

**ESTUDIOS SOBRE LA  
FUNDAMENTACIÓN Y LA  
DETERMINACIÓN DE LA PENA**

**JUAN PABLO MAÑALICH R.**



**THOMSON REUTERS**

CAPÍTULO VI  
EL CONCURSO APARENTE COMO HERRAMIENTA DE  
CUANTIFICACIÓN PENOLÓGICA DE HECHOS PUNIBLES\*

1. LA CUANTIFICACIÓN DE HECHOS PUNIBLES:  
ONTOLOGÍA Y PRAGMÁTICA

Por “cuantificación de hechos punibles” cabe entender aquella operación por la cual resultan computados los hechos punibles susceptibles de ser identificados en el contexto de algún caso o conjunto de casos. Así caracterizada, se trata de una operación por de pronto encaminada a la respuesta de una pregunta de índole *ontológica*<sup>1</sup>. Pero dado que la concurrencia de dos o más hechos punibles puede tener incidencia en la determinación de la o las penas susceptibles de ser judicialmente impuestas sobre una persona, la operación adquiere relevancia *pragmática* desde el punto de vista de la aplicación de normas de sanción penal, en la medida en que se trate de una concurrencia de hechos punibles susceptibles de ser imputados a una misma persona (sea exclusivamente, sea en conjunción con otras personas). Con ello, la respectiva operación de cuantificación de hechos punibles resulta cualificada como una de cuantificación *penológica*, cuya

---

\* Versión revisada del artículo originalmente aparecido en el volumen *El derecho penal como teoría y práctica. Libro homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, La Ley/Thomson Reuters, 2016.

<sup>1</sup> Esto, en la medida en que una operación de cuantificación de entidades de cualquier índole contribuye a responder la pregunta acerca de *qué es lo que hay*, que es, según algunas concepciones, la pregunta ontológica(mente) fundamental. Véase QUINE, Willard van Orman (1961), *From a Logical Point of View*, Cambridge (Mass.) y Londres, Harvard University Press, pp. 1 y ss.; TORRETI, Roberto (2006), *Estudios filosóficos 1957-1987*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 293 y ss. En general sobre la ontología como disciplina filosófica, BUNGE, Mario (2011a), *Ontología I. El moblaje del mundo*, Barcelona, Gedisa, pp. 25 y ss.

relevancia pragmática queda determinada por la consiguiente aplicabilidad de algún régimen de penalidad (*lato sensu*) específicamente asociado a la correspondiente concurrencia de hechos punibles. Bajo el derecho chileno vigente, ello puede expresarse o bien en la imposición de todas y cada una de las penas legalmente previstas para los hechos punibles concurrentes, tratándose de una situación de concurso real sometida a la regla de “acumulación material” del art. 74 del CP; o bien en la aplicabilidad de algún régimen diferenciado de determinación de la pena, sea tratándose de una situación de concurso real constitutiva de una “*reiteración de delitos de la misma especie*”, sometida a alguno de los regímenes de “acumulación jurídica” previstos en el art. 351 del CPP<sup>2</sup>, sea tratándose de una situación de concurso ideal o de concurso medial, sometida al régimen de absorción agravada o “*asperación*” previsto en el art. 75 del CP<sup>3</sup>.

Así, la función cuantificadora de la categoría del concurso aparente consiste en posibilitar el desconocimiento de una concurrencia de hechos punibles como factor penológico en la fundamentación de una sentencia condenatoria. En *esta* precisa medida, la categoría del concurso aparente es funcionalmente equivalente a la categoría del así llamado “delito continuado”. Para advertir esto, es imprescindible clarificar analíticamente bajo qué condiciones cabe constatar, en atención a un determinado conjunto de circunstancias, la existencia de nada más que un (único) hecho punible. La respuesta reza como sigue: para que en un caso cualquiera sea correcta la constatación de la existencia de un (único) hecho punible, es necesario que el respectivo objeto de juzgamiento satisfaga una *doble exigencia de identidad*<sup>4</sup>, exigencia que en tal medida funge como el criterio de *individuación* de todo hecho punible.

---

<sup>2</sup> Supra, Cap. V.

<sup>3</sup> Dado que el art. 75 del CP somete el concurso ideal –así como el concurso medial– a un régimen de “*asperación*” de la pena prevista para el hecho punible más grave, bajo el derecho chileno la función del concurso ideal no se reduce –a diferencia de lo que sucede bajo el CP alemán, cuyo § 52 establece un régimen de simple absorción de la pena menos severa por la pena más severa– a la así llamada “*función de clarificación*”, consistente en la explicitación de la pluralidad de condenas correspondientes a la conjunción de cada uno de los hechos punibles concurrentes; véase al respecto MAÑALICH, 2005b, 1034 y s.

<sup>4</sup> Fundamental, MOORE, 1993, 317 y ss.; en detalle al respecto, MAÑALICH, 2005b, 1096 y ss.; véase asimismo supra, Cap. III, 2.b).

Esta doble exigencia de identidad, como es obvio, no es sino la conjunción de dos exigencias de identidad, cada una de las cuales se encuentra respectivamente referida a una de las dos variables de las cuales depende que el fragmento del mundo seleccionado como objeto de juzgamiento se corresponda con la constitución de un único hecho punible. Para ello es necesario, por una parte, que el objeto de juzgamiento se corresponda con la realización imputable de un solo *tipo-de-hecho-punible*. Si se constatará, en cambio, la realización imputable de dos o más tipos diferentes, habría que reconocer tantos hechos punibles como sean los tipos realizados, en la forma de lo que tradicionalmente denominamos un “concurso heterogéneo” de hechos punibles. Pero para la existencia de un único hecho punible es asimismo necesario, por otra parte, que el respectivo tipo-de-hecho-punible haya sido realizado *una sola vez*. Pues si un mismo tipo-de-hecho-punible se ve realizado, de modo imputable, más de una vez, habrá que reconocer tantos hechos punibles como sean las instancias de su realización, en la forma de un así llamado “concurso homogéneo” de hechos punibles<sup>5</sup>.

Lo anterior hace posible caracterizar más precisamente la función cuantificadora de las categorías del concurso aparente y del delito continuado. En efecto: mientras la función de la categoría del concurso aparente consiste en posibilitar el desconocimiento de un concurso heterogéneo de hechos punibles como factor penológico, la función de la categoría del delito continuado consiste en posibilitar el desconocimiento de un concurso homogéneo de hechos punibles como factor penológico. En tal medida, es la posibilidad de configuración de un concurso heterogéneo u homogéneo entre dos o más hechos punibles lo que provee el *contexto de pertinencia* para la postulación de un concurso aparente o de un delito continuado, respectivamente.

Así, y por un lado, la concurrencia de instancias de realización (imputable) de dos o más tipos-de-hecho punible, constitutiva de un concurso *heterogéneo*, justifica una aplicación conjunta de las respectivas normas de sanción (con independencia de cuál sea el específico régimen de penalidad que resulte de su aplicabilidad conjunta), a menos que entre dos o más de

---

<sup>5</sup> Acerca de la distinción entre un tipo de acción y la instancia particular (cualquiera) de un tipo de acción, véase desde perspectivas diferentes VON WRIGHT, Georg Henrik (1963), *Norm and Action*, Londres, Routledge & Kegan Paul, pp. 36 y ss.; GOLDMAN, Alvin (1970), *A Theory of Human Action*, Engelwood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, pp. 10 y ss.; MOORE, 1993, 280 y ss.

los tipos efectivamente realizados sea reconocible una superposición –total o parcial– de sus respectivos contenidos de *significación delictiva*<sup>6</sup>. Es precisamente semejante superposición del contenido de significación delictiva de dos o más tipos-de-hecho-punible lo que fundamenta el carácter sólo “aparente” del concurso en cuestión, lo cual priva a éste de relevancia como factor penológico, en congruencia con la prohibición de sobrevaloración en la cual se concretiza el principio *ne bis in idem* en cuanto prohibición de punición múltiple<sup>7</sup>. Y por el otro lado, la concurrencia de múltiples instancias de realización (imputable) de un mismo tipo-de-hecho-punible, constitutiva de un concurso *homogéneo*, justifica la aplicación múltiple de la respectiva norma de sanción (de nuevo: con independencia de cuál sea el específico régimen de penalidad que resulte de su aplicabilidad múltiple), a menos que dos o más de sus instancias de realización puedan ser unificadas, en la forma –valga la redundancia– de una *única realización* (“compleja”) del tipo en cuestión, cuya expresión límite estará dada por un posible “delito continuado”.

En lo que sigue, el análisis quedará exclusivamente circunscrito a la categoría del concurso aparente, en pos de sustentar la tesis recién esbozada.

## 2. EL CONCURSO APARENTE COMO CONCURSO PENOLÓGICAMENTE DESCONOCIDO

### *a. “Concurso aparente” como metáfora: aplicabilidad interna versus aplicabilidad externa*

La distinción entre la dimensión ontológica y la dimensión pragmática que puede exhibir una operación de cuantificación de hechos punibles, ya

---

<sup>6</sup> Bajo el modelo aquí favorecido, la específica significación delictiva de un hecho punible cualquiera queda determinada por la conjunción de las propiedades cuya ejemplificación constituye la específica *marca de ilicitud* exhibida por la respectiva instancia de comportamiento. En tal medida, los presupuestos de la punibilidad (*lato sensu*) de cuya satisfacción depende que el objeto de la imputación exhiba tal significación delictiva son aquellos que se distinguen o bien por fungir ya como presupuestos de la antinormatividad –o en la terminología de Binding: del carácter “delictivo”– de la respectiva instancia de comportamiento, o bien por determinar una modulación de éstos. Para la distinción, aquí implícita, entre los conceptos de delito y hecho punible, véase MAÑALICH, 2011c, 89 y ss., con referencias ulteriores.

<sup>7</sup> Véase *supra*, Cap. III, 1.a) y 2.b), con referencias ulteriores.

mencionada, puede ser útil para hacer explícito el estatus metafórico de la jerga concerniente al así llamado “concurso aparente”. Si bien la categoría en cuestión suele quedar sometida a variadas denominaciones alternativas, tales como “concurso de leyes” o –sobre todo en la literatura alemana de más reciente data– “unidad de ley”<sup>8</sup>, para el argumento aquí ofrecido tiene importancia desentrañar su designación como “concurso *aparente*”. Pues si un concurso de hechos punibles no es sino la concurrencia de dos o más instancias de realización imputable de uno o más tipos-de-hecho-punible, entonces es claro que si a una misma persona resulta imputable la realización de dos o más tipos diferentes –verbigracia: el tipo del homicidio y el tipo del asesinato–, cabrá computar tantos hechos punibles como sean los tipos realizados. Así, y desde un punto de vista ontológico, un concurso aparente es un concurso igualmente *auténtico* que un concurso ideal o un concurso real. Desde este mismo punto de vista, su caracterización como “aparente” resulta ser enteramente metafórica. La clarificación de la metáfora pasa por advertir que sólo penológicamente adquiere pertinencia tal caracterización, a saber: en el preciso sentido de que se trata de un concurso que debe ser *desconocido* como factor penológico<sup>9</sup>.

El problema se deja formular en el vocabulario de la teoría de las normas: si un tipo-de-hecho-punible no es sino el supuesto de hecho de una norma de sanción penal, cuya realización cuenta como condición necesaria –pero no suficiente– para la aplicabilidad de ésta<sup>10</sup>, entonces la postulación de un concurso aparente deja intacta la efectiva realización del supuesto de hecho de cada una de las dos o más normas de sanción *prima facie* aplicables, afectando exclusivamente la aplicabilidad de una o más de esas mismas normas de sanción en cuanto premisas de adjudicación para la fundamenta-

---

<sup>8</sup> Al respecto, MAÑALICH, 2005b, 1039 y s.

<sup>9</sup> Fundamental, PEÑARANDA, Enrique (1991), *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, Civitas, pp. 51 y ss.; coincidentemente, MATUS, Jean Pierre (2008a), *El concurso aparente de leyes penales*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 297 y ss., 303 y s.

<sup>10</sup> Que la realización del tipo es condición necesaria, pero no suficiente, de la aplicabilidad de la correspondiente norma de sanción se sigue de que la regulación legal característicamente complementa la norma de sanción con reglas que fijan condiciones ulteriores –y normalmente: generales– de cuya satisfacción también depende la aplicabilidad de aquella, verbigracia: las reglas que fijan los presupuestos de la ilicitud, o bien de la imputabilidad de la realización del tipo. Véase al respecto MAÑALICH, 2014b, 18 y s., con nota 4.

ción de una respectiva decisión condenatoria<sup>11</sup>. Pero esta última formulación del problema exige clarificar el sentido en el cual una norma de sanción *prima facie* aplicable en definitiva puede devenir inaplicable como premisa de fundamentación de una condena. Para ello cabe recurrir a la distinción entre los conceptos de “aplicabilidad interna” y “aplicabilidad externa”<sup>12</sup>, en cuanto referidos a la determinación de las condiciones de aplicabilidad de una norma de sanción cualquiera.

En los términos en los cuales aquí se emplea la distinción, una norma de sanción  $NS_x$  es *internamente aplicable* respecto de un caso cualquiera si y sólo si la descripción constitutiva del supuesto de hecho de  $NS_x$  es satisfecha por el comportamiento que funge como el objeto del posible juzgamiento, siempre que éste satisfaga, adicionalmente, los ulteriores presupuestos de los cuales depende su punibilidad bajo  $NS_x$ .<sup>13</sup> En cambio,  $NS_x$  es *externamente aplicable* respecto de un caso cualquiera si y sólo si, siendo  $NS_x$  internamente aplicable, su aplicación resulta asimismo determinada por la satisfacción de los criterios establecidos por el conjunto de las reglas que especifican las condiciones de *validez* (temporal, espacial, personal), así como las condiciones de *preferencia*, a las cuales quedan sometidas las normas de sanción pertenecientes al respectivo sistema jurídico<sup>14</sup>. En

---

<sup>11</sup> Fundamental, BELING, 1906, 308 y s.; véase también ya MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz (1995), *Derecho Penal. Parte General*, vol. 2, Buenos Aires, Astrea, § 55/40.

<sup>12</sup> NAVARRO y MORESO, 1996, 125 y ss.; asimismo, NAVARRO, Pablo y MORESO, José Juan (1997), “Applicability and Effectiveness of Legal Norms”, *Law and Philosophy*, N° 16, pp. 202 y ss. Al respecto, también FERRER y RODRÍGUEZ, 2011, 61 y ss.

<sup>13</sup> Véase supra, nota 6.

<sup>14</sup> Como es obvio, esto presupone la adopción de algún modelo teórico para la *individuación* de las normas de cuya aplicabilidad se trata, a través de cuya implementación pueda identificarse, dentro del conjunto de condiciones de aplicabilidad de cada norma, cuáles de esas condiciones son internas y cuáles externas. Como acertadamente observan NAVARRO y MORESO, 1997, 207 y s., los criterios de individuación tendrían que ser determinados en atención a variables de adecuación sistémica y de viabilidad pragmática. En contra de lo sugerido por FERRER y RODRÍGUEZ, 2011, 62 y s., hay consideraciones pragmáticas que hablan a favor de *no* individuar la respectiva norma de sanción como integrando, dentro de sus condiciones de aplicabilidad interna, el conjunto de criterios –en tal medida “externos”– de su validez temporal y su validez espacial, esto es, los criterios fijados por las respectivas reglas de “derecho intertemporal penal” y de “derecho internacional penal”. Pues como ya lo mostrara BELING, 1906, 242 y ss., lo contrario sólo se deja sostener si la respectiva referencia espacial o temporal se corresponde –de manera “estadísticamente excepcional”– con un *elemento del tipo* en cuestión,

cuanto reglas que fijan condiciones de aplicabilidad (externa) de normas de sanción pertenecientes al mismo sistema jurídico de referencia, se trata aquí de reglas de segundo orden, o “meta-reglas”. Y dentro del conjunto total formado por éstas, aquellas meta-reglas que se distinguen por especificar condiciones de preferencia pueden ser denominadas “reglas de preferencia”<sup>15</sup>. En cuanto condiciones de aplicabilidad externa, las condiciones de preferencia determinan las relaciones de “prioridad-en-la-aplicación” en las cuales pueden encontrarse dos o más normas internamente aplicables respecto de un mismo caso.

Más abajo serán analizadas las particularidades que exhiben los criterios de reconocimiento de un posible concurso aparente en cuanto reglas de preferencia en el sentido recién explicado<sup>16</sup>. Por ahora, lo importante es advertir que si el contexto de pertinencia para la invocación de una regla de preferencia se identifica con una situación en la cual dos o más normas de sanción resultan internamente aplicables, no tiene sentido negar la realización de cada uno de los supuestos de hecho de esas mismas normas. En tal medida, y en contra de un muy extendido –y pernicioso– lugar común, el reconocimiento de un concurso aparente no concierne a una operación de adecuada *interpretación* de los tipos de cuya “potencial” realización se trata<sup>17</sup>. Antes bien, y en las muy precisas palabras de Beling, un concurso aparente entre dos hechos punibles supone la efectiva “*doble tipicidad*” del comportamiento que funge como objeto de juzgamiento, en circunstancias

---

cuya satisfacción tendría que quedar abarcada por la respectiva exigencia general de imputación subjetiva. Coincidentemente, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2013), “La preteractividad de la ley penal”, *Humanizar y renovar el derecho penal*, Álex van Weezel (ed.), Santiago de Chile, Legal Publishing y Thomson Reuters, pp. 165 y s., con nota 6.

<sup>15</sup> Fundamental, FERRER y RODRÍGUEZ, 2011, 135 y ss., 146 y ss.

<sup>16</sup> *Infra*, 3.b) y c).

<sup>17</sup> Véase, sin embargo, ETCHEBERRY, Alfredo (1952), *El concurso aparente de leyes penales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 82 y ss.; así también, CUELLO CONTRERAS, Joaquín (1979), “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 32, pp. 47 y s., sosteniendo que “*toda esta problemática pertenece al capítulo más amplio de la Interpretación; ahora bien, prestando una especial atención a la determinación de la pena*”. Para la crítica de las concepciones “interpretativistas” del concurso aparente, véase PEÑARANDA, 1991, 39 y ss., 54 y ss., 77 y ss.



tales que uno de los tipos efectivamente realizados es “*dejado fuera de consideración*”<sup>18</sup>.

*b. Redundancia punitiva circunstancial como contexto de pertinencia del reconocimiento de un concurso aparente*

La tarea capital que ha de desempeñar la dogmática del concurso aparente consiste en la identificación precisa de los criterios de prescindencia penológica de uno o más de los hechos punibles respectivamente concurrentes. Pero es fundamental destacar que la relación en la cual habrán de encontrarse dos o más normas de sanción para que la aplicación de alguna de ellas quede negativamente condicionada por la aplicación de otra, en virtud de la satisfacción de un criterio de desconocimiento penológico del concurso en cuestión, no puede ser entendida como una relación de inconsistencia, esto es, como una *antinomia*. Para evitar semejante confusión, es determinante reparar en que si bien la solución de toda colisión entre dos normas internamente aplicables respecto de un mismo caso depende de la invocación de alguna regla de preferencia<sup>19</sup>, de ello no se sigue, a la inversa, que toda invocación de una regla de preferencia que condiciona negativamente la aplicabilidad externa de una norma a la aplicación de otra norma presuponga la existencia de una *colisión* entre ellas<sup>20</sup>.

Dos o más normas jurídicas se encuentran en una relación de inconsistencia si y sólo si ellas establecen consecuencias lógicamente incompatibles para un mismo caso<sup>21</sup>, entendiéndose aquí por “un mismo caso” cualquier conjunto de circunstancias en las cuales se vean satisfechas, simultáneamente

---

<sup>18</sup> BELING, 1906, 309.

<sup>19</sup> Véase sólo MENDOCA, Daniel (2000), *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, pp. 179 y ss.; FERRER y RODRÍGUEZ, 2011, 135 y ss.

<sup>20</sup> Véase HRUSCHKA, Joachim (1983), “Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, Claus-Wilhelm Canaris y Uwe Diederichsen (coord.), Múnich, C.H. Beck, pp. 258 y ss., 284 y ss., quien –aun cuando en referencia directa a “deberes” y no a reglas o normas– tematiza las situaciones de “colisión” (= “inconsistencia”) y de “conurrencia” (= “redundancia”) como especies disyuntivas del género de las situaciones de “coincidencia”.

<sup>21</sup> Véase sólo ROSS, Alf (1959), *On Law and Justice*, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, pp. 117 y ss.

o no, las condiciones de aplicabilidad (interna) de cada una de las normas de cuya eventual aplicación se trata. Y si la estructura de una norma de sanción está constituida por una correlación de la realización de un determinado tipo-de-hecho-punible (*qua* supuesto de hecho) con la imposición de una sanción (*qua* consecuencia jurídica)<sup>22</sup>, entonces sólo puede reconocerse una antinomia entre dos normas de sanción cualesquiera si, siendo ambas internamente aplicables respecto de un mismo caso, la pena a imponer con arreglo a una de ellas resulta lógicamente incompatible con aquella a imponer con arreglo a la otra.

Desde luego, es concebible que pudiera darse semejante relación de inconsistencia entre dos normas de sanción, en razón de que las consecuencias jurídicas previstas por una y otra resultasen ser lógicamente incompatibles<sup>23</sup>. Asíumase, por vía de ficción, que en un caso cualquiera nos encontrásemos ante la posible aplicación simultánea de las siguientes dos normas de sanción en relación con una misma persona P: la norma que tipifica el homicidio, que prevé una pena privativa de libertad, y la norma que tipifica el magnicidio, que prevé la pena de muerte. Y asíumase, adicionalmente, que el respectivo sistema de determinación de la pena es uno de determinación legal absoluta: bajo este sistema, la pena abstractamente prevista por una norma de sanción, la satisfacción de cuyas condiciones de aplicabilidad ha sido judicialmente certificada, es la misma pena a ser *in concreto* impuesta a consecuencia del pronunciamiento de la condena respectiva. En este contexto, y de verse satisfechas las condiciones de

---

<sup>22</sup> Entendida como una regla de adjudicación, una norma de sanción se distingue por exhibir –en la afortunada formulación propuesta por VILAJOSANA, Josep (2010), *El derecho en acción*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, p. 24– la estructura de una correlación “*de un caso genérico con otro caso genérico*”, esto es, de una correlación de la realización del tipo con la imposición de la sanción, que confiere así estatus institucional al respectivo hecho punible como antecedente institucional de la imposición de la respectiva pena y a ésta como consecuencia institucional de aquél. Para la conceptualización “hartiana” de las normas de sanción *à la* Binding como reglas secundarias –y más precisamente: *constitutivas*– de adjudicación que refuerzan la vigencia de reglas primarias de obligación, véase en detalle MAÑALICH, 2012b, 580 y ss. La necesidad de recurrir a la distinción entre los conceptos de regla primaria y regla secundaria para dar cuenta de la concepción hartiana de las “normas penales” tiende a ser pasada por alto en la literatura; véase, por ejemplo, MENDOCA, 2000, 81 y ss.

<sup>23</sup> Fundamental al respecto, VON WRIGHT, 1983, 156 y ss.; VON WRIGHT, Georg Henrik (1997), *Normas, Verdad y Lógica*, Ciudad de México, Fontamara, pp. 62 y ss.

aplicabilidad interna de una y otra norma, sus respectivas consecuencias jurídicas en efecto resultan ser lógicamente incompatibles, constituyéndose, en tal medida, una “*antinomia en concreto*”<sup>24</sup>. Pues bajo el presupuesto de que ambas penas hubieran de ser ejecutadas simultáneamente, la ejecución de la pena de muerte sobre P conllevaría la destrucción de un presupuesto del cual depende, *conceptualmente*, la posibilidad de la ejecución de una pena privativa de libertad sobre P, a saber: la subsistencia (biológica) de P<sup>25</sup>.

Sin embargo, es igualmente claro que tal antinomia no presupondría en lo absoluto que entre el homicidio y el magnicidio imputables a P se diese una relación de concurso aparente. En efecto, y asumiendo la efectividad del contexto precedentemente descrito: si a P se deja imputar un homicidio, consistente en haber matado a V, y a P también se deja imputar un magnicidio, consistente en haber matado al jefe de Estado J, es claro que el correspondiente concurso no sería aparente, sino penológicamente auténtico –sea en la forma de un concurso ideal o de un concurso real, según corresponda–, sin que ello alterase en lo más mínimo la incompatibilidad lógica entre las consecuencias jurídicas previstas por las respectivas normas de sanción.

---

<sup>24</sup> Véase GUASTINI, Riccardo (2014), *Interpretar y Argumentar*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 119 y s.

<sup>25</sup> En tal medida, MATUS, 2008a, 362, con nota 105, incurre en una confusión cuando sostiene que “*no parecen existir soluciones incompatibles en el ámbito de las normas penales*”, para después caracterizar las relaciones de incompatibilidad que pueden darse entre las consecuencias jurídicas previstas por o dos o más normas de sanción penal –por ej., entre “*una pena de prisión temporal*” y una “*de muerte*”– como “*antinomias empíricas*”, aduciendo que “*un problema empírico de este tipo no genera una antinomia que afecte la aplicación de una norma jurídica en materia penal*”, en atención a que “*los efectos de una sentencia que imponga tales condenas (y aun la forma de cumplir estas penas) se encuentran generalmente regulados por el ordenamiento*”. Matus aparentemente no advierte que semejante regulación de los efectos de la sentencia condenatoria en cuestión precisamente hará operativo, en esa misma medida, algún criterio para la *solución* de la antinomia en cuestión. Parafraseando a ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, p. 182, negar la existencia de una antinomia en razón de la disponibilidad de algún criterio para su solución equivale a “*afirmar que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos*”. Sobre el problema de la incompatibilidad lógica entre las consecuencias (sancionatorias) establecidas por dos o más normas, véase VON WRIGHT, 1983, 158.

Como contrapartida, y en referencia ahora al derecho chileno vigente: no hay incompatibilidad lógica alguna entre la consecuencia jurídica consistente en una pena de presidio mayor en su grado medio, prevista en el art. 391 N° 2 para el homicidio simple, y la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, prevista en el art. 391 N° 1 para el homicidio calificado. Así, se asume que a A se dejare imputar un hecho constitutivo de homicidio, consistente en haber matado a B, y que a A también se dejare imputar un hecho constitutivo de asesinato, consistente en haber matado alevosamente a B. Y así, se asume asimismo que, bajo el régimen de determinación legal relativa que hace suyo el CP chileno, la pena abstractamente prevista en el art. 391 N° 2 hubiera de ser judicialmente concretada en una pena de 10 años y un día de presidio, mientras la pena prevista en el art. 391 N° 1 hubiera de serlo en una pena de 20 años de presidio. En tal caso, no habría incompatibilidad lógica alguna entre una y otra sanción a ser *in concreto* impuestas sobre A, con total independencia de que ellas hubiesen de ser ejecutadas simultánea o sucesivamente. En la hipótesis de una ejecución simultánea, la materialización de un presidio de 20 años (impuesto en virtud de la condena por asesinato) conllevaría la materialización de un presidio de 10 años y un día (impuesto en virtud de la condena por homicidio); en tal caso, y en la terminología del art. 74 del CP, el “cumplimiento” (diferenciado) de la segunda pena se volvería “ilusorio”, mas no “imposible”, precisamente porque para esto último sería necesario que entre una y otra pena se diera una relación de incompatibilidad conceptual, que en efecto no se da. En la hipótesis de una ejecución sucesiva, por su parte, tampoco habría imposibilidad conceptual alguna en que, tras la ejecución de una de las dos penas de presidio, tuviera lugar la ejecución de la otra, puesto que no hay imposibilidad conceptual alguna en que una persona padezca una situación total de presidio que se extienda por un periodo de 30 años y un día.

Pero a pesar de que aquí no habría inconsistencia alguna entre una y otra norma de sanción en cuanto normas aplicables al mismo caso, sería a todas luces correcto reconocer que el homicidio y el asesinato imputables a A sí se encuentran en relación de concurso aparente. Luego, si no es una relación de inconsistencia entre las respectivas normas de sanción lo que ha de estar implicado en la satisfacción del respectivo criterio de desconocimiento penológico de su concurrencia, ¿de qué clase de relación ha de tratarse entonces? La respuesta consiste en que ha de tratarse de una

relación de redundancia<sup>26</sup>, y más precisamente: de *redundancia punitiva circunstancial*<sup>27</sup>.

Esto significa que la razón para desestimar la aplicación de una o más de las normas de sanción cuyos supuestos de hecho han sido realizados a través de una o más unidades de comportamiento susceptibles de ser imputadas al condenado ha de encontrarse en que la condena pronunciada bajo alguna de esas normas de sanción, resultante en la imposición de la pena prevista por ésta<sup>28</sup>, sea suficientemente expresiva del reproche referido a uno o más de los restantes hechos punibles asimismo imputables al condenado. En tal medida, la redundancia punitiva en cuestión no depende de que exista una relación de *identidad* entre las consecuencias jurídicas previstas por las normas de sanción internamente aplicables<sup>29</sup>, sino de que la imposición de una de ellas vuelva circunstancialmente superflua, *sub specie* punición merecida, la imposición de alguna de las restantes, en virtud de la específica relación en que se encuentran los dos o más hechos punibles concurrentes. Y como habrá de analizarse más abajo, semejante relación “fundante-de-redundancia-punitiva” puede ser necesaria o contingente, según cuál sea, a su vez, la relación lógico-semántica en que se encuentran los tipos de cuya realización concurrente se trata<sup>30</sup>.

Para quedarnos con el último de los ejemplos ya considerados: la razón por la cual resultaría justificado entender negativamente condicionada la aplicabilidad externa de una de las normas de sanción a la aplicación de la otra se encuentra

---

<sup>26</sup> En general sobre la noción de “redundancia normativa”, véase ROSS, 1959, 132 y s.; ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975, 101; MENDOCA, 2000, 187 y s.

<sup>27</sup> Para un argumento en esta dirección, véase ya MATUS, 2008a, 356 y ss., aun cuando bajo la problemática hipótesis de que los conceptos de antinomia y redundancia especificarían dos especies alternativas de “conflicto” entre normas (ibíd., 361). Adicionalmente, hay que notar que la conceptualización a la que Matus arriba para identificar una posible “*redundancia normativa en el ámbito penal*” resulta insuficiente. Pues un caso en el cual “*dos normas penales conminen sanciones para los mismos hechos, o lo que es igual, cuando según su alcance dos leyes penales sean aplicables a un mismo caso*” (ibíd., 366) no alcanza a demarcar, por de pronto, el ámbito de operatividad de un posible concurso aparente frente al reconocimiento de un concurso ideal *qua* concurso penológicamente auténtico.

<sup>28</sup> Lo cual quiere decir: de una pena determinada por vía de concretización de la pena abstractamente prevista por la norma de sanción en cuestión.

<sup>29</sup> Acertadamente, MATUS, 2008a, 365.

<sup>30</sup> Véase *infra*, 5.

en que sería punitivamente excesivo imponer a A una pena de 10 años y un día de presidio por haber matado a B y *además* imponer a A una pena de 20 años de presidio por haber matado alevosamente a B, en el entendido de que A ha matado a B *por la vía* de matar alevosamente a B, esto es: en el contexto de una “oportunidad-para-la ejecución” de una y la misma acción que satisface tanto la descripción del homicidio como la descripción del asesinato en relación con una misma persona *qua* víctima<sup>31</sup>. Mas semejante exceso punitivo no estaría dado por el hecho de que la aplicación conjunta de ambas normas de sanción –más allá de cuál sea el específico régimen de penalidad que se encuentre asociado a ello– resulte *absolutamente* desproporcionada bajo determinados estándares de racionalización de la punición; que lo sea o no depende de cuáles sean los parámetros de proporcionalidad cardinal que determinen el límite máximo de cualquier pena susceptible de ser impuesta bajo el ordenamiento jurídico de referencia<sup>32</sup>. Antes bien, tal aplicación conjunta de una y otra norma resultaría, desde ya, *relativamente* desproporcionada, esto es, relativamente a los hechos punibles que son objeto de juzgamiento, en virtud de la relación en la cual se encuentran la particular instancia de realización del tipo del homicidio imputable a A, por un lado, y la particular instancia de realización del tipo del asesinato asimismo imputable a A, por otro.

*c. La “aplicabilidad latente”  
de la norma de sanción desplazada*

La clarificación del estatus metafórico de la caracterización de un concurso de hechos punibles a ser penológicamente desconocido como “aparente”, así como la identificación del criterio de reconocimiento de alguna redundancia

---

<sup>31</sup> Lo relevante para ello no es que la oración “A mató a B”, en exclusiva virtud de las propiedades semánticas del verbo “matar”, tenga como condición de verdad la ejecución de una *única* acción homicida, en atención a que no es posible matar a una persona (“natural”) más de una vez; véase VON WRIGHT, 1963, 23 y s.; DAVIDSON, Donald (2001), *Essays on Actions and Events*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 113 y s. Antes bien, lo relevante es que se trate de la instanciación de los *dos* tipos de acción –el del homicidio y el del asesinato– en una y la misma ocasión y en referencia a una misma persona (“natural”) como objeto de la acción particular que ejemplifica ambos tipos de acción. Sobre el problema, véase MAÑALICH, Juan Pablo (2004), “Determinación de la pena”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, pp. 68 y ss., 71 y ss., con referencias ulteriores.

<sup>32</sup> Para la distinción entre los conceptos de proporcionalidad cardinal y ordinal, véase sólo VON HIRSCH, 1986, 38 y ss.

punitiva circunstancial como parámetro genérico para el desconocimiento penológico del concurso en cuestión, contribuyen al esclarecimiento de otro aspecto de la conceptualización tradicional del concurso aparente, a saber: el aspecto de los así llamados “efectos residuales” de la norma desplazada<sup>33</sup>.

Por de pronto, se trata aquí de la posibilidad de que, no obstante la preterición de una de las normas de sanción (internamente) aplicables a consecuencia de la aplicación preferente de otra, la primera sea tenida en consideración en el pronunciamiento de la sentencia condenatoria que impone una pena concretizada a partir del marco penal abstracto previsto por la norma de sanción preferente<sup>34</sup>. En lo fundamental, ello puede tener lugar de dos maneras: o bien reconociéndose potencial efecto agravatorio, en la medición de la pena impuesta con arreglo a la norma de sanción preferente, a una o más de las circunstancias de cuya efectividad depende la realización del supuesto de hecho de la norma preterida; o bien –y en el sentido del así llamado “principio de combinación”– reconociéndose un “efecto de cierre” a la norma desplazada en la modificación del marco penal previsto por la norma preferente, el cual podría verse recortado en su límite inferior o superior en atención al límite inferior o superior del marco previsto por la norma desplazada, según si, respectivamente, la primacía de la norma preferente se funda en su carácter de norma (comparativamente) más severa o más benigna. Por otra parte, bajo la etiqueta de los así llamados “efectos residuales” de la norma de sanción desplazada se tematiza, asimismo, la posibilidad de que, presentándose algún obstáculo jurídico de índole sustantiva o procesal a la efectiva imposición de la pena prevista por la norma preferente, la norma preterida pueda “recuperar” su aplicabilidad como premisa para una decisión condenatoria<sup>35</sup>.

Más allá de la magnitud de la controversia todavía existente acerca del mérito y el alcance de los “efectos residuales” recién descritos, lo crucial es hacer explícito que sólo sobre la base de una concepción que reconoce –en la terminología aquí favorecida– la efectiva satisfacción de las condiciones de aplicabilidad interna de toda norma de sanción desplazada en virtud de

---

<sup>33</sup> Véase por todos JAKOBS, 1991, 31/38 y ss.; en específica referencia a un par de pronunciamientos de la CS, MAÑALICH, 2004, 248 y ss.

<sup>34</sup> PEÑARANDA, 1991, 55 y ss.

<sup>35</sup> En detalle, *ibíd.*, 59 y ss.; también MATUS, 2008a, 323 y ss.

algún criterio de reconocimiento de un correspondiente concurso aparente puede ser adecuadamente reconstruido el problema así detectado<sup>36</sup>. Pues que la norma desplazada pueda, no obstante, ser considerada como “premisa auxiliar” para la fundamentación de una decisión condenatoria pronunciada en aplicación de la norma preferente, así como que aquélla pueda en efecto resultar externamente aplicable en caso de que la norma preferente en definitiva no haya de ser aplicada, sólo se deja explicar plausiblemente si se advierte que la norma de sanción (*prima facie*) desplazada es una norma internamente aplicable al caso en cuestión.

### 3. LOS CRITERIOS DE FUNDAMENTACIÓN DE UN CONCURSO APARENTE COMO REGLAS DE PREFERENCIA

#### *a. El método de la extensión e intensidad*

El argumento precedente hace posible arribar a la siguiente conclusión provisional: el desconocimiento penológico de la concurrencia de dos o más hechos punibles en virtud de su categorización como un concurso aparente depende de la aplicación de criterios que confieran operatividad a la así llamada “prohibición de sobrevaloración” en cuanto parámetro de cuantificación penológica, los cuales han de hacer reconocible la redundancia punitiva en la que incurriría el tribunal que diese aplicación conjunta a las dos o más normas de sanción internamente aplicables al caso de referencia. Pero aquí se vuelve imprescindible no confundir dos preguntas, a saber: la pregunta por la relación en que pueden encontrarse los tipos-de-hecho-punible de cuya realización concurrente se trata, por un lado, y la pregunta por la específica regla de preferencia de cuya aplicación depende que alguno de los hechos punibles concurrentes sea obliterado como objeto de la respectiva sentencia condenatoria y así como factor penológico, por otro.

No es infrecuente que se sostenga que la contribución más determinante a la diferenciación analítica de estas dos preguntas la debemos a Ulrich Klug, cuyo artículo dedicado al “concepto del concurso de leyes” data del año 1956<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Así ya PEÑARANDA, 1991, 54 y s., 76 y s.

<sup>37</sup> KLUG, 1956, 403 y ss. [véase la traducción al castellano en KLUG, Ulrich (1989), *Problemas de la filosofía y la pragmática del derecho*, Buenos Aires, Alfa, pp. 55 y ss.]. Véase



Sin embargo, el hallazgo analítico de Klug se encuentra ya cabalmente anticipado por Beling en su monumental *Die Lehre vom Verbrechen*, de 1906<sup>38</sup>.

Tanto Beling como Klug demostraron que dos o más tipos-de-hecho-punible –valga la redundancia: *diferentes*– sólo pueden encontrarse en alguna de las siguientes tres relaciones lógico-semánticas, a saber: o bien en relación de heterogeneidad (o exclusividad), o bien en relación de subordinación (o inclusión), o bien en relación de interferencia (o neutralidad)<sup>39</sup>. Cuál de estas tres sea la relación en que se encuentran dos tipos cualesquiera resulta determinado por la *extensión* (o más coloquialmente: el “alcance”) de la descripción que especifica cada uno de los respectivos tipos, extensión que a su vez resulta determinada por la *intensión* (o más coloquialmente: “el sentido”) de la respectiva descripción<sup>40</sup>. Y por supuesto, en la medida en que la intensión de una descripción sólo puede ser determinada a través de una operación interpretativa, una controversia interpretativa acerca de la *intensio* de la correspondiente descripción implicará la existencia de una controversia acerca de su *extensio*.

---

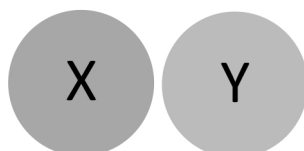
asimismo HRUSCHKA, Joachim (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., Berlín y Nueva York, Walter de Gruyter, pp. 387 y ss.; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, 1995, § 55, n.m. 27 y ss.; PEÑARANDA, 1991, 45 y ss.; MATUS, 2008a, 140 y ss.; MAÑALICH, 2005b, 1111 y ss.

<sup>38</sup> BELING, 1906, 281 y ss., 304 y ss.

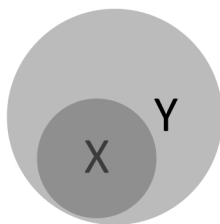
<sup>39</sup> El hecho –aquí pleonásticamente enfatizado– de que los dos o más tipos realizados han de ser tipos *diferentes* determina que una relación lógico-semántica de *identidad* carezca de toda relevancia práctica a este respecto, en la medida en que el problema quede institucionalmente circunscrito a la realización del supuesto de hecho de normas de sanción pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico (“nacional”), lo cual ciertamente no afecta su posible significación de cara a la aplicación de reglas o estándares concernientes a la coordinación de la aplicabilidad de normas de sanción pertenecientes a ordenamientos jurídicos diversos –esto es, de reglas o estándares de derecho internacional penal–, verbigracia, tratándose de alguna formulación especialmente exigente del principio de *doble incriminación* para los efectos de un régimen de extradición.

<sup>40</sup> Véase GUASTINI, 2014, 68 y s.; desde el punto de vista de la teoría de conjuntos, RATTI, Giovanni (2013), *El gobierno de las normas*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons, pp. 242 y ss. Fundamental al respecto, CARNAP, Rudolf (1947), *Meaning and Necessity*, Chicago, The University of Chicago Press, pp. 1 y ss., 23 y ss.; también, BUNGE, Mario (2011b), *Semántica I. Sentido y referencia*, Barcelona, Gedisa, pp. 155 y ss. Fundamental para la importación del método de la extensión y la intensión como herramienta analítica para la subsunción jurídico-penal, PUPPE, Ingeborg (1979), *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlín, Duncker & Humblot, pp. 22 y ss.

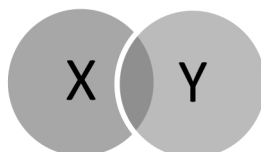
Así, y en vocabulario “extensionalista”, si asumimos que las expresiones “X” e “Y” pueden ser sustituidas por dos tipos cualquiera, entonces X e Y se encuentran en relación de *heterogeneidad* (o exclusividad) si ninguna unidad de comportamiento es subsumible tanto bajo X como bajo Y:



Por su parte, X e Y se encuentran en relación de *subordinación* (o inclusión), en el sentido de que X sea el tipo subordinado (o incluido) e Y el tipo superordinado (o incluyente), si toda unidad de comportamiento subsumible bajo X es subsumible bajo Y, pero no toda unidad de comportamiento subsumible bajo Y es subsumible bajo X:



Finalmente, X e Y se encuentran en relación de *interferencia* (o neutralidad) si al menos una unidad de comportamiento es subsumible bajo X y no bajo Y, al menos una unidad de comportamiento es subsumible bajo Y y no bajo X, y al menos una unidad de comportamiento es subsumible tanto bajo X como bajo Y:



Puesto que es conceptualmente imposible que una *misma* unidad de comportamiento resulte subsumible bajo dos tipos que se encuentren en

relación de heterogeneidad<sup>41</sup>, Beling y Klug llegan a la conclusión de que, circunscrito el problema a la posible realización de dos o más tipos en una situación de “unidad de hecho” –esto es, en una situación en la cual, de llegar a configurarse un concurso auténtico, éste exhibiría la estructura de un concurso *ideal*–, un concurso aparente sólo podría darse entre la realización de tipos que se encuentren o bien en relación de subordinación o bien en relación de interferencia. La pregunta que se plantea entonces, empero, se refiere a la identificación de las reglas de preferencia que habrían de resultar aplicables según cuál sea la relación lógico-semántica en la cual se encuentren los tipos concurrentemente realizados.

Pero antes de entrar en esto último, puede ser oportuno clarificar qué ha de entenderse por una situación de “unidad de hecho” en el presente contexto. Para ello, la clave está en advertir que no es en absoluto necesario recurrir a una identificación “pre-típica” de la respectiva unidad de comportamiento, lo cual supondría desconocer –de modo metodológicamente conraindicado– que la constatación de la ejecución o la omisión de una acción es siempre *intensional*, esto es, relativa a alguna descripción de la acción en cuestión<sup>42</sup>. Lo correcto, antes bien, es someter la efectiva realización de los dos o más tipos en cuestión a un test de *evitabilidad conjunta*: de haber sido posible la evitación de la realización de los dos o más tipos a través de la omisión o la ejecución de *una y la misma* acción, entonces la realización de los dos o más tipos habrá tenido lugar en una situación de unidad de hecho<sup>43</sup>.

*b. La autonomía teleológica de las reglas  
de preferencia: el problema de la “alternatividad”*

Con total acierto, Klug advertía que es imprescindible diferenciar la relación lógico-semántica en que pueden encontrarse dos tipos realizados a través de una misma unidad de comportamiento, por una parte, de la regla

---

<sup>41</sup> Esto supone, en contra de lo sostenido por PUPPE, 1979, 282 y ss., negar que la sola *simultaneidad* de la realización de dos o más tipos, a través del comportamiento de una misma persona, sea condición suficiente para reconocer semejante “unidad de comportamiento”.

<sup>42</sup> Véase MAÑALICH, 2014b, 71 y ss., con referencias ulteriores.

<sup>43</sup> Fundamental, KINDHÄUSER, 1985, 104 y s.; véase también supra, Cap. III, 2.c).

de preferencia que fija las condiciones de primacía de la aplicación de alguna de las dos normas de sanción frente a la otra, por otra. Esto descansa en que la fundamentación de semejante regla de preferencia constituye la respuesta a una pregunta teleológica y no lógica<sup>44</sup>. Pero Klug se contentaba con detectar esta autonomía teleológica de las correspondientes reglas de preferencia, para entonces sostener que, del hecho de que a toda posible instancia de un así llamado “concurso de leyes” subyazca o bien una relación de subordinación o bien una relación de interferencia entre los tipos de cuya realización concurrente se trata, se seguiría que sólo serían “*admisibles dos clases de concurso de leyes: la especialidad habiendo subordinación y la subsidiariedad habiendo interferencia entre los tipos legales*”<sup>45</sup>. En tal medida, los criterios de la así llamada “alternatividad” y la así llamada “consunción” devendrían superfluos, cabiendo prescindir de ellos<sup>46</sup>.

Pero justamente la manera en que Klug pretendía demostrar la superfluidad del criterio de la así llamada “alternatividad” da cuenta, más bien, de las limitaciones exhibidas por su reconstrucción de la categoría del concurso aparente. Aquí es imprescindible, sin embargo, despejar un posible malentendido, determinado por la ambigüedad que tiende a exhibir el uso del término “alternatividad” en este contexto<sup>47</sup>. Pues por una parte, el término a veces es usado como equivalente a las expresiones “heterogeneidad” o “exclusividad” en el sentido ya indicado, a saber: para designar la relación lógico-semántica en que se encuentran dos descripciones que no pueden verse conjuntamente realizadas por una misma unidad de comportamiento. En este sentido, y según la muy exacta formulación de Beling, “*la exclusividad de los tipos condiciona la alternatividad de las leyes penales*”<sup>48</sup>, lo cual *ex definitione* excluye la posibilidad de un correspondiente concurso aparente en “unidad de hecho”. Pero, por otra parte, la expresión “alternatividad” también ha sido usada, fundamentalmente por influjo de Binding<sup>49</sup>, para designar

---

<sup>44</sup> KLUG, 1956, 412.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, 414.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, 406 y ss., 409 y ss.

<sup>47</sup> Véase ya *ibíd.*, 402 y s., 409 y s.; al respecto, también MATUS, 2008a, 65 y s.

<sup>48</sup> BELING, 1906, 305.

<sup>49</sup> Véase BINDING, 1885, 349 y ss.

un criterio diferenciado para el reconocimiento de un posible concurso aparente en ciertas constelaciones de casos. En tal medida, la ambigüedad consiste en que, en el primer sentido –esto es: *à la Beling*–, por “alternatividad” se entiende una relación de aplicabilidad disyuntiva entre dos o más normas de sanción en referencia a las condiciones de *aplicabilidad interna* de cada una de ellas, en tanto que, en el segundo sentido –esto es: *à la Binding*–, la misma expresión se usa para identificar una relación de aplicabilidad disyuntiva entre dos o más normas de sanción en referencia a sus respectivas condiciones de *aplicabilidad externa*<sup>50</sup>.

Según Klug, en los casos en los cuales se postularía la existencia de un concurso aparente por alternatividad *à la Binding*, los tipos-de-hecho-punible concurrentemente realizados se encontrarían en relación de subordinación<sup>51</sup>. Pero esto es manifiestamente incompatible con la caracterización ofrecida por Binding, según quien –pudiendo tenerse más bien por descartada la posibilidad de que entre las descripciones constitutivas de los supuestos de hecho de las respectivas normas de sanción exista una relación de identidad– lo usual aquí será que los “*dos supuestos de hecho se comporten como dos círculos secantes*”<sup>52</sup>. Ello significa que, según Binding, el criterio de la alternatividad habría de tener pertinencia, característicamente, tratándose de casos en los cuales los dos o más tipos realizados se encontrarían en relación de interferencia<sup>53</sup>.

Esta es una posibilidad que Klug descartaba, observando que, en tal caso, “*no habría diferencia alguna con la subsidiariedad, puesto que también tratándose de la alternatividad sólo debería ser aplicable la ley más*

---

<sup>50</sup> Véase supra, 2.a).

<sup>51</sup> KLUG, 1956, 410 y ss., 414 y s.

<sup>52</sup> BINDING, 1885, 349.

<sup>53</sup> Considérese, a este respecto, que uno de los ejemplos de “alternatividad” ofrecidos por Binding es el de la relación en que, bajo el CP imperial de 1871, se habrían encontrado las normas de sanción del § 265, que tipificaba la incineración fraudulenta de cosas aseguradas contra peligro de incendio, y de los §§ 306, 307 y 308, que tipificaban variantes de incendio circunscritas a objetos de diversa índole. Dada la posibilidad de que se encontrara asegurada contra peligro de incendio una cosa no comprendida por las descripciones de incendio punible, la norma del § 265 se habría encontrado en relación de interferencia respecto de las normas de los §§ 306 y ss.

*severa*<sup>54</sup>. Pero esta última observación supone prescindir íntegramente de la manera en que Binding tematizaba, en forma explícita, la diferencia que existiría entre los criterios de la subsidiariedad y la alternatividad: mientras bajo este último “*a veces resultaría aplicable la una, a veces la otra*” de las normas de sanción en cuestión, bajo el criterio de la subsidiariedad sería siempre una de las normas –a saber: “la no-subsidiaria”– la que resultaría aplicable con preterición de la otra<sup>55</sup>. Así se hace patente que Klug no toma suficientemente en serio la autonomía teleológica que exhibe la respectiva regla de preferencia frente a la sola constatación de la relación lógico-semántica en la cual se encuentran los dos o más tipos concurrentemente realizados.

Esta sospecha se ve confirmada por la manera en que Klug se hacía cargo del problema que, desde su punto de vista, subyacería a la tradicional invocación del criterio de la alternatividad para el reconocimiento de un posible concurso aparente. El problema se suscitaba porque en los casos aquí relevantes, no obstante existir una relación lógico-semántica de subordinación entre los tipos concurrentemente realizados, no sería acertado recurrir al criterio de la especialidad. Pues la invocación de este último habría de llevar, necesariamente, a la preterición de aquella norma de sanción que cuenta como *lex generalis*, en términos tales que entonces sólo cabría fundamentar una condena en referencia al hecho punible consistente en la realización del supuesto de hecho de la norma de sanción que cuenta como *lex specialis*. Y esto resultaría contraindicado siempre que, siendo menos severa la pena prevista por la norma que fungiría como *lex specialis*, sea axiológicamente insensato reconocer, en el establecimiento legislativo de su supuesto de hecho, la tipificación de un hecho punible privilegiado respecto de aquel consistente en la realización del supuesto de hecho de la norma que fungiría como *lex generalis*<sup>56</sup>.

Al respecto, Klug observaba que, debiendo admitirse que lo que da lugar a tal dificultad sería un correspondiente “error legislativo”, hablar aquí de un concurso aparente fundamentado por “alternatividad” sería a

---

<sup>54</sup> KLUG, 1956, 410.

<sup>55</sup> BINDING, 1885, 357.

<sup>56</sup> KLUG, 1956, 410 y s.

todas luces inexacto. Lo correcto en tales casos sería, más bien, dar aplicación a aquella norma de sanción que, en atención a las circunstancias, haga posible imponer la pena comparativamente más severa<sup>57</sup>. Pero lo importante es advertir que Klug proponía esta última solución a pesar de que –a diferencia de Binding– él asumía que los casos aquí relevantes siempre involucrarían la realización concurrente de tipos que se encuentran en relación de subordinación, *sin* que por ello el criterio pertinente pueda ser identificado con el de la especialidad. Esto muestra que, en contra de su propio *dictum*, Klug en efecto *no* asume que, existiendo una relación de subordinación entre los tipos de cuya realización concurrente se trata, el concurso así constituido necesariamente habría de ser reconocido como un concurso aparente fundamentado por especialidad.

*c. La “subsidiariedad” como forma de toda regla de preferencia*

La insuficiencia del esquema analítico de Klug se ve superada si se recupera la propuesta de Beling, cuyo hallazgo capital a este respecto se deja sintetizar como sigue: si todo concurso aparente entre dos hechos punibles supone el *condicionamiento negativo* de la aplicabilidad (externa) de una norma de sanción ante la aplicación preferente de alguna otra norma de sanción como premisa para una decisión condenatoria, entonces el reconocimiento de *todo* concurso aparente queda asociado a una regla de preferencia cuya estructura es la de una solución de *subsidiariedad*<sup>58</sup>. En otras palabras, es un error entender que el así llamado “criterio de la subsidiariedad” es un criterio que coexistiría, en el mismo nivel lógico, con el criterio de la especialidad y el criterio de la consunción<sup>59</sup>. Pues cada uno de estos dos últimos criterios funciona al modo de una regla de preferencia que especifica los presupuestos bajo los cuales la aplicación de una norma de sanción condiciona negativamente la aplicabilidad (externa) de otra, esto es, los presupuestos bajo los cuales la segunda deviene *subsidiariamente aplicable* respecto de la primera<sup>60</sup>. Luego, y así como Wittgenstein observara, a propósito de

---

<sup>57</sup> *Ibíd.*, 415.

<sup>58</sup> BELING, 1906, 304 y ss., 309 y s.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, 310, n. 1.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, 306.

la errática jerga de la así llamada “ley de la causalidad,” que “*la causalidad no es una ley, sino la forma de una ley*”<sup>61</sup>, con Beling cabría decir que la subsidiariedad no es una regla de preferencia, sino la forma de toda regla de preferencia.

Lo anterior se ve patentemente confirmado si se repara en el tenor de las tradicionales formulaciones de estos supuestos tres criterios de fundamentación de un concurso aparente. Mientras tiene perfecto sentido postular una regla según la cual “la norma especial deroga la norma general” (*lex specialis derogat legi generali*), así como una regla según la cual “la norma absorbente deroga la norma absorbida” (*lex consumens derogat legi consumptae*), el enunciado “la norma primaria deroga la norma subsidiaria” (*lex primaria derogat legi subsidiariae*) no expresa más que una tautología. Pues que una norma de sanción sea primaria frente a otra, la cual entonces será subsidiaria frente a aquélla, precisamente significa que la primera “deroga”, esto es, condiciona negativamente, la aplicabilidad (externa) de la segunda.

Esta conclusión encuentra apoyo ulterior en la manera en que tradicionalmente se identifica la así llamada “subsidiariedad expresa” con una de las dos formas alternativas que supuestamente exhibiría el criterio de la subsidiariedad. Considérese a tal efecto la cláusula del art. 391 del CP, que condiciona la punición de una persona como autor de un homicidio a que el hechor –y más precisamente: su hecho– “*no esté comprendido en el artículo anterior*”, esto es, a que el homicidio en cuestión no sea al mismo tiempo constitutivo de un parricidio imputable a esa misma persona. Desde ya, cabe advertir que sería manifiestamente errado interpretar esa cláusula como una que establecería un “elemento negativo del tipo” del homicidio. Pues ello tendría consecuencias abiertamente contraintuitivas en lo concerniente a la imputación subjetiva. Si A mata al extraño B, confundiéndolo con su abuelo, el hecho no resultaría subsumible bajo el tipo del parricidio y sí lo sería bajo el tipo del homicidio, mas sin que la realización del tipo del homicidio fuese imputable, a título de dolo, a A. Pues dada la errónea creencia de éste en cuanto a que la persona que él se disponía a matar era, a su respecto, víctima idónea de parricidio, A habría actuado representán-

---

<sup>61</sup> WITTGENSTEIN, 1922, 6.32.



dose circunstancias incompatibles con la efectiva realización del tipo del homicidio a través de su comportamiento<sup>62</sup>.

¿Cómo ha de interpretarse, entonces, la cláusula en cuestión? La respuesta reza: como una *cláusula de subsidiariedad* “expresa”. Pero con ello se plantea el siguiente problema. Si fuera correcta la tesis de Klug, según la cual todo concurso aparente fundamentado por subsidiariedad descansaría en la realización concurrente de tipos que se encontrarían en una relación lógico-semántica de interferencia, entonces, y dado que la aplicabilidad (externa) de la norma de sanción del art. 391 se encuentra sometida a una cláusula de subsidiariedad expresa, el tipo del parricidio y el tipo del homicidio tendrían que encontrarse en relación de interferencia. Pero esto es falso, puesto que toda unidad de comportamiento que satisface la descripción del parricidio satisface, *eo ipso*, la descripción del homicidio, mientras no toda unidad de comportamiento que satisface la descripción del homicidio satisface también la descripción del parricidio, lo cual significa que el tipo del parricidio se encuentra en relación de subordinación respecto del tipo del homicidio.

En tal medida, la cláusula en cuestión hace explícita, en referencia a la relación en que se encuentran las normas de los arts. 390 y 391, la solución consistente en que la aplicación de la *lex generalis* queda negativamente condicionada por la aplicación de la *lex specialis*. Por supuesto, la misma solución podría ser validada aun cuando en el art. 391 no figurase la correspondiente cláusula de subsidiariedad. En tal caso, habría que asumir que la regla de preferencia que reconoce primacía a la norma que cuenta como *lex specialis* ha sido jurídicamente validada, aunque sin que la regulación legal lo haga explícito, esto es, y desde el punto de vista de la norma que tipifica el homicidio en cuanto *lex generalis*: precisamente al modo de una regla de “subsidiariedad tácita”.

Con ello, la distinción entre las nociones de subsidiariedad expresa y subsidiariedad tácita tiene que ser reconstruida como concerniente al

---

<sup>62</sup> El problema ya fue detectado por PUPPE, 1979, 343 y ss., a propósito de los (desencaminados) esfuerzos por negar la aplicabilidad conjunta de dos normas de sanción por la vía de transformar la negación de un elemento del supuesto de hecho de una de esas normas en un elemento del supuesto de hecho de la otra.

*criterio de reconocimiento* de la respectiva regla de preferencia que fija las condiciones de aplicabilidad subsidiaria de una norma de sanción respecto de otra. Pues tal como observa Beling: “*La desactivación de una ley penal en su conjunto sólo puede tener sentido ahí donde la prescindencia del tipo contenido en ella o bien está directamente prescrita o bien se extrae claramente como voluntad de la ley*”<sup>63</sup>. De este modo, que la aplicabilidad subsidiaria de una norma de sanción en relación con alguna otra se encuentre explícitamente reconocida por la regulación legal, a través de una cláusula de subsidiariedad expresa, confiere certeza a la identificación de la correspondiente regla de preferencia. Semejante provisión de certeza no resulta en absoluto pragmáticamente superflua, dado que, ante la constatación de que en un caso cualquiera se han visto realizados dos o más tipos *diversos* a través de una misma unidad de comportamiento, adquiere plausibilidad la hipótesis de que la realización (imputable) de cada uno de ellos debería exhibir relevancia penológica, que es justamente la hipótesis que subyace a la máxima heurística acuñada por Beling: “*in dubio pro concurso ideal*”<sup>64</sup>.

#### 4. EL CONCURSO APARENTE COMO “CONCURSO IDEAL IMPROPIO”: ESPECIALIDAD VERSUS CONSUNCIÓN

##### *a. La especialidad y la consunción como criterios de concurso aparente*

Que la disyuntiva recién planteada concierna exclusivamente a las categorías de concurso aparente y concurso ideal se explica por el hecho de que, hasta aquí, la propuesta de Beling aparece acotada a la clarificación de los criterios de fundamentación de un concurso aparente en situaciones en las cuales dos o más tipos-de-hecho-punible se ven realizados en “unidad de hecho”<sup>65</sup>. En tal medida, hasta aquí sólo interesan casos en los cuales lo que está en juego es el posible desconocimiento penológico de un concurso *ideal* (heterogéneo).

---

<sup>63</sup> BELING, 1906, 307.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, 307. A favor de una hipótesis general, pero revisable, de no-redundancia entre normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, véase ya Ross, 1959, 133.

<sup>65</sup> Véase *supra*, 3.a).

En lo tocante a la identificación de las reglas de preferencia con pertinencia ante tales casos, vuelve a ser importante contrastar la concepción de Beling con la de Klug. En efecto, este último sostenía que el criterio de la consunción carecería de autonomía frente al de la subsidiariedad, dado que los casos en que tradicionalmente se reconoce un concurso aparente fundamentado por consunción supondrían, al igual que los casos en que se invoca el criterio de la subsidiariedad, que entre los dos o más tipos realizados existe una relación de interferencia. Por ello, argumentaba Klug, el criterio de la consunción sería superfluo, resultando reducible al criterio de la subsidiariedad, específicamente en la forma de una “subsidiariedad tácita”<sup>66</sup>.

Pero siguiendo a Beling, es claro que esta maniobra resulta conceptualmente desacertada, dado que lo correcto es renunciar a la identificación de la subsidiariedad como *criterio* de fundamentación de un concurso aparente. Pues según ya se sostuviera, la subsidiariedad es la *forma* que exhibe toda regla de preferencia que especifica los presupuestos de la primacía de una norma de sanción frente a otra en atención a la redundancia punitiva a que daría lugar su aplicación conjunta<sup>67</sup>. Y Beling mismo advierte, con total claridad, que es un desiderátum de proporcionalidad lo que ha de gobernar, en la forma de una prohibición de sobrevaloración penológica, la fundamentación de un posible concurso aparente: “*Pues la prescindencia de un tipo, con base en la subsidiariedad, razonablemente sólo puede tener el sentido de que la punibilidad desde el punto de vista del otro tipo satisface suficientemente a la justicia*”<sup>68</sup>.

Habiendo descartado la así llamada “subsidiariedad” como posible criterio de solución, Beling sostiene que, existiendo una relación de subordinación entre los tipos concurrentemente realizados, el correspondiente concurso aparente tendría que ser fundamentado con arreglo al criterio de la especialidad; existiendo en cambio una relación de interferencia o “neutralidad”, el concurso aparente tendría que ser fundamentado por

---

<sup>66</sup> KLUG, 1956, 409, 415; siguiéndole HRUSCHKA, 1988, 393; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, 1995, § 55, n.m. 51.

<sup>67</sup> *Supra*, 3.c).

<sup>68</sup> BELING, 1906, 308.

aplicación del criterio de la consunción<sup>69</sup>. A este respecto, la contribución capital de Beling consiste en haber detectado, con su habitual precisión quirúrgica, dónde radica la diferencia específica entre uno y otro criterio, que en efecto está implicada por su diferente sensibilidad a la estructura de la relación lógico-semántica en la cual pueden encontrarse los tipos de cuya realización concurrente se trata. Dada la magnitud de la confusión existente al respecto en la praxis judicial chilena<sup>70</sup>, la clarificación del punto exhibe considerable relevancia práctica.

*b. La especialidad como criterio  
lógico-semánticamente intrínseco*

Para reconstruir la tesis de Beling, es necesario reparar en que, tratándose de dos tipos que se encuentran en relación de subordinación, que el tipo subordinado se encuentre extensionalmente comprendido en el tipo superordinado resulta del hecho de que este último se encuentra intensionalmente comprendido en aquél, lo cual significa: la descripción constitutiva del tipo subordinado –verbigracia, el tipo del parricidio– no es más que una *especificación semántica* de la descripción constitutiva del tipo superordinado –verbigracia, el tipo del homicidio–, de modo tal que las propiedades semánticas del tipo superordinado se encuentran contenidas en el tipo subordinado, sin que valga la proposición inversa. De ahí que Beling pudiera observar que “[e]n los casos de la especialidad el *typus generalis* está contenido ya en el *typus specialis*: la subsidiariedad de la *lex generalis* se encuentra fundamentada en la esencia de los tipos”<sup>71</sup>. Esto quiere decir que el criterio de la especialidad es *intrínseco* a la estructura lógico-semántica de la subordinación como relación en que se encuentran los tipos concurrentemente realizados.

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*, 309 y s. Es a tal reducción de los criterios de concurso aparente al binomio especialidad-consunción que, asimismo, arriba ETCHEBERRY, 1952, 84 y ss., 94.

<sup>70</sup> Para una muestra mínimamente representativa de ello en la jurisprudencia de la CS, y en perspectiva crítica, véase MAÑALICH, Juan Pablo (2005a), “Determinación y ejecución de la pena”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, pp. 493 y ss.; MAÑALICH, Juan Pablo (2013a), “Determinación y ejecución de la pena”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 3, pp. 295 y ss.

<sup>71</sup> BELING, 1906, 310.

De acuerdo con lo ya sostenido<sup>72</sup>, lo anterior significa que a través de la aplicación de la regla de preferencia que se identifica con el criterio de la especialidad debe hacerse operativa la superación de la redundancia punitiva que sería *circunstancialmente* –esto es: dadas las circunstancias del caso– reconocible en la aplicación conjunta de las normas que respectivamente fungen como *lex generalis* y *lex specialis*. Pero puesto que la aplicación del criterio de la especialidad siempre lleva a la exclusiva aplicación de esta última, cabe preguntarse si acaso tiene sentido asumir que, a través de una única condena por el hecho punible consistente en la realización del supuesto de hecho de la *lex specialis*, pudiera resultar suficientemente expresado el reproche merecido por la realización imputable del supuesto de hecho de la *lex generalis*, cuando aquél constituye un hecho punible *privilegiado* frente a éste. La pertinencia de la pregunta se explica por la peculiaridad de que, en tal situación, la pena a ser impuesta en virtud de la exclusiva condena por el hecho punible privilegiado resultará ser una pena más benigna que aquella que habría de ser impuesta si la norma de sanción que cuenta como *lex generalis* no fuera desplazada en virtud del criterio de la especialidad. ¿En qué medida cabe sostener que a través de la imposición de la pena menos severa, prevista para el hecho punible privilegiado, pudiera quedar suficientemente expresado el reproche referido al hecho punible no-privilegiado, si este último reproche se tendría que haber materializado en la imposición de una pena *más severa* con arreglo a la norma desplazada?

La respuesta sólo se deja responder satisfactoriamente si se repara en el sentido preciso que exhibe la caracterización de la redundancia punitiva superada a través de la aplicación de alguna de las reglas de preferencias que hacen posible el reconocimiento de un concurso aparente, como lo es el criterio de la especialidad, como una redundancia *circunstancial*.

Por vía de ejemplo, asúmase que A mata a B, en circunstancias de que A es el padre de B y que la muerte de B, producida –de modo im-

---

<sup>72</sup> Supra, 2.b).

putable— por A, ha tenido lugar una vez que B ha nacido, pero antes de que hubieran transcurrido 48 horas desde la conclusión del proceso del parto<sup>73</sup>. Bajo el derecho chileno vigente, el fragmento de comportamiento de A, aquí considerado como posible objeto de juzgamiento, realiza —en unidad de hecho— los siguientes tres tipos-de-hecho-punible: el del homicidio simple (art. 391 N° 2), el del parricidio (art. 390) y el del infanticidio (art. 394)<sup>74</sup>. Tanto el tipo del parricidio (“P”) como el tipo del infanticidio (“I”) se encuentran en relación de subordinación respecto del tipo del homicidio simple (“H”). Y en la medida en que la cláusula “legítimos o ilegítimos”, por medio de la cual bajo el art. 394 resulta cualificada la posición de un ascendiente (distinto del padre o la madre) de la víctima como posible autor de infanticidio, ha devenido regulativamente vacía<sup>75</sup>, el tipo del infanticidio también se encuentra en relación de subordinación respecto del tipo del parricidio<sup>76</sup>. Así, el sistema de las relaciones lógico-semánticas en las cuales se encuentra cada uno de estos tres tipos respecto de los otros dos se deja diagramar como sigue<sup>77</sup>:

---

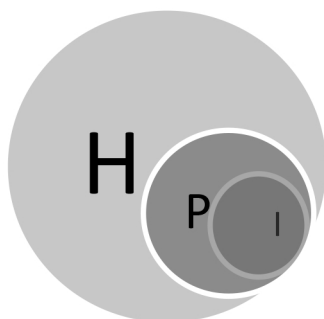
<sup>73</sup> Esto supone tomar partido, en lo tocante a la interpretación del art. 394, a favor de la tesis según la cual la cláusula “*dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto*” demarca el horizonte temporal al interior del cual ha de acaecer la muerte de la víctima de infanticidio, lo cual constituye una aplicación particularizada de la así llamada “tesis del momento del resultado” para la reconstrucción de la estructura típica de los delitos de resultado. Fundamental al respecto, CONTESSÉ, Javier (2013), “Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto”, *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 392 y ss., con referencias ulteriores.

<sup>74</sup> Para simplificar el análisis, asúmase que ninguna de las variantes típicas de homicidio calificado (art. 391 N° 1) es realizada por el comportamiento de P.

<sup>75</sup> A consecuencia de la supresión legislativa de la diferenciación de los regímenes de filiación legítima e ilegítima, operada a través de la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998.

<sup>76</sup> Esto ejemplifica la observación formulada supra, 3.a), en cuanto a que la *extensio* de un tipo, estando determinada por su *intensio*, es “sensible-a-la-interpretación” de la formulación legislativa de la respectiva norma de sanción. Esto quiere decir que, operacionalmente, la interpretación de la formulación lingüística de una posible norma cualquiera es presupuesto de la aplicación subsuntiva de la norma así determinada. Véase sólo GUASTINI, 2014, 337 y ss., 341 y ss.; RATTI, 2013, 176 y ss.

<sup>77</sup> Véase PEÑARANDA, 1991, 37 y ss., que en referencia a la tipificación del homicidio, el parricidio y el infanticidio bajo el CP español de 1944 recurre a la imagen de “*tres círculos concéntricos*”.



En la medida en que una relación lógico-semántica de subordinación entre dos tipos determina, *ceteris paribus*, la aplicabilidad del criterio de la especialidad como regla de preferencia ante la concurrencia de la realización (imputable) de uno y otro tipo, de lo anterior se sigue, en primer lugar, que tanto la norma de sanción del art. 390 como la del art. 394 se encuentran en relación de *lex specialis* respecto de la norma de sanción del art. 391 N° 2; así como, en segundo término, que la norma de sanción del art. 394 también se encuentra en relación de *lex specialis* respecto de la norma de sanción del art. 390. En atención a los marcos penales actualmente previstos por cada una de estas tres normas, ello se traduce en que la realización imputable del tipo del infanticidio constituye un hecho punible privilegiado tanto frente al correspondiente parricidio como frente al homicidio simple lógicamente implicado en este último<sup>78</sup>. Pero entonces, y retomando la pregunta previamente planteada: ¿en qué sentido cabe decir que en la (exclusiva) imposición de la pena, menos severa, resultante de una (única) condena por el infanticidio de B, pudiera verse adecuadamente expresado el reproche merecido por A en cuanto autor de un homicidio y un parricidio en la persona de B?

La clave se encuentra en la consideración, ya anticipada, de que una relación de subordinación entre dos tipos se deja redefinir, *intensionalmente*, como una relación de especificación semántica. Así, que el homicidio de B, imputable a A, resulte efectivamente *calificado* como parricidio, se sigue de que ese homicidio ha tenido lugar en una situación en la cual se

---

<sup>78</sup> La pena actualmente prevista para el infanticidio consiste en presidio mayor en sus grados mínimo a medio; la prevista para el homicidio simple, en presidio mayor en su grado medio; la prevista para el parricidio, en presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

configuraba una circunstancia irrelevante bajo el tipo del homicidio, pero relevante bajo el tipo del parricidio, a saber: la circunstancia de que A fuera el padre de B. Hasta aquí, la (exclusiva) imposición de la pena prevista en el art. 390, en virtud de una (única) condena de A como autor de parricidio en la persona de B –a la que llevaría el reconocimiento de un concurso aparente, por especialidad, con preterición de la norma de sanción del homicidio en cuanto *lex generalis*–, expresaría adecuadamente el reproche merecido por A en cuanto autor de un homicidio cuya perpetración estuvo acompañada de una circunstancia que modifica, *aggravatoriamente*, la significación delictiva de la realización (imputable) de la descripción “matar a otro” *sub specie* parricidio.

Pero prosiguiendo con el análisis del caso, la perpetración de ese homicidio semánticamente especificado como parricidio estuvo ulteriormente acompañada de una circunstancia irrelevante tanto bajo el tipo del homicidio como bajo el tipo del parricidio, pero relevante bajo el tipo del infanticidio, a saber: la circunstancia de que, siendo A el padre de B, la muerte de éste, producida por aquél, tuviera lugar dentro de las 48 horas siguientes a la conclusión del parto. Esto se traduce en que el homicidio de B, ya semánticamente especificado como parricidio, resulta asimismo semánticamente especificado como infanticidio. Luego, la (exclusiva) imposición de la pena prevista en el art. 394, resultante de una (única) condena de A como autor de un infanticidio en la persona de B –a la que llevaría el reconocimiento de un concurso aparente, por especialidad, con preterición de las normas de sanción del homicidio y del parricidio en cuanto *leges generales*–, expresaría adecuadamente el reproche merecido por A en cuanto autor de un homicidio calificado como parricidio cuya perpetración estuvo acompañada, empero, de una circunstancia que modifica, *atenuadoramente*, la significación delictiva de la realización (imputable) de la descripción “matar a otro”, así como de la realización (imputable) de la descripción “matar a otro de quien se es ascendiente”<sup>79</sup>, *sub specie* infanticidio. O en los términos de la sintética formulación de Peñaranda: “*La valoración del caso especial (que en definitiva habrá de traducirse también en su consecuencia jurídica) incluye,*

---

<sup>79</sup> Esta última es una de las descripciones en cuya disyunción consiste el tipo del parricidio en cuanto supuesto de hecho de la norma de sanción del art. 390 del CP.



*aunque con alguna modificación (en sentido agravatorio o atenuatorio), la valoración correspondiente al supuesto general*<sup>80</sup>.

Mas lo anterior deja intacta la posibilidad de que, en determinados casos, el recurso al criterio de la especialidad, en cuanto regla de preferencia que convierte en subsidiaria la norma que funge como *lex generalis*, resulte axiológicamente contraindicado. Esto podría suceder tratándose de situaciones para las cuales, siguiendo a Klug, pudiera resultar comprensible la tradicional invocación del criterio de la “alternatividad” *à la* Binding, en la medida en que los tipos concurrentemente realizados en efecto se encuentren en relación de subordinación<sup>81</sup>. Pero es claro al mismo tiempo que, como tal, el criterio de la alternatividad no se deja reconstruir adecuadamente como una regla de preferencia a ser aplicada *en vez* del criterio de la especialidad en tales casos. Antes bien, y de ser necesaria la relativización de la aplicabilidad del criterio de la especialidad, la solución tendría que consistir en la postulación de un criterio que ocupe la posición de una meta-regla de preferencia frente a los criterios de la especialidad y la consunción, en la forma de una regla de “preferencia condicional”<sup>82</sup>, esto es: en la forma de una regla que determine la “*preferencia de una de las normas sobre la otra siempre y cuando se verifiquen ciertas circunstancias, pero sin que ello obste a que, si tales circunstancias no se verifican, se acuerde la preferencia conversas*”<sup>83</sup>.

En tal medida, y tratándose de la realización concurrente de tipos que se encuentran en relación de subordinación, la meta-regla en cuestión tendría que desconocer la primacía de la norma de sanción que cuenta relativamente como *lex specialis*, siempre que, en atención a las circunstancias del caso, la norma que cuenta como *lex generalis* al mismo tiempo cuente como *lex consumens*. Esto equivale a decir que la meta-regla de preferencia habría de condicionar negativamente la aplicabilidad del criterio de la especialidad

---

<sup>80</sup> PEÑARANDA, Enrique (2014), *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo y Buenos Aires, BdF, pp. 263 y s.

<sup>81</sup> Véase supra, 3.b).

<sup>82</sup> Para esta noción, aun cuando en referencia a la identificación de los criterios de solución de antinomias, véase FERRER y RODRÍGUEZ, 2011, 154 y ss.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, 157.

frente al criterio de la consunción: *lex generalis consumens derogat legi speciali consumptae*.

De ser plausible lo anterior, ello sólo muestra que, como regla de preferencia que condiciona negativamente la aplicabilidad (externa) de alguna norma de sanción frente a otra, el criterio de la especialidad es *derrotable*<sup>84</sup>. Pero ello ciertamente no obsta a que, en los casos en los cuales el mismo no resulte derrotado por algún otro criterio (en tal medida) preferente, la aplicación del criterio de la especialidad como regla de preferencia siempre resulta intrínsecamente determinada por la relación lógico-semántica –de subordinación– en la cual habrán de encontrarse los tipos concurrentemente realizados.

*c. La consunción como criterio lógico-semánticamente extrínseco*

Precisamente esto último no es predicable del criterio de la consunción, en la medida en que la relación lógico-semántica en que aquí han de encontrarse los tipos concurrentemente realizados es una de interferencia o “neutralidad”. Pues el supuesto de hecho de la norma consumida o absorbida se ve sólo *contingentemente* realizado por la (misma) unidad de comportamiento que realiza el supuesto de hecho de la norma absorbente, en términos tales que la preterición de la primera sólo puede encontrarse justificada en razón de que la punición fundamentada por la subsunción del objeto de juzgamiento bajo el segundo tipo vuelva *in concreto* superflua una condena referida a la realización del supuesto de hecho de la primera norma, en tal medida desplazada<sup>85</sup>. Esto quiere decir que el criterio de la consunción es *extrínseco* a la relación lógico-semántica en que se encuentran los dos o más tipos concurrentemente realizados.

Así, el irreductible margen de incertidumbre asociado a la aplicación del criterio de la consunción se explica por el hecho de que su invocación exige

---

<sup>84</sup> Acerca de la derrotabilidad de los criterios de solución de colisiones y redundancias entre normas, ya ROSS, 1959, 134; al respecto, véase FERRER y RODRÍGUEZ, 2011, 193 y ss. En general sobre el problema de la derrotabilidad de las reglas jurídicas, y dando cuenta del (ya apenas abaricable) debate teórico existente al respecto, véase RATTI, 2013, 175 y ss.

<sup>85</sup> BELING, 1906, 311.

una comparación cualitativa de la *intensio* de los dos o más tipos realizados desde el punto de vista del concreto objeto de juzgamiento que satisface cada una de las descripciones en cuestión<sup>86</sup>. El punto se deja ilustrar a través de un ejemplo analizado por Etcheberry, correspondiente al caso en que

[u]n individuo, con el propósito de apoderarse del dinero guardado en la caja fuerte de una persona determinada, penetra en la noche en la morada de ésta forzando la entrada, destroza la cerradura de la caja, valiéndose de un soplete, y se apodera del dinero<sup>87</sup>.

Como bien observara Etcheberry, el fragmento de comportamiento que funge como objeto de juzgamiento realiza la variante típica del robo con fuerza en las cosas del art. 440 N° 1; así como el tipo de la violación de domicilio del art. 144; así como también el tipo del daño de cosa ajena, en los términos de los arts. 484 y 487. Ante un caso como éste –y entendiendo que cada uno de los tres tipos recién mencionados se encuentra en relación de interferencia con cada uno de los dos restantes<sup>88</sup>, es correcto entender desplazadas, en concurso aparente por consunción, las normas de sanción que respectivamente tipifican la violación de domicilio y el daño, a favor de la norma de sanción del art. 440 en cuanto norma absorbente. Ello se

---

<sup>86</sup> KLUG, 1956, 409.

<sup>87</sup> ETCHEBERRY, 1952, 84; véase también KLUG, 1956, 407.

<sup>88</sup> En cuanto a la relación en que se encuentran los tipos del art. 144 y del art. 440, para que sea correcta su caracterización como una relación de interferencia –y no de inclusión o subordinación– basta con que al concepto de “lugar habitado o destinado a la habitación” haya de atribuirse un alcance mayor que al concepto de “morada ajena”, en términos tales que no todo ingreso a un lugar habitado o destinado a la habitación constituya un ingreso a una morada ajena, o bien con que el concepto de “*dependencias de un lugar habitado o destinado a la habitación*” se extienda a espacios que no queden comprendidos por el concepto de “morada”. Si bien no es posible entrar en el problema en este marco, cabe destacar que, en lo tocante a la primera posibilidad, en la doctrina chilena existen planteamientos que sostienen exactamente lo contrario, esto es, que el concepto de “morada” contendría, como un subsegmento de su campo semántico, el concepto de “lugar habitado o destinado a la habitación”, en términos tales que todo lugar habitado o destinado a la habitación contaría como morada (de alguien), pero no al revés; así ETCHEBERRY, Alfredo (1998b), *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, 3ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 253 y ss., 319 y s. De ser ésta la interpretación correcta de las disposiciones en cuestión, y bajo la hipótesis adicional de que la noción de “entrar” (en el respectivo espacio) sea la misma en uno y otro contexto, la relación entre ambos tipos resultaría ser una de inclusión o subordinación, en términos tales que el tipo del robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación exhibiría el estatus de tipo subordinado frente al tipo de la violación de domicilio.

funda en que las propiedades cuya ejemplificación determina que el comportamiento que funge como objeto de juzgamiento sea subsumible bajo el tipo de la violación de domicilio, así como bajo el tipo del daño, son propiedades cuya ejemplificación es *in concreto* reconocible en las circunstancias que conllevan la realización de la variante típica del art. 440 N° 1.

En efecto, y por una parte, las dos instancias de realización del tipo del daño, respectivamente asociadas al forzamiento de la entrada y a la destrucción de la cerradura de la caja fuerte, descansan en circunstancias especificadas bajo una *descripción* que al mismo tiempo les confiere relevancia para la realización de la variante típica del art. 440 N° 1. Pues mientras el forzamiento de la entrada se deja encuadrar bajo la exigencia típica de una “fractura de puertas o ventanas” en lo concerniente al modo de ingreso al lugar donde se halla el dinero que es objeto de apropiación, la destrucción de la cerradura de la caja fuerte se corresponde con la primera fase de ejecución de la acción de sustracción del dinero, a través del vencimiento del dispositivo de custodia reforzada (del dinero), constituido por la caja fuerte. Y lo mismo sucede, *mutatis mutandis*, con la circunstancia del ingreso a la morada del propietario del dinero: su descripción como una entrada “*en morada ajena contra la voluntad de su morador*”, en el sentido del tipo de la violación de domicilio, al mismo tiempo le confiere relevancia bajo la exigencia típica de que la apropiación acontezca en “*un lugar habitado o destinado a la habitación*”, en el sentido del art. 440 N° 1.

Esto sugiere que, para que opere el criterio de la consunción, es imprescindible que la descripción de la cual depende la relevancia de una o más circunstancias para la realización de uno de los tipos sea una descripción que asimismo les confiera relevancia para la realización del otro, esto es: que las circunstancias con relevancia bajo uno y otro tipo puedan ser identificadas de modo *intensionalmente congruente*. Es justamente la falta de semejante congruencia intensional lo que se deja advertir en el siguiente caso, asimismo considerado por Etcheberry:

Un individuo, deseoso de tener acceso carnal a una hermana suya, usa de la fuerza para obligar a ésta a satisfacer sus deseos<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> ETCHEBERRY, 1952, 84.

Siendo claro que la variante típica de la violación mediante “fuerza o intimidación” del art. 361 N° 1 se encuentra en relación de interferencia con el tipo del incesto del art. 375, y siendo asimismo claro que uno y otro tipo son realizados por el comportamiento del hechor, lo correcto aquí es negar la existencia de un concurso aparente fundamentado por consunción, para afirmar, más bien, la existencia de un concurso ideal<sup>90</sup>. Pues la descripción del acceso carnal en cuestión como uno practicado con “fuerza” no guarda congruencia alguna con las propiedades de cuya ejemplificación depende la relevancia típica de ese acceso carnal *sub specie* incesto, en tanto que su descripción como un acceso carnal padecido por la hermana del hechor no guarda congruencia alguna con las propiedades de cuya ejemplificación depende su relevancia típica *sub specie* violación.

Frente a un caso como éste, renunciar a hacer aplicable un régimen de penalidad que sea adecuadamente expresivo tanto de una condena por violación como de una condena por incesto supondría desconocer que la ya mencionada prohibición de sobrevaloración encuentra su contrapunto preciso en el así llamado “mandato de exhaustividad”<sup>91</sup>, con arreglo al cual la respectiva sentencia condenatoria ha de resultar suficientemente expresiva del juicio de desaprobación jurídica referido a cada específico contenido de significación delictiva ejemplificado por el comportamiento imputable al condenado. Y por ello, ante la constatación de que en un caso cualquiera se han visto realizados dos o más tipos-de-hecho-punible *diversos*, adquiere plausibilidad la ya mencionada máxima heurística del *in dubio pro* concurso ideal<sup>92</sup>.

##### 5. EL CONCURSO APARENTE COMO “CONCURSO REAL IMPROPIO”:

###### EL CRITERIO DEL HECHO COPENADO

Hasta aquí, el análisis ha estado circunscrito a casos de posible concurso aparente en los cuales los dos o más hechos punibles concurrentes se encuentran en relación de “unidad de hecho”, esto es, a casos en los cuales el concurso de cuyo desconocimiento como factor penológico se trata exhibe la

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, 91.

<sup>91</sup> Véase *supra*, Cap. III, 1.a).

<sup>92</sup> Véase *supra*, nota 64.

estructura de un concurso ideal. Como Beling mismo lo advirtiera, empero, a estos casos se dejan contraponer aquellos de un posible “*concurso real impropio*”<sup>93</sup>, incluidos aquí los casos que, en referencia al art. 75 del CP, cabría denominar de “concurso medial impropio”<sup>94</sup>. Para ello, lo decisivo resulta ser la determinación del criterio en virtud del cual cabría reconocer la subsidiariedad de la aplicación de alguna norma de sanción frente a la aplicación de otra, en la medida en que la realización de sus respectivos supuestos de hecho, a través de unidades de comportamiento diferentes, exhiba alguna “conexión factual”<sup>95</sup>. Y siguiendo a Beling, dicho criterio consiste en el del así llamado “hecho anterior o posterior copenado”.

En los casos ahora relevantes, que suponen que a una misma persona pueda imputarse la realización “no-unitaria” de dos o más tipos, la realización de uno de éstos tiene lugar a través de un comportamiento que, en atención a su específico significado delictivo, ha de exhibir una determinada vinculación con la realización de algún otro tipo, precisamente en la forma de un hecho anterior, simultáneo o posterior que ha de resultar “copenado” bajo la penalización del hecho punible constituido por la realización (imputable) de este último tipo<sup>96</sup>. Esto significa que la condena referida a este último hecho punible ha de resultar suficientemente expresiva del reproche merecido en virtud de la imputación del otro hecho punible, en tal medida “copenado”. Pero para que la condena por un hecho punible cualquiera pueda resultar suficientemente expresiva del reproche referido a otro hecho punible, constituido anterior, simultánea o posteriormente al primero, es indispensable que entre los dos tipos realizados pueda constatarse una determinada relación de “proximidad intensional” desde el punto de vista de sus respectivos contenidos de significación delictiva. Y esto último de-

---

<sup>93</sup> BELING, 1906, 318 y ss.; véase también HRUSCHKA, 1988, 393 y ss.

<sup>94</sup> Toda vez que el así llamado “concurso medial” no es sino una variante estructural de un concurso *real*, aun cuando sometida al mismo régimen penológico que el concurso ideal, en razón de la conexión teleológica en la cual han de encontrarse los dos o más hechos punibles concurrentes.

<sup>95</sup> BELING, 1906, 318.

<sup>96</sup> La posibilidad de que se constituya un hecho *simultáneo* (o “concomitante”) copenado respecto de algún otro hecho punible cualquiera, en el sentido aquí relevante, queda determinada por la circunstancia de que la mera simultaneidad de la realización de dos o más tipos *no* sea condición suficiente para reconocer una “unidad de hecho”; véase supra, nota 41.

pende, como es obvio, de cuál sea la descripción constitutiva del supuesto de hecho de cada una de las normas de sanción internamente aplicables.

No está de más enfatizar que, al igual que tratándose de un concurso aparente *qua* concurso ideal impropio, aquí también cabe reservar la noción de subsidiariedad para caracterizar la estructura exhibida por la regla de preferencia que condiciona negativamente la aplicabilidad externa de una de las normas de sanción a la aplicación de alguna otra, con total independencia de si esa regla de preferencia se encuentra expresamente formulada. Bajo el derecho chileno, un ejemplo inequívoco de esto último se halla en la cláusula legal que acompaña a la tipificación del delito de “amenaza simple” en el art. 296 N° 3 del CP<sup>97</sup>. Con arreglo a esta cláusula, la imposición de la pena (de presidio menor en su grado mínimo) prevista para una amenaza no-condicional de un mal constitutivo de delito queda sometida a la condición negativa de que, de haber el autor de la amenaza efectivamente perpetrado –siquiera en grado de tentativa– el hecho punible correspondiente a la irrogación del mal que él mismo anunciara a modo de amenaza, este último hecho punible no “*merezca una pena más severa*”. *A contrario sensu*, y tal como lo hace explícito la regulación, ello determina que si la pena a imponer –sobre la misma persona– en razón de la imputación del hecho punible consistente en el cumplimiento de la amenaza fuera más severa, “*se impondrá (sólo) ésta*”.

En tal medida, la cláusula de “subsidiariedad expresa” del art. 296 N° 3 se deja interpretar en el sentido de una regla de preferencia que condiciona negativamente la aplicabilidad (externa) de la norma de sanción que tipifica la amenaza simple ante la aplicación de una norma de sanción que prevea una pena más severa para el hecho punible constituido por el delito cuya perpetración fuera anunciada a modo de amenaza. Con ello, y en el contexto de la condena pronunciada en referencia a este hecho punible posterior,

---

<sup>97</sup> Esto supone entender que la “gramática superficial” de los arts. 296 y 297 no se corresponde con la “gramática profunda” de la tipificación de *los* “delitos de amenaza” bajo el CP chileno. Pues la sola organización formal de las disposiciones legales aquí relevantes no logra hacer explícita la distinción sistemática fundamental sobre la base de la cual ha de reconstruirse, *de lege lata*, la regulación, a saber: la distinción entre la estructura típica de las diferentes variantes de amenaza condicional en cuanto *coacción mediante amenaza*, por un lado, y la estructura típica de la amenaza no-condicional (de un mal constitutivo de delito) en cuanto *amenaza simple*, por otro. Véase al respecto MAÑALICH, 2009a, 53 y ss., 99 y ss.

el hecho punible consistente en la amenaza no-condicional de un mal constitutivo de delito adquiere el estatus de un “hecho anterior copenado”. Esto muestra que, bajo la correspondiente representación legislativa, la significación delictiva de una amenaza simple no alcanza a ser autónoma respecto de la significación delictiva del hecho punible constituido por el delito cuya perpetración constituye el objeto del anuncio (serio y verosímil) constitutivo de esa misma amenaza<sup>98</sup>.

Pero la operatividad del criterio del hecho copenado no depende de que la respectiva regla de preferencia se encuentre explícitamente formulada en la ley, al modo de una cláusula de subsidiariedad expresa. Considérese a este respecto la norma de sanción del inc. 3º del art. 141, que tipifica el así llamado “secuestro condicional” en cuanto variante de secuestro calificado por el correspondiente “propósito extorsivo”, en referencia al siguiente caso: una persona A pone a la persona B en una situación de privación de libertad, para exigir (A) a una tercera persona C que efectúe una transferencia de dinero a su cuenta bancaria a cambio de la liberación de B, todo lo cual en definitiva llega a ocurrir. Aquí sería posible imputar (a lo menos) dos hechos punibles a A, a saber: un secuestro con propósito extorsivo, en el sentido del ya mencionado inc. 3º del art. 141, y una amenaza condicional de un mal constitutivo de delito, con condición cumplida, en el sentido del art. 296 N° 1<sup>99</sup>, siendo claro, asimismo, que ellos no se encuentran en una relación de “unidad de hecho”, sino más bien en una relación de medio-a-

---

<sup>98</sup> Por supuesto, esto no supone entender que la amenaza en cuestión exhiba el carácter de una acción “preparatoria” –ni, *a fortiori*, de una acción ejecutiva– del hecho punible (posterior) consistente en el “cumplimiento” de esa misma amenaza; véase BINDING, 1902, 102.

<sup>99</sup> El caso sería notablemente más complejo si, verbigracia, la exigencia “extorsiva” formulada por el autor del secuestro se refiriera a la emisión de un vale vista, o bien a la entrega presencial de una suma de dinero en efectivo, puesto que entonces, y respectivamente, el hecho constitutivo de la respectiva instancia de amenaza condicional (*qua* coacción mediante amenaza) sería asimismo constitutivo de extorsión documental, en el sentido del art. 438, o bien de robo con intimidación, en el sentido de los artículos 433 y siguientes. Y con esto se plantearía ulteriormente la pregunta de si, en conjunción con la privación de libertad preexistente, el hecho así constituido pudiera eventualmente realizar, respectivamente, la variante típica de la extorsión documental calificada o el tipo del robo calificado (con retención de las víctimas “bajo rescate”) prevista en el art. 433 N° 2; véase al respecto BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2005), “Delitos contra intereses personalísimos”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, pp. 538 y s. La respuesta debería ser negativa: el art. 433 N° 2 presupone que “las víctimas” cuya retención opera como circunstancia calificante sean “las víctimas” de un



fin. ¿Sería correcto que, en tal caso, A fuera condenado tanto como autor de un secuestro con propósito extorsivo cuanto como autor de un delito de amenaza condicional, de modo tal de resultar aplicable el régimen penológico previsto en el art. 75 para un concurso medial?

Para responder esta pregunta es determinante reparar en la función desempeñada por el propósito extorsivo en cuanto específico elemento subjetivo del tipo formulado en el inc. 3º del art. 141. Se trata de una tendencia interna trascendente que, en cuanto referida a la posterior ejecución de una acción extorsiva por parte del autor de la respectiva privación de libertad, convierte al hecho punible (calificado) así tipificado en uno “mutilado de dos actos”<sup>100</sup>. En palabras de Binding, el recurso legislativo a semejante técnica de tipificación pone de manifiesto una “*impaciencia del legislador*”<sup>101</sup>, en tanto ello se traduce en que el secuestro con propósito extorsivo se consume en el instante en que se consuma el correspondiente secuestro como “delito-base”, sin que sea en absoluto necesario que la ejecución de la acción extorsiva siquiera llegue a verse iniciada. Esto se deja entender en el sentido de que la tipificación del respectivo hecho punible mutilado de dos actos contiene ya una *anticipación* de la referencia a la específica lesividad del hecho punible posterior, cuya eventual perpetración carece de relevancia para la realización del tipo así construido, cuya estructura queda determinada por la exigencia de una proyección puramente subjetiva de la eventual perpetración del hecho posterior. Si esto último es correcto, de ello se sigue que, en virtud de esa misma anticipación, una condena por el correspondiente secuestro condicional, en cuanto hecho punible anterior, sería ya expresiva –valga la redundancia: *anticipatoriamente*– del reproche merecido en virtud de la imputación del hecho punible constituido por la amenaza condicional, que en tal medida tendría que exhibir el estatus de un “hecho posterior copenado” en relación con aquél<sup>102</sup>.

---

hecho preexistentemente constitutivo de robo (o de extorsión documental), esto es, del hecho punible de cuya calificación se trata.

<sup>100</sup> Al respecto, BINDING, 1902, 12.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 11.

<sup>102</sup> Nótese que, bajo el derecho alemán, se sostiene generalizadamente que entre la realización del tipo del así llamado “secuestro extorsivo” del § 239a del StGB y la correspondiente “extorsión con-caracteres-de-robo” (*räuberische Erpressung*) –dada la gravedad de la amenaza– del § 255 habría que reconocer una relación de concurso ideal; véase sólo KINDHÄUSER, 2010,

Es importante tener en cuenta que el problema tendría que ser planteado y resuelto de otro modo si, siendo levemente distintas las circunstancias del caso, la posterior acción extorsiva efectivamente ejecutada por el autor del secuestro exhibiera relevancia típica o bien *sub specie* extorsión documental o bien *sup specie* robo con intimidación<sup>103</sup>. Pues en tal caso, el desplazamiento de la respectiva norma de sanción que tipifica alguno de estos últimos hechos punibles, en virtud del reconocimiento de un concurso aparente respecto del “secuestro condicional” sobre la base de la consideración de aquél como un hecho posterior copenado, supondría un privilegio penológico difícil de justificar frente al régimen que se seguiría de reconocer un concurso medial (penológicamente “auténtico”) entre el secuestro “simple” *qua* delito-base, en el sentido del inc. 1º del art. 141 –esto es, prescindiendo de la realización de la variante calificada del inc. 3º–, y la extorsión documental o el robo con intimidación, según corresponda<sup>104</sup>. Pues bajo el art. 75, tal concurso medial daría lugar a la imposición de “*la pena mayor asignada al delito más grave*”, que sería la pena prevista para la extorsión documental o el robo con intimidación en el inc. 1º art. 436 (presidio mayor en sus grados mínimo a máximo), circunscrita a su grado superior (presidio mayor en su grado máximo), pena que es más severa que la prevista en el inc. 3º del art. 141.

Lo anterior muestra que, también cuando se presenta como una regla de “subsidiariedad tácita”, el criterio del hecho copenado puede, asimismo, exhibir la estructura de una regla de preferencia condicional<sup>105</sup>.

---

§ 239a, n.m. 19. En general sobre los problemas que plantea tal tipificación y los (de)méritos de los esfuerzos jurisprudenciales encaminados a su superación, véase ya GRAUL, Eva (2000), “De nuestros tiempos y sus leyes, expuesto con el ejemplo de los §§ 239a y 239b del StGB”, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, Comares, *passim*. En cualquier caso, y más allá de la manifiesta relajación de los presupuestos de una “unidad de hecho” que tal solución supone, cabe notar que, con arreglo al § 52 del StGB, el régimen penológico aplicable a los casos de concurso ideal es el de la simple absorción de la pena menos severa por la pena más severa –a diferencia del régimen de absorción agravada previsto en el art. 75 del CP chileno–, lo cual a lo menos morigeraría la magnitud de la vulneración del *principio ne bis in idem* que tal solución parece traer consigo; véase *supra*, nota 3.

<sup>103</sup> Véase *supra*, nota 99.

<sup>104</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, 2005, 539 y s.

<sup>105</sup> Véase *supra*, 4.b).