

LA COMPRA DE UN LIBRO FOTOCOPIADO ES UN ACTO ILEGAL
Y ES PENADO POR LA LEY

LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO

VOLUMEN I

JUAN BUSTOS RAMÍREZ (†)
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

ADAPTADAS AL DERECHO PENAL CHILENO POR
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

Todos los derechos reservados.
Prohibida su reproducción, total o parcial,
por cualquier medio físico o electrónico,
incluyendo el diseño de la portada.

© JUAN BUSTOS RAMÍREZ (†)
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

© LIBROTECNIA®
Agustinas 1442, Torre B, Of. 209, Santiago, Chile

Inscripción N° 213.667

Primera edición

Impreso en los talleres de Gráfica LOM
en el mes de marzo de 2012

ISBN OBRA COMPLETA: 978-956-327-062-4

ISBN VOLUMEN I: 978-956-327-063-1

IMPRESO EN CHILE

LIBROTECNIA®

literal posible del concepto de un ser humano sino que, además, constituyen sus antónimos.

14.6. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

El concurso aparente de leyes penales se da cuando *un hecho determinado lógicamente o formalmente aparece contenido en varios tipos legales, pero su contenido de injusto es determinado completamente por uno solo de ellos*. Dicho de otra forma, hay concurso aparente cuando varias normas entran en conflicto para conocer de un hecho, pero solo una de ellas resulta aplicable. En el caso contrario, es decir, cuando sean necesarios dos o más delitos para desvalorar de manera completa el hecho concreto, estaremos ante un concurso de delitos.

Resolver si se está frente a concurso aparente de leyes penales, en cuyo caso hay que decidir cuál es el precepto aplicable, o a un concurso de delitos, lo que de constatarse llevaría a la aplicación de más de un precepto para determinar la pena, constituye uno de los problemas de interpretación de mayor incidencia en la práctica forense. Los hechos establecidos procesalmente puede que coincidan con los supuestos de hecho de dos o más tipos penales. Esto no significa necesariamente que sean dos o más los tipos penales que en concurso deban aplicarse, pues bien puede ocurrir que por la vía de la interpretación se resuelva que un solo tipo, con exclusión del otro o de los otros, sea el aplicable. Por eso, en estos últimos casos se habla de un concurso *aparente* de leyes penales.

El concurso aparente de leyes penales supone una de las principales manifestaciones del principio *non bis in idem*. Veamos un ejemplo sencillo. Si castigáramos a un sujeto que con ocasión de un robo mata intencionadamente a la víctima aparentemente se haría acreedor a las penas establecidas tanto en el delito de homicidio del art. 391 CP como en el delito de robo con violencia del

art. 433.1 CP. Si así se hiciera estaríamos sancionando dos veces la muerte de una persona.

Ahora bien, gran parte de los supuestos de concurso aparente de leyes poseen una mayor complejidad. Así por ejemplo, en el caso de una violación a un familiar la jurisprudencia venía aplicando un concurso de delitos: violación (arts. 361 y 362 CP) e incesto (art. 375 CP). En los últimos años, existen fallos judiciales que entienden que la figura de incesto no resulta aplicable a estos supuestos, castigándose exclusivamente como violación (SCS de 17-11-1997, RDJ, XCIV, 1997, N° 3), pues se ha estimado que el desvalor del incesto está comprendido dentro del desvalor de la violación.

En doctrina, se señalan diferentes principios de resolución: el de especialidad, el de subsidiariedad, el de consunción y el de alternatividad que se pueden reducir solo a tres ya que el llamado de alternatividad coincide plenamente con el de consunción.

La doctrina nacional como comparada no se muestra homogénea en cuanto al número y contenido de las reglas o principios de resolución del concurso aparente de leyes. Algunos autores entienden que solo son necesarios los de especialidad y consunción (por todos, Etcheberry, II, p. 123); por el contrario, otros mantienen la autonomía de los cuatro principios de resolución Politoff/Matus/Rodríguez (pp. 452 y ss.). Por nuestra parte, si bien entendemos que resultan suficientes los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad, la delimitación práctica de cada uno de ellos no resulta clara y, en no pocas ocasiones, se superponen en un mismo hecho concreto. No obstante, y de acuerdo con la función de garantía de los principios y límites al *ius puniendi*, lo importante es que efectivamente no se vea conculcado el principio *ne bis in idem*, con independencia de la regla de resolución del concurso aparente de leyes que apliquemos.

Conforme al *principio de especialidad*, el tipo legal más específico prima sobre el más general. Tal sucede en los tipos cualificados

o privilegiados en relación al tipo base y también es el caso de un delito compuesto respecto de delitos simples.

Así sucede, por ejemplo, con el delito de parricidio del art. 139 CP en relación al asesinato y este último a su vez en relación con el homicidio del art. 391 CP; y con el robo de los arts. 433 CP y ss., respecto del hurto de los arts. 446 CP y ss.

Conforme al llamado *principio de subsidiariedad* el precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal. Dicha subsidiariedad puede ser expresa o simplemente deducible. Como puede apreciarse el de subsidiariedad es solo en parte, otra forma de enunciación de la misma fórmula lógica que encierra el de especialidad, pero es más amplio pues puede referirse también a dos delitos especiales en que uno es subsidiario de otro, esto es, *un tipo legal solo y únicamente se aplica en defecto de otro*.

Como hemos mencionado, la relación de subsidiariedad puede ser expresa o tácita. Un ejemplo de la primera se encuentra en la delimitación entre la autoría y la complicidad. El art. 16 CP manifiesta expresamente que «son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos». Un ejemplo de la segunda subyace entre el tipo doloso e imprudente, donde éste solo puede aplicarse en el caso de que la conducta no sea dolosa, a pesar de que no exista una regla que lo determine expresamente.

Según el *principio de consunción*, un tipo legal comprende también el desvalor delictivo de otro. En general, se trata de actos posteriores o anteriores propios al acto delictivo que quedan consumidos.

El principio de consunción presenta un juicio valorativo respecto de la situación concreta en el sentido de si ella realmente se puede incluir en un solo tipo legal que abarque todo el desvalor que ella comprende o si, por el contrario se trata de la realización de dos tipos diferentes. La relación es de carácter valorativo o axiológico, y no lógico, como ocurre en la regla de especialidad, donde el tipo penal

especial recoge expresamente el tipo básico. Debe determinarse si valorativamente la pena impuesta en una figura penal ha tomado en cuenta la posibilidad de que concurra otra figura penal, en caso contrario estaríamos ante un concurso de delitos.

Por ejemplo, en el tipo de homicidio (art. 391 CP) quedan consumidas las lesiones y aun los daños como la destrucción de la ropa u otro bien de la víctima; en el caso de la violación las lesiones leves que pudieran concurrir con ocasión del penetración en la vagina, ano o boca de la víctima (art. 361 CP).

La doctrina nacional que se ha ocupado con profundidad de esta materia, manifiesta que la regla de consunción no se deriva del principio *non bis in idem*, sino que se rige por el principio de insignificancia. La relación de consunción no tiene lugar en el seno de las relaciones lógicas existentes entre los preceptos en juego sino en la existencia de ciertas relaciones empíricas entre hechos susceptibles de ser calificados por dos o más preceptos, donde la realización de uno de ellos se presenta como insignificante frente a la del otro, cuya intensidad criminal lo absorbe. En estos casos, la ausencia de la pena correspondiente al delito de menor intensidad se justifica, porque al ser hecho copenado insignificante en relación al principal, el castigo de éste parece suficiente para señalar al autor (Matus, 2002: 30).

El *principio de alternatividad* es en parte la expresión formal de la consunción. Se da cuando una misma situación aparece abarcada por diversos puntos de vista valorativos, pero en que uno excluye al otro.

La doctrina nacional entiende este principio como un recurso para subsanar errores groseros en la legislación penal que, por cierto, resultan frecuentes en nuestro sistema penal (Matus, 2002: 30). Gran parte de estos errores tienen como principal explicación la descoordinación entre nuestro *vetusto* CP y las sucesivas reformas penales que ha *sufrido* nuestro sistema penal, bien en el propio

CP, bien a través de leyes penales especiales. Así la doctrina citada pone como ejemplos el envío de cartas explosivas (art. 403 *bis* CP) en relación con las figuras de homicidio (arts. 391 y ss. CP) y el secuestro político del art. 5° b) LSE en relación con la sustracción de menores (art. 148 CP). En estos casos, la citada doctrina nacional aboga por aplicar la figura penal que posea una mayor penalidad. Así, por ejemplo en el caso de un secuestro político de un menor, se aplicaría el precepto que contenga una mayor penalidad (art. 148 CP) (Matus, 2002: 33).

Por nuestra parte, esta posición plantea serias dudas político-criminales. En primer lugar, el mandato de *lex stricta* obliga al intérprete a respetar los límites impuestos por el principio de legalidad, y en especial sus garantías. El principio de alternatividad obedece a criterios meramente formales –la mayor penalidad– y debe aplicarse exclusivamente cuándo las demás reglas de resolución del concurso aparente de leyes –que obedecen a criterios materiales, es decir, establecen qué figura delictiva recoge con mayor exactitud el supuesto de hecho concreto– no puedan resolver el concurso aparente de leyes penales. En segundo lugar, el principio de división de poderes solo habilita al legislador a enmendar sus propios errores. Y en tercer lugar, supone una interpretación en contra del reo. Por tanto, la regla de alternatividad está en una relación de subsidiariedad respecto de las demás reglas de solución, en otras palabras, deberemos acudir en primer lugar al supuesto de hecho, y en segundo lugar, a la pena impuesta. Esta posición asegura en mayor medida la función de garantía del principio de legalidad, que se centra más en la conducta típica que en la pena impuesta. En conclusión, el ámbito de aplicación del principio de alternatividad se reduce considerablemente ya que solo entrará en juego cuando los supuestos de hecho descritos en los tipos penales sean valorativamente iguales, y en este caso, y en virtud del prin-

cipio *in dubio pro reo* deberá aplicarse el tipo penal que contenga una penalidad menor.

Los supuestos donde los tipos penales concurrentes hacen solo referencia a un aspecto parcial del supuesto de hecho, entendemos que se pueden resolver por las reglas de especialidad, consunción o subsidiariedad. Así, por ejemplo, en el caso de un secuestro de un menor por motivos políticos, tenemos dos figuras especiales del tipo básico de secuestro: el art. 142 CP la condición de la minoría de edad de la víctima y el art. 5° b) LSE la finalidad política del secuestro. La cuestión que debemos determinar es qué tipo especial es preferente. La teoría del bien jurídico nos puede indicar el camino. Estamos ante tipos penales pluriofensivos, donde además de proteger la libertad deambulatoria, uno protege la indemnidad del menor y otro protege el orden constitucional. Pues bien, debemos decidir, conforme, precisamente conforme con nuestro Estado constitucional cuáles de ellos tiene preferencia en nuestra sociedad. Tomada esta decisión, habremos resuelto el concurso aparente de leyes de acuerdo a criterios materiales legitimados político-criminalmente.

14.7. EL CONCURSO DE DELITOS

En el concurso de delitos (real o ideal) puede presentarse un problema de interpretación. La mayor parte de la doctrina, con alguna razón, ubica su estudio en la determinación de la pena pero, en algunas ocasiones, previamente resulta necesario un proceso de interpretación para subsumir o, en su caso, ponderar el supuesto de hecho en algunas de las modalidades concursales recogidas en nuestro ordenamiento jurídico. Especialmente palpable es esta necesidad en el concurso real homogéneo del art. 351 CPP, donde el intérprete tiene la ardua tarea de establecer cuándo varios delitos afectan a un mismo bien jurídico.

Por tanto, la aplicación de un concurso de delitos requiere, en primer lugar, un doble proceso de interpretación: uno previo destinado a determinar si estamos ante un concurso aparente y, en su defecto, otro consignado a delimitar el tipo de concurso de delitos; y en segundo lugar, un proceso de determinación de penas que debe ser abordado en ese momento. Aquí solo nos ocuparemos de las reglas de interpretación.

Las situaciones que se pueden dar son las siguientes:
14.7.1. Pluralidad de hechos típicos y pluralidad de delitos;
14.7.2. Unidad de hecho y pluralidad de delitos; 14.7.3. Pluralidad de hechos y un solo delito.

14.7.1. Pluralidad de hechos típicos y pluralidad de delitos (concurso real)

El llamado *concurso real de delitos* constituye el caso más simple: hay varios hechos y cada uno de esos hechos significa una realización delictiva. Nuestro Código Penal contempla dos tipos de concursos atendiendo a la homogeneidad o heterogeneidad del bien jurídico afectado por la pluralidad de delitos

14.7.1.1. CONCURSO REAL HETEROGÉNEO (ART. 74 CP). El art. 74 CP se aplica –de acuerdo a una interpretación *a contrario sensu* del art. 351 CPP, que regula el concurso real homogéneo– cuando los diferentes delitos no «afectaren al mismo bien jurídico». Este precepto establece una acumulación aritmética de las penas (*infra* 42).

EJEMPLO: Un empleado público comete un delito de cohecho (arts. 248 y ss. CP) y posteriormente, ocasiona unas lesiones graves (art. 397 CP) a su cónyuge o conviviente; o un sujeto comete un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada (art. 440 CP) y posteriormente perpetra un homicidio calificado (art. 391.1 CP).

14.7.1.2. CONCURSO REAL HOMOGÉNEO. Como ya hemos apuntado estamos ante concursos reales donde las diferentes figuras penales afectan a un mismo bien jurídico.

Estamos ante la regla concursal, junto con el art. 74 CP, de mayor incidencia práctica, ya que gran parte de nuestra delincuencia registrada atenta de manera reiterada contra bienes jurídicos de la misma naturaleza.

Nuestro sistema penal contempla una regla concursal de delitos homogéneos aplicable a todos *crímenes y simples delitos* (art. 351 CPP). En la parte especial encontramos reglas concursales, y en el supuesto que nos ocupa, destaca por su importancia práctica el concurso de delitos y faltas de hurto (art. 451 CP). Por esta razón, de manera sucinta trataremos este concurso real homogéneo especial.

14.7.1.2.1. *Concurso real homogéneo general (art. 351 CPP)*. Este precepto mantiene los mismos criterios del derogado CPP de 1906 (art. 509). La técnica legislativa aplicada a este precepto vuelve a poner en evidencia un mal endémico en nuestra legislación penal, contrario al espíritu de la codificación: la dispersión normativa. Así, llama la atención que el legislador penal de la nueva reforma procesal penal mantuviera la decisión de incluir estas reglas de determinación en el CPP y no en el CP, junto a los arts. 74 y 75 CP. Supone una manifestación de la posición doctrinal –ya superada– que entendía la problemática de los concursos de delito como un mero conjunto de reglas procesales (Novoa Monreal, *PG II*: 220).

A la hora de aplicar este precepto el núcleo central radica en determinar si estamos ante *crímenes o simples delitos* de una misma especie. El propio art. 351 CPP señala como criterio de interpretación «aquellos que afectan a un mismo bien jurídico».

Parte de la doctrina ha puesto de manifiesto los problemas que plantea esta regla de interpretación. Destaca que gran parte

de nuestras figuras penales tienen una naturaleza pluriofensiva, situación que reduce sustancialmente el ámbito de aplicación del art. 351 CPP (Cury, 2005:655; Politoff/Matus/Ramírez, 2003: 466-467). Así, por ejemplo, los supuestos de robo con violencia no podrían concurrir en una relación concursal homogénea ni con otros delitos contra la propiedad, ni contra otros delitos contra la vida o la integridad física. Ahora bien, sin perjuicio de los problemas interpretativos que presentan la aplicación de las reglas concursales, entendemos que, desde un concepto material de delito, el bien jurídico afectado constituye el parámetro correcto para determinar si existe o no una reiteración de delitos. Sin poder detenernos en esta interesante cuestión dada la naturaleza de estas lecciones, proponemos para los supuestos en que concurren delitos pluriofensivos que se atienda a aquel bien jurídico afectado que represente el núcleo central de desvaloración penal. Sin duda, existen otros que otorgarían menos problemas al intérprete penal, como por ejemplo un criterio sistemático-formal, pero no debemos olvidar que la interpretación del derecho penal debe tender a sustentarse sobre criterios materiales.

EJEMPLO: Los 433 a 436 CP recogen varios supuestos de robos con violencia e intimidación atendiendo, precisamente, a la intensidad de ésta. En el caso de que concorra un delito de hurto, para determinar si existen o no delitos de la misma especie, deberemos comprobar el núcleo de desvaloración de la modalidad de robo con violencia. Así, si concurre en núm. 1 del citado precepto, deberemos negar la aplicación del art. 351 CPP, ya que la desvaloración de esta modalidad se centra en la protección de la vida e integridad. Por el contrario, podríamos plantearnos la concurrencia del art. 351 CPP, en los supuestos de robo con intimidación (amenaza) recogido, entre otros supuestos, en el art. 436 CP.

Esta regla concursal establece una acumulación jurídica de las penas de cada delito, es decir, una única pena agravada (*infra*, 42).

14.7.1.2.2. *Concurso real homogéneo especial de hurtos (art. 451 CP)*: El art. 4 del Título IX dedicado a los *crímenes y simples delitos contra la propiedad*, contempla una regla especial concursal en el caso de reiteración de hurtos. Si bien, su estudio corresponde a la Parte Especial, dada su importancia práctica –aproximadamente corresponde al 18% de total de los delitos detectados por las agencias policiales y judiciales– realizaremos una breve referencia a sus reglas interpretativas.

El hurto consiste en la «apropiación de una cosa mueble sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro sin que concurren las circunstancias de fuerza en las cosas o violencia e intimidación en las personas» (art. 432 CP). El art. 446 CP gradúa la gravedad de la pena atendiendo al valor de lo sustraído.

El art. 451 CP establece una única pena agravada cuando concurren alguno de los siguientes supuestos de hecho: 1) reiteración de hurtos de una misma persona; 2) reiteración de hurtos a distintas personas en una misma casa; 3) reiteración de hurtos en un establecimiento de comercio, centro comercial, feria o recinto o lugar.

El ámbito de aplicación se extiende a las faltas de hurto (494 *bis* CP) que supone en la práctica que la mayoría de las reiteraciones de faltas de hurto se les aplique una pena de un simple delito.

Al igual que el art. 351 CPP se establece una acumulación jurídica de las penas.

14.7.2. Unidad de hecho y pluralidad de delitos (concurso ideal)

El supuesto en que hay un solo hecho y varios delitos es conocido como *concurso ideal de delitos*. Si bien, doctrinalmente podemos distinguir entre concurso ideal *homogéneo* y *heterogéneo*,

nuestro Derecho positivo les otorga la misma regla de penalidad. En el homogéneo se trata del mismo delito, por ejemplo, varios homicidios con una sola acción. En el heterogéneo de distintos delitos, por ejemplo, un sujeto en el transcurso de una violación amputa un brazo a la víctima (arts. 361 y 396 CP). La discusión ha girado en torno a si hay un solo delito (unidad jurídica) o varios (Bustos: 1962: 88). Lo importante en el injusto, como hemos visto, es la protección de bienes jurídicos. En estos casos, en que hay un comportamiento que cumple con dos tipos legales, infringiendo dos prohibiciones y los resultados son imputables sin que haya causa de justificación, sin duda hay dos delitos. Definitivamente en el concurso ideal hay varios delitos.

A efectos de la pena hay que partir del hecho de que hay autonomía de los bienes jurídicos afectados y también, por lo mismo, de las normas infringidas. El art. 75 del CP —que también regula el delito medial que veremos a continuación— resuelve el problema con la acumulación jurídica, aplicando una pena global o unitaria.

Parte de la doctrina chilena (Garrido Montt, *PG II*: 337, 338 y 348) mantiene que «tratándose de bienes jurídicos personalísimos e individuales (como la vida, la integridad corporal), los tipos penales establecidos para su protección, normalmente se satisfacen y colman con el atentado a *una* vida o a *un* cuerpo. El delito de homicidio vela por la existencia de cada persona, de modo que provocar la muerte cumple en plenitud ese tipo penal; constituye también jurídicamente una sola acción. Ello hace comprensible que normativamente un acto material único pueda concretar varios tipos penales. Aquel que con una granada, y era lo que pretendía, comete tanto delitos de homicidio como muertes provoca». El tipo de homicidio no puede ser, al mismo tiempo, omnicompreensivo de más de una muerte. Las muertes en cuestión constituyen un concurso real (art. 351 CPP) y no uno ideal.

La posición mantenida por el autor citado pone de manifiesto un problema de proporcionalidad de penas, ya que resulta injustificable que la comisión de varios hechos que derivan en varios delitos (por ejemplo, el denominado *homicidio en serie*) tenga un tratamiento penal más severo que la comisión de un hecho que deriva en varios delitos (la explosión de una bomba en un lugar público). Ahora bien, esta interpretación, loable desde una perspectiva de *lege ferenda*, constituye una quiebra del mandato de *lex stricta*. Resulta correcto entender que *normativamente un acto material único pueda concretar varios delitos*, pero esta afirmación no obsta para aplicar el art. 75 CP, puesto que como hemos manifestado en el concurso ideal hay varios delitos, y el citado precepto no excluye de su ámbito de aplicación ninguna categoría de delitos. En todo caso, como ha puesto de manifiesto Politoff/Matus/Rodríguez (*PE*: 53, nota 95) la mayoría de los supuestos donde la comisión de un hecho se derivan lesiones a bienes jurídicos personalísimos tienen un tratamiento penal agravado y especial a través de la Ley sobre Conductas Terroristas, por lo que el ámbito de discusión sobre si debemos aplicar el art. 351 CPP o el art. 75 CP, se reduce en la práctica considerablemente.

14.7.3. El concurso medial

En el CP chileno trata conjuntamente y de la misma manera, el concurso ideal y los delitos en relación de medio a fin (concurso medial). En estos últimos casos hay claramente dos hechos. Su tratamiento conjunto reside en el concepto de necesidad que los une. De ahí que para establecer si dos hechos delictivos están en relación de medio a fin y sean tratados, en consecuencia, con el régimen del concurso ideal; o, por el contrario, debe recurrirse al régimen de concurso real, haya que contestar previamente a la

pregunta de si la realización del primer delito era *necesaria* para la realización del otro.

Ejemplo. El autor previamente falsifica un boleto de la lotería haciendo coincidir su número con el que aparece en un periódico como beneficiado con el premio mayor (falsificación de documento público). Con la exhibición del periódico y del boleto falsificado, vende posteriormente el número a su víctima a un precio inferior al premio (estafa).

Luego, la pregunta a responder es *si* era necesaria para la comisión del delito la realización de uno previo. Un criterio válido para resolver este problema tiene que partir de la situación concreta en el momento de la realización de los hechos considerando el plan del autor y *cómo* conforme a ese plan pensaba llevar a cabo su acción delictiva, para en seguida responder *si* en esa situación concreta se podría haber realizado de otra manera el delito. Se trata de combinar criterios abstractos con criterios concretos, *pero partiendo de estos últimos*.

EJEMPLO. Si Pedro entra en la casa de Juan ilegítimamente para golpear a Pedro, en abstracto se podría decir que la entrada no era necesaria para ese delito el de allanamiento de morada (art. 144 CP). Pero si resulta que Diego estaba postrado en cama, desde donde en una conferencia de prensa había insultado a Pedro, la entrada en el domicilio de Juan aparece como necesaria. De esta forma, la necesidad aparece tanto en abstracto como en concreto. En concreto, estando Diego enfermo en casa de Juan, conforme al plan de Pedro, era necesaria la violación de domicilio. Pero, también en abstracto, pues cualquier otra persona en su situación, no podría haber realizado de otra manera el delito de lesiones.

Véase que el concurso medial presenta especiales problemas de delimitación con la regla de consunción. En esta regla, la relación

medio-fin viene determinada de manera abstracta (y tácita) por el legislador en la descripción del norma penal.

14.7.4. *Excursus*: Pluralidad de hechos y un solo delito (delito continuado)

Se trata de supuestos en que una pluralidad de hechos delictivos es reconducida a un solo delito a efectos de determinación de la pena, en lugar de aplicárseles las reglas del concurso real de delitos. Su origen se remonta a los prácticos italianos de los siglos XVI y XVII que pretendieron evitar la pena de muerte que en el Antiguo Régimen se imponía al tercer hurto y por tanto con una clara vocación de limitar el poder punitivo del Estado. No obstante, su posterior desarrollo jurisprudencial y legislativo en el derecho comparado ha derivado a resultados claramente perjudiciales para el reo.

Al contrario de cómo sucede en otras legislaciones penales, no se encuentra regulado expresamente en nuestro Derecho Penal, situación que ha derivado en dos problemas previos: el primero relativo a su adecuación al principio de legalidad; y el segundo, referido a su contenido, ya que en la doctrina ni jurisprudencia chilena no existe un consenso sobre qué debe entenderse como delito continuado.

La CS ha acogido en varias de sus resoluciones la figura del delito continuado (entre otras: SCS de 26-05-1998, *GJ* 215; SCS, 3-07-2003, *GJ* 277). Así, declara que «si bien la ley penal no contempla como institución la figura del delito continuado, ya que solo se preocupa de reglamentar ciertas cuestiones de reiteración, que por cierto no es lo mismo. Sin embargo, la doctrina autorizada cree posible que ciertos hechos punibles verificados en tiempos diversos, pueden ser considerados como un todo y castigados como si fuere un solo delito, si existe entre esas acciones un mismo designio criminoso que satisface las exigencias del tipo

y transcurrido un breve plazo entre los hechos en conexión (...)» (SCS, 3-07-2003, Consid. 5º, GJ 277).

Novoa Monreal (PG: II, 236) manifiesta con razón que «no hay concepto penal más confuso y anárquico que se manifiesta en grandes diferencias en las legislaciones penales, enormes discrepancias de parte de los tratadistas y una apreciación muy inestable de parte de la jurisprudencia».

Esta confusión, como manifiesta Cury (PG: 662) se debe a que estamos ante casos límite con la unidad jurídica de acción. Por esta razón, se tiende a confundir ambas instituciones y considerar como un delito continuado un hecho que realmente corresponde a una unidad jurídica de acción. Por tanto, a efectos prácticos, a la hora de abordar un supuesto delito continuado deberemos cerciorarnos previamente de que no nos encontramos ante una unidad jurídica de acción.

Politoff/Matus/Rodríguez mencionan como criterios que pueden fundamentar la aplicación de un delito continuado: unidad del bien jurídico afectado o del objeto material, la unidad temporal, la unidad de propósito, la consideración social del conjunto de los hechos, criterios de economía procesal derivados de la imposibilidad material de pesquisar el detalle de cada uno de los actos que componen el conjunto de delitos, e incluso la manifiesta iniquidad derivada de aplicar las reglas concursales comunes. Cury (PG: 654), por el contrario, requiere una falta de unidad temporal—ya que en estos casos estaríamos ante una unidad jurídica de acción—y define el delito continuado como *varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellos*. Esta relación especial viene establecida por la *necesidad de fraccionar* la violación de una misma norma de

deber. Además de este vínculo de conexión el autor citado añade los siguientes requisitos: a) pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface las exigencias del tipo respectivo; b) transcurso de un cierto lapso de tiempo entre la ejecución de cada una de dichas acciones conforme al criterio de un observador imparcial que establezca la independencia fáctica entre cada una de las acciones; c) unidad del sujeto pasivo cuando se trate de delitos que lesionan bienes jurídicos eminentemente personales (vida, salud, libertad ambulatoria y sexual y honor); d) similitud del bien jurídico afectado mediante un modo de comisión semejante, sin que sea necesario la identidad de las figuras punibles (PG: 657 y 658).

La SCA de Santiago de 1-20-2004 (GJ, 280) consideró como un delito continuado y con una única pena la conducta del médico que en su consulta confecciona 75 recetas-cheques prescribiendo el medicamento Cidrin en dosis de tres frascos por receta, sin haber examinado a los pacientes y con el solo mérito de la exhibición de sus cédulas de identidad, por parte de un tercero y previo pago de \$ 10.000 por receta, por concurrir a su respecto los supuestos que doctrinariamente caracterizan a esta figura, a saber: a) La concurrencia de pluralidad de acciones; b) El transcurso de cierto tiempo entre cada una de ellas, y c) Tratarse de delitos de la misma especie. (Consids. 2º y 3º). Véase que la cercanía de este supuesto con la unidad jurídica de acción.

La figura del delito continuado también ha sido acogida por la jurisprudencia en los casos en que no puede determinarse con precisión las fechas de comisión de los diferentes delitos. Los abusos sexuales de menores constituyen un claro ejemplo de esta situación.

JURISPRUDENCIA. «En el período que va de febrero a mayo del año 2004, el acusado, padre de la víctima de estos hechos, de iniciales T.A.A.A., de once años de edad en ese entonces, en el domicilio común, donde además convivía con la madre de la menor, doña Irma Abello Salas, en reiteradas oportunidades, en la intimidad

del hogar y de manera que su conviviente no se enterara, procedía a realizar tocaciones de carácter sexual en contra de su hija menor de edad ya señalada, en diversas ocasiones y con distintas circunstancias, como por ejemplo, mientras estaba acostado en la cama con ella o mientras su conviviente se encontraba trabajando. Esta tocaciones consistían en frotamiento del pene del enjuiciado contra el cuerpo de su hija, tocaciones de sus manos a los pechos, vagina de la menor y a distintas partes de su cuerpo».

«Que, el Tribunal llamó a los intervinientes a debatir sobre la reiteración del ilícito, atendido el tenor de la acusación deducida, manifestando al respecto el Ministerio Público que si el Tribunal adquiere la convicción que fueron varios los episodios en que ocurrieron los hechos debe aplicarse la pena según lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal y, a su vez, la Defensa señaló que, no obstante mantener su petición de absolución, se trata de un hecho general que debe ser sancionado como un solo delito, sin perjuicio que haya sido en diferentes circunstancias ya que no se precisó cada evento como para considerarlo reiterado.

Sobre el punto el Tribunal estima que no se trata de reiteración de delitos sino que, por el contrario, se está frente a un delito continuado por cuanto se acreditó en el juicio que hubo una multiplicidad indeterminada de acciones de índole sexual distinta al acceso carnal, reuniendo cada una de ellas todas las características del ilícito de abuso sexual tipificado en el artículo 366 bis del Código Penal, realizadas separadamente ellas dentro cuatro meses del año 2004, de febrero a mayo, por un mismo agente, y respecto de una misma víctima, su hija de 11 años de edad, afectando dichas acciones el mismo bien jurídico y existiendo continuidad entre ellas por igualdad en la motivación del agente ya que se acreditó que el acusado, en las ocasiones que su hija iba a dormir a la cama conyugal, aprovechaba para realizar a su respecto tocaciones de significación sexual con su miembro viril y su mano en los pechos, genitales y ano de su hija.

En consecuencia, se reúnen los requisitos que la doctrina ha señalado como necesarios para estimar que se está ante un delito continuado, a saber, varias acciones que aisladamente consideradas cada una conforma un delito, realizadas sucesivamente y espaciadas en el tiempo, que atenten contra intereses o bienes jurídicos iguales o de la misma naturaleza, llevadas a cabo por un mismo sujeto activo y que afecta a uno o más sujetos pasivos, existiendo entre ellas una unidad de resolución criminosa o conexión subjetiva. «En una fecha no determinada, siendo el último episodio días antes del 18 de septiembre de 2004, en reiteradas ocasiones, unas en el domicilio del acusado y otras en las cercanías de este lugar, el acusado procedió a efectuarle tocamientos en diversas partes del cuerpo a la víctima menor de edad, para luego accederla carnalmente con su pene por vía vaginal» (STJOP de 24 de septiembre de 2005, RIT: 128-2005).

También en el delito continuado se han planteado problemas a la hora de determinar si resulta necesario la unidad de sujeto pasivo. Cury (*PG*, 658) postula que solo debe exigirse cuando los hechos ilícitos de que se trata lesionan bienes jurídicos eminentemente personales (vida, salud, libertad ambulatoria, libertad de autodeterminación sexual, honor). En los hechos punibles que atentan contra el patrimonio, es indiferente si estamos frente a uno o más sujetos pasivos, así como también en los que atacan intereses de la colectividad». Un problema que se plantea a la hora de aplicar la anterior propuesta radica cuando nos encontramos ante delitos complejos.

JURISPRUDENCIA. La SCS de 19-08-1998 (Consid. 3º, *GJ* 218) niega la aplicación de la continuidad delictiva en el caso del delito de robo con violencia previsto en el artículo 436 inc. 1º CP por considerar que «es de carácter complejo, al comprender por una parte la custodia de la salud o integridad física o corporal de las personas y, por otra, el patrimonio, lo que hace insostenible que se trate de un ilícito que resguarde solamente

el patrimonio». No obstante, la SCS de 26-03-1996 (*GJ* 186) niega también la aplicación del delito continuado en la figura de la falsificación de instrumento privado mercantil (art. 197 CP) considerado como un delito contra la propiedad y la fe pública –bien jurídico que ataca intereses de la colectividad– debido a que afecta a varias personas.

En conclusión, aquellos que tratan el delito continuado como un concepto similar o cercano al de unidad jurídica imponen la pena en abstracto del tipo penal. En este caso, el art. 69 CP puede tener una especial relevancia a la hora de agravar la pena dentro del marco penal aplicable en atención a la *mayor o menor extensión del mal producido por el delito*. En cambio aquellos que postulan que el delito continuado tiene como presupuesto negativo, precisamente, que no exista una unidad jurídica, y por tanto, la existencia de varios tipos penales, aplican el concurso real homogéneo (arts. 351 CPP y 451 CP). Incluso, Cury, si bien considera que estamos ante varios delitos, equipara el delito continuado con el delito medial del art. 75 CP.

En el derecho comparado la doctrina se inclina por una teoría objetiva mitigada que reconoce, por tanto, alguna influencia al elemento subjetivo. A modo de ejemplo, reproducimos el art. 74 del CP español:

«Art. 74. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo.

En estos casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Como conclusión podemos establecer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debemos cerciorarnos que no nos encontramos ante un supuesto de unidad jurídica o ante un concurso aparente de leyes penales.

En segundo lugar, al no existir una regla concursal específica en el Sistema penal chileno para el delito continuado, aplicaremos aquella la regla concursal que reconozca con mayor precisión esta situación (art. 451 CP, art. 75 CP, art. 351 CPP o art. 74 CP). En especial, debemos tener presente la preferente aplicación del art. 351 CPP y art. 451 CP, que al exigir una unidad de bien jurídico afectado, engloban todos los supuestos reconocidos por la doctrina como un delito continuado. El art. 451 CP ha sido considerado por parte de la doctrina como un supuesto especial de delito continuado, que tendría como fundamento una teoría puramente objetiva: unidad de sujeto pasivo o unidad de lugar.

Como manifiesta Novoa Monreal (*PG*, 241), «a falta de una disposición legal que reconozca o precise entre nosotros el concepto de delito continuado, para el intérprete de la ley penal chilena

solo hay un alternativa, que es la que resulta de los diversos tipos configurados penalmente en los precepto positivos: o hay tipos en los que cada conducta que encuadre en ellos constituye un nuevo hecho delictuoso, de manera que a pluralidad de conductas deberá concluirse que hay concurso real de delitos, o hay tipos para los que la pluralidad o repetición de actos en ellos descritos es legalmente indiferente». En otras palabras, una interpretación analógica, incluso a favor del reo, no puede tener aplicación preferente respecto de otras reglas expresamente reconocidas en nuestro Ordenamiento Jurídico. Debemos recordar que la interpretación analógica concurre cuando un hecho o situación no está regulada expresamente pero resulta *análoga* o similar a otra que sí se encuentra comprendida en nuestro Ordenamiento Jurídico.

No obstante, los casos en que no pueden determinarse con precisión las fechas de comisión de los diferentes delitos, al no poder calificarse como un concurso real —por razones probatorias— o una unidad jurídica de acción —puesto que entre otras razones existe un espacio prologando de tiempo entre las diferentes conductas— quizá sean los únicos con entidad autónoma para definirlos como delito continuado en Chile. Ahora bien, en este caso, el delito continuado se asemejaría más a una regla especial probatoria fundamentada en la presunción de inocencia o el *indubio pro reo*.

En tercer lugar, si finalmente el intérprete opta por aplicar la figura del delito continuado, y en especial, cuando derive en una acumulación jurídica, deberá establecer la pena más benévola al reo de la resultante de las reglas concursales establecidas expresamente en nuestro Sistema Penal.

Como conclusión a este epígrafe destinado a las reglas de interpretación del concurso de delitos y, sin perjuicio de las consideraciones que realizaremos a la hora de tratar sus reglas de determinación de la pena (*infra* 42), debemos recalcar que el tratamiento clásico que se ha dado al concurso fundamentado

en la acción resulta erróneo. Lo importante en esta materia son soluciones a problemas específicos en la determinación de la pena; son los fines que se persiguen con la pena tanto en relación con la protección de bienes jurídicos como con su imposición. Por eso desde esta perspectiva debería reformularse toda esta normativa en el sentido de no establecer diferencia alguna entre concurso real e ideal, ya que se dan varios delitos. Y si se quieren castigar de forma diferenciada aquellos supuestos en que hay un plan preconcebido o aprovechamiento de la ocasión, establecer una regla especial que recoja esta variación subjetiva que se exterioriza. Del mismo modo, crear otra regla si se quiere establecer otra diferencia en relación a la gravedad del hecho o del número de personas afectadas en los delitos patrimoniales.

14.8. LA ARGUMENTACIÓN

La interpretación de una ley es solo un paso en la solución del caso. Para solucionar un caso es necesario además argumentar. Esto significa que mediante el lenguaje tenemos que producir razones que apoyen nuestras conclusiones. Esta actividad es compleja por cuanto no se agota con el simple enunciado de lo que se persigue, sino que es necesario demostrar la validez de nuestras razones, su pertinencia y la impertinencia de las razones que defienden la proposición contraria, qué razones son centrales y cuáles se refieren a aspectos que son ajenos al punto discutido, etc. (Atienza, 1993, 120-122; Weston, 1994:13 ss.).

Ahora bien, un caso penal puede ser presentado como un silogismo en que la premisa mayor sea el precepto, la menor el hecho probado que nos llevaría a una conclusión en forma de sentencia. Sin duda este es un argumento. Las proposiciones están expuestas de tal forma que la conclusión emerge casi sola.