

CONCURSO DE DELITOS

Problemas fundamentales

FRANCISCO MALDONADO FUENTES
Editor



tirant lo blanch
Valencia, 2021

La realización de múltiples formas cualificadas de un mismo tipo–base como concurso aparente

JUAN PABLO MAÑALICH R*

1. LA ESPECIALIDAD Y LA CONSUNCIÓN COMO CRITERIOS DE DESCONOCIMIENTO PENOLÓGICO

El objetivo de este trabajo es presentar una solución para un problema suficientemente preciso, a saber: el problema que caracterizaré como el de la realización de múltiples formas cualificadas de un mismo tipo–base. Para identificar el lugar exacto que ese problema ocupa en el mapa que nos provee la dogmática de los concursos de hechos punibles, resulta imprescindible bosquejar, brevemente, este mapa.

Todo concurso de hechos punibles consiste, mínimamente, o bien en la realización múltiple de un mismo tipo–de–hecho–punible, en el sentido de un “concurso homogéneo”, o bien en la realización de múltiples tipos–de–hecho–punible, en el sentido de un “concurso heterogéneo”, en la medida en que sea posible un juzgamiento conjunto de los dos o más hechos punibles concurrentes. Con arreglo al CP chileno, si el concurso homogéneo o heterogéneo tiene lugar en una situación de unidad de hecho, su estatus será el de un concurso ideal; en caso contrario, su estatus será o bien el de un concurso medial, siempre que entre los dos o más hechos punibles se dé una conexión

* Doctor en Derecho Rheinische Friedrich–Wilhelms–Universität, Bohn, Alemania. Profesor titular de la Facultad de derecho de la Universidad de Chile. El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2017–86139, titulado “Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva”, dirigido por Enrique Peñaranda y Laura Pozuelo, de la Universidad Autónoma de Madrid, y financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España.

teleológica, o bien el de un concurso real, en cualquier otro caso. Bajo el derecho chileno, tanto el concurso ideal como el medial quedan sometidos a un régimen de “asperación” de la pena más severa; el concurso real, por su parte, o bien a un régimen de pena global exasperada o bien a un régimen de exasperación de la pena más severa, en la medida en que se trate de un concurso de hechos punibles que menoscaben un mismo bien jurídico, o bien a un régimen de acumulación “material”, en cualquier otro caso¹.

Un concurso heterogéneo de hechos punibles puede resultar desconocido como factor penológico, si la aplicación de las dos o más normas de sanción internamente aplicables al conjunto de circunstancias susceptibles de juzgamiento conjunto se presenta como excesiva bajo el principio de proporcionalidad, en cuyo caso su aplicación conjunta daría lugar a una redundancia punitiva circunstancial. En tal medida, los criterios de desconocimiento penológico del concurso respectivo como “aparente” se comportan como meta-reglas de preferencia que condicionan negativamente la aplicabilidad externa de una o más normas de sanción internamente aplicables.

Los criterios de reconocimiento de la respectiva redundancia varían según cuál sea la estructura del concurso de cuyo desconocimiento penológico se trata. Tratándose del desconocimiento de un concurso medial o de un concurso real —esto es, de un concurso *sin* unidad de hecho—, el criterio aplicable es el del hecho anterior o posterior co-penado². Tratándose del desconocimiento de un concurso ideal —esto es, de un concurso *en* unidad de hecho—, es controvertido cuál o cuáles serían los criterios pertinentes. En lo que sigue reseñaré el argumento, desarrollado pormenorizadamente en un trabajo anterior, para sostener que los criterios aquí relevantes se reducen a los de la especialidad y la consunción³. Para ello es imprescindible no confundir dos preguntas, a saber: la pregunta por la relación lógico-semántica en que pueden encontrarse los dos o más tipos-de-hecho-punible concurrentemente realizados, por un lado; y la pregunta por la específica regla de preferencia de cuya aplicación depende que alguno de

¹ Al respecto, MAÑALICH (2018), pp. 135 ss., 146 ss., 154 ss., 158 ss.

² Véase MAÑALICH (2018), pp. 206 ss.

³ MAÑALICH (2018), pp. 185 ss. y 195 ss.

los hechos punibles concurrentes sea obliterado como objeto de la respectiva sentencia condenatoria y así como factor penológico, por otro.

Tal como (mucho antes que Klug) lo mostrara Beling, dos o más tipos-de-hecho-punible —valga la redundancia: *diferentes*— solo pueden encontrarse en alguna de las siguientes tres relaciones lógico-semánticas, a saber: o bien en relación de heterogeneidad (o exclusividad), o bien en relación de subordinación (o inclusión), o bien en relación de interferencia (o neutralidad)⁴. Cuál de estas tres sea la relación en que se encuentran dos tipos cualesquiera, resulta determinado por la *extensión* —o más coloquialmente: el “alcance”— de la descripción abstracta en la que consiste cada uno de los respectivos tipos, que a su vez resulta determinada por la *intensión* —o más coloquialmente: “el sentido”— de la respectiva descripción⁵.

Puesto que es conceptualmente imposible que una *misma* unidad de comportamiento resulte subsumible bajo dos tipos que se encuentren en relación de heterogeneidad,⁶ un concurso aparente en unidad de hecho sólo podría darse entre la realización de tipos que se encuentren o bien en relación de subordinación o bien en relación de interferencia. Beling demostró que, existiendo una relación de subordinación entre los tipos concurrentemente realizados, el carácter aparente del concurso tendría que quedar fundamentado en el criterio de la especialidad, así como que, dándose una relación de interferencia (o “neutralidad”), en el criterio de la consunción⁷. A este respecto, su contribución capital consiste en haber detectado dónde radica la diferencia específica entre uno y otro criterio, que en efecto está asociada a su diferente sensibilidad a la estructura de la relación lógico-semántica en la cual se encuentren los tipos concurrentemente realizados.

Para reconstruir la tesis de Beling, es necesario reparar en que, tratándose de dos tipos que se encuentran en una relación de

⁴ Véase BELING (1906), pp. 281 ss., 304 ss.; KLUG (1956), pp. 399 ss. y 403 ss.

⁵ Al respecto, MAÑALICH (2018), pp. 185 ss.

⁶ Esto supone, en contra de lo sostenido por PUPPE (1979), pp. 282 ss., negar que la sola *simultaneidad* de la realización de dos o más tipos, a través del comportamiento de una misma persona, sea condición suficiente para reconocer semejante “unidad de comportamiento”.

⁷ BELING (1906), pp. 309 ss.

subordinación, la descripción abstracta en la que consiste el tipo subordinado —verbigracia, el tipo del asesinato— no es más que una *especificación semántica* de la descripción abstracta en la que consiste el tipo superordinado —verbigracia, el tipo del homicidio—. Esto quiere decir que el criterio de la especialidad es *intrínseco* a la estructura lógico-semántica de la relación (de subordinación) en la cual se encuentran los dos o más tipos concurrentemente realizados.

Esto último no es predicable del criterio de la consunción, en la medida en que la relación lógico-semántica en que aquí han de encontrarse los tipos concurrentemente realizados es de interferencia. En efecto, el supuesto de hecho de la norma consumida o absorbida se ve aquí sólo *contingentemente* realizado por la (misma) unidad de comportamiento que realiza el supuesto de hecho de la norma absorbente. De ello se sigue que la preterición de la primera norma de sanción sólo puede encontrarse justificada en razón de que la punición fundamentada por la subsunción del objeto de juzgamiento bajo el segundo tipo vuelva *in concreto* superflua una condena referida a la realización del supuesto de hecho de la primera norma, en tal medida desplazada⁸. Esto quiere decir que el criterio de la consunción es *extrínseco* a la relación lógico-semántica (de interferencia) en la cual se encuentran los dos o más tipos concurrentemente realizados.

Con esto, el irreductible margen de incertidumbre asociado a la aplicación del criterio de la consunción se explica por el hecho de que su invocación exige una comparación cualitativa de la *intensio* de los dos o más tipos realizados desde el punto de vista del concreto objeto de juzgamiento que satisface cada una de las descripciones en cuestión⁹. Mi propuesta de reconstrucción del criterio de la consunción, encaminada a minimizar ese mismo margen de incertidumbre, consiste en especificarlo en la forma de una exigencia de “intensionalidad congruente”¹⁰. Esto se traduce en que el desconocimiento penológico de un concurso por consunción no dependa de la comparación de las descripciones abstractas en las que consisten los dos o más *tipos* realizados en cuanto *títulos* de subsunción, sino de la comparación de las

⁸ BELING (1906), p. 311.

⁹ KLUG, (1956), p. 409.

¹⁰ MAÑALICH (2018), pp. 203 ss.

descripciones comparativamente más concretas a través de las cuales la respectiva unidad de comportamiento es especificada como *objeto* de subsunción bajo los tipos de cuya realización se trata.

Así por ejemplo, en un caso en el cual la perpetración de un robo con fuerza en las cosas conlleva, contingentemente, la perpetración de un delito de daño, cabrá entender desplazada la norma de sanción que tipifica este último delito en razón de que la descripción del objeto de juzgamiento bajo la cual este realiza el tipo del daño es, al mismo tiempo, una descripción que conlleva la satisfacción de un elemento determinado del tipo del robo con fuerza en las cosas. Generalizando la tesis: para que opere el criterio de la consunción, es necesario que la descripción mínima de la cual depende la relevancia de una o más circunstancias para la realización de uno de los tipos sea una descripción que asimismo les confiera relevancia para la realización del otro. En esto consiste la exigencia de que las circunstancias con relevancia para la subsunción del respectivo comportamiento bajo uno y otro tipo puedan ser identificadas de modo *intensionalmente congruente*.

Para sostener que solo la especialidad y la consunción han de ser admitidas como criterios de desconocimiento penológico de un concurso en unidad de hecho es necesario, como es obvio, ofrecer un argumento que demuestre, al mismo tiempo, que hay razones para prescindir de los otros dos criterios a los que tradicionalmente se ha atribuido la misma función, a saber: los criterios de la subsidiariedad (expresa o tácita) y la alternatividad. En el mismo trabajo ya aludido he procurado presentar ese argumento doble, que aquí simplemente enunciaré. Por un lado, y como también lo mostrara Beling, la subsidiariedad no puede ser reconocida como criterio, porque la expresión “subsidiariedad” designa, más bien, la *forma* que exhibe todo criterio de esta índole en cuanto regla de preferencia¹¹. Por otro lado, aquello que desde Binding suele ser tematizado como “alternatividad” no se corresponde con un criterio que coexista con los de la especialidad y la consunción, sino —y bajo la reformulación que de él hiciera Klug— más bien con la posibilidad de que el criterio de la

¹¹ MAÑALICH (2018), pp. 192 ss.

especialidad resulte *derrotado* con cargo al fundamento que subyace al criterio de la consunción¹².

2. LA CONCURRENCIA DE REALIZACIONES DE MÚLTIPLES FORMAS CUALIFICADAS DE UN MISMO TIPO-BASE

Como ya lo anticipara, el problema que me interesa atacar aquí lo plantean aquellos casos en los cuales se ven realizadas, en unidad de hecho, dos o más formas cualificadas de un mismo tipo-base¹³. Antes de ejemplificar las constelaciones en referencia a las cuales pretendo analizar el problema, quisiera establecer algunas estipulaciones terminológicas para evitar posibles confusiones.

Por “tipo-base” entenderé todo tipo-de-hecho-punible que se corresponde con una forma mínimamente compleja de comportamiento que cuenta como antecedente de la imposición de una sanción penal. Por “forma cualificada” de un tipo-base entenderé todo tipo-de-hecho-punible que representa una especificación semántica de un determinado tipo-base. Esto implica que entre un tipo-base y cada una de sus posibles formas cualificadas necesariamente exista una relación lógico-semántica de subordinación, en el sentido ya explicado. Cabe hacer explícito, además, que el estatus de un tipo en cuanto forma cualificada de otro tipo es independiente de la *dirección penológica* que exhiba la correspondiente cualificación. Así, bajo el uso que estaré haciendo de esta expresión, una “forma cualificada” de un tipo-base puede corresponderse o bien con un hecho punible *calificado* o bien con un hecho punible *privilegiado* respecto del hecho punible en el que consiste la realización del respectivo tipo-base. Finalmente, hay que observar que según la misma definición es posible que una forma cualificada de algún tipo-base pueda consistir en una especificación semántica de otra forma cualificada, comparativamente menos específica, del mismo tipo-base. Bajo el derecho chileno vigente,

¹² MAÑALICH (2018), pp. 188 ss.

¹³ Un muy exhaustivo análisis del problema se encuentra en MATUS (2008), pp. 333 ss. y 355 ss.

esta es precisamente la relación en que se encuentran los tipos del infanticidio y del parricidio: el primer tipo se corresponde con una cualificación del segundo, y así también —por implicación— con una cualificación del tipo del homicidio simple¹⁴.

Sobre la base de estas estipulaciones, entonces, consideremos ahora un primer caso cuyo análisis tendría que contribuir a proveer claridad sobre el problema y su eventual solución:

(1) A es hijo de B, quien como fiscal del Ministerio Público lleva adelante una investigación contra T, amigo de A. Para sabotear la investigación, A mata a B haciendo detonar una bomba.

El caso ilustra adecuadamente una de las constelaciones aquí relevantes. En efecto, el comportamiento de A, consistente en hacer detonar la bomba cuya explosión resulta en la muerte de B, realiza, a lo menos, los siguientes tres tipos-de-hecho-punible: el del homicidio simple, fijado en el inc. 2° del art. 391¹⁵; el del parricidio, fijado en el inc. 1° del art. 390¹⁶, y el del atentado homicida contra un fiscal del Ministerio Público o un defensor penal público, fijado en el art. 268 ter del CP¹⁷, y al cual, simplemente para simplificar el discurso, me referiré como el tipo del “fiscalicidio o defensoricidio”. Dado que este exhibe la estructura de un tipo disyuntivamente compuesto por dos variantes, la de fiscalicidio y la de defensoricidio, y dado que el comportamiento de A solo tiene relevancia típica bajo la primera de esas dos variantes alternativas, en lo que sigue hablaré exclusivamente de “fiscalicidio” para hacer referencia al título de punibilidad que, en lo relativo al comportamiento de A, se corresponde con la realización del supuesto de hecho de la norma de sanción del art. 268 ter.

¹⁴ Véase MAÑALICH (2018), pp. 197 ss.

¹⁵ Que reza: “El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 2.° Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso”.

¹⁶ Que reza: “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.

¹⁷ Que reza: “El que mate a un fiscal del Ministerio Público o a un defensor penal público en razón del ejercicio de sus funciones, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.

El tipo del homicidio simple se comporta como tipo-base respecto de cada uno de los otros dos tipos, que correspondientemente cuentan, entonces, como formas cualificadas de aquel, cada una de las cuales se encuentra, entonces, en una relación de subordinación con el primero. Entre una y otra forma cualificada de homicidio, empero, no se da una relación de subordinación, sino una relación de interferencia. Esto quiere decir que es posible, mas no necesario, que un comportamiento constitutivo de parricidio resulte ser, al mismo tiempo, constitutivo de fiscalicidio, y viceversa. Precisamente nuestro caso es uno en el cual el comportamiento que funge como objeto de juzgamiento queda comprendido en la zona de superposición de la extensión de uno y otro tipo.

La única conclusión que es posible extraer de lo dicho hasta aquí consiste en las siguientes dos proposiciones, una positiva y otra negativa. Por un lado, cada uno de los dos concursos constituidos por la concurrencia —en unidad de hecho— de la realización del tipo del homicidio simple y la realización de una de las dos formas cualificadas ha de ser penológicamente desconocido, en la forma de un concurso aparente por especialidad. Esto implica que si A ha de ser condenado sea por parricidio o por fiscalicidio, él no podría ser condenado, además, por homicidio. Pero por otro lado, la concurrencia de la realización de las dos formas cualificadas *no* puede ser penológicamente desconocida en la forma de un concurso aparente por especialidad, precisamente porque la relación lógico-semántica que se da entre ellas no es una de subordinación.

¿Pero podría ese concurso ser tratado como aparente bajo algún criterio distinto del de la especialidad? Tal como ya se explicara, el único criterio distinto del de la especialidad que pudiera tener pertinencia para el eventual desconocimiento penológico de un concurso en unidad de hecho sería el de la consunción, reconstruido en el sentido de un criterio de intensionalidad congruente. No debería ser difícil advertir que en nuestro caso hay que negar que el concurso entre parricidio y fiscalicidio pueda ser penológicamente desconocido bajo el criterio de la consunción así entendido. Pues las circunstancias del caso que determinan que el comportamiento de A sea constitutivo no solo de homicidio simple sino también de parricidio, por un lado, y de fiscalicidio, por otro, no satisfacen la exigencia de intensionalidad congruente. Que el homicidio en cuestión resulte constitutivo

de parricidio, se explica porque B era alguien que, en relación con A, satisfacía una de las calidades típicamente relevantes bajo inc. 1º d el art. 390, estando A en conocimiento de que B satisface esa calidad a su respecto¹⁸. Y que ese mismo homicidio también sea constitutivo de fiscalicidio se explica porque, al momento de acaecer su muerte, B tenía el estatus de fiscal del Ministerio Público, pudiendo sostenerse, además, que A le mató en razón del ejercicio de esa función por parte de B. Esto basta para concluir que las circunstancias respectivamente cualificantes no se encuentran en una relación de congruencia intensional, lo cual basta, a su vez, para descartar la pertinencia del recurso a la consunción.

Con ello, al parecer no habría más chance que asumir que el concurso entre parricidio y fiscalicidio no debe ser penológicamente desconocido, lo cual resultaría en su tratamiento como un concurso ideal, como tal sometido al régimen de absorción agravada (o “aspiración”) previsto en el art. 75 del CP¹⁹. En la discusión alemana, tal fue la solución célebremente alcanzada por Beling²⁰; en la discusión española, es Mir Puig quien destaca por haber hecho suyo ese mismo planteamiento²¹. Esta solución, sin embargo, se ve desafiada por la magnitud de la convergencia doctrinal en su rechazo²². El problema está, empero, en que las propuestas alternativas, favorables a la solución del concurso aparente, no logran quedar sustentadas en premisas teóricas suficientemente robustas. Ello afecta tanto a la tesis, tradicionalmente defendida por un sector muy relevante de la doctrina española, que pretende acudir al así llamado criterio de la

¹⁸ Nótese que la exigencia del “conocimiento de las relaciones que los ligan” no debe ser entendida como una cualificación del dolo de homicidio *sub specie* parricidio, puesto que, siguiendo a Binding, no cabe reconocer tal cosa como un “dolo de parricidio”; la cláusula en cuestión específica, más bien, un presupuesto objetivo-subjetivo de la punibilidad de un homicidio a título de parricidio. Al respecto, y en detalle, MAÑALICH (2017), pp. 172 ss.

¹⁹ Que reza: “La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. (...) En estos casos solo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave”.

²⁰ BELING (1906), pp. 311 ss.

²¹ MIR PUIG (1988), pp. 995 ss.

²² Al respecto, véase el panorama ofrecido en PEÑARANDA (1991), pp. 47 ss., con nota n° 26.

“alternatividad”²³, como a la tesis que invoca el así llamado criterio de la “subsidiariedad tácita”²⁴.

Si prestamos atención a nuestro caso, y más allá de la objeción conceptual ya esgrimida para desacreditar, en general, el recurso a la noción de subsidiariedad, debería ser claro que la apelación a una relación de subsidiariedad tácita entre los títulos de punibilidad del parricidio y el fiscalicidio imputables a A no se sostiene. Pues en virtud de la inconmensurabilidad de los respectivos factores con incidencia cualificante carecemos de un punto de vista no arbitrario para determinar cuál de esos títulos de punibilidad hubiera de aparecer como subsidiario frente al otro. En lo relativo al recurso al pretendido criterio de la alternatividad, hay que observar que, si se lo toma en la forma en que fuera delineado por Klug, el pretendido criterio tendría que resultar aplicable a casos en los cuales los tipos concurrentemente realizados se encuentran en una relación de subordinación, y no en una relación de interferencia como la que se da entre las dos formas cualificadas de homicidio aquí consideradas²⁵. Y si se lo toma, en cambio, en la forma que le diera Binding, el pretendido criterio de la alternatividad no logra especificar condición de preferencia alguna²⁶.

3. EL CRITERIO (NEGATIVO) DE LA IDENTIDAD DE REALIZACIÓN DEL TIPO-BASE

La insuficiente fundamentación de la solución del concurso aparente está asociada a la debilidad que afecta a la objeción dirigida contra la solución del concurso ideal. Pues no basta apelar, gruesamente, al principio *ne bis in idem* para identificar la razón por la cual una doble condena por parricidio y fiscalicidio pudiera resultar excesiva en referencia al caso hasta aquí examinado. Pues no debemos olvidar que la prohibición de sobrevaloración en la que se concreta el principio *ne bis in idem*, en cuanto estándar sustantivo de adjudicación, queda

²³ GIMBERNAT (1990), pp. 436 ss.

²⁴ SANZ MORAN (1989), pp. 671 ss.; MATUS (2008), pp. 391 ss.

²⁵ Véase MAÑALICH (2018), pp. 190 ss.

²⁶ MAÑALICH (2018), pp. 189 s., con nota n° 53.

complementada por el así llamado “mandato de exhaustividad”, con arreglo al cual la respectiva sentencia condenatoria debe expresar una valoración de cada una de las propiedades del objeto de juzgamiento que exhiban significación jurídico-penal autónoma²⁷. Y ello vuelve inviable sostener que, en referencia a nuestro caso, una condena por parricidio pudiera resultar expresiva del desvalor diferencial de un fiscalicidio, así como que una condena por fiscalicidio pudiera resultar expresiva del desvalor diferencial de un parricidio. Un argumento capaz de demostrar el exceso penológico que conllevaría una doble condena por parricidio y fiscalicidio necesita prestar atención a un factor que no es reducible a la comparación de las dos formas cualificadas entre sí.

Para detectar en qué consiste este factor, consideremos ahora el caso siguiente:

(2) A es hijo de B, quien después de enviudar de la madre de A contrajo matrimonio con C, quien como fiscal del Ministerio Público lleva adelante una investigación contra T, amigo de A. Para sabotear la investigación, A mata a C haciendo detonar una bomba que también resulta en la muerte de B, lo cual fuera previsto como cierto por A.

Como debería ser claro, la diferencia específica que (2) exhibe frente a (1) no concierne a la realización, en unidad de hecho, tanto del tipo del parricidio como de la variante típica de fiscalicidio. La diferencia consiste, antes bien, en que en (2) la realización de cada una de esas dos formas cualificadas se sustenta en una *instancia distinta* de realización del tipo-base. Dicho en otros términos: mientras en (1) la realización concurrente de una y otra forma cualificada superviene a una única realización del tipo del homicidio simple, en (2) esa misma realización concurrente de las dos formas cualificadas superviene a un concurso ideal (homogéneo) entre *dos* homicidios simples²⁸, de los cuales uno tiene por víctima a B, en tanto que el otro, a C.

²⁷ Véase MAÑALICH (2018), pp. 70 ss.

²⁸ Al respecto, véase MAÑALICH (2018), pp. 86 ss., donde se presenta una propuesta de refutación de la tesis que rechaza el sometimiento de un concurso ideal homogéneo al régimen de penalidad previsto en el art. 75 del CP.

Tal como se observara al comienzo, son dos los factores que tienen impacto en que, en un caso cualquiera, se configure (nada más que) un único hecho punible a saber: el de la identidad de la instancia de realización del respectivo tipo, por un lado, y el de la identidad del tipo respectivamente realizado, por otro. Desde este punto de vista, los casos (1) y (2) divergen en relación con el primer factor. El problema radica, sin embargo, en que este *no* es el factor al que prestan atención los criterios de la especialidad y la consunción para el eventual desconocimiento penológico de un concurso en unidad de hecho. Pues bajo la reconstrucción estricta que he intentado hacer de uno y otro, esos criterios fundamentan el carácter “aparente” del concurso en cuestión a través de una identificación de las propiedades que fundamentan la desaprobación jurídico-penal del objeto de juzgamiento, especificadas por dos o más de los tipos concurrentemente realizados. La dificultad consiste, entonces, en identificar una razón para concluir que la identidad de la realización del tipo-base realizado a través de un comportamiento que al mismo tiempo realiza dos o más formas cualificadas de ese mismo tipo-base hubiera de llevar a desconocer penológicamente la realización concurrente de las correspondientes formas cualificadas.

Para ello hay que notar que el criterio que está siendo perfilado aquí es privativo de las constelaciones de realización de múltiples formas cualificadas de un mismo tipo-base. En efecto, la pregunta no puede siquiera ser planteada en referencia a casos en los cuales (solo) se realizan dos o más tipos-base diferentes. A modo de ejemplo: si un mismo contacto sexual, constitutivo de acceso carnal, resulta típicamente relevante tanto a título de violación de una persona menor de 14 años como a título de incesto, ciertamente cabe decir que en tal caso se ve realizada una sola vez la descripción “acceder carnalmente a otra persona”. Pero esta última descripción *no* se corresponde con tipo-de-hecho punible alguno. De ahí que lo único que quepa constatar es la realización, en unidad de hecho, del tipo de la violación de menor impúber y el tipo del incesto, que al no encontrarse en relación de subordinación, y por no satisfacerse el criterio de la intensionalidad congruente entre las circunstancias que confieren relevancia típica al

contacto sexual a uno y otro título, asume la forma de a un concurso (ideal) no susceptible de ser desconocido penológicamente²⁹.

Con ello, el específico criterio para el desconocimiento penológico de dos formas cualificadas de un mismo tipo-base, que resultaría aplicable en (1) y no aplicable en (2), consiste en la *identidad de la realización del respectivo tipo-base*. Si, como ocurre en (1), a una persona es imputable una única realización del tipo del homicidio simple, y ese homicidio queda cualificado tanto a título de parricidio como a título de fiscalicidio, entonces ciertamente cabe condenarla como responsable de homicidio simple, de parricidio o de fiscalicidio, pero no por más de una *única* instancia de homicidio, simple o cualificado. Esto sugiere que la redundancia punitiva circunstancial que quedaría asociada, en tal caso, a una reacción punitiva fundada en una doble condena por parricidio y fiscalicidio es estrictamente dependiente de la identidad de la instancia de realización del tipo del homicidio simple en cuanto tipo-base. Es claro, como contrapartida, que semejante redundancia punitiva no quedaría asociada a la doble condena que tendría que ser pronunciada contra A en (2).

Precisamente porque la redundancia punitiva que en (1) quedaría asociada a una doble condena por parricidio y fiscalicidio es dependiente de la circunstancia de que en ese mismo caso el tipo-base común a ambas formas cualificadas se haya visto realizado una sola vez, el criterio de desconocimiento penológico aquí propuesto es enteramente insensible a las propiedades expresadas por los elementos que hacen de cada una de esas formas cualificadas una especificación semántica *diferente* de ese mismo tipo-base. Esto explica que para resolver nuestro problema no pueda pretenderse echar mano al criterio de la especialidad o al de la consunción. Antes bien, el criterio de la identidad de la realización del tipo-base se encuentra construido sobre la premisa de que una condena por la realización de dos o más formas cualificadas de un mismo tipo-base solo es posible bajo la condición de que este tipo-base se haya visto realizado dos o más veces. En estos términos, el criterio se apoya en la misma razón que lleva a que en un caso como el siguiente tenga que descartarse una condena por dos parricidios:

²⁹ Véase MAÑALICH (2018), pp. 205 ss.

(3) A y B, quienes se divorciaran hace algunos años, restablecen su vida de pareja sin volver a casarse; en el marco de esta relación de cohabitación, A mata a B.

Nótese que lo que lleva a que en este caso quede descartada una condena por dos parricidios *no* consiste en que una pretendida doble realización del tipo del parricidio deba ser penológicamente desconocida. Pues a pesar de que en (3) entre A y B se constituyen dos vínculos típicamente relevantes bajo el art. 390 —a saber, el de ex matrimonio y el de convivencia—, aquí el tipo del parricidio solo se ha visto realizado una vez. Esto se funda en que el hecho de que la regulación legal formule una decisión de criminalización a través de la especificación de una forma de comportamiento consistente en la disyunción de dos o más formas de comportamiento es perfectamente compatible con la reconstrucción de esa decisión como la formulación de un *único* tipo-de-hecho-punible *alternativamente* estructurado³⁰.

Pero que el tipo del parricidio solo se haya visto realizado aquí una única vez *no* es independiente de que, en el mismo caso, el tipo del homicidio simple también se haya visto realizado una única vez. Y es la circunstancia de que esto último también sea predicable de (1) lo que determina que, en referencia a este caso, el concurso entre parricidio y fiscalicidio deba ser penológicamente desconocido.

El criterio de la identidad de la realización del tipo-base, recién introducido, se apoya en la misma premisa que llevaba a Jakobs a postular, en referencia a casos como los aquí considerados, un “concurso auténtico” de cualificaciones, que no podría confundirse, empero, con un concurso auténtico entre las realizaciones de los dos o más tipos cualificados, justamente porque esto último supondría computar doblemente la realización del respectivo tipo-base³¹. De esto Jakobs pretendía derivar la necesidad de una aplicación analógica del régimen de la absorción previsto en el ap. 2° del § 52 del StGB para el concurso ideal. Sin embargo, esta propuesta pasa por alto que, con arreglo a la *decisión legislativa* plasmada en la tipificación de cada una de las correspondientes formas cualificadas, los elementos

³⁰ Fundamental al respecto, ALTENHAIN (1995), pp. 384 ss.

³¹ JAKOBS (1991), § 31/24.

respectivamente cualificantes no tienen autonomía conceptual frente a los elementos en los cuales se descompone el correspondiente tipo-base. Ello determina que no quepa conferir relevancia penológica a la satisfacción de un elemento cualificante, como tal, sino en cuanto la satisfacción del mismo elemento se integre en una realización del tipo cualificado que, a su vez, no deba ser penológicamente desconocida bajo la prohibición de sobrevaloración. Constatar que la construcción de dos más tipos cualificados a partir de un mismo tipo-base es expresiva de una opción de técnica legislativa, no quiere decir que la decisión de criminalización así adoptada pueda ser desfigurada por la vía de degradarla a una opción de “mera” técnica legislativa.

4. EL CRITERIO (POSITIVO) DE LA MAYOR INTENSIDAD COMPARATIVA DEL ÉNFASIS CALIFICANTE O PRIVILEGIANTE

Pero concluir que en (1) A no podría ser condenado tanto por parricidio como por fiscalicidio no equivale a determinar cuál de esos dos cargos tendría que prevalecer como título de punibilidad para la correspondiente decisión de condena. La respuesta a esta última pregunta depende de una clarificación de la función específica que debería ser cumplida por la o las correspondientes reglas de preferencia. Para ello es necesario introducir una distinción adicional, concerniente a la relación en que pueden encontrarse las dos o más formas calificadas del respectivo tipo-base desde el punto de vista del aspecto, ya mencionado, de su *dirección penológica*³². Si las dos o más formas calificadas muestran una misma dirección penológica, sea ascendente o descendente, a partir del punto marcado por el correspondiente tipo-base, podemos decir que aquellas cuentan como “direccionalmente convergentes”; en cambio, si muestran una dirección penológica opuesta, puede decirse que cuentan como “direccionalmente divergentes”.

³² Supra, 2.

Entre el parricidio y el fiscalicidio se da una relación de convergencia direccional *ascendente*, en razón de que ellos representan sendos tipos *calificados* de homicidio. Pero también son concebibles casos en los cuales resulten concurrentemente realizadas dos o más formas cualificadas de un mismo tipo-base que se correspondan con sendos tipos *privilegiados* respecto de este, entre los cuales se dará una relación de convergencia direccional *descendente*. En referencia a estos últimos casos, Beling postulaba la solución consistente en reconocer un “concurso ideal invertido”, resultante en la imposición de la pena prevista para aquel de los hechos punibles concurrentes que tenga asignada la pena menos severa³³.

Beling no llegó a advertir, sin embargo, que lo único que podría justificar esta solución es asumir que la concurrencia de la realización de los dos o más tipos privilegiados debe ser penológicamente desconocida. Pues de lo contrario deviene imposible explicar que una persona a la que es imputable la realización de un solo tipo privilegiado quede, penológicamente, en peor posición que aquella a la cual sea imputable, además de la realización de ese mismo tipo privilegiado, la realización de otro tipo privilegiado sometido a una pena comparativamente menos severa. La solución penológica alcanzada por Beling solo resulta explicable si, en el entendido de que en tal caso solo procede la condena por una única forma cualificada del tipo-base en cuestión, advertimos que aquel de los dos tipos privilegiados concurrentemente realizados que tiene asignada la pena menos severa se corresponde, por ello, con la forma cualificada que es más intensamente expresiva de un privilegio operado sobre la (única) realización del tipo-base.

Pero con ello también deberíamos notar que, en contra de lo sugerido por Beling, en un caso como (1), en el cual se ven concurrentemente realizados dos o más tipos calificados respecto de un mismo tipo-base, no puede defenderse la solución del concurso ideal³⁴. Antes bien, el fundamento para imponer la pena asociada a aquel de los hechos punibles calificados que esté más severamente penalizado debe encontrarse en la consideración de que la condena por el hecho

³³ BELING (1906), pp. 312 y ss.

³⁴ Véase BELING (1906), pp. 311 ss.

punible constituido por la realización de la forma cualificada más severamente penalizada resultará más intensamente expresiva de una calificación operada sobre la (única) realización del tipo-base.

Para las dos constelaciones recién analizadas vale, ulteriormente, lo siguiente: si las dos o más formas cualificadas resultaran ser penológicamente equivalentes, en el sentido de que cada una de ellas se encuentre en un punto penológicamente equidistante del respectivo tipo-base, entonces el tribunal tendría que poder escoger cualquiera de ellas como (único) título de condena, a menos que las circunstancias con relevancia para la realización de alguna de ellas puedan llegar a desplegar un efecto direccionalmente convergente como factor adicional de determinación de la pena, según lo exige el ya mencionado mandato de exhaustividad³⁵. Esto es precisamente lo que ocurre en (1). Dada la identidad del marco penal previsto en el art. 390 y en el art. 268 ter, cabría asumir que el tribunal tendría que poder optar, indistintamente, por uno u otro título de condena. Pero en la medida en que el vínculo paterno-filial que se daba entre A y B tenga relevancia en la forma de la circunstancia del parentesco, prevista en el art. 13 del CP, como *agravante*, el tribunal tendría que favorecer una condena por fiscalicidio, de manera tal que la operatividad del parentesco como circunstancia agravante no se vea afectada por el filtro establecido en la segunda parte del inc. 1º del art. 63 del CP³⁶.

Para las constelaciones recién consideradas, entonces, la regla de preferencia aplicable tendría que identificarse con el criterio de la *mayor intensidad del énfasis calificante o privilegiante*. Debería ser claro que la aplicación del criterio así obtenido necesita ser modulada de cara a los casos en los cuales entre las dos o más formas cualificadas del mismo tipo-base concurrentemente realizadas se da una relación de *divergencia* direccional. El siguiente caso es ilustrativo de esta última constelación:

³⁵ Supra, 3.

³⁶ Que reza: “No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo”.

(4) A, abuelo del recién nacido N, acepta una suma de \$ 500.000 para dar muerte a N, lo cual ocurre dentro del segundo inmediatamente siguiente al parto.

En este caso, entre el homicidio simple, el parricidio y el infanticidio imputables a A se constituye un concurso aparente por especialidad, determinado por el hecho de que el tipo del parricidio representa una especificación del tipo del homicidio simple y de que el tipo del infanticidio representa una especificación del primer tipo y, por implicación, del segundo³⁷. Pero resultando lo anterior en que el criterio de la especialidad llevará a la preterición del homicidio simple y del parricidio a favor del infanticidio como título de condena, ello no obsta a que en (4) a A también sea imputable la realización del tipo (alternativo) del asesinato, plasmado en el N° 1 del art. 391 del CP³⁸, al haber A matado a N por premio o promesa remuneratoria. Y debería ser claro que entre los tipos del infanticidio y del asesinato no se da una relación de subordinación³⁹. Precisamente por la divergencia direccional que muestran las formas cualificadas concurrentemente realizadas en (4), cabe sostener que ellas deberían tenerse por neutralizadas o “compensadas” recíprocamente. De ahí que, en contra de lo asumido por quienes defienden la tesis del “efecto oclusivo de la ley más benigna”⁴⁰, como título de condena deba venir en consideración el hecho punible correspondiente a la realización del tipo-base, esto es, el homicidio-simple. Beling llegó a advertir la corrección de la

³⁷ Véase supra, 2.

³⁸ Que reza: “El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:

1.º Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:

Primera.- Con alevosía.

Segunda.- Por premio o promesa remuneratoria.

Tercera.- Por medio de veneno.

Cuarta.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.

Quinta.- Con premeditación conocida”.

³⁹ A este respecto, cabe notar que no tiene sustento alguno la caracterización del tipo del infanticidio como privilegiado frente al tipo del asesinato, ofrecida en POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS (1993), pp. 107 s.

⁴⁰ Al respecto, MATUS (2008), pp. 347 ss.

solución consistente en hacer aplicable el marco penal asociado al respectivo tipo-base, aun cuando circunscribiendo esa misma solución a aquellos casos en los cuales la distancia penológica entre el tipo-base y las dos formas cualificadas fuera, en cada una de las dos direcciones, idéntica⁴¹. Consistentemente con la premisa que él no lograra desactivar, sin embargo, Beling entendía que ello dejaba intacta la supuesta constatación de un concurso ideal entre las dos formas cualificadas concurrentemente realizadas. Pero según ya se ha explicado, ello queda descartado a través del recurso al criterio de la identidad de la realización del tipo-base.

A partir de esta premisa, que en (4) solo pueda ser pronunciada una condena por homicidio simple se explica por la circunstancia de que la divergencia direccional que exhiben el infanticidio y el asesinato conduce a su neutralización penológica para efectos de la selección del título de condena. Esto es compatible con que, para la individualización de la pena exacta dentro del marco penal correlacionado con el correspondiente tipo-base, el tribunal deba prestar atención a la distancia penológica que separa al tipo-base respecto de cada una de las formas cualificadas recíprocamente neutralizadas, para así o bien acercarse al límite inferior o al límite superior de ese marco, o bien para mantenerse cerca de su punto medio, según corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTENHAIN, Karsten (1995): “Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen: Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 107, pp. 382-401.
- BELING, Ernst (1906): *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- GIMBERNAT, Enrique (1990): “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencia sobre los delitos contra la vida (dolo eventual,

⁴¹ BELING (1906), p. 314.

- relación parricidio–asesinato)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLIII, pp. 421–441.
- JAKOBS, Günther (1991): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed. (Berlín y Nueva York, Ed. Walter de Gruyter).
- KLUG, Ulrich (1956): “Zum Begriff der Gesetzkonzurrenz”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 68, pp. 399–416.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2017): ¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual?, *Revista de Estudios de la Justicia* 27, pp. 171–182.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018): *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago, Edit. Thomson Reuters).
- MATUS, Jean Pierre (2008): *El concurso aparente de leyes penales* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- MIR PUIG, Santiago (1988): “Sobre la relación entre parricidio y asesinato”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLI, pp. 987–1000.
- PEÑARANDA, Enrique (1991): *Concurso de leyes, error y participación en el delito* (Madrid, Edit. Civitas).
- POLITOFF, Sergio GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan (1993): *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PUPPE, Ingeborg (1979): *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen* (Berlín, Ed. Duncker & Humblot).
- SANZ, Ángel (1989): “Alternatividad de leyes penales”, en AA.VV., *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández–Albor* (Santiago de Compostela, Ediciones Universidad de Santiago de Compostela), pp. 663–675.