

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

PROPUESTA DE REGULACIÓN  
CONCURSO DE DELITOS  
(CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES)  
UNIFICACIÓN DE PENAS

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

Santiago, 20 de abril de 2013

## I. ARTICULADO

### Título X

#### DE LAS CONSECUENCIAS DEL DELITO

.....

##### N.- Concurso de delitos

**Art. A. *Concurso material de delitos.*** Al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuere posible, según la naturaleza y efectos de las mismas.

Si todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se dispondrá su ejecución sucesiva, principiando por las penas privativas de libertad que se cumplirán en el orden de mayor a menor duración. Tratándose de las demás penas impuestas al condenado, el tribunal señalará en la sentencia la forma y el orden de su cumplimiento, según la naturaleza y efectos de las mismas.

El cumplimiento efectivo de cuatro [tres] o más penas privativas de libertad impuestas con arreglo al inciso anterior no podrá exceder del triple [doble] de la pena de mayor duración impuesta en la sentencia, extinguiéndose de pleno derecho el exceso. Con todo, en ningún caso la pena efectiva que deba cumplirse excederá de 25 años de privación de libertad, cualquiera sea el número de penas acumuladas.

Para los efectos del otorgamiento de [la libertad condicional y de] las penas sustitutivas, la suma de las penas privativas de libertad a que fuere condenado el responsable, con las limitaciones establecidas en el inciso precedente, se considerará como una nueva pena conformada por toda la extensión de las que se hubieren acumulado.

**Art. B. *Concurso ideal y medial de delitos.*** Al responsable de un hecho que infringe dos o más leyes penales o una misma varias veces, siempre que no se excluyan entre sí, se le impondrá una pena igual a la mitad superior de la más grave asignada por la ley a los distintos delitos. Con todo, si como consecuencia de la aplicación de la regla del artículo A resultare una pena más beneficiosa para el condenado, se estará a lo establecido en dicha disposición.

Las mismas reglas señaladas en el inciso precedente se extenderán al responsable de uno o más delitos que sean el medio necesario para la comisión de otro

Al responsable de un hecho que dolosa o imprudentemente provoca la muerte o lesiones corporales a dos o más personas, se le podrá aumentar hasta el doble la pena determinada con arreglo al inciso primero, si el hecho fuere doloso, y hasta la mitad si fuere imprudente, considerando para ello todas las circunstancias del hecho.

**Art. C. *Aplicación de las reglas concursales a los condenados en procedimientos diversos.*** Al responsable de uno o más delitos perpetrados antes de que quede ejecutoriada la sentencia que en otro juicio lo condena por otro u otros delitos, el tribunal que dicte el fallo posterior deberá reducirle las penas privativas de libertad que le imponga conforme al artículo

A en la parte que, sumadas con la o las penas de la sentencia anterior, exceden los límites allí previstos.

Si en el procedimiento anterior el imputado hubiese sufrido una medida cautelar personal privativa total [o parcial] de libertad por un tiempo mayor al de la condena impuesta en la respectiva sentencia, tendrá derecho a que en el fallo posterior se impute a la pena privativa de libertad que se le imponga el exceso del tiempo que permaneció privado de libertad en el procedimiento anterior.

Si la sentencia posterior quedare ejecutoriada sin haberse dado cumplimiento a lo establecido en el presente artículo, el tribunal que la pronunció deberá modificarla a petición del Ministerio Público o del condenado adecuándola a lo prevenido en los incisos anteriores. Si se tratare de sentencias sucesivas, deberán modificarse por los tribunales que las pronunciaron en orden inverso a las fechas en que quedaron ejecutoriadas y en la medida en que sea necesario para dar cumplimiento a lo previsto en los incisos anteriores. No podrá modificarse una sentencia firme si el condenado hubiese cumplido todas las penas privativas de libertad que se le hayan impuesto.

## **REDACCIÓN ALTERNATIVA AL ARTÍCULO C:**

**Art. C. *Aplicación de las reglas concursales a los condenados en procedimientos diversos.*** Al responsable de uno o más delitos perpetrados antes de que quede ejecutoriada la sentencia que en otro juicio lo condena por otro u otros delitos, el tribunal que dicte el fallo posterior deberá reducirle las penas privativas de libertad que le imponga conforme al artículo A en la parte que, sumadas con la o las penas de la sentencia anterior, exceden los límites allí previstos.

[Además, al condenado por la sentencia posterior no se le considerarán las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que, de haberse dictado una única sentencia por todos los delitos atribuidos, no se hubieren podido tener en cuenta.]

Si en el procedimiento anterior el imputado hubiese sufrido una medida cautelar personal privativa total [o parcial] de libertad por un tiempo mayor al de la condena impuesta en la respectiva sentencia, tendrá derecho a que en el fallo posterior se impute a la pena privativa de libertad que se le imponga el exceso del tiempo que permaneció privado de libertad en el procedimiento anterior.

Si la sentencia posterior quedare ejecutoriada sin haberse dado cumplimiento a lo establecido en el presente artículo el tribunal que la pronunció deberá modificarla a petición del Ministerio Público o del condenado adecuándola a lo prevenido en los incisos anteriores. Si se tratare de sentencias sucesivas, deberán modificarse por los tribunales que las pronunciaron en orden inverso a las fechas en que quedaron ejecutoriadas y en la medida en que sea necesario para dar cumplimiento a lo previsto en los incisos anteriores. No podrá modificarse una sentencia firme si el condenado hubiese cumplido todas las penas privativas de libertad que se le hayan impuesto.

[Si los delitos materia de los diversos procedimientos se encuentran en los casos del artículo B, el tribunal que dicte la sentencia posterior deberá ajustarla a lo establecido en la referida norma, como si los delitos hubieren sido objeto de un único fallo, aplicándose las reglas precedentes en la medida que corresponda.]

## II. FUNDAMENTACIÓN GENERAL

En esta propuesta se ofrecen regulaciones normativas respecto de tres materias: (i) concursos de delitos; (ii) concurso aparente de leyes penales; y, (iii) unificación de penas.

Las normas legales vigentes que regulan estas cuestiones se encuentran dispersas en varios cuerpos jurídicos. Así, el Código Penal (“CP”) contiene disposiciones relativas al concurso real o material (artículo 74), al concurso medial e ideal (artículo 75), sin perjuicio de haber normas en la parte especial relativas a determinados grupos de delitos (artículos 269, 313 C; 451 y 457 CP, entre otros). El artículo 351 del Código Procesal Penal (“CPP”) y el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal (“CdePP”) complementan el tratamiento del concurso real de delitos mediante reglas de acumulación jurídica. La denominada unificación de penas es tratada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales (“COT”), en tanto que no existe un tratamiento particular al llamado concurso aparente de leyes penales, sin perjuicio de la consagración general del principio de especialidad como criterio de interpretación y aplicación de la ley en los artículos 4º, 13 y 20 del Código Civil (“CC”).

El Anteproyecto de Código Penal de 2005 (“ACP”) contiene una única disposición de carácter general relativa al concurso real o material de delitos, basada en la regla de acumulación material limitada (artículo 53). No hay, en cambio, normas asociadas al concurso ideal ni medial de delitos. Tampoco se ocupa del concurso aparente de leyes penales ni de la unificación de penas.

El artículo 8º del Código Penal español de 1995 (“CPe”) establece una serie de criterios para resolver los casos de concurso aparente de leyes penales, en tanto que los artículos 73, 75 y 76 regulan, bajo el régimen de acumulación material limitada, el concurso real de delitos. El artículo 77 se refiere al concurso ideal y al concurso medial, aplicando a ambos un sistema de absorción agravada. Finalmente, el artículo 74 establece una regla para el tratamiento del delito continuado, en que se combina una solución de absorción agravada con acumulación jurídica (la mitad superior de la pena de la infracción más grave, hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). En el caso de los llamados delitos masa en contra del patrimonio, el artículo 74 establece un criterio que es el de la acumulación jurídica (la pena asignada al delito resultante de la suma de los importes aumentada en uno o dos grados).

Finalmente, el Título III del Capítulo tercero (“Consecuencias jurídicas del hecho”) de la Parte General del Código Penal alemán de 1871/1975 (“CPA”) regula, bajo el epígrafe “Fijación de la pena en los casos de varias infracciones legales”, los casos de concurso ideal, concurso real o material y de unificación de penas (según la nomenclatura tradicional chilena). El tratamiento de las relaciones concursales se hace en base al criterio de la unidad y de la pluralidad de hechos, estableciendo un régimen de absorción simple para el concurso ideal (§52.), en tanto que el concurso real o material se aborda mediante un sistema de pena global que se conforma a través de la asperación o acumulación jurídica (§ 53 y § 54.). Finalmente, el § 55. consagra una regla de conformación posterior de la pena global, en la misma dirección de lo que en nuestro país se denomina unificación de penas.

Para elaborar esta propuesta me ha parecido indispensable adoptar de manera previa algunas decisiones en cuanto a si determinadas materias o instituciones deben o no ser reguladas por el legislador de la codificación y, en caso afirmativo, elegir la o las opciones concretas que se considerarán en el modelo ofrecido. Naturalmente, se trata de cuestiones de conveniencia legislativa y, por lo tanto, la adopción de uno u otro criterio es opinable. Los tópicos son los siguientes:

#### **1.- Incorporación de una regla sobre delito continuado:**

En nuestro país no existe una norma de rango legal que se refiera al delito continuado. No obstante, con la excepción de Novoa, es amplio su reconocimiento como una hipótesis de unidad jurídica de acción. Hay también numerosos fallos judiciales que lo reconocen. Como contrapartida, el delito continuado es especialmente tratado por varios Códigos Penales (v.gr., el artículo 81 del Código Penal Italiano; el artículo 74 del CPe; el artículo 31 del Código Penal colombiano [Parágrafo]; el artículo 41 del Código Penal peruano; el artículo 77 del Código Penal de Costa Rica; el artículo 58 del Código Penal de Uruguay; y el artículo 85 del Código Penal de Panamá).

No obstante esta realidad, considero preferible no innovar en esta materia instalando en el presente Anteproyecto de Código Penal una disposición que se haga cargo del delito continuado. Dos son las razones que me mueven ello:

La primera es que en los países que han legislado sobre el delito continuado, generalmente se ha hecho para regularlo con una pena que es mayor a la que debería imponerse si se le considera simple como un caso de unidad jurídica de acción. Así, en la legislación comparada revisada el delito continuado es tratado bajo el criterio de la absorción agravada o de la asperación o mediante una fórmula combinada de ambos sistemas. En la doctrina nacional se considera que, siendo un único delito fraccionado, sólo corresponde imponer las penas asignadas a éste, salvo la opinión de Cury, quien sostuvo que debía considerarse como un caso de concurso medial y solucionarse vía artículo 75 del CP, criterio que al parecer luego abandonó, como aparece de alguna sentencia de la Corte Suprema redactada por él (en la que se resolvió que se trataba de un único delito). Dado que el criterio mayoritario en Chile es penar el delito continuado como una sola infracción y no bajo la fórmula de una absorción agravada o asperación, no existe a mi juicio una justificación para regularlo mediante una fórmula que implique una agravación.

La segunda razón es que si bien hay un cierto acuerdo en cuanto a los requisitos que deben cumplirse para afirmar la existencia de un delito continuado, hay discrepancia en el contenido de dos de ellos, a saber: (i) la naturaleza de la relación o vínculo que debe existir entre las distintas acciones que forman la serie continuada y, por ende la mayor o menor amplitud que debe dársele al delito continuado; y, (ii) si es o no posible afirmarlo tratándose de delitos que protegen bienes eminentemente personales. En este último sentido, hay acuerdo en que no es posible la continuidad tratándose de delitos que protegen la vida, pero es discutible si puede serlo en el caso de lesiones o de delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual. En mi opinión, no es prudente dirimir estas discusiones por vía legislativa.

## 2.- Establecimiento o no de normas sobre concurso aparente de leyes penales:

A mi parecer tampoco es conveniente que haya una norma de rango legal relativa al concurso aparente de leyes penales, especialmente si según la mayoría en nuestro país entiende que se trata de una cuestión de hermenéutica legal. Hay países cuyos Códigos Penales sí contienen reglas relativas al concurso aparente de leyes penales (v.gr. el artículo 8 del CPe; el artículo 23 del Código Penal de Costa Rica y el artículo 15 del Código Penal de Panamá). Sin embargo, la falta de una regulación positiva en Chile no ha sido óbice para que la institución y los distintos principios que la resuelven (especialidad, consunción, subsidiariedad y, para algunos, accesoriedad o alternatividad) sean ampliamente reconocidos, aceptados y aplicados. Por tal razón no me parece que haya motivos poderosos para proponer su incorporación al Código Penal.

No obstante y sólo a propósito de la regla de concurso ideal de delito, se propone explicitar en la norma un criterio de delimitación entre dicho concurso y el aparente de leyes penales (que las normas infringidas no se excluyan entre sí), lo que implica un reconocimiento formal a este último. Además, proporciona un criterio orientador a los juzgadores a la hora de constatar un concurso ideal, debiendo en forma preliminar descartar que no se trate de un concurso aparente de leyes penales.

## 3.- Mantención del criterio *unidad y pluralidad de hechos* para distinguir entre concurso real e ideal de delitos (lo que supone resolver si se mantiene o no un régimen más benigno para este último concurso de delito):

En el modelo tradicional chileno el criterio de distinción entre una y otra clase de concursos descansa en la idea del *hecho*, en términos de que la concurrencia de un hecho que infringe varias normas penales o una misma varias veces, da lugar al concurso ideal, en tanto que el real o material supone una pluralidad de hechos. Hay también importantes legislaciones comparadas que trazan la distinción entre una y otra forma de concurrencia en base a la unidad o multiplicidad de hechos (v. gr. Alemania, España, Argentina, Perú y Uruguay). Es un concepto cuyo contenido ha sido desarrollado en la doctrina, que permite superar el problema de si una misma acción u omisión puede o no dar lugar a delitos diversos y que los tribunales por regla general lo conocen y aplican correctamente. Consecuencialmente, de aceptarse la idea de mantener un tratamiento penológico separado entre el concurso real y el ideal, cosa que también propugnamos, la propuesta se ha construido en base a ese criterio.

Respecto de la conveniencia o no de mantener un régimen de tratamiento más benigno para el concurso ideal de delitos, la propuesta no innova en relación al actual artículo 75 CP. Establecer una regla diferenciada y más favorable para el imputado en el caso de que un hecho infrinja varias leyes penales (concurso heterogéneo) o una misma varias veces (homogéneo) es también la solución que las legislaciones comparadas siguen. Pareciera haber un cierto consenso en cuanto a que concurso real e ideal, es decir, unidad y pluralidad de hechos no son homologables desde el punto de vista de la entidad del injusto en cada caso y, por ello, se justifica un tratamiento penológico diferente.

#### 4.- Incorporación de una norma general sobre preterintencionalidad:

Me parece innecesario introducir una norma de esta clase, que no existe en nuestra legislación ni en general en el derecho comparado revisado. La excepción la constituye el artículo 24 del Código Penal colombiano, que se limita a definir el delito preterintencional, sin asociarlo directamente al concurso ideal de delitos ni dar una regla especial de tratamiento. Adicionalmente, existe un alto grado de acuerdo en cuanto a que al menos los casos más comunes de preterintencionalidad deben resolverse conforme a los principios del concurso ideal de delitos, sin que se requiera de una norma especial.

En cambio, sí me ha parecido conveniente incorporar una norma sobre pluralidad de homicidios o lesiones corporales imputables a un mismo hecho doloso o culposo, como se explicará en la fundamentación particular.

### III. FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

**1. Artículo A.** La norma regula el concurso real o material de delitos. La propuesta pretende innovar en cuanto al régimen existente en la legislación chilena para esta clase de concursos, ofreciendo en reemplazo una solución análoga a la establecida en los artículos 73, 75 y 76 del CPe y en el artículo 53 del ACP:

**1.1.-** El criterio básico que se propone es el de la acumulación material de las penas, es decir, el cumplimiento total de ellas en forma simultánea, si ello es posible, o sucesiva, de no serlo. Esta es la regla principal que una buena parte de las legislaciones siguen, fijándose límites a las penas resultantes mediante alternativas más favorables para el condenado o de tiempo máximo de duración.

**1.2.-** Se abandona la regla de la acumulación jurídica de las penas (artículo 351 CPP) que hoy sólo se aplica a la reiteración de delitos de la misma especie. La primera razón de este cambio, es que el margen de aumento de la pena con que cuenta hoy el tribunal es muy amplio (dos grados en el CPP y tres grados en el CdePP), lo que en la práctica se traduce en que a menudo la judicatura aplica la regla en forma mecánica, sin mayor fundamento, limitándose a incrementar la pena en el mínimo permitido. Ello hace que en la hipótesis del inciso 2º del artículo 351 CPP, el aumento de la pena no considere la mayor o menor extensión de las penas inferiores a la más grave en concurso<sup>1</sup> y que tampoco se tenga en cuenta el número de delitos, a pesar de que la norma legal así lo disponga. El otro motivo que inspira a la modificación es que los límites al régimen de acumulación material, incluyendo la asperación, surgieron para evitar penas excesivas e incluso grotescas, lo que rige para toda clase de concursos reales y no sólo de delitos de la misma especie. Así, en Chile y tratándose de delitos de especie distintas se aplica la acumulación material de las penas privativas, pudiendo llegar a ser excesivas, salvo que como criterio analógico *in bonam partem* se recurra a la acumulación jurídica de las penas.

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo si la mayor pena concreta es de 4 años de privación de libertad., el tribunal puede imponer una única pena de 5 años y 1 día, ya sea que la pena por el delito menos grave en concurso sea de 3 años y 1 día o de 541 días.

**1.3.-** Bajo este prisma y aunque en la regla de acumulación aritmética existe una clara influencia retributiva, me parece que como criterio básico es preferible al de un sistema alternativo, en la medida en que hayan límites.

**1.4.-** Al efecto se sugiere un doble límite cuantitativo: (i) la pena efectiva resultante no debe exceder del triple de la mayor pena efectiva que debería imponerse al sujeto por alguno de los delitos en concurso;<sup>2</sup> y, (ii) en ningún caso la pena efectiva debe exceder de 25 años, que es la máxima pena privativa de libertad prevista en el modelo, cualquiera sea el número de penas impuestas. Al respecto puedo agregar:

- El triple de la mayor pena que merece el sujeto es el mismo límite que establece el artículo 76 CPe.

- El límite de 25 años es levemente superior al que consagra la norma española (20 años), pero no tiene excepciones como en ese caso (en que puede llegar a 40 años).

- En términos generales, el límite del triple de la pena impuesta, se encuentra dentro de los márgenes de los aumentos que permite el actual artículo 351 CPP (hasta dos grados). Ello es claramente así en el caso de las penas privativas de libertad menores y en las mayores en sus grados medio y máximo.

- Incluso, la aplicación del límite que se propone puede resultar más beneficioso pues debe hacerse a partir de la mayor pena efectiva (con las circunstancias del caso) que correspondería aplicar al sujeto. En cambio, en el régimen del artículo 351 CPP si bien debe considerarse la pena concreta para saber cuál es la mayor, el aumento, por consistir en grados, debe hacerse desde el comienzo del grado superior de aquél en que se encuentra la pena concreta asignada al delito más grave.

- Estos límites se aplican al concurso de toda clase de delitos, sin importar si son o no de la misma especie, asegurándose un tratamiento uniforme pues me parece que no existen motivos poderosos para justificar uno diferenciado.<sup>3</sup>

- La opción que se propone simplifica la actual regla del artículo 351 CPP, pues no distingue si la diversas infracciones puedan considerarse como un solo delito de los casos en que ello no es posible (y se debe recurrir a la mayor pena concreta para el aumento), al tiempo que no funda su aplicación en la existencia de delitos que protejan un mismo bien jurídico, cuestión que puede generar problemas, especialmente en el caso de delitos pluriofensivos.

**1.5.-** En cuanto a la forma de cumplimiento de las diversas penas, la propuesta no innova, ya que se mantiene el principio según el cual se deben ejecutar simultáneamente, si ello es posible, de acuerdo a la naturaleza y efectos de las mismas. Esto último ha sido tomado de la norma española y tiene por fin precisar cuándo es o no posible el cumplimiento simultáneo, considerando de manera especial que las distintas penas cumplan sus efectos propios. En cuanto al cumplimiento sucesivo, sólo se da una regla para las penas privativas de libertad, dejando la forma de cumplir las demás a la decisión del tribunal, según la naturaleza y efectos

---

<sup>2</sup> Alternativamente (entre paréntesis), se propone como límite el doble de la mayor pena efectiva determinada, caso en el cual debe tratarse de la acumulación de tres o más penas..

<sup>3</sup> Un ejemplo puede resultar ilustrativo: conforme al artículo 351 CPP, si un sujeto es autor de dos o más delitos de la misma especie, en que la pena mayor que uno de ellos merece es de 300 días de privación de libertad, ésta puede incrementarse a una que fluctúa entre 541 días hasta 5 años. En cambio, en el régimen propuesto, la suma de las penas concretas aplicables no puede exceder de 900 días (es decir 2,4 años), pudiendo ser menor si la suma resultante así lo es.



de las mismas, debiendo señalarlo expresamente en la sentencia. Ello permite aclarar *ex ante* la manera en que deberán cumplirse las penas.

**1.6.-** El inciso final simplemente aclara o reitera que para el caso de la procedencia de la libertad condicional (si se decide mantener por la Comisión) o de las penas sustitutivas, debe considerarse toda la extensión de las penas privativas de libertad acumuladas, con los límites antedichos.

**2.- Artículo B.** La propuesta mantiene el actual régimen en materia de concurso ideal de delitos y concurso medial, esto es, la aplicación de la regla de la absorción agravada. Sobre el particular puedo precisar:

**2.1.-** Me pareció conveniente construir la norma sobre concurso formal mediante una fórmula que se refiriera tanto al heterogéneo como al homogéneo (“...*que infringe dos o más leyes penales o una misma varias veces*”).

**2.2.-** En el mismo inciso 1° se intercaló la frase “*siempre que no se excluyan entre sí*”, con el fin de orientar a los tribunales en el sentido de que antes de afirmar la existencia de un concurso ideal de delitos, deberán constatar que no se trate de un caso de concurso aparente de leyes penales. Una frase análoga existe en el Código Penal de Costa Rica, a propósito del concurso aparente de leyes, y en el artículo 83 del Código Penal de Panamá, respecto del concurso formal de delitos.

**2.3.-** El inciso 1° hace expresa reserva de que en caso de resultar una pena más benigna con motivo de la aplicación de la acumulación material regulada en el artículo A, debe estarse a ella. Con esto se formaliza una excepción que el artículo 75 CP no considera explícitamente, motivando en opinión de la mayoría una aplicación analógica *–in bonam partem–* de la remisión que al artículo 74 CP hace el artículo 351 CPP.

**2.4.-** El inciso 2° mantiene el criterio del artículo 75 CP de homologar el tratamiento penológico entre el concurso formal y el medial, aunque este último sea en realidad un caso de concurso material. Es la misma regulación que hace el artículo 77 del CPe. Me parece que esta fórmula es correcta pues el tratamiento del concurso medial debe ser más benigno que el establecido en general para el concurso material, ya que la conexión ideológica que existe entre los delitos concurrentes permite, en la mayoría de los casos, una valoración unitaria de los hechos y, en consecuencia, la absorción de uno o unos por otro.

**2.5.-** El inciso 3° es una innovación. Su objeto es abordar una materia sobre la cual –en la doctrina y por sobre todo en la jurisprudencia– existen criterios y decisiones disímiles. Se trata de casos en que el responsable de un hecho ocasiona dolosa o imprudentemente múltiples resultados de muerte o lesiones corporales a personas. En mi opinión, la gran mayoría de esos casos constituyen hipótesis de concurso formal de delitos, sin perjuicio de que es posible –en algunas oportunidades, particularmente tratándose de hechos imprudentes– observar un único delito. No obstante, hay quienes incluso afirman que se trataría de pluralidad de hechos (más bien acciones), de donde entienden que se trataría de un concurso material de delitos. Presumo que, al menos tratándose de decisiones judiciales, ese razonamiento obedece en parte a la aversión que provoca beneficiar al responsable de un hecho doloso o imprudente que ocasiona

muchas muertes o lesiones corporales con una pena disminuida producto de la absorción agravada. Me ha parecido prudente zanjar esta cuestión otorgando a los jueces una regla de asperación con las siguientes características:

- En esos casos se permite facultativamente al tribunal aumentar la pena determinada con arreglo al inciso 1° en el doble, si el hecho es doloso, o en la mitad de su extensión, si fuere imprudente.
- El tratamiento diferenciado se justifica atendido que la comisión dolosa es, por regla general, más grave que la imprudente.
- En mi opinión, esta regla no permitiría al tribunal equiparar la imprudencia temeraria al dolo y luego aumentar –como hecho doloso- la pena hasta el doble de la que resultare. Ello vulneraría en mi opinión la prohibición de doble valoración (*ne bis in ídem*).
- En los casos en que haya concurso aparente de leyes penales, la regla no se aplica en razón de la excepción contenida en el inciso 1° del artículo B, observándose un solo delito.
- Se da un criterio general a considerar por los tribunales para hacer la exasperación (“*considerando para ello todas las circunstancias del hecho*”), fórmula suficientemente amplia como para tener en cuenta distintos elementos, entre ellos, el mayor o menor número de muertos o lesionados.

**3.- Artículo C.** Esta disposición propone tratar en el Código Penal la (erróneamente) denominada *unificación de penas*, materia que hoy está regulada en el artículo 164 del COT. Los criterios empleados son los siguientes:

**3.1.-** La aplicación de las reglas concursales por una sentencia supone que los distintos hechos imputados a un sujeto hayan sido objeto de un solo procedimiento que culmina con una sentencia. Pero en la práctica esto no es así, pues es posible que el Ministerio Público disponga la separación de investigaciones (artículo 185 CPP) dando eventualmente lugar a juicios distintos o que el tribunal autorice la separación de acusaciones (artículo 274 CPP). Es posible también que existan de hecho dos procedimientos separados en que se atribuye responsabilidad a un mismo imputado (sin que haya mediado una decisión de desagrupar investigaciones o acusaciones) por hechos respecto de los cuales no ha recaído una sentencia firme. En todos esos casos es de mínima justicia que el sujeto reciba un tratamiento análogo al que habría recibido si hubiese sido juzgado en un único juicio y ello se hace mediante la acumulación de penas.

**3.2.-** La norma propuesta se ha construido sobre la base de un concurso material, que es la hipótesis de ordinaria ocurrencia en estos casos. Como redacción alternativa se ofrece un inciso final que se ocupa de los concursos ideal y medial.

**3.3.-** En el caso del concurso material, los presupuestos para la aplicación de la regla son los siguientes:

- Es necesario que a un sujeto se le atribuya responsabilidad por dos hechos diversos constitutivos de delitos.
- Es necesario que de haber sido ambos hechos objeto de una única sentencia, haya podido observarse un concurso real, lo que implica que la perpetración de los mismos haya acaecido *antes* de que se haya dictado sentencia ejecutoriada respecto de ellos (en caso contrario operaría la agravante de reincidencia, para el evento de que la comisión resuelva incorporar una modificatoria de responsabilidad de esa clase).

- Es necesario que ambos hechos sean objeto de procedimientos (juicios) diversos.
- Al momento de aplicar la regla, es necesario que en uno de los juicios se haya impuesto al menos una pena privativa de libertad por sentencia firme.

**3.4.-** La norma propuesta obliga al tribunal que debe dictar la segunda sentencia condenatoria a considerar el total de penas privativas de libertad como si se hubiesen acumulado materialmente las mismas. Si la extensión de la pena total es mayor que el triple de la pena efectiva más alta, deberá reducir la que imponga en la sentencia de modo que no se sobrepase el límite máximo señalado en el artículo A.

**3.5.-** La operación debe realizarse en todas las sentencias que se dicten luego en otros juicios, si los hubiere, siempre que se trate de hechos perpetrados antes del fallo ejecutorio dictado en los anteriores. En tales casos, la comprobación debe hacerse respecto de todas las penas privativas de libertad impuestas en las sentencias pretéritas.

**3.6.-** El inciso 2º tiene por finalidad permitir que en los casos de *unificación de penas* se pueda imputar a la pena que imponga la segunda sentencia, el exceso de privación de libertad que como medida cautelar haya sufrido el sujeto en el procedimiento anterior (exceso en relación a la pena efectiva impuesta en ese procedimiento). Alternativamente se propone incorporar también el exceso en las medidas cautelares restrictivas de libertad, si la comisión aprueba algún modo de convertibilidad para esas medidas. Esta regla extiende a los casos de pluralidad de procedimientos la regla que permite imputar el tiempo que se ha permanecido privado de libertad a la pena privativa de libertad cuando se tratare de un mismo procedimiento.

**3.7.-** El inciso 3º extiende la posibilidad de *unificar penas* en los casos de sentencias ejecutoriadas:

- La modificación debe hacerla el tribunal que dictó la última de las sentencias ejecutoriadas, reduciendo la pena impuesta si la suma de todas las sanciones privativas de libertad excede del máximo previsto en el artículo A.
- Si son varias sentencias y la modificación de la última es insuficiente para el cumplimiento del máximo legal, se modifican las anteriores en orden inverso a las fechas en que quedaron ejecutoriadas y en la medida en que sea necesario para observar la regla limitativa de la acumulación material.
- De esta manera, en la *acumulación de penas* no se dicta una nueva sentencia y cada tribunal debe modificar la que pronunció, evitándose la avocación de causas afinadas conocidas y resueltas por otros tribunales.
- Se trata, sin duda, de una excepción al principio de cosa juzgada.
- La modificación procede a petición del Ministerio Público o de la defensa. El tribunal no puede actuar de oficio, pues me parece que este mecanismo excepcional en lo que a cosa juzgada se refiere debe ser administrado en la medida en que se haga valer un interés legítimo en ello.
- Además, se impide la modificación de sentencias firmes en los casos en que todas las penas privativas de libertad impuestas por los fallos se hayan cumplido. En tales casos no puede haber un interés legítimo en pasar por sobre la cosa juzgada.

**3.8.-** En la propuesta alternativa se intercala como inciso 2º una obligación del tribunal que dicta la sentencia posterior de no considerar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que, de haberse observado un concurso real, no podrían tenerse en cuenta.

**3.9.-** En mi opinión esa regla –considerada de modo expreso en el artículo 164 COT- es innecesaria según la forma en que opera la institución:

- El inciso 1° de la norma aclara que la *acumulación de penas* procede sólo si a la fecha de *perpetración* de los hechos punibles no se ha dictado respecto de ninguno de ellos sentencia ejecutoriada.

- Esta regla es propia de todo concurso material y, de no concurrir por haberse dictado fallo ejecutoriado antes de la comisión de alguno de los hechos, no habría concurso sino reincidencia (en los términos de la legislación vigente).

- Por lo tanto, la exclusión de la agravante de reincidencia (para el caso de que la comisión resuelva incorporar alguna forma de reincidencia al anteproyecto) opera en razón del inciso 1° y no por una regla especial, la que resultaría innecesaria.

- Por las mismas razones, la comisión de un hecho delictivo antes de que se haya dictado sentencia condenatoria respecto de otro delito anterior no debería ser óbice para afirmar la irreprochable conducta del sujeto.

**3.10.-** No obstante, me ha parecido conveniente sugerir como alternativa un inciso relativo a esta materia, no para evitar la aplicación de la agravante de reincidencia, que está excluida en el inciso 1°, sino para evitar el sesgo retrospectivo en la construcción de agravantes o en el descarte de atenuantes al dictarse la sentencia posterior, todo ello en razón de conocer el tribunal la existencia de un fallo condenatorio anterior.

**3.11.-** En la propuesta alternativa se sugiere agregar un inciso final relativo a la unificación de penas en los casos de concurso ideal y medial. No se considera como propuesta principal por cuanto lo habitual es que tratándose un solo hecho delictivo (concurso ideal) o de varios vinculados entre sí en una relación de medio a fin, lo ordinario es que sean investigados en un mismo procedimiento, conocidos en un mismo juicio y resueltos por una misma sentencia.

**3.12.-** Sin embargo, no es totalmente descartable que aún en estos casos hayan dos o más sentencias y, para esas hipótesis se propone la regla. Lógicamente, la *acumulación de penas* en casos de concurso ideal o medial no tiene por fin ajustar la suma de todas ellas a un límite máximo de duración, sino hacer operar un régimen de absorción agravada, como el del artículo B. Por consiguiente, el sentenciador de la causa posterior deberá hacer los ajustes necesarios a fin que se observe lo prescrito en dicha norma, lo que se puede realizar sin afectar la sentencia firme dictada en forma anterior.

Santiago, 22 de abril de 2013