

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

JUAN PABLO MAÑALICH R.



THOMSON REUTERS

CAPÍTULO V
LA REITERACIÓN DE HECHOS PUNIBLES COMO CONCURSO REAL: UNA
PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL ART. 351 DEL CPP*

1. INTRODUCCIÓN: LA CUANTIFICACIÓN DE HECHOS PUNIBLES

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. Pragmáticamente, tal operación adquiere relevancia en la medida en 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 a la cual esos dos o más hechos resulten imputables, lo cual puede condicionar la aplicabilidad de algún régimen penológico específico. 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 una misma especie”, sometida a alguno de los regímenes de “acumulación jurídica” previstos en el art. 351 del CPP, 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.

* Versión revisada del artículo originalmente aparecido, con el título “La reiteración de delitos como concurso real. Sobre la comensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”, en el vol. 10, N° 20, de *Política Criminal* (2015).

Puesto que la aplicabilidad de cualquiera de los regímenes recién mencionados presupone que la correspondiente operación de cuantificación en efecto lleve a la constatación de la concurrencia de dos o más hechos punibles por los cuales haya de ser condenada una misma persona, es imprescindible clarificar bajo qué condiciones cabe constatar, como contrapartida, la existencia de nada más que un (único) hecho punible.

Para que este último sea el caso es necesario que el respectivo objeto de juzgamiento satisfaga una *doble exigencia de identidad*¹, que 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, en el entendido de que es el respectivo *tipo* el criterio de identificación de la correspondiente *especie* de hecho punible²: un homicidio, una lesión corporal, un hurto, etc., consisten en hechos punibles de diferente especie, precisamente porque ellos se corresponden con la realización imputable de tipos diferentes. Por ello, si se constatará 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”. 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 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”³.

Lo anterior hace posible, de paso, esclarecer en qué consiste la función cuantificadora de las categorías del *concurso aparente* y del *delito conti-*

¹ Fundamental, MOORE, 1993, 317 y ss.; en detalle al respecto, MAÑALICH, 2005b, 1096 y ss.; véase asimismo supra, Cap. III, 2.b).

² Véase BELING, 1906, 110 y ss., 283 y ss.

³ Acerca de la distinción entre un tipo de acción y alguna instancia particular (cualquiera) de ese mismo tipo de acción, véase MAÑALICH, 2014b, 20 y s., con referencias ulteriores.

nuado. 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 reconocer la aplicabilidad conjunta de las respectivas normas de sanción (con independencia de cuál sea el específico régimen de penalidad que resulte de ello)⁴, a menos que entre dos o más de los tipos efectivamente realizados sea reconocible una superposición –total o parcial– de sus respectivos contenidos de *significación delictiva*⁵. Es precisamente

⁴ Nótese que, en el presente contexto, el concepto de aplicabilidad está siendo usado en el sentido de “aplicabilidad externa”: mientras una norma de sanción NS_x es *internamente aplicable* respecto de un caso dado 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 , NS_x será *externamente aplicable* si y sólo si, siendo NS_x internamente aplicable, su aplicación resulta asimismo determinada, respecto del caso en cuestión, 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. Véase NAVARRO, Pablo y MORESO, José Juan (1996), “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía*, N° 5, pp. 125 y ss.; también FERRER, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis (2011), *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 61 y ss.

⁵ 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 significación delictiva son aquellos que se distinguen o bien por fungir ya como presupuestos de la antinormatividad –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.; así como MAÑALICH, Juan Pablo (2014a), “La

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 penológica, en congruencia con la prohibición de sobrevaloración en la cual se concretiza el principio *ne bis in idem* en cuanto prohibición de punición múltiple⁶. Y por 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 ello), 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.

2. PROPORCIONALIDAD SEGÚN MERECEIMIENTO COMO ESTÁNDAR DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

a. La interpretación consecuencialista del principio de retribución

Las reglas cuyas condiciones de aplicación se corresponden con la existencia de una situación de concurso de hechos punibles son reglas de determinación de la pena. Una reconstrucción racional de los regímenes de determinación de la pena así dispuestos depende de la clarificación de la función que estas reglas desempeñan para con la realización de la finalidad perseguida a través de la punición estatal, tal como esto último es especificado por una correspondiente teoría de la justificación de la pena. En el presente contexto sólo es posible reseñar muy sucintamente cuál pudiera ser la mejor teoría disponible para ello, la cual descansa en una interpretación *consecuencialista* del principio de *retribución*⁷.

violación como delito contra la indemnidad sexual”, *Ius et Praxis*, vol. 20, Nº 2, pp. 22 y ss., en cada caso con referencias ulteriores.

⁶ Véase supra, Cap. III, 2.b), con referencias ulteriores; asimismo, infra, Cap. VI.

⁷ En detalle, supra, Cap. II, *passim*.

La premisa decisiva sobre la cual se asienta tal concepción consiste en que, entendido como problema legislativo, el diseño de un “derecho de la retribución” tiene que orientarse a una finalidad susceptible de ser perseguida a través de la punición, de cuya realización dependerá la legitimidad de ésta. En tal medida, la irrogación de un mal en respuesta a un quebrantamiento imputable del derecho no puede ser entendida como un fin en sí mismo⁸. Antes bien, la punición estatal tiene que ser susceptible de legitimación –para ponerlo en la terminología de Max Weber– *qua* acción racional con arreglo a fines⁹, lo cual debería llevar a la superación definitiva de la interpretación de la disputa entre teorías de la retribución y teorías de la prevención como una disputa entre “teorías absolutas” y “teorías relativas” de la pena¹⁰.

Beling correctamente advierte que el interés promovido a través de la punición retributiva es un interés *sui generis*, que se deja entender como un interés *de segundo orden* frente al vasto y diverso conjunto de intereses primariamente resguardados por el respectivo ordenamiento jurídico, a saber: el interés en la preservación de la propia autoridad del Estado¹¹. Se trata de un interés secundario –o en palabras de Beling: “derivado”–, precisamente porque, en el marco de un Estado de derecho, la autoridad de éste sólo puede legitimarse por referencia a la manera en que las normas jurídicas *autoritativamente* puestas en vigor por ese Estado sirven a la promoción y la salvaguarda de un vasto y diverso conjunto de intereses primarios. Al mismo tiempo, empero, ese (meta)interés en la preservación de la autoridad del Estado se autonomiza, en el sentido de que su resguardo se justifica, en

⁸ Véase la vehemente denuncia, por parte de Ross, 1975, 43 y ss., 60 y ss., de la ininteligibilidad de la disputa entre retribucionismo y prevenciónismo entendida como concerniente a la finalidad de la punición, en atención a que el concepto de retribución no podría especificar *finalidad* punitiva alguna.

⁹ Véase sólo HABERMAS, 1984, 441 y ss., 452 y ss.

¹⁰ Acertadamente en la discusión más reciente, HÖRNLE, 2011, 15 y ss., 25 y ss., quien propone redefinir el debate como uno que enfrentaría a teorías prevenciónistas, por un lado, y teorías *expresivistas*, por otro; en contra de la simple equiparación entre teorías retribucionistas y teorías expresivistas, véase MAÑALICH, 2010c, 68 y ss. Más recientemente, PÉREZ BARBERÁ, 2014, 16 y ss.

¹¹ BELING, 1908, 36 y s.

palabras de Beling, con independencia de “*si en el caso concreto alguno de aquellos otros intereses viene en consideración concurrentemente*”¹².

b. Proporcionalidad según merecimiento

El siguiente paso consiste en demostrar la idoneidad de la punición retributiva para el aseguramiento de la autoridad del derecho estatal. Como sostiene Beling, la subsistencia de una relación de autoridad equivale a la subsistencia del *respecto* manifestado por quienes reconocen tal autoridad. Ello depende, a su vez, de que éstos reconozcan la demostración de poder implicada en el ejercicio de esa autoridad, así como de que experimenten satisfacción ante ello. De ahí que la determinación de la naturaleza y la magnitud del mal a ser irrogado, *qua* punición, sobre quien ha delinquido deba ajustarse a un principio de “estricta proporcionalidad”¹³. Con ello, lo que asegura la autenticidad de una interpretación consecuencialista del principio de retribución *qua* teoría de la retribución es su implicación concerniente a la postulación de una conexión interna entre punición y proporcionalidad. A modo de eslogan: la pena retributivamente legitimada es la pena sometida a un parámetro de *proporcionalidad según merecimiento* como *condicio sine qua non* de su (eventual) legitimación. Jurídicamente, la punición es merecida en la medida en que el quebrantamiento del derecho frente al cual el Estado *reacciona* punitivamente sea *imputable* a la persona de cuya punición se trata, de un modo que legitime la interpretación de su comportamiento como una *desautorización* personal del derecho¹⁴, que así legitime una reacción estatal que sea, a su vez, interpretable como la reafirmación de esa misma autoridad.

La operatividad del principio de proporcionalidad según merecimiento depende de la especificación de algún parámetro de merecimiento que vuelva *commensurables*, bajo el correspondiente *tertium comparationis*, la respectiva desautorización imputable del derecho, por un lado, y la reacción punitiva que pretende reafirmar la autoridad del derecho quebrantado, por

¹² *Ibid.*, 37.

¹³ Acerca de la conexión interna entre retribución y proporcionalidad en lo tocante a las “formas de pena”, véase MAÑALICH, 2007, 174 y ss., con referencias ulteriores.

¹⁴ Véase MAÑALICH, 2013d, 5 y ss., 15 y ss.

otro¹⁵. Y puesto que el *tertium comparationis* tiene que estar constituido por la gravedad predicable de cada uno de los dos términos de comparación –a saber, el comportamiento punible y la reacción punitiva– *al interior* del respectivo sistema de gradación penológica¹⁶, lo crucial resulta ser el criterio de *individuación* de la instancia de quebrantamiento del derecho cuya imputación, vehiculizada por la correspondiente sentencia condenatoria, fundamente la correspondiente relación de merecimiento entre la persona del condenado y la reacción punitiva legitimada por esa misma decisión condenatoria.

3. LA REITERACIÓN DE HECHOS PUNIBLES COMO FACTOR PENOLÓGICO BAJO UN MODELO DE DERECHO PENAL DEL HECHO

a. La relevancia penológica de la reiteración de hechos punibles como anomalía

Bajo un régimen de derecho penal sometido al principio de legalidad, la identificación de la correspondiente *unidad* de quebrantamiento imputable del derecho queda formalmente asociada a la satisfacción de una determinada descripción, la cual se corresponde con el respectivo tipo-de-hecho-punible (*à la* Beling), que a su vez identifica la especie de hecho punible ejemplificada por el comportamiento imputable a la persona del condenado¹⁷. Puesto que el tipo respectivo se constituye como el estándar de individuación de la respectiva instancia de comportamiento punible, la pena a ser determinada por vía de alteración o concreción del marco penal establecido en la respectiva norma de sanción representa la consecuencia jurídica asociada a la particular instancia de realización del tipo que se imputa a la persona del condenado. Y esto determina que, en principio al menos, el antecedente de la punición quede precisamente constituido por el comportamiento de

¹⁵ En general sobre el problema de la “métrica del merecimiento” desde el punto de vista de la filosofía moral, aun cuando no circunscrito al problema del merecimiento del castigo, véase KAGAN, Shelly (2012), *The Geometry of Desert*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, pp. 21 y ss., 46 y ss.

¹⁶ Véase infra, 4.b).

¹⁷ Véase supra, 1.

una persona, en tanto el mismo se corresponda con la realización imputable del tipo que identifica la respectiva especie de hecho punible.

Lo anterior no es más que una reformulación de la caracterización de un régimen de derecho penal que satisface el modelo de un derecho penal *del hecho*, justamente porque el hecho punible cuya imputación personal resulta validada a través de la correspondiente decisión de condena funge como el fundamento de la imposición de la pena a ser judicialmente individualizada. Pero bajo un compromiso irrestricto con la vigencia de semejante modelo de derecho penal del hecho, el reconocimiento de *relevancia penológica diferenciada* a una situación de concurrencia de dos o más hechos punibles, en cuanto condición de aplicación de un régimen de penalidad divergente de la simple conjunción –o “acumulación material”– de las penas correspondientes a cada uno de los hechos concurrentes, tendría que devenir problemático, por no decir: sospechoso¹⁸. Pues la tematización jurídica de una relación de concurrencia entre dos o más hechos punibles presupone identificar un *punto de conexión* entre ellos, de modo tal que tenga sentido conferir alguna relevancia específica a la correspondiente conjunción de esos mismos hechos. Y haciendo plena abstracción, por el momento, de cualquier referencia a la variable procesal de la cual depende la tematización jurídica de una situación de concurso de hechos punibles, tal punto de conexión no es otro que la *identidad personal* de quien funge como el sujeto pasivo de la imputación de los dos o más hechos punibles –en tal medida– concurrentes.

Esto sustenta la sospecha de que el reconocimiento de relevancia penológica diferenciada, en el sentido ya precisado, a una situación de concurrencia de hechos punibles pudiera ser propio, más bien, de un modelo de derecho penal *de autor*. Y la sospecha se ve inmediatamente reforzada por una consideración tan elemental como elocuente, concerniente al paralelismo reconocible entre una situación de reiteración concursal y una situación de reincidencia. Pues si el género próximo al que pertenecen las situaciones de ambas clases queda definido por la conjunción de dos o más

¹⁸ Bajo una (consistente) adopción de una concepción retribucionista –esto es, de fundamentación por merecimiento– de la punición, véase en este sentido JAREBORG, Nils (1998), “Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?”, *Fundamentals of Sentencing Theory*, Andrew Ashworth y Martin Wasik (eds.), Oxford, Clarendon Press, pp. 129 y ss., 132 y ss.

hechos punibles imputables a una misma persona, la diferencia específica entre ellas radica, tal como ya se anticipara, en una *variable procesal*. En efecto: mientras la existencia de una situación de reincidencia depende de que la persona en cuestión ya haya sido condenada por uno o más de los hechos punibles que le son imputables al momento en que tiene lugar la perpetración de otro hecho punible que le es asimismo imputable¹⁹, la existencia de una situación de reiteración concursal (en cuanto situación de concurso real) presupone, por el contrario, que en contra de la persona en cuestión no se registre una condena previa, por alguno de los hechos punibles que le son imputables, al momento en que es perpetrado algún otro hecho punible que también le sea imputable²⁰.

Esto último determina que la *posibilidad de juzgamiento conjunto* de los dos o más hechos concurrentes sea *constitutiva* de una situación de reiteración concursal de hechos punibles, en cuanto instancia de concurso real. Aquí se encuentra la clave, a su vez, para la adecuada reconstrucción de la regla de la mal llamada “unificación de penas”, prevista en el art. 164 del COT, que presupone la posibilidad de un juzgamiento conjunto de dos o más hechos punibles que han sido objeto de conocimiento en procesos diferentes. En efecto, la posibilidad de un juzgamiento conjunto de dos

¹⁹ Ciertamente, la identificación precisa de los presupuestos de existencia de una situación de reincidencia con relevancia jurídico-penal es dependiente de las definiciones del respectivo ordenamiento jurídico, también en lo tocante al número de condenas preexistentes requerido para su configuración. Bajo el derecho chileno, por ejemplo, mientras la existencia de una situación de “reincidencia genérica”, reconocida como agravante en el N° 15 del art. 12 del CP, depende de que la persona actualmente condenada lo haya sido previamente por (dos o más) “*delitos a que la ley señale igual o mayor pena*”, para la existencia de una situación de “reincidencia específica” es suficiente, en los términos del N° 16 del mismo artículo, que la persona actualmente condenada lo haya sido por (a lo menos) “*un delito de la misma especie*”. Lo anterior significa que, en el contexto de la regulación chilena, la distinción entre las situaciones de reincidencia y de concurso real no es exhaustiva –en el sentido de que no se corresponde con una disyunción en sentido fuerte– en referencia al universo de situaciones susceptibles de ser caracterizadas como instancias de reiteración (*lato sensu*) de hechos punibles. En efecto, la concurrencia de dos hechos punibles, imputables a una misma persona, no tiene relevancia jurídico-penal como concurso real ni como reincidencia si se satisfacen las siguientes condiciones: i) que se trate de hechos de diferente especie; ii) que el hecho posterior sea perpetrado después de pronunciada la condena por el hecho anterior; y iii) que el hecho anterior tenga señalada una pena menor que aquella prevista para el hecho posterior.

²⁰ Véase NOVOA, 2005b, 71 y s.

hechos punibles, imputables a una misma persona, depende de que no se haya pronunciado condena en referencia a uno de ellos al momento en que tiene lugar la perpetración del otro²¹.

Más si lo que diferencia a las situaciones de una y otra clase es reducible a esa variable exclusivamente procesal, es claro que unas y otras resultan ser *sustantivamente equiparables*. Y esto significa que las objeciones correctamente esgrimidas en contra del reconocimiento de relevancia penológica diferenciada a una situación de reincidencia –precisamente, en razón de su incompatibilidad con un modelo de derecho penal del hecho y su congruencia, más bien, con uno de derecho penal de autor– tendrían que ser igualmente pertinentes de cara al reconocimiento de relevancia penológica a una situación de reiteración concursal. La consideración determinante para ello se encuentra en la comprensión de las normas de comportamiento, jurídico-penalmente reforzadas, como razones autoritativas para la acción²², normas cuya obligatoriedad es siempre “relativa-a-la-situación”, esto es, relativa a algún conjunto de circunstancias que provee la oportunidad para la omisión o la ejecución de una acción que satisface una determinada descripción²³. Sobre esta base, lo que cuenta como una desautorización imputable del derecho, que pueda dar lugar a una reacción punitiva personalmente merecida, tiene que ser identificado con un *fragmento discreto* de comportamiento, susceptible de ser interpretado como el desconocimiento de la pretensión de autoridad de la o las normas quebrantadas, y no con un *continuo* o un *patrón* –en el sentido de una “trayectoria”– de comportamiento por parte del agente en cuestión²⁴.

²¹ Acertadamente, OLIVER, 2012, 248 y ss., 254 y ss., 258 y ss.

²² MAÑALICH, 2012b, 571 y ss., 582 y ss.

²³ En detalle, MAÑALICH, 2014b, 17 y ss.

²⁴ Fundamental, VON HIRSCH, Andrew (1986), *Past or Future Crimes*, Manchester, Manchester University Press, pp. 77 y ss., 80 y s. De ahí que resulte inadmisibles la sugerencia de Pawlik en cuanto a que –¡bajo un modelo de derecho penal retributivo!– sería justificable reconocer relevancia agravatoria a la circunstancia de que “*el hecho punible singular no represente un evento asilado al interior de la biografía del hechor; sino que se muestre como componente de una íntegra carrera criminal*”; así, PAWLIK, 2004, 93. Véase en la misma dirección ya JAKOBS, 1991, 17/26. Nótese que si bien la reincidencia ya no se encuentra específicamente reconocida como fundamento de una agravación obligatoria en el StGB (a consecuencia de la derogación de su § 48), la así llamada “*carga de penas previas*” (*Vorstrafenbelastung*) es inequívocamente reconocida como factor de medición de la pena según el § 46, ap. 2, 5ª parte, bajo el aspecto

Pero aquí es imprescindible reparar en que la relevancia penológica tradicionalmente atribuida a la reincidencia se ha expresado en su configuración –difícilmente conciliable con el principio de culpabilidad por el hecho– como una *circunstancia agravante* de la responsabilidad referida al hecho punible posterior²⁵. Luego, y *mutatis mutandis*, semejante objeción al reconocimiento de relevancia penológica diferenciada a una situación de reiteración concursal tendría que resultar disipada en la medida en que *no sea el factum* mismo de la reiteración *en cuanto tal* aquello a lo cual el respectivo ordenamiento jurídico asocie un determinado régimen de penalidad divergente de aquel que, por defecto, tendría que resultar de la simple acumulación “material” de cada una de las penas a ser impuestas por cada uno de los dos o más hechos punibles concurrentes.

Esta debe ser la clave de lectura del art. 351 del CPP, encaminada a la elaboración de una reconstrucción racional de los regímenes de penalidad allí previstos, en contraste con el régimen de acumulación material previsto en el art. 74 del CP para la generalidad de los casos de concurso real. Y con arreglo a lo ya sostenido, el *test* que debería satisfacer la regulación plasmada en el art. 351 del CPP no es otro que el de su compatibilidad con

de la “*vida anterior del hechor*”; véase al respecto latamente, y por todos, STRENG, Franz, en KINDHÄUSER, Uts; NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ullrich (2013), *Strafgesetzbuch. Nomoskommentar*, tomo I, 4ª ed., § 46, n.m. 66 y ss.

²⁵ Ello no es incompatible con reconocer, al revés, relevancia a la *inexistencia de condenas previas* como factor de *morigeración* de la reacción punitiva –verbigracia, en la forma de una atenuante por “*irreproachable conducta anterior*”, en los términos del art. 11 N° 6 del CP–, sobre la base de un principio de “*tolerancia limitada y progresivamente decreciente ante el injusto*”; véase en este sentido VON HIRSCH, 1986, 81 y ss. Lo decisivo se halla en la consideración de que, a diferencia de un juicio de “*merecimiento por trayectoria*”, aquí el objeto de referencia sigue siendo un fragmento discreto de comportamiento del agente que resulta constitutivo de una instancia de quebrantamiento del derecho, en circunstancias de que el juicio de reproche dirigido al agente puede verse “*atemperado*” en razón de que el quebrantamiento del derecho que le es imputable se muestra “*fuera de contexto en relación con su comportamiento anterior*” (ibíd., 83), de modo tal que el reproche punitivo en cuestión le haya de ser formulado bajo una determinada relativización de la medida en que el respectivo hecho punible puede ser tomado como expresivo de su identidad. De ahí que semejante principio de tolerancia decreciente sólo pueda ser entendido como indicativo de una disposición (generalizada) del sujeto activo de la reacción punitiva –esto es: del Estado–, que como tal resulta extrínseca a la constitución del objeto de juzgamiento.

el principio de proporcionalidad según merecimiento en cuanto estándar general de determinación de la pena.

*b. La reiteración concursal de hechos punibles
frente al concurso ideal y el concurso medial*

Antes de entrar en esto último, empero, puede ser útil confrontar los regímenes de penalidad previstos en el art. 351 del CPP para los casos de reiteración de hechos punibles de “una misma especie”, por un lado, con el régimen de determinación de la pena que el art. 75 del CP prevé para los casos de concurso ideal y de concurso medial entre dos o más hechos punibles, por otro. Pues si bien una y otra disposición establecen regímenes penológicos divergentes de la solución que el art. 74 del CP prevé, “*por defecto*”²⁶, para los casos de concurso real, la *ratio* que explica la aplicabilidad de tales regímenes alternativos al de la sola acumulación material de las penas asociadas a cada hecho punible es enteramente distinta en uno y otro contexto.

En efecto, el art. 75 del CP hace aplicable un régimen de absorción agravada para los casos de concurso ideal y concurso medial, consistente en la “*asperación*” de la pena correspondiente al hecho punible más grave entre aquellos que integran la respectiva relación concursal, pena que ha de ser impuesta en su “*máximo*”²⁷. La mejor explicación disponible para esta determinación legislativa parece ser la siguiente: la aplicabilidad del régimen de absorción agravada, que es *–ceteris paribus–* más benigno que el de acumulación material, descansa en el reconocimiento o bien de una superposición o bien de una aproximación del “*desvalor de acción*”,

²⁶ Así, COUSO, Jaime, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (2011), *Código Penal Comentado, Parte General*, Santiago de Chile, Legal Publishing, p. 645.

²⁷ Esto significa, de paso, que bajo el derecho chileno la función del concurso ideal no se reduce –a diferencia de lo que sucede bajo el Código Penal 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.

esto es, del injusto subjetivo de los hechos punibles ideal o medialmente concurrentes²⁸.

Tratándose de un concurso ideal, la superposición del injusto subjetivo de cada uno de los hechos concurrentes se hace explícita si para la identificación de la correspondiente “unidad de hecho” se recurre al siguiente criterio de *evitabilidad conjunta*: hay unidad de hecho entre dos o más instancias de realización de uno o varios tipos-de-hecho-punible si y sólo si para el agente hubiese sido posible evitar cada una de ellas a través de la omisión o la ejecución de una y la misma acción²⁹. Sobre la base de este criterio, la superposición del injusto subjetivo de los dos o más hechos punibles concurrentes es reconocible en la circunstancia de que sea a través de la falta de omisión o la falta de ejecución de una y la misma acción que se expresa la inexistencia, por parte del agente, de una intención de evitar cada una de las instancias de realización del tipo o los tipos en efecto realizados³⁰.

Tratándose de un concurso medial, en cambio, no cabe hablar de semejante superposición del injusto subjetivo de los diferentes hechos punibles concurrentes, pero sí de una *aproximación*, que queda determinada por la *conexión teleológica* –esto es: de medio a fin– en la cual aquéllos han de encontrarse. Así, en la conexión medial que vincula a los dos o más hechos punibles conjuntamente imputables a la persona del condenado también se manifiesta, en atención a la situación decisional del agente, una vinculación del injusto subjetivo de cada uno de los hechos concurrentes. Pues la inexistencia de una intención de evitar la realización típica correspondiente al hecho punible cuya perpetración fungía como medio para la perpetración del otro puede entonces entenderse determinada por la inexistencia de una

²⁸ Aun cuando críticamente *de lege ferenda*, semejante es el fundamento que Binding advierte, *de lege lata*, para la sujeción de los casos de concurso ideal a un régimen penológico más favorable que el previsto para los casos de concurso real, a saber: el fundamento consistente en “una medida menor de intensidad de culpabilidad, en particular de deliberación acerca del hecho singular”. Véase BINDING, 1885, 575.

²⁹ Fundamental, KINDHÄUSER, 1985, 104 y s.; véase también supra, Cap. III, 2.c).

³⁰ Semejante especificación “negativa” del objeto de imputación correspondiente a cada uno de los hechos punibles concurrentes se sigue de la adopción de lo que cabe llamar el “principio de contrafacticidad de la imputación” como premisa para la reconstrucción de la *gramática* de los presupuestos de atribución de responsabilidad jurídico-penal; en detalle al respecto, MAÑALICH, 2014b, 23 y ss.

intención, por parte del mismo agente, de evitar la realización típica correspondiente al hecho punible cuya perpetración era perseguida *qua fin*.

En lo que aquí interesa, la importancia de esta comprensión del fundamento del régimen de penalidad legalmente previsto para los casos de concurso ideal y concurso medial se halla en que la aplicabilidad de ese régimen, *ceteris paribus* más benigno que el de acumulación material, se encuentra asociado a un juicio legislativo que se deja reconstruir, sin más, en clave de proporcionalidad: la imposición acumulativa de las penas correspondientes a los dos o más hechos punibles ideal o medialmente concurrentes resultaría excesiva, en cuanto desproporcionada, en razón de la falta de plena independencia del injusto (subjetivo) constitutivo de cada uno de ellos. Y esta resulta ser una consideración aquí determinante, toda vez que lo mismo *no* se deja predicar de una situación de (simple) reiteración de hechos punibles “de una misma especie”, en el sentido del art. 351 del CPP. Ello, toda vez que, en conformidad con el tenor de esta última disposición, la aplicabilidad de alguno de los regímenes previstos en ella no depende de *variable estructural alguna*, relativa a la conexión que pudiera existir entre los dos o más hechos concurrentes, que justifique sustraer el concurso así constituido del régimen de penalidad en general previsto para los casos de concurso real.

Ergo, y a modo de balance provisional: la racionalización de los regímenes penológicos establecidos en el art. 351 del CPP, desde el punto de vista de su compatibilización con consideraciones de proporcionalidad según merecimiento, ha de responder a alguna variable de otra índole, esto es, a una variable *no* concerniente a la mera configuración estructural de la respectiva situación de concurrencia.

4. LA REITERACIÓN DE HECHOS PUNIBLES DE “UNA MISMA ESPECIE” COMO CONCURSO REAL

a. Planteamiento del problema

En contra de un punto de vista que empieza a contar con cada vez mayor adhesión doctrinal, en lo que sigue se defenderá la tesis de que el art. 351 del CPP configura dos regímenes alternativos de “acumulación jurídica” de penas para los casos de concurso real entre hechos punibles que cuentan,

en el sentido del inc. final del mismo artículo, como “*de una misma especie*”, regímenes que se distinguen por ser mutuamente irreducibles desde el punto de vista de sus respectivas condiciones de aplicación. Esto último es justamente lo que niega un sector doctrinal de creciente importancia³¹, cuya propuesta interpretativa se sustenta en una batería de diversos argumentos encaminados a socavar la autonomía regulativa del régimen previsto en el inc. 1º frente al establecido en el inc. 2º del ya mencionado art. 351. Pero antes de entrar en esta indagación exegética es imprescindible clarificar qué razón puede subyacer a la decisión legislativa consistente en someter las instancias de concurso real subsumibles en alguno de los dos primeros incisos del art. 351 del CPP a una solución distinta de la solución de la simple acumulación material de penas, que es la prevista por defecto, en el art. 74 del CP, para los casos de concurso real.

En contra de la *ratio* tradicionalmente invocada para sustentar la doble solución penológica plasmada en el art. 351 del CPP, así como aquella establecida en su antecedente inmediato, el art. 509 del CdPP, Contreras ha demostrado que resulta impertinente el mero recurso al principio de humanidad de las penas a tal efecto³². Pues si la finalidad perseguida a través de la puesta en vigor de tales regímenes penológicos diferenciados no fuese otra que la morigeración del rigor punitivo implicado en la solución de la acumulación material, entonces difícilmente se justificaría la restricción de su ámbito de aplicabilidad a casos de concurso real que satisfacen

³¹ En la literatura más reciente, y con matices y acentos divergentes, véase COUSO, en COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, 646 y ss., 650 y ss.; OLIVER, Guillermo (2013b), “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie”, *Revista de Derecho*, vol. 26, Nº 2, Valdivia, pp. 170 y ss.; CONTRERAS, Pablo (2014), “Una tesis para entender la medida de la pena en los casos de reiteración de delitos de la misma especie: análisis de las reglas penológicas contenidas en el artículo 351 del Código Procesal Penal a la luz del Principio de Proporcionalidad Constitucional”, *Política Criminal*, vol. 9, Nº 18, pp. 618 y ss., 632 y ss. En esta dirección toma posición, asimismo, MATUS, Jean Pierre (2008b), “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley Nº 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas”, *Ius et Praxis*, vol. 14, Nº 2, pp. 535 y ss. La primera formulación articulada de la propuesta interpretativa favorecida en los trabajos recién identificados se encuentra desarrollada –en referencia a la regulación plasmada en el art. 509 del CdPP– en SOLARI, Tito y RODRÍGUEZ, Luis (1979), “Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 3, pp. 258 y ss.

³² CONTRERAS, 2014, 630 y s.

la correspondiente noción legal de una reiteración de hechos punibles de “una misma especie”. De ahí que Contreras acierte al sostener, a renglón seguido, que la reconstrucción racional de estas reglas necesariamente ha de dar cuenta de esta inequívoca restricción de sus respectivos ámbitos de aplicación, lo cual pasa por esclarecer la específica función que desempeña la noción de “delitos de una misma especie” a través de la cual, aun cuando con otro alcance, tanto el art. 509 del CdPP como el art. 351 del CPP especifican la extensión de los regímenes en ellos establecidos.

Pero el mérito de la faceta destructiva del argumento de Contreras no encuentra correlato alguno en su esfuerzo constructivo. Pues su propuesta se reduce a invocar la significación del concepto de bien jurídico en cuanto expresivo de “*uno de los elementos que conforman la magnitud que se opondrá a la gravedad de la sanción [...] a imponer, para efecto [sic] de establecer una relación de proporcionalidad (en sentido estricto) [...]*”³³, para así llegar a validar un reconocimiento de relevancia penológica al *factum* mismo de la “repetición”, esto es, al “*hecho de que se haya recaído en la comisión de una nueva infracción*”³⁴. Y esto, hasta el punto de que Contreras, extrapolarlo la tesis de Mir Puig acerca de la *ratio* de la agravación por reincidencia³⁵, favorece la postulación de una (meta)norma, adicional a aquella cuyo quebrantamiento es constitutivo del hecho punible en cuestión, consistente en la prohibición de la reiteración de su contravención, cuyo quebrantamiento configuraría “*un plus de injusto que se agrega a la [sic] del delito reiterado*”³⁶. De este modo, la propuesta de Contreras termina constituyéndose como una validación radical –y normológicamente

³³ *Ibíd.*, 633.

³⁴ *Ibíd.*, 645.

³⁵ Véase MIR PUIG, Santiago (1974), *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, Bosch, pp. 523 y ss., 532 y ss., quien sostiene: “*El injusto del hecho del reincidente es más grave sólo porque al contenido de específico injusto de que se trate se añade el rebelde desprecio de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, expresado a través del desprecio, por obra del nuevo hecho, del significado de la condena anterior, en cuanto concreta y personal experiencia –como sujeto pasivo– del reproche jurídico-penal*”, asociando –en la senda marcada por Armin Kaufmann– el adicional contenido de injusto pretendidamente exhibido por el hecho posterior al quebrantamiento de una norma “*que prohíbe especialmente la repetición tras condena*” (*ibíd.*, 533).

³⁶ CONTRERAS, 2014, 645.

excéntrica— de una solución penológica que resulta incompatible con un modelo de derecho penal del hecho.

La clave para alcanzar una solución satisfactoria del problema pasa por cuál sea la interpretación del estrechamiento del ámbito de aplicación de los regímenes penológicos del art. 351 del CPP, cuyo inc. final dispone que, para los efectos de la aplicabilidad de las reglas expresadas en la misma disposición, “*se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico*”. Y por el momento cabe constatar que aquí la noción de “delitos de una misma especie” está siendo usada en un sentido que diverge de su sentido técnico. Pues lo que identifica a una determinada *especie* de hecho punible no es sino el tipo-de-hecho-punible de cuya realización imputable se trata³⁷, en circunstancias de que la definición del inc. final del art. 351 se traduce en una exigencia de parentesco entre los dos o más hechos concurrentes que es considerablemente más laxa que una de *homogeneidad típica*.

b. La acumulación jurídica entre la proporcionalidad ordinal y la proporcionalidad cardinal

Pero antes de entrar en esto último hay que advertir que lo distintivo de un régimen de acumulación jurídica se encuentra en que tal régimen representa, más allá de cuál sea su fisonomía precisa, la institucionalización de un *principio de unificación* de las reacciones punitivas aisladamente previstas para múltiples instancias de quebrantamiento imputable del derecho susceptibles de juzgamiento conjunto. A este respecto, la tesis que se intentará sustentar a continuación es la siguiente: la *ratio* subyacente a ese principio de unificación se deja explicar en el sentido de una relativización de los requerimientos propios de la proporcionalidad ordinal en consideración de una preocupación de proporcionalidad cardinal.

³⁷ En contra de un posicionamiento de un sector representativo de la doctrina chilena, es esta noción técnica de “delitos de la misma especie” la que determina el alcance de la agravante de la así llamada “reincidencia específica”, prevista en el N° 16 del art. 12 del CP. Pues ni la sola identidad o conexión entre los bienes jurídicos menoscabados por dos hechos punibles, ni la identidad o similitud de su característica modalidad de perpetración —así empero, verbigracia, MERA, Jorge, en COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, 348 y s.— bastan para que ellos ejemplifiquen una misma especie de hecho punible.

Siguiendo la ya clásica formulación de Von Hirsch³⁸, la pregunta por la *proporcionalidad ordinal* de una determinada sanción penal es la pregunta acerca de “*cómo debería estar castigado un crimen en comparación con actos criminales similares, y en comparación con otros crímenes de naturaleza más o menos seria*”³⁹. Con ello, la pregunta por la proporcionalidad de una sanción penal debe descansar en un juicio de *merecimiento comparativo*⁴⁰. Así, la determinación de una sanción ordinalmente proporcionada pasa por la comprobación de la satisfacción de dos requerimientos: uno de *paridad*, según el cual dos o más personas cuyo comportamiento punible es igualmente serio deberían recibir idéntica sanción; y otro de *ordenación por rango*, según el cual las sanciones habrían de ser graduadas en severidad de un modo que reflejen las graduaciones en la seriedad relativa de los hechos con los cuales aquéllas se encuentran conectadas. Por ello, las cuestiones de proporcionalidad ordinal no pueden plantearse sino *al interior de una escala* que fije límites de severidad máxima y mínima para cualquier sanción comprendida en ella. En tal medida, la proporcionalidad ordinal de una sanción es siempre *relativa* a la escala –cualquiera sea ésta– en la cual esa sanción se encuentra especificada.

Como contrapartida a lo anterior, es a la fijación de los niveles de “severidad *absoluta*” de sanciones susceptibles de ser asociadas a hechos punibles de tal o cual especie que se encuentra referida la pregunta por la *proporcionalidad cardinal* de aquéllas⁴¹, pregunta cuya respuesta depende de la plausibilidad de alguna métrica aplicable en la formulación de juicios de *merecimiento no-comparativo*⁴². Y lo crucial aquí es advertir que, superado cualquier compromiso con el así llamado “*principio del talión*”, la noción de *proporcionalidad cardinal en principio sólo puede imponer*

³⁸ Véase VON HIRSCH, 1986, 38 y ss., 92 y ss.; VON HIRSCH, Andrew (1993), *Censure and Sanctions*, Oxford, Clarendon Press, pp. 17 y ss., 36 y ss. Véase también ASHWORTH, Andrew (2010), *Sentencing and Criminal Justice*, 5ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, pp. 90 y ss., 104 y ss.

³⁹ VON HIRSCH, 1986, 40.

⁴⁰ Para la distinción entre las nociones de merecimiento comparativo y merecimiento no-comparativo, véase KAGAN, 2012, 349 y ss. Acerca del estatus del problema de la proporcionalidad ordinal como uno de “*severidad comparativa*”, véase ya VON HIRSCH, 1986, 92 y s.

⁴¹ VON HIRSCH, 1986, 43.

⁴² Véase KAGAN, 2012, 174 y s.

*límites, necesariamente imprecisos, a la magnitud punitiva de las sanciones que hayan de marcar los extremos superior e inferior de la escala correspondiente, en virtud del carácter irreductiblemente convencional de la conexión que existirá entre la respectiva sanción y la especie de hecho punible para la cual aquélla se encuentre prevista*⁴³.

Asumiendo ahora –por mor del argumento– que la escala de penas previstas para cada especie de hecho punible tipificado en el CP (y en la legislación penal especial) respete los requerimientos de paridad y de ordenación por rango que impone el principio de proporcionalidad interpretado ordinalmente, un régimen de acumulación material como el establecido en el art. 74 del CP simplemente da lugar a que una persona haya de sufrir la imposición de la conjunción de las penas ordinalmente proporcionadas a cada uno de los hechos punibles por los cuales ha sido condenada. Y frente a ello, entonces, la aplicabilidad preferente de un régimen de acumulación jurídica, que habilite a la imposición de una única pena (“exasperada”) como materialización de la condena por los dos o más hechos punibles concurrentes, se deja explicar como indicativa de la *priorización penológica de una consideración de proporcionalidad cardinal*⁴⁴.

Esta preocupación por la proporcionalidad cardinal de la reacción punitiva resultante de la aplicación múltiple de una misma norma de sanción, en caso de que el concurso real en cuestión sea homogéneo, o bien de la aplicación de múltiples normas de sanción, en caso de que se trate de un concurso heterogéneo, es indisociable de la variable procesal de la cual pragmáticamente depende la tematización jurídica de una situación de concurrencia de hechos punibles como factor penológico, a saber: la posibilidad de un juzgamiento conjunto de los varios hechos punibles imputables a una misma persona⁴⁵. Pues es la circunstancia de que una persona esté (potencial o actualmente) expuesta a sufrir la imposición cumulativa de

⁴³ VON HIRSCH, 1986, 43 y s.

⁴⁴ En esta misma dirección, ya JAREBORG, 1998, 137 y ss., quien propone un modelo que descansa en un principio que cabría reformular en el sentido de una solución de “incremento marginal decreciente” por cada hecho punible ulteriormente añadido a la conjunción de los hechos punibles concurrentes desde el punto de vista de su impacto en el *quantum* de la correspondiente pena global.

⁴⁵ Véase supra, 3.a).

múltiples penas correspondientes a una conjunción de hechos punibles, *en una y la misma ocasión* (representada por el pronunciamiento de la respectiva sentencia múltiplemente condenatoria), lo que condiciona la renuncia a su acumulación “material” en razón de la aplicabilidad preferente de un régimen de acumulación jurídica.

*c. Parentesco de injusto como criterio
de commensuración penológica*

Es posible, desde luego, que el ámbito de aplicación de un régimen de acumulación jurídica quede condicionado por la sola satisfacción de este último presupuesto procesal. Este último sería el caso, en efecto, si el ordenamiento jurídico de referencia instituyera la acumulación jurídica como régimen penológico *general* para los casos de concurso real, tal como ello se encuentra previsto, por ejemplo, en el § 53 del StGB⁴⁶. Pero esta no es la decisión legislativa plasmada en el art. 351 del CPP. Antes bien, este asocia la aplicabilidad de cada uno de los dos regímenes diferenciados de acumulación jurídica, establecidos en sus incs. 1º y 2º, a la satisfacción de un *criterio sustantivo de commensuración* de los hechos punibles que se encuentran en relación de reiteración. Ese criterio está constituido por la identidad del bien jurídico cuyo menoscabo —en la forma de una lesión, un peligro concreto o un peligro abstracto— es definitorio del específico injusto objetivo de cada uno de los dos o más hechos punibles concurrentes, que en tal medida contarán como “de una misma especie” bajo esa misma disposición.

Ello significa que es en atención a la *identidad del objeto de protección* de la o las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento es constitutivo de los hechos punibles concurrentes que, con arreglo al art. 351 del CPP, resulta procedente la conformación de una reacción punitiva unificada. Y el hecho de que, a diferencia del régimen previsto en el StGB, bajo el

⁴⁶ Véase sólo FRISTER, Helmut, en KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, 2013, § 53, n.m. 2 y ss., 6, esgrimiendo como fundamento de la regulación legal ahí plasmada la consideración de que “[c]ada hecho punible pone en cuestión, además de la vigencia de la norma concretamente quebrantada, la vigencia del derecho en su conjunto”, lo cual sustentaría la postulación de una “*identidad parcial del injusto, que en la suma aminora el peso de los hechos punibles perpetrados por una persona*”.

art. 351 del CPP la posibilidad de una acumulación jurídica quede circunscrita a casos en los cuales los hechos punibles concurrentes exhiben semejante parentesco de injusto es consistente con que la escala de penas fijada en el CP chileno incluya el presidio perpetuo (“simple” y “calificado”). Pues esto muestra que, al menos en lo concerniente a las penas privativas de libertad, al ordenamiento jurídico chileno es extraña una preocupación *general* por la proporcionalidad cardinal de las penas susceptibles de ser impuestas en aplicación de las normas de sanción penal que lo integran.

Que la aplicabilidad de un régimen de acumulación jurídica dependa, bajo el art. 351 del CPP, de que los hechos punibles concurrentes exhiban un parentesco de injusto en el sentido ya especificado, implica que la regulación vigente condiciona, a su vez, la posibilidad de la conmensuración penológica de una multiplicidad de instancias de quebrantamiento del derecho –imputables a una misma persona– a la satisfacción de una exigencia de *congruencia temática* de la reacción punitiva correspondiente a cada uno de los hechos punibles concurrentes, desde el punto de vista de la lesividad definitoria del injusto objetivo de éstos⁴⁷. A modo de eslogan: bajo el art. 351 del CPP, la relativización de los requerimientos de proporcionalidad ordinal en virtud de una preocupación de proporcionalidad cardinal queda sometida a la satisfacción de un criterio sustantivo consistente en la exigencia de que los hechos punibles concurrentes exhiban un determinado grado de *parentesco sistemático*⁴⁸. Con ello, no sólo importa que en los

⁴⁷ Ello vale en la medida en que cada uno de los hechos punibles concurrentes constituya un hecho consumado. Tratándose de un hecho punible constitutivo de tentativa, su marca como tal está determinada, precisamente, por un déficit de injusto objetivo exhibido por el objeto de la respectiva imputación, déficit formalmente determinado por la falta de consumación del hecho; véase al respecto MAÑALICH, Juan Pablo (2017b), “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2, pp. 461 y ss.

⁴⁸ Acerca de la función sistemática del concepto de bien jurídico para la reconstrucción taxonómica de la parte especial, desde el punto de vista de la teoría de las normas, fundamental BINDING, Karl (1902), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, tomo I, 2ª ed., Léipzig, Wilhelm Engelmann, pp. 4 y ss. Que la noción de bien jurídico desempeña, en el contexto del inc. final del art. 351 del CPP, la función de servir como el indicador de un determinado nexo de parentesco sistemático entre los varios hechos punibles concurrentes se ve confirmado por la continuidad que cabe trazar entre la estipulación contenida en el ya mencionado inc. final del art. 351 del CPP, por un lado, y aquella contenida en el correspondiente inc. final del art. 509 del CdPP, por otro; acertadamente, OLIVER, 2013b, 171. Acerca de la evolución legislativa en lo tocante a los regímenes de penalidad fijados en esta última disposición, véase SOLARI

dos o más hechos punibles concurrentes sean reconocibles, *abstractamente*, sendos quebrantamientos de una o varias normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas, sino cuál sea la finalidad de protección de éstas. Es decir, la validación de una conmensuración penológica de los hechos concurrentes queda sometida a una exigencia de conmensurabilidad de su valor declarativo objetivo *qua* instancias de desautorización imputable de normas de comportamiento legitimadas por una finalidad de protección congruente.

Así, la exigencia de identidad del bien jurídico cuyo menoscabo es constitutivo del respectivo injusto objetivo de cada uno de los hechos concurrentes desempeña la función de servir como *indicador de un parentesco sistemático* entre ellos, que es fundante de una congruencia temática –*sub specie* lesividad– del objeto de referencia (múltiple) de la reacción punitiva a ser obtenida por vía de acumulación jurídica. Esta tesis puede contribuir a delinear la respuesta a una pregunta que sigue despertando dudas interpretativas en el seno de la discusión doctrinal, a saber: la pregunta acerca del estatus de los hechos punibles pluriofensivos bajo la definición (*ad hoc*) del concepto de “delitos de una misma especie” contenida en el inc. final del art. 351 del CPP⁴⁹. Como ha sugerido Oliver, la respuesta tendría que pasar por “‘rescatar’ el aspecto útil de la regulación anterior”, esto es, de la definición contenida en el inc. final del art. 509 del CdPP⁵⁰. A partir de esta observación, empero, Oliver llega a la conclusión de que “[l]o único que se requiere es que en todos los delitos concurrentes exista, al menos, un mismo bien jurídico común”⁵¹. Mas sobre la base del criterio del parentesco sistemático, aquí sugerido, la solución debería ser la siguiente: exhibiendo al menos uno de los hechos concurrentes el carácter de pluriofensivo, ha

y RODRÍGUEZ, 1979, 258 y ss. Pues que por “delitos de una misma especie” se entiendan aquí aquellos tipificados en un mismo título del CP muestra que una variable propiamente sistemática, determinada por la propia sistematización legislativa de las diferentes formas de comportamiento punible, demarca el ámbito de aplicación de los (dos) regímenes de acumulación jurídica que, en lo sustancial, el art. 351 del CPP ha preservado íntegramente.

⁴⁹ Véase OLIVER, 2013b, 171, con referencias ulteriores.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

de atenderse a aquel aspecto de su respectivo contenido de injusto objetivo que resulta *sistemáticamente dominante*⁵².

Para ilustrar el punto, cabe considerar el ejemplo ofrecido por Oliver mismo, quien acertadamente sostiene que un hurto y un robo con violencia o intimidación en las personas cuentan como “de una misma especie” bajo el art. 351 del CPP⁵³. Con arreglo a la tesis aquí propuesta, sin embargo, ello no se sigue de la simple constatación de que tanto el injusto del hurto como el injusto del robo estén constituidos por el menoscabo de la propiedad de otro sobre una cosa corporal, lo cual ciertamente no se ve alterado por la circunstancia de que el injusto (complejo) del robo esté estructurado sobre una determinada combinación del injusto propio de un delito de apropiación y del injusto de la coacción (grave) implicada en el ejercicio de violencia o intimidación⁵⁴. Antes bien, ello resulta de que, no obstante el carácter pluriofensivo del robo *qua especie (stricto sensu)* de hecho punible, bajo la reconstrucción dogmática de su tipificación resulta sistemáticamente dominante su estatus como delito de apropiación⁵⁵, y no su estatus como

⁵² Para un punto de vista próximo, aun cuando no idéntico, al aquí favorecido, véase ya BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán (2012), *Lecciones de Derecho Penal chileno*, vol. I (adaptación de José Ángel Fernández), Santiago de Chile, Librotecnia, p. 250, quienes proponen un recurso al “núcleo central de desvaloración penal” como criterio determinante.

⁵³ OLIVER, 2013b, p. 171, nota 14, haciendo explícita su revisión de lo sostenido en OLIVER, Guillermo (2013a), *Delitos contra la propiedad*, Santiago de Chile, Legal Publishing y Thomson Reuters, p. 278.

⁵⁴ Véase BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2002), “El robo como coacción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, pp. 55 y ss., 97 y ss.; MAÑALICH, Juan Pablo (2006), “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y legítima defensa de la posesión”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, pp. 65 y ss.; OLIVER, 2013a, 275 y ss.

⁵⁵ Así ya BINDING, 1902, 6: “*Los varios componentes delictivos del mismo hecho punible se encuentran entonces normalmente en relación de medio a fin, y acerca de la posición sistemática decide el delito-fin. El robo y la extorsión son delitos contra el patrimonio y no meramente casos de coacción agravada [...]*”. Nótese que la caracterización del robo –en cuanto instancia de delito de apropiación– como un delito *contra el patrimonio* es sistemáticamente correcta bajo la concepción jurídica del patrimonio defendida por Binding, que lleva a configurar la propiedad como un bien jurídico específicamente subsumible bajo el género del patrimonio en cuanto objeto de protección genérico; véase *ibid.*, 237 y ss. Semejante congruencia formal y material entre la protección de la propiedad y la protección del patrimonio no es privativa, empero, de una concepción jurídica de este último, sino que a ella también se llega –aun cuando en el marco de una comprensión de la propiedad y del patrimonio como bienes jurídicos diferenciados– a través de la postulación de una concepción funcional de patrimonio, como la

delito de coacción⁵⁶. Y de ahí que, bajo el mismo criterio y por contraste, el concurso real entre un robo y un delito de amenaza condicional –punible este último o bien bajo el art. 296 N° 1 o N° 2, o bien bajo el art. 297 del CP– no pueda ser entendido como una reiteración de hechos punibles “de una misma especie” en el sentido del art. 351 del CPP, *a pesar* de que uno y otro hecho exhiben el contenido de injusto de la coacción, consistente en el menoscabo de la libertad de acción de otra persona⁵⁷.

5. LA UNIFICACIÓN FICTICIA DE LOS DOS O MÁS HECHOS
PUNIBLES CONCURRENTES “COMO UN SOLO DELITO”
BAJO EL INC. 1° DEL ART. 351 DEL CPP

*a. Los presupuestos de la unificación
ficticia de los hechos punibles reiterados*

Siendo posible identificar los regímenes penológicos respectivamente previstos en los incisos 1° y 2° del art. 351 del CPP con el género próximo de la acumulación jurídica⁵⁸, lo obvio es entender que la diferencia específica entre ellos queda internamente conectada con la divergencia estructural que cabe reconocer entre sus correspondientes condiciones de aplicación. Esta divergencia se expresa en que la aplicabilidad del régimen del inc. 1° depende de que los dos o más hechos punibles que se encuentran en relación de reiteración puedan ser estimados “como un solo delito”, caso en el cual la pena a imponer será la correspondiente a este hecho punible unificado, *ficticiamente constituido*⁵⁹, sometida a una “exasperación” con-

defendida por KINDHÄUSER, Uts (2002), *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Lima, Grijley, pp. 36 y ss.; al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo (2009a), *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 35 y ss., 116 y ss.

⁵⁶ De ahí que la afirmación de BASCUÑÁN, 2002, 103, en cuanto a que “[l]a actual posición del robo es, pues, la de un crimen de coacción”, sólo resulte correcta si se la interpreta como una caracterización “extensional” de los componentes del injusto típico del robo y no, en cambio, como una caracterización “intensional”.

⁵⁷ Véase sobre esto último MAÑALICH, 2009a, 53 y ss., 99 y ss., con referencias ulteriores.

⁵⁸ En referencia al art. 509 del CdPP, así NOVOA, 2005b, 226 y s.

⁵⁹ En contra de lo insinuado por COUSO, en COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, 651, nada cabe objetar a que la regulación recurra a la técnica de construir ficticiamente un “delito inexistente” para hacer operativo un régimen de penalidad diferenciado para una conjunción de hechos

sistente en un aumento de uno o dos grados. Por su parte, la aplicabilidad del régimen del inc. 2º depende justamente de que esa unificación ficticia no sea posible en razón de la “*naturaleza*” de los hechos punibles concurrentes, en cuyo caso ha de imponerse la pena prevista para aquel hecho que, “*con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor*”, debiendo ésta, asimismo, experimentar un aumento –también en la forma de una “*exasperación*”– de uno o dos grados, “*según fuere el número de los delitos*”⁶⁰.

punibles perfectamente “reales” e imputables a una misma persona, en la medida en que ese mismo régimen de penalidad satisfaga los parámetros de proporcionalidad de cuya satisfacción depende, en general, la adecuación de una determinada solución penológica.

⁶⁰ Cuando la pena prevista para el hecho obtenido por vía de unificación ficticia, bajo el inc. 1º, o bien para el hecho que *in concreto* lleve aparejada la pena mayor, bajo el inc. 2º del art. 351 del CPP, se corresponde con un marco penal compuesto, se plantea la pregunta por el método a través del cual ha de procederse a su aumento en uno o dos grados. En contra de lo sostenido por OLIVER, 2013b, 176 y ss., el método del así llamado “aumento en bloque”, consistente en el desplazamiento de cada uno de los grados (de una pena divisible) o penas que componen el marco compuesto en el número de grados respectivo (y que preserva la estructura del marco penal legalmente previsto), resulta del todo idóneo para hacer operativa una y otra regla, según corresponda. Oliver sostiene, por una parte, que contra ello hablaría “*una interpretación sistemática que tome en cuenta los efectos que la ley asigna a la concurrencia de dos o más agravantes y ninguna atenuante cuando la pena de un delito consta de dos o más grados*”, según lo dispuesto en el inc. 4º del art. 68 del CP (ibíd., 178). Más allá de que Oliver pasa por alto la posibilidad de interpretar esta última disposición, según la cual en tal caso el tribunal “*podrá imponer la [pena] inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley*”, en el sentido de que, por esa vía, el respectivo marco penal sea ampliado de manera tal que pase a integrar, asimismo, el grado superior al máximo de los grados originalmente previstos por la ley, es claro que no se sostiene el argumento de que la tesis del aumento en bloque supondría “*apreciar de la misma manera dos situaciones que, en su esencia, son valorativamente distintas: la de un delito (con dos agravantes) y la de dos o más delitos*”. Pues es manifiesta la petición de principio entrañada en esta última sugerencia, dado que es precisamente la determinación del impacto penológico asociado a una y otra situación lo que habrá de hacer posible establecer si, bajo el derecho aplicable, ellas son o no valorativamente distintas. Por otra parte, es claro que no cabe invocar la interpretación más o menos tradicional de la voz “*exasperación*” como una razón para sostener, en contra de la solución del aumento escalonado, que el aumento en uno o dos grados debería practicarse a partir del grado máximo de aquellos que integran el marco penal legalmente previsto, en el entendido de que el “*rasgo característico de la exasperación es [...] sobrepasar el límite superior de la pena disponible*” (ibíd., 179). Pues además de que en el texto legal no figure expresión alguna que esté etimológicamente vinculada con el término “*exasperación*”, nada inconsistente hay en entender que, por la vía de desplazar hacia arriba, en uno o dos grados, cada uno de los grados o penas que integran el correspondiente marco compuesto, en efecto se sobrepasa el límite superior de la pena disponible, precisamente porque, en este contexto, la “*pena*” objeto de exasperación se

Según ya se anticipara, un sector doctrinal cada vez más representativo intenta sustentar una interpretación del inc. 1º encaminada a hacer colapsar cualquier posible diferencia operativa entre el régimen ahí establecido y el dispuesto en el inc. 2º⁶¹. En atención a que semejante propuesta vulnera la máxima de la interpretación útil⁶², en lo que sigue se intentará esbozar una propuesta alternativa, que se deja entender como una reformulación –considerablemente más precisa– de la tesis defendida por Novoa Monreal en referencia al sentido y alcance del inc. 1º del art. 509 del CdPP⁶³.

A este último respecto, la cuestión ha tendido a ser reducida a la observación de Novoa en cuanto a que podrían ser estimados “como un solo delito” aquellos hechos punibles cuya tipificación incluye alguna referencia a “*magnitudes*” o a “*ciertas cuantías pecuniarias*”⁶⁴. Esta sola puntualización vuelve notorio cuán problemático es que, en la crítica al planteamiento de Novoa, su propuesta llegue a ser reducida a la afirmación de que dos o más hechos punibles podrían ser ficticiamente estimados como uno solo si y sólo si su respectiva penalización está construida en referencia a “*un importe expresado en dinero*”⁶⁵. Pues esto último no es condición necesaria ni condición suficiente para la aplicabilidad del correspondiente régimen penológico, de acuerdo con la mejor reconstrucción de la observación de Novoa⁶⁶. Antes bien, ello depende de la satisfacción de dos condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes, en las cuales se

identifica con el marco compuesto (también en caso de que el respectivo marco compuesto haya sido obtenido a través de la aplicación de alguna de las reglas expresadas en los arts. 65 a 68 bis, que hacen posible una alteración o concreción del marco penal abstractamente previsto por la ley en atención a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes).

⁶¹ Véase supra, nota 31.

⁶² Que admite ser reformulada como la “*hipótesis del legislador no redundante*”; así CHIASSONI, Pierluigi (2011), *Técnicas de interpretación jurídica*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 123 y s.

⁶³ NOVOA, 2005b, 225 y ss.

⁶⁴ *Ibid.*, 227.

⁶⁵ Así COUSO, en COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, 647; desde el punto de vista de los ejemplos considerados, coincidentemente OLIVER, 2013b, 172 y ss.

⁶⁶ Desde luego, la muy escueta formulación que Novoa destina a la presentación de su propia tesis también ha podido contribuir –huelga decirlo – a su falta de univocidad.

ven reflejadas las condiciones de cuya satisfacción depende la individuación de un (único) hecho punible en un caso dado⁶⁷.

Como primer paso, es imprescindible reparar en que, ya conceptualmente, la posibilidad de que los dos o más hechos punibles concurrentes sean estimados “como un solo delito” depende de que ellos sean *típicamente homogéneos*, esto es, que todos ellos se correspondan con la realización imputable de *un mismo tipo*, el cual identificará la correspondiente especie de hecho punible instanciada por cada uno de ellos. Esto quiere decir, desde ya, que el régimen del inc. 1º sólo resulta aplicable tratándose de casos de concurso real *homogéneo*.

Pero la satisfacción de esta exigencia de homogeneidad típica es sólo condición necesaria, y no suficiente, para la aplicabilidad de ese mismo régimen. Pues para que sea posible la correspondiente unificación ficticia de los dos o más hechos típicamente homogéneos es necesario que se satisfaga una exigencia adicional, consistente en la posibilidad de una *unificación hipotética de las diferentes instancias de realización del tipo* en cuestión. Esta condición se deja formular como sigue: es posible la unificación ficticia de las dos o más instancias de realización del tipo X si, todo lo demás siendo igual, bajo la hipótesis (contrafactual) de que el tipo X hubiese sido realizado a través de la ejecución o la omisión de una misma acción, habría que constatar una única realización del tipo X; en cambio, si bajo esa misma hipótesis la situación resultante sería la de un concurso ideal (homogéneo) entre las dos o más instancias de realización del tipo X, entonces éstas no pueden ser unificadas ficticiamente, esto es, ser estimadas como “un solo delito”.

Aquí puede ser útil ofrecer un ejemplo simple de una y otra situación. Si en un momento t_1 A propina un golpe a B, dejándolo con una herida, y en un momento t_2 , situado –digamos– dos meses después de t_1 , A vuelve a propinar un golpe a B, dejándolo nuevamente herido, entonces es posible considerar los dos hechos punibles imputables a A en relación de concurso real, consistentes en sendos delitos de lesión corporal, como uno solo para efectos penológicos. Pues si la producción de las dos heridas sufridas por B

⁶⁷ Véase supra, 1.

hubiese tenido lugar a través de la ejecución de una única acción por parte de A, entonces el tipo de la lesión corporal se habría visto realizado una sola vez. En cambio, si en un momento t_1 A propina un golpe a B, dejándolo herido, y en el momento t_2 A propina un golpe a C, dejando a éste asimismo herido, entonces no es posible unificar ficticiamente las dos instancias de realización del tipo de la lesión corporal, imputables a A. Pues siendo la lesión corporal un delito contra un bien jurídico personalísimo, la circunstancia de que las víctimas de uno y otro hecho sean personas diferentes vuelve imposible postular, siquiera ficticiamente, una única realización del tipo en cuestión⁶⁸. Así, en este último caso es la *estructura típica* (común) de los hechos concurrentes, esto es, su “*naturaleza*” en el sentido del inc. 2º del art. 351⁶⁹, lo que determina la falta de satisfacción del doble presupuesto para su posible unificación ficticia y, con ello, la inaplicabilidad del régimen de unificación penológica establecido en el inc. 1º.

Lo anterior es crucial, en la medida en que es indudable que –también en el contexto de la tipificación de delitos contra bienes jurídicos individuales– la legislación penal vigente conoce tipos cuya estructura vuelve irrelevante la unidad o pluralidad de víctima(s) desde el punto de vista de la cuantificación de las instancias de realización del tipo en cuestión. Así, si en el momento t_1 A se apropia mediante sustracción de una cosa perteneciente a B, en tanto que en el momento t_2 , asimismo situado dos meses después

⁶⁸ Acerca de la imposibilidad de reconocer una única instancia de realización del tipo de un hecho punible cuyo injusto objetivo consiste en el menoscabo de un bien jurídico personalísimo tratándose en una situación de *pluralidad de víctimas*, de modo tal que si las múltiples instancias de realización del tipo tienen lugar en una situación de unidad de hecho lo correcto es reconocer un *curso ideal homogéneo*, véase ya SANZ MORÁN, Ángel (1986), *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, pp. 149 y ss., 210 y ss. Latamente al respecto, supra, Cap. III, 2.d).

⁶⁹ Esto muestra que es fallida la objeción que Solari y Rodríguez esgrimen en contra de la propuesta interpretativa de Novoa, en el sentido de que ésta haría depender la “naturaleza” de los hechos punibles concurrentes de la estructuración de su régimen de penalidad; así, SOLARI y RODRÍGUEZ, 1979, 262 y s.; coincidentemente, OLIVER, 2013b, 174. La objeción desconoce que, correctamente interpretada, la referencia legislativa a la “naturaleza” de los hechos concurrentes, en el contexto tanto del inc. 2º del art. 509 del CdPP como del inc. 2º del art. 351 del CPP, es simplemente indicativa de un *límite* a la posibilidad de una unificación ficticia de los hechos concurrentes, justamente en función del carácter personalísimo del bien jurídico cuyo menoscabo es constitutivo de su respectivo injusto objetivo y en la medida en que los dos o más hechos afecten a personas distintas *qua* víctimas.

de t_1 , A se apropia mediante sustracción de una cosa perteneciente a C, los dos hechos constitutivos de sendos hurtos, imputables a A en concurso real, sí podrán ser ficticiamente unificados para efectos penológicos. Pues en tal caso, además de satisfacerse la exigencia de homogeneidad típica, se satisface la exigencia de la posibilidad de una unificación hipotética de las dos instancias de realización del tipo. Si A se hubiese apropiado, mediante sustracción, de una o más cosas pertenecientes a B y a C en una situación de “unidad de acción”, entonces el tipo del hurto se habría visto realizado una sola vez.

b. ¿Vulneración del principio ne bis in idem?

A propósito de este último ejemplo es posible despejar una objeción asimismo esgrimida, masivamente, en contra de una propuesta como la aquí defendida. La objeción consiste en que un régimen de exasperación de la pena global obtenida por vía de unificación ficticia de los dos o más hechos punibles concurrentes traería consigo una vulneración del principio *ne bis in idem*⁷⁰, toda vez que, bajo tal solución, se consideraría “*dos veces en perjuicio del condenado una misma circunstancia, a saber, el número de delitos cometidos, que, primero, incide en la pena usada como base para calcular el aumento de pena y, luego, en la magnitud de dicho aumento*”⁷¹. Pero la objeción desconoce que, en cuanto estándar sustantivo de adjudicación penal, el principio *ne bis in idem* no vincula al legislador, sino al respectivo órgano jurisdiccional en el ejercicio de su potestad de aplicación de la legislación⁷². Bajo el principio *ne bis in idem* en su estatus de prohibición de sobrevaloración, el tribunal debe abstenerse de dar una aplicación *redundante* a las reglas que fijan presupuestos de fundamentación e intensificación de la pena. Pero la detección de semejante redundancia

⁷⁰ Así ya SOLARI y RODRÍGUEZ, 1979, 267; coincidentemente, COUSO, en COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, 648; OLIVER, 2013b, 73; CONTRERAS, 2014, 653 y s.

⁷¹ COUSO, en COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, 648, quien da simplemente por sentado que la cantidad de los hechos concurrentes habría de fungir como criterio para determinar la magnitud de la exasperación de la pena global, a pesar de que –a diferencia de lo que sucede bajo el inc. 2º– el inc. 1º del art. 351 no incorpora mención alguna de tal criterio. Como observa OLIVER, 2013b, 73, es del todo sensato asumir que “*dicho criterio para determinar el aumento de grados está implícito también en el inciso primero*”.

⁷² Al respecto, supra, Cap. III, 1.a).

se ve excluida allí donde la sobrevaloración debe ser interpretada, más bien, como un *énfasis* legislativo en la relevancia penológica de uno o más factores determinados. Con ello, la pregunta por el carácter eventualmente excesivo de tal énfasis no es una que pueda ser respondida a través de una invocación del principio *ne bis in idem*, sino sólo a través de una aplicación –argumentativamente no del todo controlable– del principio de proporcionalidad.

Que a la regla del inc. 1º del art. 351 del CPP subyace un énfasis legislativo en la relevancia penológica de una situación de concurrencia de dos o más hechos punibles, lo ilustra el contraste, ya sugerido, entre el caso en el cual A perpetra un único delito de hurto al apropiarse, mediante la ejecución –instantánea o *continuada*– de una única acción de sustracción, de una o más cosas pertenecientes a B y C, por un lado, y el caso en el cual A perpetra dos delitos de hurto, recayendo el primero sobre una o más cosas de B y el segundo sobre una o más cosas de C, por otro lado. El primero de los dos pasos en los que se descompone la aplicación del régimen de penalidad allí previsto, consistente en la unificación ficticia de los dos o más hechos punibles concurrentes, asegura –en atención a la relevancia penológica que la regulación atribuye al carácter cuantificable del injusto objetivo del hurto según el valor pecuniario del objeto de la respectiva apropiación– que, en el segundo caso, la reacción punitiva legalmente prevista para la conjunción de los dos hurtos imputables a A no quede por debajo, en severidad, de aquella que en el primer caso ha de ser materializada como consecuencia de la condena por el único hurto que le es imputable. Por su parte, el segundo paso, que se corresponde con la exasperación en uno o dos grados de la pena correspondiente al hecho ficticiamente unificado, vuelve operativa la decisión legislativa consistente en conferir relevancia penológica diferenciada a la circunstancia misma de que al condenado sean imputables múltiples instancias de realización del tipo en cuestión, en congruencia con el carácter *múltiplemente condenatorio* de la sentencia que habrá de imponer la pena correspondientemente unificada.

*c. La contrastación con el régimen
penológico de la reiteración de hurtos*

La referencia precedente a la posible unificación ficticia de múltiples instancias de realización del tipo del hurto está lejos de ser inocente. Pues

otro de los argumentos usualmente esgrimidos en contra de la propuesta interpretativa que se remonta a Novoa consiste precisamente en el contraste del inc. 1º del art. 351 del CPP con el art. 451 del CP, que establece un régimen de acumulación jurídica específicamente aplicable a un subconjunto de casos de reiteración de hurtos. Esta última disposición expresamente habilita a la imposición de una pena unificada a ser determinada “*tomando por base el importe total de los objetos sustraídos*”, de modo tal que la pena resultante sea la correspondiente a la cuantía total así obtenida bajo la tarificación de los marcos penales establecida en el art. 446 del CP, pena que ha de ser impuesta “*en su grado máximo*”.

Contrastando el tenor literal de una y otra disposición, Couso sostiene que, puesto que la adición de los montos correspondientes al valor pecuniario del objeto de cada uno de los hechos concurrentes sólo se encontraría expresamente contemplada en el art. 451 del CP, habría que concluir, en la forma de un argumento *a contrario*, que esa posibilidad quedaría descartada para los efectos de la aplicación del régimen del inc. 1º del art. 351 del CPP⁷³. Yendo apenas un paso más allá, Oliver sostiene que afirmar la pertinencia de semejante método de cuantificación conjunta para casos diferentes de los comprendidos en el art. 451 del CP supondría validar una operación de analogía *in malam partem*⁷⁴. El problema está, empero, en que el argumento de Couso y Oliver descansa en una petición de principio.

Por una parte, que el inc. 1º del art. 351 del CPP no haga mención expresa de la posibilidad de adición de montos es enteramente compatible con que esa posibilidad sí se entienda prevista por la regla, en razón del nivel de generalidad en que ella se encuentra formulada en atención a su ámbito de aplicación. Pues la adición de montos correspondientes a valores pecuniarios no es más que *una de las múltiples variantes* que puede exhibir el método de unificación ficticia de dos o más instancias de realización de un mismo tipo-de-hecho-punible, precisamente según si la estructura de éste incluye una referencia a tal variable en la especificación de sus elementos constitutivos. Pero por otra parte, y aún más

⁷³ COUSO, en COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, 648 y ss.

⁷⁴ OLIVER, 2013b, 173 y s.

decisivamente, Couso y Oliver parecen pasar por alto que la contrastación de ambas disposiciones debería más bien llevar a la conclusión de que el régimen penológico previsto en el art. 451 del CP se distingue por ser, *ceteris paribus*⁷⁵, justamente *menos severo* que el previsto en el inc. 1º del art. 351 del CPP.

En efecto, mientras esta última disposición prevé la formación de una pena unificada, la cual ha de ser objeto de exasperación en uno o dos grados, la pena unificada a ser formada con arreglo al art. 451 del CP (sólo) ha de ser impuesta “*en su grado superior*”. Y esto es enteramente consistente con que el ámbito de aplicación de este último régimen no se corresponda con el universo de todos los casos de reiteración de hurtos, sino con el subconjunto constituido por los casos en los cuales los hurtos en cuestión han afectado “*a una misma persona*” o bien “*a distintas personas en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar*”. Este estrechamiento del ámbito de aplicación del régimen penológico así dispuesto se encuentra determinado por criterios que son indicativos de una *proximidad factual* entre los dos o más hurtos concurrentes, los cuales reproducen, imperfectamente, algunos de los criterios de cuya satisfacción dependería que las diferentes instancias de realización del tipo pudieran ser *efectivamente unificadas* en la forma de un “delito continuado”. En tal medida, el régimen de penalidad consagrado en el art. 451 del CP se deja racionalizar como uno menos severo que aquel al cual, no satisfaciéndose esos criterios de proximidad factual entre los dos o más hurtos concurrentes, se encontrará sometida la reiteración de éstos, que es precisamente el régimen previsto en el inc. 1º del art. 351 del CPP.

6. DOS PROBLEMAS ULTERIORES

a. La operatividad de las circunstancias modificatorias

Para asegurar argumentativamente la propuesta interpretativa aquí defendida, es necesario poder explicar que sólo el inc. 2º del art. 351 del

⁷⁵ *Ceteris paribus*, en razón de que, bajo el art. 451 del CP, los hurtos constitutivos de faltas también pueden integrar la conjunción de los hechos a ser ficticiamente unificados para efectos penológicos.

CPP se ocupe de especificar la fase en la cual han de ser consideradas las circunstancias modificatorias concurrentes en relación con uno o más de los hechos para que se haga operativo su eventual efecto en la determinación de la pena: ellas han de ser tomadas en consideración para identificar ya cuál de las penas asociadas a los varios hechos concurrentes resulta ser la pena mayor. Esto quiere decir que las circunstancias modificatorias eventualmente concurrentes –ya sea que se trate de circunstancias de eficacia ordinaria o extraordinaria⁷⁶– han de ser consideradas como factores de concreción o alteración del marco penal legalmente previsto, por separado, para cada uno de los hechos punibles en relación con los cuales resultan respectivamente pertinentes. Con ello, es en atención a los dos o más marcos penales ya concretados que el tribunal ha de determinar a cuál de los hechos corresponde la “pena mayor”, la que entonces tiene que ser objeto de exasperación en uno o dos grados. Los partidarios de la tesis interpretativa que pretende hacer colapsar la diferenciación de los dos regímenes penológicos previstos en el art. 351 se ven forzados a sostener que lo mismo tendría que ser aplicable, por analogía, en los casos cubiertos por el inc. 1^o⁷⁷. Pero esto sólo confirma lo implausible de una propuesta interpretativa que, vulnerando la máxima de la interpretación útil, se empeña en desconocer la inequívoca configuración de dos regímenes penológicos diferentes en uno y otro inciso.

Que el inc. 1^o no especifique la fase en la cual las circunstancias modificatorias eventualmente concurrentes han de tener incidencia penológica se deja explicar sin fricción alguna, en cambio, sobre la base de la propuesta interpretativa aquí defendida. Pues el método de la unificación ficticia de los dos o más hechos punibles determina que las circunstancias modificatorias eventualmente concurrentes hayan de operar, según las reglas generales, alterando o concretando el marco penal correspondiente al hecho punible obtenido por vía de unificación ficticia, de modo tal que la pena a ser impuesta al interior de ese marco ya concretado sea, a su vez, objeto de un aumento de uno o dos grados.

⁷⁶ Véase *infra*, Cap. VII.

⁷⁷ Así ya SOLARI y RODRÍGUEZ, 1979, 265; coincidentemente, COUSO, en COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, 651 y s.; OLIVER, 2013b, 175 y s.; CONTRERAS, 2014, 656 y s.

b. La regla de reenvío al régimen de acumulación material

Para terminar, también es necesario clarificar la manera en que la regla del inc. 3° del mismo art. 351 del CPP, que hace aplicable el régimen de acumulación material del art. 74 del CP en caso de que éste resulte más favorable al condenado, se vuelve específicamente operativa frente al régimen de acumulación jurídica instituido en el inc. 1°.

Para esto, consideremos nuevamente el caso en el cual, en dos puntos de tiempo separados por un intervalo de dos meses, A propina sendos golpes a B que dejan a éste herido en cada ocasión. Pero supongamos ahora que el resultado de lesión corporal padecido por B en una y otra ocasión lo dejó, en cada oportunidad, incapacitado para el trabajo por un lapso de 16 días. En tal caso, la unificación ficticia de los dos hechos constitutivos de sendos delitos de lesión menos grave (punibles bajo el art. 399 del CP) habilitaría al tribunal a imponer la pena establecida en el N° 2 del art. 397, que tipifica la variante de la así llamada lesión corporal “simplemente grave”, bajo la exigencia de que el hecho deje a la víctima en una situación de “*enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días*”. E introduzcamos, para cerrar la construcción de la presente variación del caso, dos presupuestos adicionales: primero, que, en razón de la relativa gravedad del resultado de cada uno de los hechos constitutivos de lesión menos grave, el tribunal seleccionaría para cada uno de ellos, al interior del marco de penas alternativas fijado en el art. 399 del CP, la pena privativa de libertad ahí prevista, que consiste en presidio menor en su grado mínimo; y segundo, que cada uno de los dos delitos fue perpetrado por A habiendo recibido éste un incentivo económico constitutivo de una “promesa remuneratoria”, de modo tal que respecto de ambas penas (idénticas) de presidio resultaría aplicable el ascenso en un grado previsto en el art. 400 del CP.

Con ello, cada una de las penas aisladamente correspondientes a los dos hechos concurrentes pasaría a ser una de presidio menor en su grado medio, en tanto que la aplicación del régimen de acumulación jurídica del inc. 1° del art. 351 del CPP llevaría, como consecuencia de la unificación ficticia de los dos hechos en la forma de una lesión corporal simplemente grave (dado que, por vía de adición, el periodo total de incapacidad para el trabajo, experimentada por B, ha superado los 30 días), a una pena de presidio menor en su grado medio, a ser exasperada en uno o dos grados, la cual

todavía tendría que experimentar un aumento de un grado en conformidad con la regla del art. 400 del CP, por la concurrencia de la circunstancia de premio o promesa remuneratoria.

Aun en caso de que la exasperación fuese de un solo grado, la pena a imponer por esta última vía llegaría a ser una de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de 5 años y un día a 10 años de privación de libertad, pena que *ceteris paribus* resulta ser más severa que la conjunción de dos penas de presidio menor en su grado medio, esto es, de dos penas de 541 días a 3 años de privación de libertad. Que para tal caso la regla de reenvío del inc. 3º del art. 351 del CPP lleve a la aplicación del régimen de acumulación material, más favorable⁷⁸, se deja entender en el sentido de que la preocupación legislativa por la proporcionalidad cardinal de la correspondiente reacción punitiva, plasmada en el art. 351 del CPP, se ve *contra-derrotada* por una consideración de proporcionalidad ordinal. En efecto, la aplicabilidad de un régimen de acumulación jurídica encuentra su *límite* allí donde su aplicación llevaría a la imposición de una pena unificada que *sobrepasaría* en severidad a la simple acumulación “material” de las penas previstas para el conjunto de los hechos punibles concurrentes, en cuanto penas *–ex hypothesi–* ordinalmente proporcionales.

⁷⁸ Acerca de la obligatoriedad de la aplicación del régimen del art. 74 del CP, *qua* régimen más favorable para el condenado en tal caso, véase COUSO, en COUSO y HERNÁNDEZ, 2011, 654.