislador ha aceptado expresamente la posibilidad de que el concurso ideal esté integrado por un tercer delito al referirse a *dos o más* delitos en el artículo 75 CP⁵⁹.

Tampoco parecen apreciarse razones político-criminales para evitar la solución del concurso de esta forma, pues la pena a imponer será, en cualquier caso, *la mayor asignada al delito más grave*.

4.3.3. El delito preterintencional

En general, existe un delito preterintencional cada vez que el resultado producido por la acción del agente, excede al resultado buscado por éste.

El desarrollo de esta figura se ha dado, principalmente, en relación con el delito de homicidio preterintencional, en el que “está ausente el dolo de matar, pese a que sí había dolo de lesionar”⁶⁰.

La mayoría de la doctrina ha comprendido que en el delito preterintencional existen dos delitos, uno doloso y uno culposo, considerando que además existe una única acción que les da origen, la forma lógica de resolverlo es reputar un concurso ideal

⁵⁵ En este sentido, Mir Puig, op.cit., p. 662.

⁵⁶ La terminología corresponde a Jescheck, op. cit., p. 777.

⁵⁷ Mir Puig, S., op. cit., p. 671. Véase también Jescheck, op. cit., p.777, en relación a lo que denomina *unidad de acción por efecto de sujeción*.

⁵⁸ Mir Puig, S., op. cit. P. 671

⁵⁹ Jescheck, op. cit., p. 777, da cuenta de la postura que acepta el efecto abrazadera incluso cuando el tercer delito es menos grave que alguno de los otros.

⁶⁰ Politoff S., Grisolia F., Bustos J., *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2001, p. 73.

entre el delito doloso y el delito culposo. Así se ha manifestado reiteradamente nuestra jurisprudencia⁶¹ y doctrina⁶².

4.3.4. Delito culposo con múltiples resultados

Pareciera que si una sola acción culposa trae múltiples resultados lesivos, cada uno de los cuales satisface un supuesto típico, deberíamos apreciar un concurso ideal de delitos. Sin embargo, existen buenas razones para sostener que en estos casos nos encontraríamos ante un solo delito culposo, particularmente por que existe una sola infracción de la norma de conducta, el deber de cuidado.

Es posible plantear tres soluciones diferentes para esta situación: (1) concurso ideal; (2) concurso real; y, (3) ausencia de concurso, un único cuasidelito.

Cury se ha mostrado partidario de esta última postura, salvo en los casos en que la pluralidad de resultados sea previsible para el autor, situación en la cual debiera apreciarse un concurso ideal⁶³. Así el autor señala:

Parece vidente que el disvalor de acción en esas situaciones es siempre idéntico, de manera que determinar la punibilidad atendiendo a la contingencia azarosa de si en efecto ocurrieron distintos eventos o uno solo, estimo, otra vez, que es enfatizar en forma exagerada la significación del disvalor de resultado, con grave peligro, incluso, para la supervivencia del derecho penal de culpabilidad⁶⁴.

4.3.5. Aplicación del artículo 74 del CP

Se sostiene por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que cuando la solución del concurso medial mediante la regla del artículo 75 del CP no beneficia al condenado, el concurso debe resolverse en conformidad a las reglas del concurso real⁶⁵. Si bien la ley no parece reconocer esa posibilidad, a diferencia de lo que sucede con el art. 351 del CPP, el fundamento de las normas de solución de concursos debe necesariamente llevar a esta conclusión⁶⁶.

Esta solución es aplicable tanto a la hipótesis del concurso medial como del concurso ideal propio. En este sentido, se ha señalado que el artículo 75 del CP

[...] no debe llevarse a consecuencias absolutas cuando su aplicación concreta desconoce el sentido íntimo del precepto, que es el establecer una regulación de la penalidad que resulte en definitiva más benigna que aquella que derivaría de la aplicación de la regla general contenida en el art. 74 (concurso material). En consecuencia, si en un caso particular las penas concurrentes en la pluralidad de delitos, por

⁶¹ A modo de ejemplo, véase fallo de la Exma. Corte Suprema, de 17 de agosto de 2005, rol 1700-2005, Lexis Nexis N°ID: 32592 y sentencia de la Ilma. Corte de Punta Arenas, rol 43-2007, disponible en Lex defensor.

⁶² Véase por todos, Politoff, Grisolia y Bustos, op. cit., p. 76 y ss.

⁶³ Cury, E., op. cit., p. 665.

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ Véase, Garrido, M., op. cit., p. 347; Matus, J. P., en: Politoff y Ortiz (dir), op. cit., pp. 402 y 403; y, Cury, E., op. cit., p. 662.

⁶⁶ Vid. supra, pp. 2 y 3.

su simple adición, pueden significar una penalidad más leve que la que necesariamente impone la fórmula del art. 75 [...], debe ser aplicada la regla del concurso material con preferencia al llamado concurso ideal⁶⁷.

Del mismo modo se ha manifestado la jurisprudencia al excluir la aplicación del art. 75 en atención a que sus consecuencias son más gravosas que la aplicación de la acumulación material contemplada en el art. 74, ambos del CP⁶⁸.

RLF

Julio de 2008

⁶⁷ Politoff, Grisolia y Bustos, op. cit., p. 69.

⁶⁸ Véase a modo de ejemplo la resolución de la Ilma. Corte de Copiapó, en la causa rol 272-2006, disponible en Lex Defensor.