

CONTRERAS, Pablo “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”.

Polít. crim. Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), Art. 10, pp. 614-667.

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A10.pdf]

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.*

Pablo Orlando Contreras Guerrero
Magíster en Derecho Penal U. de Talca.
pablocontrerasg@gmail.com

Resumen

El objeto del presente trabajo es establecer un principio articulador en las disposiciones que regulan la determinación de la pena para el caso de una reiteración de delitos de la misma especie, esto es el artículo 351 del Código Procesal Penal. Como tesis central se sostiene que ese principio articulador es el de *proporcionalidad constitucional*, en su faz de *proporcionalidad en sentido estricto*. Tal principio permite construir un modelo de determinación de pena que justifica la distinción que hace el legislador al restringir la aplicación de esta regla a sólo un caso de reiteración delitos: aquellos que afecten un mismo bien jurídico. Bajo esta concepción, el *principio de proporcionalidad* opera como un límite a la extensión de la sanción que será impuesta en los casos de reiteración de delitos de la misma especie, estructurándose en función de la correlación que existe entre la significación de gravedad del hecho desvalorado (tanto en cuanto tutelar de un bien jurídico-penal) y la pena que le ha sido asociada a éste por el legislador. Por consiguiente, la pena –en tanto afectación de derechos fundamentales para el penado– tiene una relación esencial con la gravedad del hecho típico, siendo ésta la magnitud de esa significación de gravedad, en tanto completa la conminación penal que busca evitar, prospectivamente, la comisión de ese delito. Por su parte, en esta relación de proporcionalidad el concepto de bien jurídico penal operará como el núcleo central del baremo de la ponderación de principios contrapuestos a considerar. Finalmente, en este orden de ideas, el mayor contenido de injusto que implica el fenómeno de la reiteración contribuye sólo de una forma marginal a la conformación de la gravedad de ese hecho; sólo en la medida que permite hacer oscilar la pena a imponer dentro de ciertos rangos que no deben superar el total de la pena acumulada materialmente.

Palabras clave: reiteración de delitos, asperación de la pena, principio de proporcionalidad.

Abstract

The purpose of this paper is to set out an articulating principle in the provisions that regulate sentencing on case of repetition of offenses of the same kind, as regulated in Article 351 of the Criminal Procedure Code. The proposed central thesis is that this articulating principle is that of *constitutional proportionality*, in its *strict proportionality*

* Tesis conducente al grado de Magíster en Derecho Penal Por la Universidad de Talca. Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT N°11121313 a cargo del profesor Dr. Francisco Maldonado Fuentes, a quien se le agradecen sus valiosos aportes, los que fueron mayoritariamente recogidos.

CONTRERAS, Pablo “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”.

aspect. Said principle allows building a model of sentencing that justifies the distinction by the legislator when it restricts this rule’s application to just one case of repetition of offenses: those that affect the same legal right. Under this concept, *the principle of proportionality* works as a limit to the scope of the penalty that will be applied in case of repeated offenses of the same kind, structured in function of correlation between the significance of the disvalued fact’s severity (as guardian of the protected legal right) and the penalty associated to it by the legislator. Therefore, the penalty –as an infringement of the convict’s fundamental rights– holds an essential relationship with the severity of the typical fact, which is the magnitude of the sanction’s signification of severity as it completes the penal injunction that seeks to prospectively avoid the execution of that felony. Consequently, in this relationship of proportionality the concept of penal legal right will function as the central core of the scale in which counterposed principles to consider are evaluated. Finally, in this order of ideas, the unjust act’s main content implied by the repetition phenomenon only contributes marginally to determine the fact’s severity; only if the applicable penalty is allowed to oscillate within certain ranges that cannot overcome the aggregate of the materially accumulated penalty.

Key words: reoffending, asperation of the penalty, principle of proportionality.

“Advierta vuestra merced –dijo Sancho-, que la justicia, que es el mesmo rey, no hace fuerza ni agravio a semejante gente, sino que los castiga en pena de sus delitos.” (Miguel de Cervantes Saavedra, El Quijote de la Mancha)

Introducción

Probablemente la aproximación más intuitiva al problema de la sanción penal aplicable a la reiteración de delitos nos conduciría a una solución análoga a la que establece la norma contenida en el artículo 74 del Código Penal, esto es un régimen de acumulación material de penas. Cualquier persona lega en la materia (y otras no tanto) que fuere consultada por el tema daría esa misma respuesta: el sujeto que ha cometido una multiplicidad de delitos debe recibir, como sanción, cada una de las penas que, individualmente, merezcan sus acciones. No parece, a primeras, que de tal formula pueda derivarse una especial aflicción para los derechos del penado, y aquello es lo que espontáneamente le espetaba Sancho al Quijote a la vista de los condenados a la pena de galeras: no puede existir agravio en la pena impuesta por los delitos cometidos. Así, entonces, la medida de la sanción se justificaría en el acto de su imposición por corresponder a la pena asociada a un delito.

Sin embargo, la disposición que será objeto de análisis en el presente trabajo ofrece una solución penológica a un caso de la reiteración delitos que, *prima facie*, se revelaría del todo contraintuitiva: la pena correspondiente a un determinado subconjunto del conjunto de casos concurso real de delitos –la llamada reiteración de delitos de la misma especie–, debe ser determinada conforme a una formula en la cual, o se considera a todos los hechos como un solo delito, o sólo se considera al delito que merezca la pena más grave,

aspirando dicho pena dentro de cierto marco. La regla en comento, por lo tanto, supone un régimen de excepción a la regla de la acumulación material, toda vez que la fórmula que se prescribe para este caso importa una morigeración de la reacción penal que, en un inicio, podría corresponder a las conductas del penado. Este carácter benigno de la norma se encuentra refrendado por la cláusula final que contiene esta disposición, conforme a la cual se remite la determinación de la pena de este caso al régimen común de las reglas de la acumulación material, para el evento de que así resulte una pena menor. En este sentido, dicha cláusula prescribe que ha de aplicarse la regla establecida en el artículo 74 del Código Penal: “cuando de seguirse este procedimiento hubiere de corresponder al condenado una pena menor”.

Ahora bien, para la cabal comprensión del sistema de determinación de penas que se ha enunciado, debe tenerse presente que éste rige, en palabras del profesor Novoa Monreal, “para una clase especial de concurso real, (...) siempre que se trate de hechos punibles de la misma especie”.¹ Es decir, dentro del universo de casos que pueden constituir una hipótesis de concurso real de delitos, sólo aquellos casos que importen una reiteración de delitos de la misma especie son los comprendidos en el ámbito de aplicación de estas normas.

¿Por qué sería necesario matizar la reacción penal en este especialísimo caso?; ¿Qué justificaría establecer un régimen de excepción en la determinación de aquella pena? Ésta no es cuestión que se pueda responder en base a la tesis tradicional fundada en el *principio de humanidad*,² toda vez que el rendimiento de esa fórmula no alcanza a explicar la particular especialidad de esta disposición. Por lo mismo, en las páginas que siguen se esbozaran algunas posibles respuestas a las cuestiones que plantea esta disposición, y, a su vez, aquellas se articularán a las distintas fórmulas de determinación de pena que ésta plantea. Vale, en todo caso, adelantar desde ya la solución que va a ser propuesta: el principio que subyace a estas normas es el *de proporcionalidad constitucional en sentido estricto*. Conforme a dicho principio se ha construido una serie de rémoras que encausan toda acción del Estado que afecte *derechos fundamentales*; y, dado que el ejercicio del *Ius Puniendi* afecta, por regla general, derechos fundamentales, aquél también se encuentra sujeto a este principio.³

El cómo se articula la determinación de la pena de la reiteración de delitos en función de este principio se abordará desde la perspectiva de la significación de gravedad del hecho típico al cual se asocia la pena en cuestión. Sobre esa significación –afirmar– se puede apuntalar un baremo cierto sobre el cual ponderar si la pena en cuestión (en tanto finalidad de consecución de intereses públicos relevantes) se encuentra en una relación proporcional a la afectación de derechos del penado que la misma supone. Por consiguiente, asumiendo que la pena se encuentra vinculada a la particular significación de gravedad del hecho

¹ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General, Tomo II*, tercera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 227.

² Así Novoa (NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 1, p. 226); Solari y Rodríguez (SOLARI, Tito; RODRIGUEZ Collao, Luis, "Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos [Ámbito de aplicación del Artículo 509 del Código de Procedimiento Penal]", *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. III (1979), pp. 255- 271, p. 260); y Garrido (GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, 4ª edición, 2005, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 448).

³ En este sentido el profesor Mir Puig. (MIR PUIG, Santiago, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, 1ª Edición, Madrid: Editorial Iustel, 2011, p. 96.)

CONTRERAS, Pablo “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”.

típico –con independencia del número de acciones punibles que hayan sido realizadas–, la pena que vaya a imponerse a un determinado grupo de conductas concurrentes se encuentra justificada (en tanto intervención del *Ius Puniendi*), sólo si esa pena a imponer se encuentra en una relación de proporcionalidad a la significación de gravedad del hecho típico reiterado, al que se le asocia como sanción. Es en este sentido que cobra relevancia la estructuración de esta regla en torno a la idea de *bien jurídico* pues tal concepto permite construir un significado de gravedad que responda al valor del bien jurídico tutelado y a la intensidad de su afectación. En este orden de ideas, la reiteración asume un carácter relevante a considerar, como un mayor contenido de injusto, únicamente en la medida que importe un mayor desvalor de acto; pero siempre contribuyendo de manera marginal a la conformación del contenido de injusto. Por consiguiente, el fundamento de esta norma es evitar que la suma de meros hurtos alcance en su sanción una pena que, por su gravedad, sólo puede ser asociada a un delito tan grave como el homicidio, tanto en cuanto aquel tutela el bien jurídico probablemente más caro para el cuerpo social, esto es, la vida.

En esta lógica, la mayor magnitud de un reproche se encuentra sólo autorizada por la particular significación de ese hecho, con lo cual, una mera sumatoria de conductas punibles no deberían alcanzar, en el quantum de su sanción, a la pena que le está asignada a otro injusto de mayor de gravedad, y que por ende tiene una significación de entidad distinta. Así las cosas, postulamos que no existe en esta disposición ninguna dispensa a favor del penado, ni es el *principio de humanidad* el que la inspiraría, sino que, al contrario, es la propia vigencia de sus derechos la que somete al *Ius Puniendi* a una limitación necesaria, ajustando la intensidad de su intervención a la ponderación previa –de derechos y finalidades envueltas– que autorizó dicha intervención. Lo que esta norma busca evitar es el eventual agravio que la imposición de una pena desmesurada puede implicar.

La tesis esbozada pretende así explicar la especialidad a la que hacía mención el profesor Novoa Monreal; por qué esta regla se aplica sólo al caso de reiteración de delitos de la misma especie. Tal regla se aplica sólo a la reiteración de delitos de la misma especie pues sólo en esos casos puede postularse una significación de gravedad análoga para los diversos hechos típicos, significación en la que jugaría un rol clave el concepto de *bien jurídico*. Por consiguiente, el *bien jurídico* opera en este caso como el baremo sobre el cual ponderar la gravedad del hecho típico y su relación con la entidad de la pena que se impondrá; y ello en tanto dicho concepto permite asignar una determinada significación de gravedad a ese hecho típico (como valoración de ese *bien*, y como intensidad de su afectación).

Para el sustento de estos planteamientos hemos estructurado el presente trabajo en dos partes. La primera se dedica a la presentación de la tesis develando ciertas inconsistencias de las tesis tradicionales en cuanto al fundamento de esta regulación; así mismo, se explicara cómo la tesis propuesta ofrece un mayor rendimiento al elaborar un fundamento dogmático a dicha regulación. La segunda parte se aboca a la reelaboración de las soluciones doctrinales que se han planteado a los problemas que esta disposición ofrece; ello conforme a los argumentos que fundan la tesis propuesta.

1. Planteamiento central de esta tesis.

1.1. Del objeto de estudio.

1.1.1. El material normativo: la regulación legal de la determinación de pena para la reiteración de delitos de la misma especie.

Como primer alcance para entender el objeto de estudio de este trabajo se debe consignar que no puede haber un análisis acabado de esta disposición sin hacer referencia al antecedente directo del artículo 351 del Código Procesal Penal, esto es, el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, iniciada la defenestración del antiguo procedimiento de persecución penal –y del cuerpo legal que le servía de soporte dogmático–, el legislador vino prácticamente a deshuesar de ese texto la disposición que regulaba la determinación de penas de la reiteración, incorporándola al nuevo código adjetivo con algunos matices que *aggiornaron* la disposición a la luz de las observaciones hechas por la doctrina referentes al antiguo Código de Procedimiento. No obstante ello, el sentido de la regulación permaneció incólume en esta transposición, pues en uno y en otro caso resultan ser análoga la remisión al mismo principio fundamentador; el que, no por supuesto o inadvertido puede estimarse como inexistente. Por lo mismo, en el desarrollo de este trabajo se citarán indistintamente ambas fuentes doctrinarias salvando, claro está, aquellos aspecto reformados por la disposición en análisis.

Probablemente esta actividad legislativa de rescate de una norma desde un Código de Procedimiento que se entendía superado sea la más sintomática de las señas de que la norma en cuestión es (y era) una autentica regla de determinación de pena, y, por lo tanto, una norma sustantiva.⁴ Su incardinación en el texto adjetivo, sin embargo, no parece ser una mera inadvertencia legislativa, como se verá más adelante.

En cuanto al contenido de estas disposiciones, el material normativo en análisis reza lo siguiente: el artículo 351 del Código Procesal Penal prescribe que:

“Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.”

⁴ En este sentido los profesores Horvitz y López (HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Chileno Tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 344-345.); y el profesor Novoa, en referencia al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal (NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 1, p. 227)

CONTRERAS, Pablo “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”.

Por su parte, el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal prescribe que:

“En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados.

Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos.

Podrán con todo aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal, si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al procesado una pena menor.

Las reglas anteriores se aplicarán también en los casos de reiteración de una misma falta.

Para los efectos de este artículo se considerarán delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo título del Código Penal o ley que los castiga.”

Como se aprecia a simple vista, el legislador efectuó algunas (muy menores) variaciones sobre el texto de la primera norma a efecto de la re-consagración de esta regla en el actual artículo 351. Estas variaciones se encuentran relacionadas con los márgenes en que puede ser asperada la pena a imponer, y con la definición de qué se debe entender por delitos de la misma especie. De este modo, el núcleo de la disposición permaneció intacto en su nuevo enunciado normativo, exhibiendo, en lo sustancial, una idéntica redacción. Por esta razón no debiera suscitar mayor debate el que, en una y otra disposición, se prevea un mismo régimen penológico para la reiteración de delitos. Lo más relevante de la situación antes anotada –para los efectos de este trabajo– estriba en que gran parte de los estudios doctrinarios que abordan esta materia se encuentran referidos al análisis del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.⁵ Tras la dictación del Código Procesal Penal los trabajos doctrinarios que abordan el artículo 351 de ese cuerpo legal son significativamente menores;⁶ y en gran medida algunos aparecen como meras

⁵ Así los Tratados de Derecho Penal de los profesores Novoa (NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 1, pp. 279 y ss.); Labatut (LABATUT, Gustavo, edición actualizada por ZENTENO, Julio, *Derecho Penal, Tomo I*, 8ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 200 y ss.); Cury, cuyo tesis principal se desarrolla en torno al artículo 509, para luego hacer un par de alcances referentes a las modificaciones con que se le recogió en el artículo 351 (CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición ampliada, 2005, Santiago: Ediciones Universidad Católica, 2005, pp. 659 y ss.); Etcheberry (ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp.116 y ss.); Del Rio (DEL RIO, Raimundo, *Manual de Derecho Penal*, Santiago: Editorial Nacimiento, 1947, pp. 126 y ss.); Garrido (GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 2, pp. 447 y ss.); y la monografía de los profesores Solari y Rodríguez (SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 2, pp. 255- 271).

⁶ Revisados a este respecto el tratado de Derecho Penal de los profesores Politoff, Matus, y Ramírez (POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*, segunda edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 466-467.); el trabajo monográfico de los profesores Ortiz Quiroga y Arévalo Cunich (ORTIZ QUIROGA, Luis; ARÉVALO CUNICH, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013, pp. 333 y ss.); el trabajo monográfico del profesor Oliver relativo a la llamada unificación de penas (OLIVER, Guillermo, “Aproximación a la unificación de penas”, *Política Criminal*, Vol. 7, N° 14 (2012), pp. 248-275, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_7/n_14/Vol7N14A1.pdfpdf_01/a_2.pdf [visitado el 28.05.2013]); y el trabajo monográfico del profesor Matus relativo a la determinación de la pena en la ley 20.084 (MATUS, Jean Pierre, “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas”, *Revista Ius et Praxis*, Año 14 N° 2 (2008), pp. 525-559, pp. 526-527, en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art15.pdf> [visitado el 28.05.2013].). OLIVER,

actualizaciones a las tesis que ya se enarbolaban para abordar la primera disposición legal. Por consiguiente son esos primigenios trabajos donde se pueden encontrar mayor sustancia sobre la cual efectuar el análisis a que esta tesis se aboca.

Despejado el punto anterior se puede afirmar que la norma objeto de este estudio tiene un ámbito de aplicación circunscrito al fenómeno particular de reiteración de delitos, en tanto fórmula de determinación de pena para un caso especial de concurso real de delitos⁷. Esta afirmación es una cuestión pacífica en la doctrina, y la literalidad de los enunciados que contienen a estas normas no admiten una lectura diversa. En consecuencia, parto por asumir como ámbito de aplicación del artículo 351 la particular situación de un concurso real de delitos que por su configuración se conceptúa como reiteración de delitos de la misma especie. En tal sentido, el criterio que el legislador prevé para fijar un mínimo común denominador a las figuras penales –que permite englobarlas como una misma especie– es el concepto de *bien jurídico*. Es decir, dentro del universo de casos que pueden constituir una hipótesis de concurso real de delitos, sólo aquellos casos que importen una reiteración de delitos que atenten contra un mismo bien jurídico son los comprendidos por el ámbito de aplicación de esta disposición.

Asentado este punto se puede afirmar que el conjunto de casos que prefiguran el ámbito de regulación de la norma en estudio se definen en función de una dualidad de conceptos: en primer lugar, que se trate de un concurso real de delitos –tanto en cuanto conforman una reiteración–; y, en segundo lugar, que para ese caso de reiteración los delitos se puedan englobar dentro de una misma especie, al tratarse de delitos o crímenes que atenten contra un mismo bien jurídico. Sólo la concurrencia copulativa de estas dos circunstancias hará procedente aplicar la fórmula de determinación de pena que esta norma prevé.

1.1.2. Alcances de los conceptos integrantes de la reiteración de delitos en tanto supuesto del objeto de la norma en análisis.

Especificando los conceptos mencionados, corresponde detenerse a recapitular, en primer término, qué es lo que se entiende por concurso real de delitos, toda vez que ese es el conjunto general del cual la reiteración de delitos de la misma especie es un subconjunto. El profesor Cury plantea a este respecto que:

“hay un concurso real (material) de delitos cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes, respecto de ninguno de los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada”⁸⁻⁹

Guillermo, “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVI, N° 2 (Diciembre 2013).

⁷ Así jurisprudencialmente se entendía que “la reiteración de crímenes o simples delitos a que se refiere el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, ... consiste según el Diccionario de la Real Academia y el propio contexto de esta última disposición, en la circunstancia delictuosa de volver a ejecutar aquellos delitos que estén penados en un mismo título del Código Penal o ley que los castiga” [contra un mismo bien jurídico debe entenderse bajo los términos del artículo 351] (CAFFARENA, Elena, *Diccionario de Jurisprudencia Chilena Tomo I 1904-1957*, 3ª Edición, Santiago: Editorial Ediar-Conosur, 1986, pp. 399-400.) Por esta misma razón resulta inoficioso ampliar este análisis a otras figuras concursales.

⁸ CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, pp.659-660.

⁹ Cabe hacer presente que en esta referencia doctrinal el profesor Cury homologa el concepto de concurso real al de reiteración; para los efectos del presente trabajo se estará a esta conceptualización. Esta definición dista de las aceptadas por el Profesor Etcheberry (ETCHEBERRY, *Derecho Penal* cit. nota n° 5, p.116) y por el profesor Labatut (LABATUT, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p. 200), quienes identifican la reiteración con

CONTRERAS, Pablo “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”.

Es decir, el rasgo distintivo de este fenómeno es la existencia de una multiplicidad de hechos punibles cometidos por un mismo sujeto, a lo que debe seguir los caracteres de jurídica y fácticamente independiente (caso contrario no se daría una hipótesis de un concurso material); y que no medie una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada (situación en la cual la regulación legal podría desplazarse hacia la agravante de la reincidencia¹⁰). Al efecto es relevante traer a colación la opinión del profesor Matus para quien el concurso real sólo aflora como problema en el caso de que en un mismo proceso se pueda imputar a una persona este conjunto de hechos punibles.¹¹ Por lo tanto, cabe agregar que la operatividad de esta disposición sólo emerge como tal en el ámbito del proceso penal.

La fórmula del Profesor Cury que he citado para definir este fenómeno viene a sintetizar un conjunto de formulaciones análogas, ampliamente sostenidas por la doctrina nacional.¹² En función de esta fórmula se plantea:

“como condiciones necesarias para que se configure el concurso, siguiendo un modelo ya tradicional, (...): (la) unidad de sujeto activo, (la) pluralidad de hechos punibles, (la) ausencia de conexión entre los varios hechos, (y la) inexistencia de condena intermedia”.¹³

Dotando de contenido a estas condiciones se entiende que la unidad de sujeto activo importa que las conductas típicas hayan sido realizadas por la misma persona, independiente de su forma de participación. Por pluralidad de hechos punibles se entiende que se trate de más de una acción delictiva, configurantes todas de delitos independientes.¹⁴ Por ausencia de una conexión fáctica se entiende que estos deben ser actos diferenciados y autónomos, los que no pueden verse exteriorizado por un solo acto unitario. En cuanto a la ausencia de conexión jurídica, ésta importa que estos hechos “no

el concurso real de delitos de la misma especie. En lo particular, estimo que tal definición no se compadece de la redacción legal de esta norma, toda vez que el artículo 351 se intitula *reiteración de delitos de la misma especie*, con lo cual la definición señalada haría que tal título fuera del todo redundante, ya que el predicado estaría contenido en el sujeto. Tampoco se comparte la conceptualización de reiteración hecha por el profesor Novoa, quien identifica la reiteración con un concurso real sucesivo (NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 1, p. 227), el cual se configuraría cuando varias acciones típicas han sido realizadas en diversos ámbitos temporales. No se acoge este último planteamiento pues incorpora un margen de ambigüedad que no resulta pertinente resolver en los alcances de este trabajo, y ello se debe a que tal conceptualización asume una forma de análisis que parte de la base de la unidad de acción, desentendiéndose de que este problema debe enfocarse desde la perspectiva de una pluralidad de acciones.

¹⁰Para este último caso los hechos objeto de condena que precedan al delito serán constitutivo de circunstancias agravantes de responsabilidad penal respecto de aquél, sea por la llamada reincidencia específica. Conforme a la regulación legal de ésta -contemplada en el artículo 12 n°16 del Código Penal- se configura esta circunstancia agravante para el caso que el delito anterior, objeto de una condena, sea de la misma especie, es decir que “el objeto jurídico de protección o bien jurídico (sea el mismo)... (y que) la forma que adopta el ataque, es decir los medios de comisión (sean los mismos)”, (MERA, Jorge, “Comentario Artículo 12 n° 16 del Código Penal”, en: COUSSO, Jaime; HÉRNANDEZ, Héctor, (dirs.), *Código Penal comentado*, Santiago: AbeledoPerrot, 2011, p. 348.)

¹¹ MATUS, “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas”, cit. nota n° 6, pp. 526-527.

¹² En este sentido los profesores Solari y Rodríguez Collado señalaban que “ésta era una fórmula que, con ligeras variantes, repite la mayor parte de los autores”. (SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 5, p. 255).

¹³ SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 5, p. 255.

¹⁴ GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p.447.

estén vinculados a causa de que su fraccionamiento fue necesario y por ello han de ser valorados unitariamente”.¹⁵ Finalmente, en cuanto a la ausencia de condena intermedia, tal circunstancia importa que no medie entre uno y otro hecho una sentencia condenatoria ejecutoriada.¹⁶

Ahora bien, despejado que el concepto base sobre el cual opera la norma en análisis es el de concurso real, debe señalarse que no todo concurso real queda regulado por esta disposición. En efecto, las normas contenidas en el artículo 351 suponen, además, la mentada particularidad, referida a que la reiteración sea *de delitos de la misma especie*. Buscando superar las contradicciones e imprecisiones que tal concepto generó bajo la vigencia del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, en la propia ley se redefinió qué debe entenderse como delito de la misma especie. Así las cosas, la definición legal en cuestión englobó como tales delitos a aquellos que afectaren un mismo *bien jurídico*. Por ende, se entiende que hay una reiteración de delitos de la misma especie para el caso de que la multiplicidad de hechos punibles de que se trate importen un atentado contra un mismo *bien jurídico*.

Bajo texto del artículo 509, delitos de la misma especie eran aquellos sancionados bajo un mismo título del Código Penal o en la ley especial que lo contempla. Tal definición fue objeto de críticas por parte de la doctrina toda vez que permitía la asperación de penas en casos de reiteración de delitos muy disímiles, y, a su vez, la impedía para delitos que eran claramente similares;¹⁷ lo cual devenía en una inconsistencia en el sistema.¹⁸ Se reprochaba, en definitiva que tal “regla constituye (constituía) un criterio empírico de caracterización de delitos de la misma especie y no refleja (reflejaba) de modo alguno, una determinación de ellos conforme a su naturaleza propia”.¹⁹

La fórmula empleada en la redacción del artículo 351 para conceptualizar los delitos de la misma especie tendió a superar las observaciones antes reseñadas, al establecer que *la especie* de un delito viene determinada por la *naturaleza del bien jurídico* que éste busca tutelar. No obstante, tal enunciado tampoco quedó exento de observaciones por parte de la doctrina; al efecto, el Profesor Cury estimó que ésta “si bien orienta la solución correcta, es incompleta”,²⁰ y en el caso de los Profesores Politoff, Matus, y Ramírez su crítica es más extensa pues consideran que:

“la solución legal, aunque bienintencionada, no es clara ni afortunada, pues basta revisar la contradictoria jurisprudencia producida en torno a la interpretación del artículo 12 n° 16 para prever los problemas que su aplicación generará: más aún si se toma en cuenta que muchos delitos no protegen un único bien jurídico sino que varios, lo que reduce sustancialmente la posibilidad de aplicación de esta regla, si se supone que un mismo bien jurídico es una especie de identidad de bien jurídico protegido por las normas en juego”.²¹

Los problemas antes anotados también son observados por el Profesor Oliver, añadiendo que hay figuras delictivas sobre las cuales no existe consenso acerca de cuál es el bien

¹⁵ CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p. 660.

¹⁶ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p. 116.

¹⁷ GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p. 449.

¹⁸ CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p. 661.

¹⁹ NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 1, p. 228.

²⁰ CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p. 661.

²¹ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal*, cit. nota n° 6, pp. 466-467.

CONTRERAS, Pablo “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”.

jurídico que tutelan, amén del problema que genera la indeterminación de esta exigencia respecto del alcance requerido a la identidad de los bienes jurídicos (si debe ser exacta o participa de ellas los delitos pluriofensivo en que se tutela más de un bien jurídico).²²

A las observaciones realizadas por la doctrina para la actual fórmula que define a un delito de la misma especie cabe representar el que, hasta la fecha, nunca se haya realizado un intento serio de profundizar la comprensión del por qué esta disposición circunscribe su ámbito de aplicación a esta cualidad especial del concurso de delitos, esto es que sean de la “misma especie”. No se puede sino estar de acuerdo con la mayoría de los alcances expuestos; efectivamente el concepto de bien jurídico carga con una cuota de ambigüedad que planteará problemas el momento de fijar el ámbito de aplicación de esta norma. No obstante, la mayoría de las objeciones que se enarbolan parten de la base que tal concepto sería, en palabras del Profesor Cury, “incompleto” como llave para reconducir un conjunto de casos de concurso real al ámbito de aplicación del artículo 351, saltándose que dicho concepto parece ser su fundamento antes que una mera regla de distinción del fenómeno de reiteración que se sujetará a estas reglas. Si aquello es efectivo, ni el criterio del artículo 509 parecería tan errado, ni el del actual 351 sería insuficiente. Lo que habría ocurrido es que el primer concepto se vio superado (los títulos del Código Penal ya no engloban delitos que tutelen los mismos bienes jurídicos). De igual forma, el concepto mismo de *bien jurídico* ha ido variando su contenido, pudiendo observarse que dicho concepto está, hoy, orientado hacia el cumplimiento de los fines del Estado Democrático de Derecho.²³ En este orden de ideas, la carga de ambigüedad del concepto de bien jurídico será un problema común a toda regulación de que se articule en función de ese concepto, y no sólo de esta regla en particular.

1.2. Constatación, premisas y preguntas.

1.2.1. De la constatación.

Dado el carácter de norma de excepción que tiene esta regla, entiendo que, antes de cualquier ejercicio de dogmática penal clásica, debe resolverse una cuestión que, en principio, parece básica para la comprensión del sentido y alcance de la misma, esto es, desentrañar el fundamento de la especificidad de esta norma. A lo que me refiero en concreto es a encontrar qué razón puede sustentar este régimen penológico más benigno para una determinada clase de concurso de delitos, respecto de los cuales procederá tal regla de asperación de la pena en forma exclusiva. Tal punto reviste tanta importancia que, al no ser aclarado, desvirtúa completamente el fundamento que la doctrina postula a esta regulación, básicamente *el principio de humanidad de las penas*.²⁴

²² OLIVER, “Aproximación a la unificación de penas”, cit. nota n° 6, p. 266.

²³ En este sentido Roxin, para quien “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”(ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, tomo I*, Trad. LUZON PEÑA, Diego Manuel; DIAZ Y GARCIA, Miguel, DE VICENTE, Javier, Madrid: Editorial Thompson Civitas, 2006, p. 56).

²⁴ A este respecto, asumo que el “Principio de Humanidad de las penas se debe entender dentro del contexto de la dignidad de las personas. Nuestra constitución señala que los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos. Todos los seres humanos, sin excepción, delincuentes y honorables. Aun cuando la pena es un mal impuesto al condenado, que importa la privación o restricción de algún derecho, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana exige que no hayan de imponerse penas crueles o degradantes, asimismo

En efecto, si el objeto de estas reglas es matizar el volumen de un reproche penal en razón de la particular aflicción que éste puede llegar a alcanzar por efecto de la acumulación material de penas, dicha regla debería aplicarse, en principio, a todo concurso real. No correspondería, entonces, distinguir sólo un subconjunto de aquellos para que se vea favorecido por esta norma. Si se insiste en este fundamento –sin salvar las razones que llevan al legislador a establecer esta discriminación–, la única conclusión posible es que dichas reglas vulneran el *principio de igualdad* (en su dimensión de igualdad ante la ley);²⁵ toda vez que tal fundamento es común a cualquier acumulación material de penas, y no existe, *prima facie*, una razón para dar un trato diferenciado a los concursos material de delitos de la misma especie.

Siguiendo la estructura del mandato de igualdad que propone el profesor Alexy, nos enfrentaríamos en este caso a una situación en que no existe una *razón suficiente* para dar un tratamiento desigual, y por lo tanto estaría ordenado un tratamiento igual.²⁶ Si la razón de establecer un régimen de asperación de la pena es un principio asociado la pretensión de humanizar las penas, entonces, esa razón no puede sustentar una diferencia en la regulación legal en análisis, ya que –como razón– ésta es común a la penalidad de cualquier caso de concurso real de delitos. Por lo mismo, partiendo de ese fundamento, debería entenderse que lo ordenado por el *principio de igualdad* es que esta regulación sea extensible para todo caso de concurso real.

Si, por el contrario, queremos encontrar una concepción bajo la cual esta regulación cumpla con el mandato de igualdad, en el origen de la misma debe descubrirse una razón suficiente que habilite a dar un tratamiento desigual para este grupo de casos, pues sólo en dicho contexto “el tratamiento desigual está ordenado”.²⁷ En consecuencia, la cuestión del fundamento para establecer un régimen penológico diferenciado para los casos de concurso real de delitos de la misma especie es una incógnita que no puede ser resuelta desde la posición doctrinaria tradicional en la materia.

Esta cuestión se puede apreciar aún más nítidamente si se compara esta regulación legal con algunas legislaciones extranjeras, toda vez que allí donde la doctrina extranjera sustenta este mismo fundamento, existe, como correlato, una legislación que no establece distinciones al momento de formular una regla de asperación de la pena para el concurso real de delitos. Un rápido vistazo a tres legislaciones distintas puede ilustrar con suficiencia este punto.

deben evitarse las sanciones estigmatizadoras, es por ello que se tiende a suprimir penas como la pena de muerte o castigos corporales”. (NAQUIRA, Jaime; VIAL, Paula; VIDAL, Víctor “Principios y penas en el derecho penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 10 (2008), pp. r2: 1-71, p. R2:26, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> [visitado el 25.08.2013]. Cabe agregar, a este respecto, que dicho principio suele vincularse “con la evolución histórica del Derecho Penal, con sus consecuencias en el ámbito de las sanciones penales, traducidas en la eliminación de las penas corporales, la constante reducción de la duración de la privación de libertad y las mejoras en las condiciones de su ejecución. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Madrid: Editorial Bosch, 2002, p. 261).

²⁵ Esta garantía encuentra consagración constitucional en el artículo 19 nº2 de la Carta fundamental que establece el derecho a la igualdad ante la ley, y lo que proscriben son las distinciones arbitrarias, esto es las “que no se funden en la razón, en la justicia, o no propendan al bien común”(VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 214-215).

²⁶ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Madrid: Editorial Centro de Estudios Públicos y Constitucionales, 2002, p. 395.

²⁷ ALEXY, *Teoría*, cit. nota nº 26, pp. 396-397.

CONTRERAS, Pablo “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”.

a) *En el sistema penal alemán.*

- Un modelo de asperación de la pena.²⁸

A este respecto, la primera fórmula que prevé el legislador alemán postula que: si “el autor que comete varias acciones punibles independientes; en este caso tiene que darse lugar por principio, a la acumulación de todas las penas individuales”. Sin embargo, a reglón seguido, se establece que este es un régimen de excepción que se aplica sólo para las penas perpetuas privativas de libertad; mientras que para los demás casos en que se imponen penas varias penas temporales privativas de libertad por crimen o simple delitos, se aplica un modelo de asperación de la pena.²⁹

Ahora bien, conforme a la operatividad de este modelo de asperación, las reglas legales prevén que se debe determinar la pena individual para cada hecho, de la cual debe seleccionarse la pena que resulte ser más grave; con lo cual todas las penas terminan fusionándose en una pena conjunta. La formación de esta pena conjunta es una facultad del adjudicador; sin embargo, esta fórmula tiene un límite legal, pues ella siempre tiene que ser inferior a la suma de la penas individuales, y no puede superar el máximo penal previsto en la legislación (15 años de presidio, 10 de reclusión, 3 meses de prisión).³⁰ Además, para el caso de que concurren varias penas temporales de privación de libertad, la formación de una pena global es obligatoria.³¹

Una particularidad de este sistema es que permite la unificación de penas privativas de libertad y de penas pecuniarias. Y que, a su vez, establece la facultad de imponer una pena global para el caso de concurren penas privativas de libertad y penas pecuniarias.³²

²⁸ El artículo 53 del Código Penal Alemán reza así: “Pluralidad de hechos (...) Si alguien ha realizado varios hechos punibles que se juzgan al mismo tiempo y por los que se incurra en varias penas privativas de la libertad o varias multas, entonces se impondrá una pena global o conjunta (...) Si concurren penas privativas de la libertad y multas entonces se impondrá una pena global. Sin embargo, el tribunal puede imponer una multa por separado. Si en estos casos debe imponerse por los varios hechos punibles multa, entonces se impondrá una pena global de multa”. Por su parte el artículo 54 del mismo código prescribe lo siguiente: “Conformación de la pena global (...) Si una de las penas únicas es la pena privativa de la libertad, entonces se impondrá como pena global la pena privativa de la libertad perpetua. En los restantes casos la pena global será conformada a través de la elevación de la pena más grave en que se ha incurrido. En penas de distinta clase la pena global se conformará mediante la elevación de la pena de la clase más alta. Para ello se evalúan conjuntamente la personalidad del autor y las particularidades de los hechos punibles (...) La pena global no puede alcanzar la suma de las penas particulares. La pena global no puede superar en los casos de pena privativa de la libertad temporal quince años; en los casos de pena pecuniaria el valor de patrimonio del autor y, en los casos de multa 720 importes diarios (...) Si debe conformarse una pena global de una pena privativa de la libertad y de una pena de multa, entonces para la determinación de la suma de las penas únicas un importe diario corresponde a un día de pena privativa de la libertad”. (*Código Penal Alemán*, Trad. LÓPEZ DÍAZ, Claudia, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia 1999, pp. 16-17)

²⁹ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Trad. BUSTOS, Juan; YAÑEZ, Sergio, 4ª edición en español, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 347.

³⁰ WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit. nota n° 29, p. 348.

³¹ JESHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Trad. MIR PUIG, Santiago; MUÑOZ CONDE, Francisco, Barcelona: Editorial Bosch, 1981, p. 1028.

³² JESHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit. nota n° 31, p. 1026.

- Explicaciones doctrinarias a estas reglas.

En lo que respecta al fundamento de esta regulación legal, la doctrina alemana estima que éste se encontraría en dos argumentos:

“la pena privativa de libertad, de acuerdo con su naturaleza, se presenta de modo más doloroso al prolongarse sin interrupción los periodos de pena a expiar (...); (y) por otra parte la ejecución de varias penas, fácticamente perpetua al sumarse, anula la temporalidad de la pena privativa de libertad”.³³

Puede advertirse, entonces, que el fundamento propuesto para estas reglas es, en parte, análogo al que se plantea por la mayor parte de la doctrina nacional para la disposición en análisis. Tal reglaje corrige los efectos de la acumulación aritmética de la pena, ya que en tal modelo ésta (la pena) se presenta de forma más intensa, al carecer de periodos de interrupción. En este orden de ideas, se postula que la percepción psicológica de la sanción –por parte del penado– progresa en forma geométrica y no en forma aritmética. Es decir, el penado percibiría una sanción acumulada materialmente como una amplificación desmesurada de los reproches que se le formulen; sin perjuicio de que su extensión se ajuste a la penas que individualmente le corresponderían, y que, singularmente, no le resultarían en ese exceso gravosas.

Aquí se debe denotar que la regulación alemana no hace distinción alguna al tipo de delito que conforme el concurso real; si hace un distingo éste se refiere, únicamente, al tipo de pena de que se trate. De esta forma, no existe inconsistencia alguna entre el argumento enarbolado como fundamento y la disposición analizada; pues al ser de aplicación general a todo concurso real, el fundamento propuesto es concordante con el tratamiento penal previsto para este fenómeno concursal. Ello debe dejar en evidencia la falta de rendimiento que un fundamento análogo puede aportar a las reglas chilenas atinentes a esta materia.

b) En el sistema penal español.

- Un modelo de acumulación material limitado por el principio de acumulación jurídica.³⁴

³³ JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª Edición corregida, Trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO, José Luis, Madrid: Editorial Marcial Pons, 1997, p. 1108.

³⁴ El artículo 75 del Código Penal español establece que “Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”. Por su parte el artículo 76 de ese mismo cuerpo legal prescribe que “1 no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta 20 años; b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a 20 años; c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la Ley con pena de prisión superior a 20 años; d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a 20 años; 2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos

CONTRERAS, Pablo “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”.

La fórmula que prevé la legislación española para este problema parte de un sistema de acumulación material, el que se aplicará siempre que todas las penas se puedan cumplir simultáneamente o en forma sucesiva, siguiendo por su gravedad. No obstante, dicha regla tiene una doble limitación legal, que “da pasó a la acumulación jurídica: el triplo de la pena más grave; y en todo caso el tiempo de veinte años”.³⁵ El último límite señalado se puede ver ampliado a hasta veinticinco años cuando uno de los delitos esté castigado con una pena de prisión de hasta veinte años; hasta treinta años, cuando uno de los delitos esté castigado con una pena superior a veinte años; y llegar hasta cuarenta años cuando al menos dos de los delitos estén castigados con una pena superior a veinte años, o haya sido condenado por un delito de terrorismo.

En consecuencia, el modelo previsto en esta regulación importa que en una primera instancia se aplica la acumulación material de penas, no obstante el quantum total se deberá limitar a los topes previstos, iniciando con un tiempo máximo de veinte años. Por consiguiente la pena se determina en el juego de los modelos de acumulación material y jurídica;³⁶ es decir las penas se acumulan aritméticamente pero debiendo ajustarse su adición dentro de ciertos topes máximos, con lo cual la acumulación pasa a ser jurídica.³⁷

- Explicaciones doctrinarias a estas reglas.

La explicación que la doctrina española postula para esta regulación estriba en matizar la intensidad que puede alcanzar el cúmulo de sanciones que deban cumplirse sin solución de continuidad. El argumento parte de la base que el modelo de acumulación material de las penas es “la solución más coherente con una perspectiva retribucionista (...) más una pena extinguida después de otra es mucho más aflictiva que se cumple aisladamente (...) igual que la pena que se cumple ante la perspectiva de otra que empezará cuando aquella termine”.³⁸

Dicha perspectiva parte de un argumento netamente psicológico, la percepción subjetiva del penado respecto de la intensidad global de la suma de las penas, la cual se superpondría –y superaría– el nivel de afectación común a cada una de las penas singularmente consideradas. Por consiguiente, la aflicción producida por la sumatoria de sanciones individuales no se correspondería con la intensidad del reproche global realizado.³⁹

procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”.

³⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª Edición, Argentina: Editorial B. del F., 2007, p. 651.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 8ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 546.

³⁷ Este modelo de determinación de pena para el caso de reiteración de delitos es similar al que preveía el anteproyecto de Código Penal del año 2005, en el cual se proponía que “la regla de acumulación de penas no podrá llevar a imponer una pena superior en dos grados a la correspondiente al delito más grave (...) o a treinta años de reclusión, si éste tuviese asignada la pena de reclusión mayor en su grado máximo”; ni esta disposición ni el anteproyecto fueron presentados a la consideración del Congreso Nacional. (COUSSO, “Comentario Artículo 74 del Código Penal”, en: COUSSO, Jaime; HÉRNANDEZ, Héctor, (dirs.), *Código Penal comentado*, Santiago: AbeledoPerrot, 2011, p. 668.)

³⁸ MIR, *Derecho Penal*, cit. nota n° 35, p. 650.

³⁹ De igual forma, existen voces que cuestionan el sentido de estas reglas, pues en su caso, podrían favorecer la delincuencia mayor, toda vez que alcanzado los topes de penalidad, resulta irrelevante la comisión de nuevos hechos delictivos, ya que, en la práctica estos quedarían sin sanción. Acertadamente se ha refutado

En este orden de ideas, esta regulación fue objeto de algunas observaciones por parte del profesor Bustos para quien la “solución es criticable desde el punto de vista de los fines de la pena”. Para este autor los límites que prevé el legislador español son, en cualquier caso, muy altos, y por ello “contradicen el principio de humanidad de las penas”. En su proposición –de *lege ferenda*– debería adoptarse un modelo “de valoración jurídica de los delitos desde el fin de la pena”; por consiguiente considera apropiado sustituir esta regulación por una que acoja en forma plena un régimen de acumulación jurídica.⁴⁰

Sin perjuicio de los alcances del profesor Bustos, lo cierto es que tras esta regulación existe un matiz importante al régimen de acumulación material de las penas; y, tras éste, un fundamento basado en *el principio de humanidad de las penas*. Podrá cuestionarse esta regulación desde una perspectiva político criminal, o bien por ser insuficiente el matiz que ofrece a la luz de lo que exige dicho principio; pero es innegable la consistencia del argumento que, sitúa tras esa regulación a dicho fundamento. Así las cosas, no hay cuestión que pueda hacerse a este argumento, pues en su aplicación esta disposición rige de forma general para todo caso de concurso real. Con ello las desmesuras que dicha norma busca salvar se aplican a todos los casos en que estas se puedan generar.

Ahora bien, nuevamente en este caso se deja en evidencia que la regulación chilena, al establecer un criterio de especialidad para la aplicación del artículo 351, no puede responder a la operatividad de dicho principio, pues aquel tiende a palear una problemática común a la sanción de todo concurso real, y no solo de un particular caso de estos. Resulta nítido, en este contraste, que argumentar en dicho sentido conlleva un déficit insalvable para dotar de un fundamento coherente a la distinción que contiene esta regla.

c) *En el sistema penal argentino.*

- Un modelo de asperación particular.⁴¹

Doctrinariamente se afirma que en la regulación argentina rige un modelo de asperación, no obstante éste tiene importantes particularidades.⁴² En primer lugar, se establece la procedencia de un mínimo de pena que puede ser impuesta por el conjunto de hechos constitutivos del concurso real: aquella pena total no puede ser inferior a “el mínimo mayor”. A continuación, se establece un doble límite máximo, ya que la extensión de la pena total no puede superar la sumatoria global de las penas singulares que

esta idea, indicando que ello sería un efecto propio, también, para el caso de la pena de muerte “ya que la vida humana es finita y, por tanto, es imposible la absoluta compensación de delitos mediante las penas” (MUÑOZ/GARCIA, *Derecho Penal*, cit. nota n° 36, p.546).

⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas, Derecho Penal Parte General, Tomo I*, 2ª Edición, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 463.

⁴¹El artículo 55 del Código Penal Argentino reza la siguiente: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de cincuenta años de reclusión o prisión.”

⁴² Esta es la tesis de los profesores Zaffaroni, Alagia, y Slokar (ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2005, pp. 1010-1015); también es la tesis del profesor Soler (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires: Editorial Tea, 1992, p. 364); del profesor Fontán, (FONTAN, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, segunda edición, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1995, p. 96); y del profesor Terán (TERAN, Roberto, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, p. 287).

CONTRERAS, Pablo “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”.

correspondieren a los diversos hechos; y que ésta, no obstante, en ningún caso podrá sobrepasar los cincuenta años de privación de libertad. A su vez, la regla en cuestión sólo hace acumulables las penas que sean de la misma “especie”.

Sin perjuicio de lo anterior, la tesis que ve en dichas reglas un modelo de asperación de la pena ha sido objeto de algunos alcances. En particular se ha planteado que tal regulación responde a un modelo de acumulación de la pena, el que se le calificaría como un modelo de asperación por el solo hecho de que –si bien tal regulación fija máximos– ésta no fija mínimos, por lo cual no sería un modelo de acumulación pura. Tal tesis plantea que en este caso existe un sistema de pena única, y que por ello rige el *principio de composición*, pudiendo aplicarse al caso la pena fijada en el extremo inferior de la escala.⁴³ A las observaciones realizadas se le puede conceder que la regla, al no fijar mínimo adquiere características de un modelo de absorción; no obstante, el establecimiento de un límite máximo –respecto del cual puede oscilar la pena a imponer– lo emparenta, en mayor medida, con un modelo de asperación de la pena.

Ahora bien, conforme a esta regulación el límite mínimo de la pena aplicable, se configura por el mínimo más alto que corresponda a una de las penas, con independencia de qué pena es la mayor, es decir se establece en función de la pena en concreto que proceda. El límite máximo que resulta de la sumatoria de las penas que correspondan, también se determina por las penas en concreto que debieran aplicarse en forma singular, y no por las penas en abstracto asociadas a los delitos configurantes del concurso real; este límite máximo, a su vez, debe ser acotado a la extensión máxima que autoriza la ley como pena total. Dentro de esa circunscripción es que “debe establecerse la pena total o única”, que prescribe este reglaje. Sentado esto, cabe consignar que la regulación examinada establece una cláusula de procedencia que hace depender la aplicación de estas reglas de la condición de que los delitos sean sancionados con una pena de la misma especie, y estas serían las indicadas en el artículo 5° del Código Penal Argentino: la prisión, la multa, y la inhabilitación.⁴⁴

Conforme a los planteamientos doctrinales que fueron recogidos para el presente trabajo, parece más concordante con la estructura legal en análisis, la tesis perfilada como mayoritaria. En este sentido, la circunstancia de que aquella regulación legal no ofrezca un mínimo sobre el cual construir la pena global que será impuesta, no supone desvirtuar un presupuesto esencial de un modelo de acumulación jurídica o de asperación de la pena. Más relevante resulta el hecho de que sí se establezca un límite máximo bajo el cual conformar la pena, y si bien esta podría modularse de forma que comprenda el reproche de uno solo de los delitos concurrentes, lo cierto es que el adjudicador puede recorrer una extensión que si permite plantear una asperación de la sanción.

- Explicaciones doctrinarias a estas reglas.

De acuerdo a los postulados de la doctrina de ese país, el modelo argentino, en su faz de acumulación jurídica, responde a salvar los problemas que trae aparejado un modelo de

⁴³ Conti en crítica a la tesis de Zaffaroni (CONTI, Nestor Jesús, “Algunas consideraciones acerca de la Teoría del concurso de delitos”, *Revista Pensamiento Penal*, n° 30 (2006), pp. 1-22, p. 18, en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/algunas-consideraciones-acerca-teoria-del-concurso-delitos> [visitado el 28.06.2013]).

⁴⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, cit. nota n° 42, pp. 1010-1015.

acumulación material.⁴⁵ En ese mismo sentido, dicha regulación ha sido objeto de cuestionamientos de parte del Profesor Zaffaroni. En particular ese autor cuestiona la amplitud de los márgenes que puede adoptar la pena así determinada, los que podrían encuadrar penas que comenzaran en días y terminaran en un total de cincuenta años. Por lo mismo, este autor considera que tal reglaje vulnera el principio de legalidad en sentido estricto, toda vez que, en su concepto, una pena de esas características se encuentra indeterminada en los hechos.⁴⁶ No obstante, Zaffaroni no desconoce que este modelo de asperación de la pena es más benigno que uno de acumulación material; sólo representa que en el caso del código punitivo de su país, la regulación que lo adoptó lo hizo con una deficiente técnica legislativa al no establecer un límite máximo expreso que puede alcanzar la asperación de la pena. Por lo mismo, el propio Zaffaroni deja en claro el que considera un despropósito prescindir de esta fórmula por su inconstitucionalidad formal, ya que implicaría hacer prevalecer un sistema de acumulación material, *más gravoso para el penado*. Así las cosas, su solución estriba en formar límites doctrinarios sobre los cuales determinar la pena total; en consonancia a ello postula que, entre otros criterios, en la conformación de la pena total debe tenerse en cuenta que “usualmente las penas acumuladas incrementan el poder aflictivo que tiene aisladamente”, por lo cual el límite máximo solo se podrá alcanzar “cuando la pena total no potencie la inflicción de dolor de las penas aisladas”.⁴⁷

De los argumentos expuestos se debe entender que (aún con los defectos anotados) el modelo de asperación resulta preferible a un modelo de acumulación aritmética, pues en aquel la pena revela un incremento excesivo de la aflicción que la pena conlleva. Por ende, nuevamente se aprecia que, en este caso, el fundamento que opera tras esta regulación es el *principio de humanidad* de las penas. Ahora bien, dicho planteamiento, de igual forma es consistente con la legislación en comento; pues la regla en cuestión se aplica a todo caso de concurso real de delitos, estableciendo diferencias para el caso de que se traten de penas de la misma especie. Por consiguiente, en el caso de la regulación chilena que limita el modelo de asperación de la pena solo al caso de un concurso real de delitos de la misma especie, no puede explicarse por qué la aplicación del *principio de humanidad* deba verse restringido a ese conjunto de casos. Frente a tal fundamento existen solo dos opciones: o se asume una aplicación general; o, caso contrario, se desestima tal principio y su opera en un criterio puramente retribucionista con un modelo de acumulación de penas.

1.2.2. De la premisa, y otras preguntas.

Las observaciones anotadas permiten evidenciar una doble inconsistencia en la estructura interpretativa dominante, en cuanto al fundamento tras la disposición en análisis. Lo anterior, en el entendido de que el fundamento en cuestión –el *principio de humanidad de*

⁴⁵ Así Soler, para quien “la acumulación de todas las penas privativas de la libertad se tornarían injusta, porque sumando todas las penas, su intensidad no aumenta en progresión aritmética, sino en progresión geométrica” (SOLER, *Derecho Penal*, cit. nota n° 42, pp. 362-364); también Fontan para quien “la acumulación matemática es psicológicamente injusta, pues la cantidad de mal se hace mucho se sufre todo junto; los males distanciados o distribuidos en el tiempo se los soporta más fácilmente” (FONTAN, *Tratado de Derecho Penal*, cit. nota n° 42, pp. 52-53); y en igual sentido Teran Lomas para quien la “acumulación o suma de todas las penas correspondientes a los delitos comprendidos en el concurso real (...) puede resultar contrario tanto a la lógica como a la justicia, al exceder, por ejemplo, las penas privativas de libertad, la extensión posible de la vida humana” (TERAN, *Derecho Penal*, cit. nota n° 42, pp. 286-287)

⁴⁶ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, cit. nota n° 42, p. 1011.

⁴⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, cit. nota n° 42, pp. 1012.-1015.

CONTRERAS, Pablo “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”.

las penas– no puede explicar un régimen de excepción a este fenómeno, por el mismo carácter general de dicho principio. A su vez, la existencia de una razón que fundamente el establecimiento de un régimen de excepción debe partir de la constatación de una circunstancia propia de esta forma de concurso real que haga necesario distinguirlo del régimen penológico general. Sintetizando esta idea se puede decir que lo general no puede ser razón suficiente de lo excepcional, y lo excepcional no puede ser una razón suficiente para lo general.

Por consiguiente, a esta altura ya puede formularse la primera premisa que el estudio de esta norma arroja: su fundamento. El por qué establecer un régimen de asperación para un caso de concurso real doblemente excepcional, sujetando los restantes casos a un régimen de acumulación material, no puede ser explicado satisfactoriamente desde la perspectiva del *principio de humanidad de las penas*, y por, lo mismo, su fundamento debe ser diverso.

Es relevante constatar a este respecto, que la propia norma en análisis –el artículo 351– y su predecesora –el artículo 509–, siempre dieron una pista para desentrañar cuál era el fundamento, la razón de la excepcionalidad de este régimen. En efecto, el texto legal consigna –y consignaba– la base que habilitaba a hacer tal distinción, esto es el carácter de delito de la misma especie. En consecuencia, si el propio texto legal establece cuál es el criterio sobre el cual distinguir el conjunto de casos que se sujetaran a su prescripción, dicho criterio debe estar articulado en función de la razón que justifica establecer un régimen penológico diferenciado. Empero, de esta consideración surge una nueva pregunta: ¿por qué el carácter de misma especie que identifica a los delitos de un concurso real es razón suficiente para un tratamiento desigual?

En este punto cabe recalcar que tanto la norma en cuestión, así como su antecesora, precisaron el supuesto que autorizaba a aplicar su régimen penológico particular: que los delitos concurrentes sean de la misma especie. Luego, en este orden de ideas resulta central el que la propia norma entre a definir la especie de un delito como la afectación de un mismo *bien jurídico*. El *bien jurídico* pasa entonces a ser el concepto que no sólo articula el ámbito de aplicación de esta norma, sino que, más relevante aún, da el sustento axiológico (en tanto valoración que permite modular la pena) sobre el cual justificar la diferencia de trato que ésta hace. No obstante, esa sola constatación no permite ir más allá en esta indagación; aún resta desentrañar el por qué esta diferencia amerita discriminar entre un conjunto de delitos que tutelan bienes jurídicos homogéneos de otro que no lo hace. Volvemos entonces a la misma pregunta anterior, cambiando solamente parte de su objeto: ¿por qué la identidad de bienes jurídicos tutelados por los delitos que conforman un concurso real es razón suficiente para otorgar un tratamiento desigual?

Por consiguiente, entiendo que lo que finalmente debe responderse es por qué bajo esta premisa –existiendo un concurso real de delitos de la misma especie– debe darse un trato que implique un régimen penológico más benigno; esto es, establecer qué principio opera tras esta distinción en términos de otorgar una razón suficiente para darle aplicación a un régimen de asperación de la pena que opera sólo para esos casos.

1.3. Un fundamento consistente para justificar el régimen penológico diferenciado del artículo 351 del Código Procesal Penal.

1.3.1. Constatando la existencia de una relación entre el *bien jurídico* y la medida de la pena del concurso real.

Volvamos por un momento al fundamento de un régimen de asperación de la pena. La idea principal –que se infiere de un modelo de acumulación jurídica– es que aquél opera morigerando el volumen total que el reproche penal puede alcanzar bajo un sistema de acumulación aritmética. Por ende, si se establece una regulación que opere en base a ese modelo, debe necesariamente entenderse que, para ese caso, la pena determinada bajo el régimen de acumulación material no resulta adecuada. El por qué no resulta adecuada es asunto de un análisis posterior; el punto que se quiere afirmar por ahora, estriba solamente en asentar esta aseveración: La regla de asperación de pena del artículo 351 del Código Procesal Penal nace de un acto legislativo en virtud del cual se entiende que la regla del artículo 74 del Código Penal no otorga una solución correcta en cuanto a la pena que deba imponerse a cierta clase de concursos reales de delitos. Sólo de esta forma puede entenderse que en dicha norma se prevea un régimen más benigno para el sujeto que cometió una pluralidad de delitos; lo que, a primera vista, importaría otorgarle un tratamiento privilegiado, vulnerando su real merecimiento de pena.

En consecuencia, el sentido y alcance de la norma contenida en el artículo 351 del Código Procesal Penal debe estar determinado por este objetivo. Y es aquí donde entra a jugar un rol central el concepto *bien jurídico* como concepto articulador en esta regulación, pues, para que tenga sentido esta aseveración, en algún aspecto la identidad de bienes jurídicos tutelados debe prefiar la entidad de la pena, toda vez que el legislador ha sujetado la adecuación de aquella a este componente del injusto, sea bajo un régimen de acumulación material o jurídica. En otras palabras, si el legislador entiende que frente a un concurso real de delitos el sistema de acumulación material de pena puede ser un sistema correcto para establecer su punición (o por el contrario, entiende que ésta debe hacerse conforme a un modelo de asperación) es porque, en su concepción, la identidad de bienes jurídicos que exhiba un conjunto de delitos vinculados como un concurso real, lo hace merecedor de un tratamiento distinto al de un concurso real en que los bienes jurídicos tutelados sean heterogéneos.

De esta sencilla constatación puede extraerse una nueva premisa: cuando el concurso real está compuesto por delitos de distinta especie (tutelares de bienes jurídicos diversos) la pena procedente resulta de la suma de todas aquellas que se encuentren asociadas a cada una de las infracciones singularmente consideradas. Para este caso rige el modelo de acumulación material sin ningún tipo de cortapisa, y se entiende que tal volumen de sanción se corresponde al conjunto de hechos objeto de reproche. Por el contrario, cuando el concurso real está conformado por delitos de la misma especie (tutela de los mismos bienes jurídicos) la pena que resulta del modelo de acumulación material resulta inadecuada; y en consecuencia, a efecto de ajustar ésta, la misma debe ser determinada conforme a un modelo de asperación.

Así las cosas, creo que este último punto es que vale la pena observar con detención para solucionar este problema; ya que una falta de adecuación entre pena y hecho punible es un problema de proporción. En efecto, descontado que la pena sea necesaria e idónea para el fin que el legislador busca con su asociación a un hecho punible, si aquella no es adecuada

CONTRERAS, Pablo “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”.

para conformar el reproche a un conjunto de delitos vinculados como concurso real, ello sólo puede deberse a que ésta no resulta ser proporcional al conjunto de hechos punibles.

La idea que he planteado requiere afinarse con varios matices, pero puede funcionar como una tercera premisa a considerar: La pena a imponer en un caso de reiteración de delitos de la misma especie –que atentan contra el mismo bien jurídico– debe ser una pena asperada para efectos de que ésta sea proporcional. Por consiguiente, el bien jurídico tendría una incidencia en dicho punto que se articula directamente con la determinación de la medida de la pena que se vaya a imponer. En tal sentido, el bien jurídico fungiría como uno de los elementos que conforman la magnitud que se opondrá a la gravedad de la sanción (como afectación de derechos del penado) a imponer, para efecto de establecer la existencia de una relación de proporcionalidad (en sentido estricto) entre uno y otro principio en pugna.

Luego, es en razón de esta idea que la medida de la pena –para el caso de reiteración de delitos de la misma especie– debe ser establecida en función de un régimen distinto, un régimen de asperación de la pena. Como en este caso el bien jurídico configuraría un escenario en que debe distinguirse un caso de concurso real de delitos de la misma especie, de uno que no lo es, existiría una razón suficiente para regular esta materia con una disposición que establece un régimen de excepción. No obstante, todavía hay que dilucidar por qué el concepto de *bien jurídico* resulta tan significativo a dicho efecto.

1.3.2.El Principio de proporcionalidad como articulador de la relación entre el concepto de bien jurídico y la medida de la pena en el concurso real.

En este punto ya se ha llegado al meollo de mi planteamiento, el principio que define esta relación sobre la cual se construye el fundamento de este régimen diferenciado es el de *proporcionalidad constitucional*. Específicamente en su faz de *proporcionalidad en sentido estricto*. Esto importa develar la particular influencia que despliega el concepto de *bien jurídico* sobre la entidad de la pena, tanto en cuanto el mismo opera como uno de los baremos a la luz del cual la intervención penal –expresada concretamente como imposición de una sanción– se encuentra legitimada. Y ello pese a que en el cumplimiento de las finalidades que le son propias a la intervención penal se afecten *derechos fundamentales*.

Sin embargo, antes de avanzar en esta idea cabe hacer algunos alcances, pues la formulación planteada puede confundirse con el principio de proporcionalidad como límite material del *Ius Puniendi*.⁴⁸ La idea de proporcionalidad como límite material del derecho penal se emparenta con el principio de proporcionalidad constitucional; no obstante, éste lo supera en el alcance de la ponderación de intereses que habilita a tomar una decisión *ius fundamentalmente* correcta, como se verá a continuación.

a) *Proporcionalidad en el sentido del principio de proporcionalidad constitucional.*

- Origen del principio de proporcionalidad constitucionalidad.

⁴⁸ En tal sentido dicho principio “se conectan los fines del Derecho Penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado la globalidad de sus aspectos.” (SILVA, *Aproximación al Derecho Penal*, cit. nota n° 24, p. 260.)

El *principio de proporcionalidad constitucional*, ha dejado de ser considerado como un principio operativo únicamente para los ámbitos del Derecho Constitucional y Administrativo, encontrando ya suficiente eco en todas las áreas del Ordenamiento Jurídico. En términos generales puede afirmarse que este principio tuvo su origen en la práctica constitucional alemana; y conforme a él se busca:

“la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (de Alemania), la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los Derechos Fundamentales”.⁴⁹

Posteriormente, desde su origen particular, dicho principio fue extendiéndose en su aplicación, básicamente a través de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, y a través del Derecho europeo (con su reconocimiento expreso en el artículo 5° del Tratado de la Unión Europea). Desde ese reconocimiento, los ordenamientos internos de la Comunidad Europea, paulatinamente lo han ido incorporando. A su vez, este principio también ha sido recogido por el sistema interamericano de Derechos Humanos, donde, si bien no existe un reconocimiento expreso a su respecto (en el pacto de San José de Costa Rica no existe ninguna norma que lo consagre), es la propia Corte Interamericana la que lo estableció al inferirlo de la expresión “necesaria a una sociedad democrática”, que es el parámetro utilizado por la convención para regular las afectaciones o restricciones de derechos que tal instrumento ampara.⁵⁰

- Consagración del principio de proporcionalidad constitucionalidad.

Ahora bien, en lo que respecta al *ordenamiento jurídico chileno*, cierto es que la Carta Fundamental no recoge ninguna norma que consagre este principio, sin perjuicio de lo cual, –como señalan los profesores Arnold, Martínez y Zúñiga– de cualquier forma el mismo puede entenderse implícito “en las reglas del Estado de Derecho, siendo un principio inherente a éste”. A su vez, continúa el argumento de estos autores, este principio “se encuentra subsumido en la garantía genérica de derechos establecida constitucionalmente en las bases de la constitucionalidad” (artículos 6° y 7° de la Constitución), en el principio de la proscripción de la arbitrariedad (artículo 19 n° 2 de la Carta) y en la garantía normativa del contenido de los derechos” (artículo 19 n° 26 de la Carta).⁵¹ Ello ofrece un corpus normativo lo suficientemente consistente como para asentar la vinculación de nuestro ordenamiento a este principio.

b) Contenido del principio de proporcionalidad constitucionalidad.

Como primera consideración corresponde tener en cuenta que la proporcionalidad parte de una concepción de los *derechos fundamentales*⁵² que los concibe como principios y no como reglas. En tal sentido –y siendo siempre una clase de normas–, la colisión de estos

⁴⁹ ARNOLD, Reiner; MARTÍNEZ, José Ignacio; ZÚÑIGA, Francisco, “El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, n° 1 año 10 (2012), pp. 65-116, p. 68, en: [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/07%20\(065-116\)%20EL_PRIN.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/07%20(065-116)%20EL_PRIN.pdf) [visitado el 28.06.2013].

⁵⁰ ARNOLD/MARTÍNEZ/ZÚÑIGA, “El Principio de Proporcionalidad”, cit. nota n° 49, pp. 73-80.

⁵¹ ARNOLD/MARTÍNEZ/ZÚÑIGA, “El Principio de Proporcionalidad”, cit. nota n° 49, pp. 86-87.

⁵² En este sentido Alexy, para quien los Derechos Fundamentales son mandatos de optimización que deben ser cumplidos en diferentes grado y en función de sus posibilidades tanto fácticas como jurídicas. (ALEXY, *Teoría*, cit. nota n° 26, p. 86).

CONTRERAS, Pablo “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”.

con otros intereses que también pueden tener el carácter de *principio* debe ser resuelto conforme a un ejercicio ponderativo. Esto importa que tal conflicto no se resuelve excluyendo uno de los principios en pugna. Surge entonces el principio de proporcionalidad, como un baremo sobre el cual determinar la preeminencia de uno de esos principios.

En lo que respecta al contenido a este principio, el mismo se encuentra compuesto por tres sub-principios: de *idoneidad*, de *necesidad* y de *proporcionalidad en sentido estricto*.⁵³ El cumplimiento de estos sub-principios operan como gradas, cuya observancia sucesiva permite establecer si se da o no cumplimiento al *principio de proporcionalidad en sentido amplio*.

En cuanto a la conceptualización de los dos primeros sub-principios, la idoneidad importa el comprobar la aptitud de una determinada medida restrictiva de un derecho fundamental para efectos de alcanzar un interés legítimo que se le opone. Importa establecer si tal medida, *prima facie*, es adecuada para alcanzar el fin perseguido por ella⁵⁴. Lo anterior supone hacer un juicio de adecuación de medio a fin de la medida en cuestión; sólo en el caso de que ese juicio permita apreciar que la medida es apta para conseguir el fin, podrá darse por superada esta primera grada de cumplimiento del principio de proporcionalidad. Por su parte, el sub-principio de necesidad importa establecer si la medida que se adoptará es indispensable para alcanzar ese fin; “ello implica examinar si la intervención pública es indispensable por no existir un medio más moderado para su consecución.”⁵⁵ Lo anterior conlleva el mandato de seleccionar siempre aquel medio que signifique una menor afectación a un derecho fundamental.

c) *Proporcionalidad en sentido estricto*.

La proporcionalidad en sentido estricto (como sub-principio) constituye la tercera grada del cumplimiento del principio de proporcionalidad e importa un ejercicio de ponderación de los intereses que están en juego –y en el contexto de las circunstancias del caso concreto–, a efectos de establecer si la afectación de derechos que una determinada medida lleva envuelta “guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se pretende salvaguardar”.⁵⁶ El profesor González-Cuellar refiere al respecto que de este sub-principio puede decirse que tiene las siguientes características: es un principio valorativo, es un principio ponderativo, y es un principio con contenido material y no formal. De acuerdo a la primera característica, el principio de proporcionalidad “si bien presupone el juicio empírico de relación medio a fin” su “campo de aplicación se encuentra en el campo de los valores. En tanto, la segunda características importa que aquél se estructura en base a “una ponderación de medios a fin”, tras la cual podrá concluirse sólo si “el medio se encuentra en razonable proporción al fin perseguido”. Finalmente, éste resulta ser un sub-principio con contenido material, tanto en cuanto aquel se deriva del “conjunto

⁵³ PERELLO DOMENECH, Isabel, “El principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia constitucional”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 28, (marzo 1997), pp. 69-75, p. 70, en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174691.pdf [visitado el 30.06.2013].

⁵⁴ PERELLO, “El principio de Proporcionalidad, cit. nota nº 53, p. 70.

⁵⁵ PERELLO, “El principio de Proporcionalidad, cit. nota nº 53, p. 70.

⁵⁶ GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid: Editorial Colex, 1990, p.225.

de valores e intereses constitucionalmente protegibles que estén en juego”; considerar, por el contrario, que este sub-principio configura sólo un baremo neutral podría legitimar cualquier intervención, incluso las legalmente inaceptables, y, claramente, ese no es el sentido de este sub-principio.⁵⁷

1.3.3.El principio de proporcionalidad constitucional en el Derecho Penal.

a) *Consagración doctrinaria.*

Como antes ya había señalado, el *principio de proporcionalidad constitucional* hace tiempo que desbordó su primigenio ámbito de aplicación, traspasando las fronteras hacia todas las ramas del derecho en las que pueda verse envuelto una tensión entre algún interés estatal y un derecho fundamental. El Derecho Penal no ha sido ajeno a este fenómeno y es así que el profesor Mir Puig acopla la estructura general de este principio (con su carácter limitador de las acciones del estado que puedan afectar derechos fundamentales) a la estructura del Derecho Penal señalando que,

“la intervención penal (...) sólo es admisible si persigue una finalidad beneficiosa para bienes jurídicos especialmente importantes, (...) si lo hace de forma idónea para proteger para proteger tales bienes, resulta necesaria por no existir otras vías menos lesivas y *no supone una limitación de derechos desproporcionada en sentido estricto respecto a la finalidad de protección perseguida*”⁵⁸ (el énfasis es mío).

En este orden de ideas, la intervención penal no está exenta (en un juicio *iusfundamental*) de cumplir con esta exigencia de proporcionalidad, como debe hacerlo cualquier intervención del poder público. Esto resulta particularmente patente al constatar que la intervención penal es siempre limitadora de los Derechos Fundamentales, “desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución”.⁵⁹ Así las cosas la proporcionalidad entre la sanción y la conducta sancionada es una consecuencia lógica de la propia naturaleza del Derecho Penal, donde la gravedad de la intervención penal sólo se encuentra justificada por la gravedad de la actuación sancionada en relación con aquello que se pretende preservar”.⁶⁰

Lo que resulta más definitivo de la incorporación de este principio en la estructura del sistema penal, es que aquél conforma una rémora insalvable, sea para la instauración de figuras punibles, o sea para la imposición de sanciones “que carezcan de (una) relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global”.⁶¹ Concretando esta idea, específicamente en dimensión de la pena, este principio entraña una limitante a su extensión, tanto en cuanto aquella está sujeta al baremo de la valoración del significado del hecho punible. En cierta medida aquella debe ser el significante de este significado (valoración global del hecho).

⁵⁷ GONZÁLEZ-CUELLAR, *Proporcionalidad*, cit. nota nº 56, pp. 225-227.

⁵⁸ MIR, *Bases Constitucionales*, cit. nota nº 2, p. 97.

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago, “El Principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal” en: CARBONELL, J.C, GONZALEZ, J.L.; ORTS, E. (dirs.) CUERDA, M.L. (coord.) “*Constitución, Derechos Penales y Sistema Penal tomo II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1357-1382, p. 1361.

⁶⁰ DE LA MATA, Norberto, “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 60, mes 1 (2007), pp. 165-204, pp. 171-172, en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2863879.pdf [visitado el 28.06.2013].

⁶¹ DE LA MATA, “Aspectos nucleares”, cit. nota nº 60, p. 173.

CONTRERAS, Pablo “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”.

Ahora bien, estructurando el principio de proporcionalidad en función de los fines del Derecho Penal, el profesor Mir Puig, entiende que los tres sub-principios que lo conforman (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) se afirman en:

“función de la finalidad beneficiosa para interés particulares o públicos (...) lo que implica (que) toda intervención penal ha de justificarse por la finalidad de proteger intereses directos o indirectos de los ciudadanos (...) ello legitima el principio de exclusiva protección de bienes-jurídicos penales”.⁶²

De esta forma, se puede observar cómo los principios clásicos que oficiaban de límites del derecho penal (necesidad de la pena, subsidiariedad, ultima ratio, fragmentariedad) son homologables, en cuanto su articulación, a un principio limitador del poder público con las exigencias de idoneidad y necesidad. En cuanto a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, ésta se vincula directamente con la exigencia entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena.⁶³

b) El principio de proporcionalidad en sentido estricto en el ámbito penal.

De acuerdo a la tesis central de este texto, éste es el sub-principio que otorga el rendimiento operativo al planteamiento que hemos presentado.⁶⁴ La proporcionalidad en sentido estricto importa “un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes jurídicos cuya protección ha de servir aquella intervención”.⁶⁵ A su respecto se puede precisar, entonces, que la proporcionalidad en sentido estricto, encuadrada en el marco de la intervención penal, configura una “limitación a la gravedad de la sanción en la medida del mal causado sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que deba cumplir”.⁶⁶ Por consiguiente, para que se cumpla con este sub-principio se requiere que la pena (como afectación de derechos) no resulte más grave que el mal que se pretende evitar (en cuanto finalidad). Esto supone un juicio de ponderación que discurre al tenor de este baremo el que, a su vez, se articula con la idea de bien jurídico. Solo puede ser proporcionada esta intervención en la medida que esté establecida en función de tutelar *bienes jurídicos*, esto es, para prevenir sus atentados. Por su parte, aquella intervención deberá modularse en función de la entidad de los *bienes jurídicos* tutelados.⁶⁷

⁶² MIR, “El Principio de proporcionalidad, cit. nota nº 59, p. 1362.

⁶³ MIR, “El Principio de proporcionalidad, cit. nota nº 59, p. 1363.

⁶⁴ Los restantes subprincipios de conceptúan de la siguiente forma. El subprincipio de la idoneidad importa que si la finalidad del Derecho Penal es la protección de Bienes Jurídicos, la intervención penal sólo será idónea para el caso de que sea útil a la consecución de ese fin (DE LA MATA, “Aspectos nucleares, cit. nota nº 60, p.178). Así las cosas, si la finalidad del Derecho Penal es la prevención de los delitos, solo será idónea la intervención penal que resulte adecuada para lograr su evitación en tanto aquellos afecten un bien jurídico digno de tutela (MIR, *Bases Constitucionales*, cit. nota nº 2, p. 116). Por otra parte, el subprincipio de necesidad importa que la intervención penal, no obstante ser idónea; debe, además, ser necesaria, en tanto no exista otra medida menos gravosa para la protección de los Bienes Jurídico-Penales (MIR, *Bases Constitucionales*, cit. nota nº2, pp. 117-119). Esto supone establecer una relación en que la intervención penal menos intensa logre tener la mayor eficacia en la consecución de la finalidad del derecho penal (DE LA MATA, “Aspectos nucleares, cit. nota nº 60, p.179).

⁶⁵ MIR, “El Principio de proporcionalidad, cit. nota nº 59, p. 1364.

⁶⁶ GONZÁLEZ-CUELLAR, *Proporcionalidad*, cit. nota nº 56, p. 29.

⁶⁷ En este orden de ideas la profesora Gloria Lopera señala que “para establecer la intensidad con que la medida legislativa enjuiciada afecta los derechos fundamentales... es preciso atender a los siguientes

Así las cosas, estas ideas nos remiten a una relación en que, a mayor intensidad de la intervención penal, mayor debe ser la importancia del bien jurídico tutelado, y mayor la entidad de su afectación que se busca evitar.⁶⁸

En este punto cabe consignar que en algunos aspectos pareciera que el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto tendría –en el orden penal- una vinculación marcada con una concepción retributiva de la pena; en la medida que la relación gravedad de la pena / gravedad del injusto, quedaría determinada por el baremo de la retribución. Sin embargo, la correcta configuración de aquél supone el comprender que este principio tiene un contenido propio de tutela o protección de ciertos valores superiores, los cuales busca dejar a resguardo de la intervención penal. En dicho sentido este principio “es un fin en sí mismo (...) (ya que) la finalidad del Derecho Penal no tiene sólo que ver con la protección de bienes jurídicos por parte del Estado, sino también (...) frente al Estado”.⁶⁹ Por lo mismo, lo que este principio conlleva en su aplicación es una limitante al poder punitivo del estado, conforme a la cual, la finalidad que se busque alcanzar mediante el ejercicio del *Ius Puniendi* no puede terminar instrumentalizando a las personas en pos de la eficacia que tal intervención puede exhibir. Siguiendo con la conceptualización de Robert Alexy sobre la estructura de los Derechos Fundamentales en tanto mandatos de optimización, el sentido de este principio es reconocer la mayor extensión de la libertad dado el interés contrapuesto que prefigura la finalidad que persigue la intervención penal.⁷⁰

Sin perjuicio de lo anterior, ello no significa que la gravedad del delito sea un criterio del que se prescindiera, lo que sí ocurre es que éste se integra de un modo diverso en el ejercicio de la ponderación de intereses. Si se parte de la base de que la finalidad en juego es la prevención de delitos, la ponderación que se haga al efecto debe conducir, por una parte, a la maximización de esa finalidad, y, por la otra, a una maximización en las esferas de derechos fundamentales que se puedan ver comprometidos. Ello conlleva que debe entrar en juego la gravedad del hecho, pero para efecto de establecer una medida en la que la intervención penal no sea más gravosa que la lesión al bien jurídico que se pretende evitar.⁷¹ En tal sentido el profesor Mir Puig considera que la gravedad del hecho debe ser

critérios: c) la duración de la intervención en el derecho fundamental, de modo que cuanto mayor sea la duración de la pena establecida en la norma enjuiciada, tanto mayor será la intensidad de la intervención en los derechos afectados con la misma, d) la comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza, de que la afectación de derechos se considerará especialmente intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida... para hechos de similar o mayor gravedad”. Por otra parte la misma autora refiere que “la intensidad con que la norma penal enjuiciada satisface el principio que la respalda la intervención penal legislativa se respalda en los siguientes criterios: a) la lesividad de la conducta prohibida, pues cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su prohibición a la protección de dicho bien jurídico...”. LOPERA MESA, Gloria, “El Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en: CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 269-306, pp. 288-289.

⁶⁸ MIR, “El Principio de proporcionalidad, cit. nota n° 59, p. 1365.

⁶⁹ NAVARRO, Irene, “El Principio de proporcionalidad en sentido estricto: principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global costes y beneficios”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, n°2 (2010), p. 14.

⁷⁰ En este sentido cabe recordar que el profesor Mir Puig, explicó que este principio “no nació para las penas sino para las medidas de seguridad (...) al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con la utilidad preventiva (MIR, *Derecho Penal*, cit. nota n° 34, p. 127).

⁷¹ DE LA MATA, “Aspectos nucleares”, cit. nota n° 60, p. 179. En igual sentido la profesora Lopera, LOPERA, “El Principio de proporcionalidad” cit. nota n° 67, p. 289.

CONTRERAS, Pablo “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”.

considerada desde una perspectiva ex ante, en el momento que el legislador procede a establecer la pena para un delito, ya que es en ese momento donde tal pena debe ser proporcionada al delito que se pretende evitar; de forma que “dicha gravedad es la gravedad de todos los delitos que se busca evitar”.⁷² El principio de proporcionalidad, entonces, dista de una concepción retributiva pura, pues engarza la finalidad de ésta -que oficia de principio en pugna- no con la reparación del hecho pasado (lo que es fácticamente imposible), si no que con el delito que se busca evitar.⁷³

Ahora bien, la magnitud a confrontar no se agota en estas consideraciones, pues ésta debe comprender, también, todos los aspectos que permitan la más completa ponderación del análisis de costes y beneficios que esté asociado a una intervención penal. Entre estos aspectos se cuentan elementos que también incidan en la culpabilidad, en el entendido de que estos configuren antecedentes relevantes referidos al sujeto mismo que comete el hecho, y las condiciones en que se realiza, “y a las finalidades que la pena debe cumplir genérica y específicamente”.⁷⁴ El punto es que estos aspectos son elementos cuya ponderación contribuyen en la construcción de esta magnitud, en tanto definen la gravedad de ésta, orientada a la entidad de la pena que le debe seguir.⁷⁵

Trasuntado los conceptos que definen este principio, parece relevante destacar a los efectos de este trabajo que la proporcionalidad, en cuanto a la dimensión punitiva de la intervención penal se legitima en función de esta ponderación, la cual siempre tiene en consideración los derechos fundamentales que con la intervención se pueden afectar. Siendo así, la medida de la sanción se articula en función de ese fin perseguido teniendo como baremo el mayor o menor coste que éste signifique. Sentado esto, debe siempre observarse que aquel baremo implica también que ese mayor o menor coste esté relacionado, en primer lugar a la tutela de bienes jurídicos; y, en segundo lugar, al valor de estos, y a la magnitud de su afectación, así como a la culpabilidad y condiciones

⁷² MIR, *Bases Constitucionales*, cit. nota nº 2, pp. 123.

⁷³ Sobre este punto, cabe consignar que un modelo respetuoso de los Derechos Fundamentales difícilmente puede sustentar una concepción retributiva o absoluta de la pena, pues una intervención de esa naturaleza, en cuanto afectación de estos derechos, importaría someter a estos derechos a una lógica normativa de reglas y no de principios, esto es, la pena se mensura en su propio mérito, ya que en tal concepción ésta tendría “un carácter absoluto, no sirve para nada más, pues constituye un fin en sí misma... la pena tiene que ser porque debe imperar la justicia”(DURAN, Mario, “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos”, *Revista de Filosofía*, Volumen 67 (2011), 123 - 144, p. 126, en: <http://www.scielo.cl/pdf/rfilosof/v67/art09.pdf> [visitado el 13.02.2014]). Por el contrario, conforme a la tesis que se expone se entiende que “la idea de proporcionalidad no puede ser desvinculada con las consideraciones sobre el fin y función de la pena... generalmente se acepta que no es posible determinar la medida de la pena si ésta no está orientada a un fin” (FUENTES CUBILLOS, Hernán, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14 nº2 (2008), pp. 15 - 32, p. 32, en: <http://www.scielo.cl/pdf/isuete/v14n2/art02.pdf> [visitado el 2.02.2014]).

⁷⁴ DE LA MATA, “Aspectos nucleares”, cit. nota nº 60, p.179.

⁷⁵ En contra de esta idea el profesor Mir Puig, quien considera que la culpabilidad, si bien integra la gravedad del hecho, no puede ser considerada dentro de la ponderación de este sub-principio pues la misma no es susceptible de ser relativizada (MIR, *Bases Constitucionales*, cit. nota nº 2, pp. 124.). Para efectos de este trabajo se rechazara esta observación pues se entiende que el principio de proporcionalidad es de índole garantista, en dicho contexto su operatividad no tenderá a relativizar el principio de culpabilidad, sino que, por el contrario, su inconcurrencia o su gradualidad incidirá en el juicio de ponderación de la intervención penal, excluyéndola o autorizándola en una menor medida.

particulares del sujeto infractor. De este modo, cuanto más valor se le asigne a un bien jurídico, y cuanto más agudo sea su ataque, el delito que comprenda la proscripción de tal conducta tendrá una mayor gravedad asociada y justificará una intervención penal más intensa.

Este último punto guarda una capital importancia en la articulación de nuestra tesis. En efecto, en la comprensión de la gravedad del hecho, como magnitud a ponderar, la afectación del bien jurídico también incide en la ponderación de la intensidad de la intervención penal, toda vez que la pena es expresión también de esa mayor o menor afectación, tanto en cuanto debe guardar proporcionalidad con ésta. Luego, a una mayor intensidad de la afectación al bien jurídico le puede seguir una mayor intensidad de la intervención penal. Esto importa que, para dicho caso, concurre una mayor preponderancia de la finalidad penal por sobre el coste de afectación de Derechos Fundamentales –el que también aumentaría en intensidad-; sin embargo, no por eso esta intervención penal dejaría de ser proporcionada y *ius fundamentalmente* correcta. Por el contrario, a menor valor del bien jurídico, o a menor entidad de su lesión, la consecución de los fines perseguidos con una intervención intensa no guardaría relación con el coste que ésta representa, por lo tanto, la misma resultaría desproporcionada e *ius fundamentalmente* incorrecta.

1.3.4. La medida de la pena como expresión de *proporcionalidad en sentido estricto*: la clave que permite dar a la reiteración de delitos de la misma especie un trato penológico diferenciado.

Corresponde ahora volver a las preguntas que se han planteado. Se estableció que en la regulación del artículo 351 del Código Procesal Penal había un régimen penológico distinto para el caso de un concurso real de delitos de la misma especie de uno que no lo era; y que en esta distinción jugaba un rol clave el concepto de *bien jurídico*.

Pues bien, el examen del *principio de proporcionalidad constitucional* se ha concluido que la intervención penal se legitima en función de la tutela de bienes jurídicos; y que la proporcionalidad estricta se vincula a una ponderación de intereses teniendo en cuenta la gravedad del hecho, entendiéndola –en gran medida, pero no en forma exclusiva– como el valor del bien jurídico tutelado y entidad de la afectación de éste. En consecuencia, lo que autoriza la intervención penal (en la medida que importe una afectación de Derechos Fundamentales) es la determinación de su proporcionalidad en relación al fin perseguido (la evitación de las conductas prohibidas). Por lo mismo, si ésta excede esa proporcionalidad, se deslegitima y entra a vulnerar, derechamente, los derechos afectados por la intervención.

Así las cosas, un modelo de acumulación material tendería a producir una pena desproporcionada. Tal desproporción se configura porque la progresión de la sanción obedecería únicamente a un criterio aritmético, en el cual sólo se van adicionando las penas previstas por el legislador para cada infracción, singularmente consideradas. Al operar de esa forma, se determina la pena a imponer sin tener un parangón ni con el valor del bien jurídico afectado, ni con la intensidad de su lesión. Este punto es especialmente relevante a considerar, pues si la proporcionalidad autoriza al legislador para asociar una determinada sanción a una determinada conducta, ello lo hace en razón de determinados criterios axiológicos (en cuanto se fija el desvalor de la conducta incriminada) que no necesariamente concurren para el caso de que un cúmulo de hechos comprenda una sanción global que le sea análoga. No es posible formular una regla de progresión que permita asimilarlos de esta forma, toda vez que la mera repetición de acciones no alterará

CONTRERAS, Pablo “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”.

el valor del bien jurídico afectado, ni tampoco puede afirmarse que esa sola repetición importe un incremento significativo en la entidad de la lesión del bien jurídico. En consecuencia, la reiteración –como fórmula de sanción– no permite su homologación al juicio de proporcionalidad correspondiente a un delito más grave, para el cual se ha previsto una sanción mayor.

El problema que se observa es que al acumularse materialmente las penas de un concurso real de delitos de la misma especie se terminarían igualando valoraciones diversas (referidas tanto a los bienes jurídicos en sí como a su nivel de afectación), con lo cual se podría llegar al absurdo de afirmar que un homicidio simple es axiológicamente equivalente (tanto en cuanto su desvalor) en su significación de gravedad a tres robos con fuerza en bien nacional de uso público, que seis delitos de daños equivalen a un delito de violación, o que diez delitos lesiones menos graves equivalen a un delito de mutilación, o que diez delitos de daños simples equivalen a un delito de incendiar un edificio destinado a servir de morada, que no esté habitada (artículo 476 del Código Penal, nº1).⁷⁶

Del mismo modo, la mera repetición de conductas que afectan de modo menor un determinado bien jurídico no puede ser homologada a sus afectaciones más graves. Por ende, la reiteración de delitos de lesiones menos graves no puede configurar la misma afectación del bien jurídico tutelado que el delito de lesiones graves gravísimas (o el concurso de daños simples no importa una afectación análoga a la del delito de daños calificado), pues la concurso de los primeros no importa –valorativamente– un incremento en la afectación del *bien jurídico* tutelado por esos delitos; aun en el caso de que sean muchas las acciones que concurren, ya que cada infracción es siempre expresión, en forma exclusiva, de esa afectación (menor), y ésta sólo se repite, mas nunca se acrecienta.

La idea expuesta no significa que la reiteración, en tanto recaída en la comisión de un hecho ilícito, no tenga incidencia en su significación de gravedad, por el contrario, la regla de asperación sí revela un grado de incidencia en ésta. No obstante, aquella sólo importa un incremento en la configuración del injusto que resulta ser, en definitiva, marginal. En consonancia con esta afirmación (y conforme a la tesis que aquí se sostiene), se entiende que la valoración del bien jurídico tutelado, así como la entidad de su afectación, sólo se prevé en el respectivo tipo penal y siempre se circunscribe a éste. Por ende, la suma de dos tipos penales no importa una lesión análoga a la prevista en una tipo penal cuya significación de gravedad sea mayor. Para este caso podrá la reiteración conformar un plus de injusto, en tanto una recaída en la infracción a la norma, pero éste en ningún caso es análogo a la valoración o entidad de la afectación del bien jurídico tutelado. En otras palabras, esta situación es equivalente a la repetición de unidades lingüísticas: un niño que

⁷⁶ En este orden de ideas esta norma clausuraría un sistema coherente en torno a las propias valoraciones jurídico penales del legislador. Sobre este particular se puede entender que oponer el propio sistema de valoraciones a la del legislador, a efecto de revelar la falta de proporcionalidad, es un ejercicio sin mucho rendimiento; no obstante, un sistema penal al que se le exija un mínimo de coherencia debe ser consonante en cuanto las valoraciones que propugna sistema social del que es parte. Siguiendo al profesor Jakobs “el derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva... por ejemplo que la pena máxima se imponga por brujería... o por asesinato caracteriza a ambos, al derecho penal y a la sociedad” (JAKOBS, Gunther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Trad. CANCIO Meliá, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid: Editorial Civitas, 2000, p 22); sobre esta idea es que propongo que debe existir un mecanismos que permitan concordar esas valoraciones sociales (para que se correspondan con el desvalor del asesinato, o de la brujería).

llama persistentemente a su madre no da cuenta de que tenga una multitud de progenitoras, sólo da cuenta de que requiere la presencia de la única que tiene, y la repetición de su llamado sólo incrementa la intensidad de este requerimiento.⁷⁷

Esta idea puede ser relacionada con ciertas observaciones que el profesor Jakobs realizó al modelo de asperación alemán.⁷⁸ Conforme a ellas, el acto de imposición de una pena global importa manifestar, ya, la desaprobación por todos los hechos cometidos; y el imponer todas las penas asignadas importaría reiterar, de forma indebida, e inconducente, esa desaprobación. Esto supone entender que el solo acto de imponer una pena, sea para un delito singular o para una pluralidad, ya conlleva una desaprobación análoga en su merecimiento. Si se extrapola esta idea a la normativa en análisis resulta que la subsunción de los diversos hechos bajo una pena asperada, responde justamente a su identidad, en tanto preceden a la tutela de unos mismos bienes jurídicos, con lo cual la pena así determinada manifiesta ya su total desaprobación del concurso. En tal sentido, el reproche que se formule conforme a esta regla de asperación se ve ajustado a la proporcionalidad en sentido estricto que se le exige a la intervención penal, pues su entidad debe inscribirse en una relación de adecuación al peso de la gravedad –singular– de esos delitos que han sido reiterados.

Es importante hacer hincapié en este último alcance, pues la tesis de Jakobs responde a un modelo de asperación de la pena que se aplica de una manera general. Sin embargo este autor no fija un criterio pético sobre el cual construir la identidad simbólica a la que hace referencia en la imposición de la pena global. Por lo mismo, dado el modelo normativo en análisis, es perfectamente consistente construir esa identidad simbólica en función del concepto de *bien jurídico* y su incidencia en la conformación de la gravedad del hecho como magnitud operativa en la ponderación de intereses que subyace a toda intervención penal.

De esta forma, puede afirmarse que la pena asperada comprende toda la carga simbólica del acto referido a su imposición, en tanto ésta manifiesta el juicio de reprobación de la suma de los hechos análogos conforme a su significación de gravedad. Si el modelo se inclinara por limitarse a realizar una adición de penas singulares, resultaría redundante pues en cada pena se reiteraría el mismo valor simbólico de la acción de penar, alcanzando, en global, una pena superior a la autorizada por el juicio de proporcionalidad. Por consiguiente, si el ejercicio de ponderación entre la intervención penal y los *derechos fundamentales* que se verán afectados por esa intervención se decanta por la preeminencia de la intervención penal, el alcance de aquella ponderación se agota en la imposición de una pena que comprenda la desaprobación de todos los hechos, pero limitado a su

⁷⁷ Tomo este ejemplo de un argumento análogo que da el profesor Jakobs (JAKOBS, *Derecho Penal*, cit. nota n° 33, p.1109).

⁷⁸ Para Jakobs los argumentos que usualmente usa la doctrina alemana para dotar de fundamento a esa normativa se basan en una premisa no demostrada empíricamente sobre el padecimiento de una pena. A su vez, también cuestiona el que no tengan el suficiente rendimiento para explicar por qué no se hace ésta suma dentro de los límites de quince años, que rige para las penas temporales. Para él, la “pena debe entenderse como símbolo de la desaprobación jurídica del comportamiento del autor y varias desaprobaciones pueden ser simbólicas a la vez”; en este orden de ideas la pena global se “ejecuta por todos los hechos”. Lo central de esta tesis estriba en que, para este autor, “la función de la pena global no consiste en ocasionar una determinada suma de padecimiento de pena (...) (ni) determinar naturalísticamente la eficacia de la pena, sino que (...) la pena total ha de poner de manifiesto la desaprobación de todos los hechos” (el énfasis es mío). En este sentido, continua su argumento, para tal desaprobación no se necesita una sumatoria de penas singulares. (JAKOBS, *Derecho Penal*, cit. nota n° 33, p. 1109.)

CONTRERAS, Pablo “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”.

gravedad individualmente considerada. Y esto, pues todos esos hechos se encuentran vinculados axiológicamente (tanto en cuanto misma desvaloración) por la tutela de un mismo bien jurídico, y en cuanto a una misma afectación de éste.

Sobre este punto es atinente traer a colación la ubicación de esta norma. Como ya antes se dijo tal disposición es de carácter sustantivo, no obstante encontrarse incardinada en el Código Procesal Penal –así como el artículo 509 que también se encontraba en un código de carácter adjetivo–. Sin embargo, creo que incluso tal ubicación en un texto legal que regula la forma del proceso penal tiene un sentido claro en la tesis planteada. Esta es una norma sustantiva (de determinación de la pena) que se vuelve operativa al momento de dictarse la sentencia condenatoria, momento en el cual pasa a fungir como expresión de la total desaprobación jurídica de todos los hechos de que se trate, pues –como se indicó *supra*– el problema del concurso real de delitos solo emerge en el proceso mismo⁷⁹. Conforme a los anterior, y siguiendo en parte la tesis de Jakobs, el acto de dictar una sentencia condenatoria conlleva, además, la carga simbólica de todo el reproche penal que merecen los actos que son juzgados. La formulación de la condena, como acto de desaprobación de una serie de conductas, se concreta en ese preciso momento, y por ello no es baladí que esta especial regla de determinación de pena se consagre en una regulación de naturaleza procesal, pues ésta reglamenta, justamente, la forma en que se hará ese reproche. Por ello, su ubicación responde a una particular advertencia al adjudicador –pues a él está dirigida–, indicándole que en la dictación de la sentencia, el legislador penal ha sujetado la determinación de la pena de reiteración de los delitos de la misma especie a un criterio de proporcionalidad en sentido estricto. Por consiguiente, el quantum de esa sanción debe ser establecido en función de tal principio.

Lo que resulta relevante de destacar a esta altura es que la limitación a la intervención punitiva, en tanto actuación del poder público, no se puede ver escindida por el solo hecho de que se ejecute sobre una multiplicidad de hechos punibles. Aquella sigue estando sujeta, como unidad, a este *sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto*, aún en consideración a la pluralidad de delitos a sancionar. Por lo mismo, la habilitación a asociar una pena a un hecho (en conformidad a su significado de gravedad), importa también -en este caso- la ponderación de la gravedad del hecho (tanto en cuanto bien jurídico tutelado y afectación de éste) en el momento de la efectiva imposición de aquella, la que deberá corresponderse, en todo caso, con la gravedad de ese hecho típico que se ha reiterado; y ello en atención a que es en ese momento en que formula el reproche en toda su cabal intensidad.

La premisa anterior no es ajena al Código Penal. En efecto, el más rápido de los vistazos dará profusos ejemplos de distintos tipos en que el legislador prescinde de un mero criterio numérico y vincula a un conjunto de tipos autónomos una sanción mayor que la que individualmente les hubiere correspondido. En este sentido puede citarse el caso del delito de Robo con Violación (y en general todos los robos calificados), en el cual el solo hecho de que en el mismo contexto se cometan los delitos robo y de violación hace que el legislador otorgue a este concurso un significado de gravedad diverso (y más intenso) al de aquellos dos injusto separada y singularmente considerados, asignándole una pena que en su tramos mayores excede, con creces, la penas que individualmente pudieren haberse

⁷⁹ MATUS, “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas”, cit. nota n° 6, pp. 526-527.

impuesto al penado, para el caso de que se le condenara a la pena particular de cada uno de esos delitos. Una pena que llega en sus tramos máximos al presidio perpetuo simple y calificado; versus una pena que en su tramo máximo llega a los veinte años de privación de libertad (para el caso del robo) y quince años (para el caso de la violación y del homicidio).

En este mismo orden de ideas cabe entender la regulación prevista en el artículo 451 del Código Penal,⁸⁰ caso en el cual se considera a la pluralidad de delitos de hurto como un solo delito, pero en base a sumar su magnitudes, para luego aumentar la pena a imponer en un grado. Es decir, en razón de la suma de magnitudes se va a establecer la gravedad del hecho (adicionándose todas las afectaciones al bien jurídico); para después agravar la pena que corresponda. No obstante, más que el número de delitos, lo que aparece como significativo para el legislador para configurar el reproche penal a esta situación es el hecho de que estas conductas se cometan contra una misma persona o en un mismo lugar.⁸¹ En efecto, bajo esta premisa el dato de que sean una pluralidad de infracciones concurre en la configuración del supuesto de hecho de la norma penal a aplicar; sin embargo, sólo el especial contexto en que se cometió esa reiteración lo torna relevante. Por el contrario, sin ese contexto, la reiteración de hurtos se regula por las reglas generales. Lo importante a destacar es que la pluralidad de infracciones no es el dato de mayor relevancia al prever la gravedad de los hechos que se sancionan, para el legislador es mucho más relevante su contexto. Tanto es así que en el caso que regula esta norma no se puede dar aplicación a la regla de acumulación material que previene el artículo 74 del Código Penal, pese a que pueda llevar a imponer una pena menor. Como consecuencia, tales reglas pueden conllevar a que al asperar esta pena ya se genere una intensificación en el tratamiento penal del condenado; pues, dado que el hurto de menor gravedad está sancionado con una pena que comienza en sesenta y un días, al aplicarse esta norma sobre la base de tres infracciones de esa naturaleza la sanción a imponer es la que le sigue en magnitud, esto es un pena que comienza en quinientos cuarenta un días. Es decir, bajo esta regla ya se habilita a imponer, a todo evento, una pena que corresponde a más del doble de la pena que hubiere correspondido para el caso de imponerse el conjunto de las penas mínimas asociadas a esos hechos, individualmente considerados. A lo anterior hay que agregar que conforme a dicha regla, la pena a imponer en este caso deberá ser impuesta, a su vez, en su grado superior. Esto significa que la pena que finalmente se imponga la sanción más gravosa que la originalmente asociada a la magnitud del total de lo apropiado.

Para estos casos se entiende, sin mayor dificultad, que la significación de gravedad de un grupo de hechos puede ser diversa a la cantidad de conductas punibles que hayan sido realizadas, ya que el especial contexto que las vincula configura un plus de injusto que supera al que es propio de dichas figuras, aisladamente consideradas. Lo anterior importa que, en la significación de la gravedad de un hecho, el criterio numérico es meramente marginal en su conformación. No debería existir objeción, entonces, para afirmar que

⁸⁰ Reza esta disposición que “en los casos de reiteración de hurtos, aunque se trate de faltas, a una misma persona, o a distintas personas en una misma casa, establecimiento comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar, el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior (...) Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 447”.

⁸¹ En este sentido Politoff, Matus, Ramírez, para quienes en esta forma de reiteración de delitos de la misma especie se establece en función de “claramente la situación fáctica en que estos delitos suceden” (POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*, segunda edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 382).

CONTRERAS, Pablo “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”.

dicha misma comprensión del significado de gravedad de un hecho típico también puede – y debe– ser diversa, y menor, a la sola sumatoria de conductas punibles que se hayan cometido para el caso de una reiteración de delitos de la misma especie.

En efecto, si el significado de gravedad se construye a partir de una determinada conjunción de circunstancias (princiando por el propio bien jurídico tutelado y la forma de su agresión), la variante repetición del hecho sólo tiene relevancia en la conformación de la pena a imponer, tanto en cuanto exprese una especial circunstancia desvalorada. En este sentido, más que el sólo hecho de enfrentarse a una pluralidad de infracciones, adquiere más relevancia en la determinación de la sanción de la reiteración el hecho de que se haya recaído en la comisión de una nueva infracción; es ahí donde esta circunstancia conformaría un mayor contenido de injusto.

El argumento que se utiliza en este punto se emparenta con la tesis con que el profesor Mir da una justificación doctrinaria a *la circunstancia agravante de responsabilidad penal de la reincidencia*. En este orden de ideas, un mayor contenido de injusto puede ser remitido a la circunstancia de que el sujeto, pese a ser consciente de haber quebrantado esa norma jurídico-penal, vuelva infringirla, aun cuando tiene claro entendimiento de incurrir nuevamente en una conducta que le está proscrita. Así las cosas, la reiteración implicaría una segunda norma que establece una proscripción especial de no volver a cometer esa infracción, de modo que su quebrantamiento conforma un plus de injusto que se agrega a la del delito reiterado.⁸² Conforme a esta idea es que puede entenderse el por qué en esta lógica del *proporcionalidad estricta* de la intervención penal se prefirió un sistema de asperación de la pena, y no uno de absorción de la pena.⁸³ El fundamento radicaría en que, para este conjunto de casos, el dato de recaída en la infracción configura un plus de injusto con incidencia en la gravedad del hecho, lo cual permite incorporarlo en la magnitud con que se hará la ponderación de proporcionalidad que autoriza a aplicar una pena más grave. Un modelo como el de la absorción, en cambio, negaría que tal dato tuviera alguna incidencia en la conformación de la gravedad del hecho, presidiendo de él en la ponderación de principios en pugna.

De acuerdo a estas ideas, la regla del artículo 351 operaría como un ajuste de la medida de la pena a imponer para el caso de reiteración de delitos, justamente en caso que la fórmula de acumulación material se torna inapropiada por la proporción que debe existir entre gravedad del hecho y pena. En efecto, el matiz que busca ofrecer esta norma para el caso de la medida en concurso real de delitos se articula a una idea de proporción en sentido

⁸² En este sentido el argumento se emparenta con la tesis de la agravante de reincidencia del profesor Mir Puig, en cuanto esta prevé un plus de injusto en tal agravante al suponer una infracción de dos normas, la que proscribía la conducta y la que proscribía caer en el delito tras la condena. Una síntesis de este planteamiento en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia Agravante de Reincidencia desde los Fundamentos y Fines de la Pena”, *Cuaderno de Política Criminal*, segunda época, II (2008), pp. 1-30, p. 122.

⁸³ Conforme a un modelo de absorción se aplica “únicamente la pena que corresponde al delito más grave de los que concurren, presidiendo de los demás” (ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p.117). Tal modelo se comprende en la fórmula latina *poena major absorbet minorem*, y conforme a éste los demás delitos se consideran, a los sumo, como circunstancias agravantes (NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 1, p.225).

estricto, pues su sentido es contener el volumen de su sanción a la gravedad de los hechos en cuestión, los cuales afectan a un mismo bien jurídico. En consecuencia, el fundamento de esta norma es sujetar la cuantía de la sanción –de esta caso de concurso real– a los parámetros de proporcionalidad bajo los cuales el legislador estableció una pena para un hecho punible, en singular, estableciendo un incremento menor de ésta, en función del antecedente de recaída en la infracción penal que importa el hecho de la reiteración. Por ello no operaría en este caso un modelo de absorción, ya que la recaída importa un plus de injusto cuya incidencia explica por qué la pena deberá ser asperada, superando en sus márgenes a la pena correspondiente al delito singularmente considerado.

Es en este contexto que ahora sí puede vislumbrarse una razón suficiente para dar un trato diferenciado a este caso de concurso real; pues al ser conformado por delitos de la misma especie –entendiéndose por ello que tutelan los mismos bienes jurídicos–, la medida de su sanción debe sujetarse a la relación de proporcionalidad que debe existir entre la valoración de esos bienes jurídicos y su afectación –en cuanto componente de la gravedad del hecho–, y la finalidad buscada por la intervención penal. Esto también plantea una diferencia sustancial con el restante grupo de casos sujetos a una regla de acumulación material, pues en un su caso la heterogeneidad de bienes jurídicos tutelados impediría englobar su significado de gravedad en solo una de las sanciones asociadas a ellos. En tal caso, cada uno de los hechos punibles importa la afectación de un bien jurídico distinto y, por lo tanto, autoriza la imposición de su sanción, en forma individual y adicionándose a las restantes. La proporción de una pena acumulada, en este caso, estaría determinada por la multiplicidad de bienes jurídicos afectados, cada uno con su particular valoración que debe ser comprendido en el reproche.

1.3.5.Excurso: relación de esta regla con la *unificación de penas*.

Sobre esta misma línea de argumento resulta pertinente traer a colación una norma que se encuentra profundamente vinculada a la regla en estudio. La norma en cuestión regula lo que doctrinalmente se ha llamado la *unificación de penas* y se encuentra consagrada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.⁸⁴ El fundamento de esta norma es evitar que al seguirse un conjunto de procesos contra una persona la suma de las sanciones a imponer supere a la que le habría correspondido se habersele juzgado en forma conjunta. Por consiguiente, esta norma opera, igual que en el caso en estudio, para el evento de concurso real de delitos.⁸⁵

Bajo tales premisas, la tesis aquí planteada encuentra un correlato lógico con esta norma, en tanto ordena el adecuar el conjunto de penas impuestas a aquella que hubiere correspondido para el caso de que se hubiere juzgado conjuntamente los delitos. En efecto, la disposición referida salva una circunstancia no oponible al penado, su juzgamiento independiente para cada hecho punible cometido; ello pese a que en la especie se trata de un concurso real de delitos. Por consiguiente, para dicho caso el legislador ha prescrito una

⁸⁴ Norma que reza lo siguiente: “Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias modificatorias que de haberse acumulado los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta. Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos... En los casos del inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto”.

⁸⁵ OLIVER, “Aproximación a la unificación de penas”, cit. nota n° 6, p. 251.

CONTRERAS, Pablo “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”.

fórmula que permuta modular la pena conforme a la relación de proporcionalidad de la gravedad del hecho reiterado.

El fundamento de esta regla también se atendería así al principio de proporcionalidad en sentido estricto, para el caso de sancionarse un caso de reiteración de delitos de la misma especie; dado que lo distintivo de esta situación es el significado de gravedad propio que puede conllevar tal concurso real. De esta forma, la circunstancia (muchas veces azarosa) de que su juzgamiento se haga en forma independiente no puede tener ninguna incidencia en ese significado de gravedad. En consonancia, en este caso la sanción a imponer también estará supeditada a ese significado de gravedad, y deberá encausarse dentro de los márgenes que el juicio de proporcionalidad deslinde.

Sólo de esta forma es que puede entenderse la precitada regla, toda vez que si es del caso que corresponda aplicar al concurso real la regla de la acumulación aritmética del artículo 74 del Código Penal, no habría nada que regular, las penas serían del todo equivalentes. Por otra parte, no se entendería la necesidad de aplicar un sistema de asperación de la pena incluso en este caso si es que no subyace a él la necesidad de limitar la intensidad de la intervención penal. Y, como ya se ha dicho, esta limitación a la intervención penal sólo se puede explicar en la falta de proporcionalidad que aquella tendría en relación al fin perseguido dado el objeto de protección de la norma penal.

1.3.6.Exclusión de la pena de multa de estas reglas.

No puede ser soslayado en este análisis el que la pena de multa, a diferencia de lo ocurre con las reglas vistas en la legislación alemana, se encuentre excluida de esta regla de proporcionalidad. Ante tal evidencia podría objetarse la tesis planteada, pues no existiría un razón suficiente para excluir esta clase de penas.

Sin perjuicio de lo anterior, no parece claro que, para el caso de la pena de multa, la proporcionalidad en sentido estricto pueda verse resguardada por una regla como la que se tiene en estudio. En efecto, si para el caso de la penas corporales esta proporcionalidad se puede resguardar en todo caso, ello es porque la afectación de un derecho fundamental –la libertad– es exactamente análogo en su intensidad para cualquier sujeto titular de ese derecho público subjetivo. Asimismo lo era la vida para el caso cuando existía en el Código Penal delitos que eran castigados con la pena de muerte. En consecuencia, no existe graduaciones para un sujeto que se ve afectado en su libertad, por lo cual, una regla que contiene la modulación de la pena para este caso no requiere ninguna otra consideración. Al contrario, no ocurre lo mismo con una pena pecuniaria, pues la misma ira variando en su intensidad dependiendo de los caudales económicos de la persona del penado; en tal sentido una multa de una unidad tributaria mensual puede ser muy onerosa para una persona que gane el sueldo mínimo, mientras que será irrelevante en relación a su patrimonio para cualquier director de las principales empresas del país.

Por lo mismo, en este caso debe operar una regla diversa; una regla que haga entrar en dicha ponderación ese factor patrimonial que sí determina, en forma definitiva, la intensidad de la sanción que será impuesta. Esta regla se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico penal, y es la contemplada en el inciso primero del artículo 70 del Código Penal. Conforme a dicha regla:

“En la aplicación de las multas el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia.”

Por consiguiente, el caudal económico del penado será un factor a considerar en la proporcionalidad de la pena, el cual habilita a imponer, incluso, una pena inferior a la establecida en la ley debiendo tenerse en cuenta “tanto las posibles atenuantes como el caudal y facultades del culpable”.⁸⁶ En tal sentido, es la propia ley la que establece una regla para velar la proporcionalidad estricta de esta clase de penas, respecto de la cuales el antecedente con mayor incidencia en su intensidad vendrá dado por la propia capacidad económica del penado, antes que por la asperación de las mismas, habilitándose a imponer una pena inferior al mínimo legal tanto en cuanto permita ajustar la intensidad de esa intervención penal al caudal económico del penado conforme a un baremo de proporcionalidad en sentido estricto entre una y otra magnitud.

En este mismo sentido cabe citar la regla establecida en el inciso final del artículo 52 de la ley 20.000 –ley de control de drogas–, la cual reza lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, en casos debidamente calificados el tribunal podrá eximir al condenado del pago de la multa o imponerle una inferior al mínimo establecido en la ley, debiendo dejar constancia en la sentencia o en la resolución posterior a ésta, de las razones que motivaron la decisión.”

Conforme a dicha disposición, los casos calificados (entendido como el caudal y facultades del culpable) habilita no sólo a imponer una pena de multa por debajo del mínimo legal, sino que, inclusive, eximir de ella al penado. Nuevamente la proporcionalidad de la sanción no se ve sujeta un criterio general, pues ello no garantiza el cumplimiento de ese baremo. Por el contrario esta proporcionalidad se debe determinar caso a caso, en función del caudal del penado, factor cuya incidencia es preponderante para afirmar la proporcionalidad de dicha sanción.

2. Rendimiento de la tesis planteada para resolver las cuestiones que suscita la regulación legal del artículo 351 del Código Procesal Penal.

Corresponde, a continuación, ir coligiendo las diversas soluciones que a partir de esta tesis que se pueden plantear de cara a los puntos dudosos que ofrece esta disposición. Los problemas a abordar se pueden reconducir a cinco aspectos de la regulación: Si se comprende en los delitos de la misma especie a los *delitos pluriofensivo*. Cómo debe entenderse la fórmula que *la naturaleza de las infracciones permita*, conforme a la cual la pluralidad de infracciones podrá, o no, ser considerarlas como una unidad. Cuándo deben ser consideradas las circunstancias modificatorias; antes de determinar la unicidad de los

⁸⁶ HÉRNANDEZ, Héctor, “Comentario Artículo 70 del Código Penal”, en: COUSSO/HÉRNANDEZ, *Código Penal comentado*, cit. nota n° 10, p. 620.

CONTRERAS, Pablo “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”.

delitos, o a posteriori. Cómo operaría el incremento de pena que supone su asperación. Cómo entender la fórmula de *pena menor*, esto es, cuál pena debe entenderse como tal.

2.1. El concepto de delito de la misma especie y los delitos pluriofensivos.

Uno de los puntos que se torna dudoso en la concepción de delito de la misma especie, se encuentra referido a los delitos pluriofensivos. En efecto, si la conceptualización de delito de la misma especie se construye en torno a la idea del bien jurídico, resulta válido preguntarse si un delito pluriofensivo –en el que hay más de un *bien jurídico* tutelado– puede entenderse como un delito de la misma especie, junto a otros con los cuales comparte un solo *bien jurídico* como común denominador.

En este sentido, conforme al planteamiento central de esta tesis, se debe entender que el carácter de pluriofensivo de una infracción impide considerarla como un delito de la misma especie, respecto de otras infracciones con las que no comparte una identidad total de bienes jurídicos tutelados. El punto sobre el que asienta esta afirmación estriba en que la consideración al bien jurídico tutelado es el elemento medular en la conformación del significado de gravedad del hecho que el legislador le atribuye a un determinado injusto penal. Por lo mismo, esa gravedad puede suponer valoración muy diversa dependiendo del bien jurídico de que se trate. Si es del caso que, frente a esta clase de delitos existan bienes jurídicos diversos, sólo existirá en área común de *bienes jurídicos tutelados* por los distintos delitos concurrentes, y, consecuentemente, sólo un área común para la significación de gravedad de esos hechos. Luego, una y otra relación de proporcionalidad adolece de la falta de puntos en común que considerar; y de ello se derivará, como consecuencia ineludible, el que parte del contenido de injusto de ese delito pluriofensivo terminará incrementado la significación de gravedad del conjunto de hechos, en razón de una circunstancia que incrementa sólo a la significación de gravedad de aquél. Con ello, la pena daría cuenta, en su intensidad, de una significación de gravedad que no es representativa del conjunto de esos hechos, y, por lo mismo, se encontraría rota en su relación de proporcionalidad con aquella.⁸⁷

2.2. Las fórmulas con que puede operar esta regla, a efecto de establecer la unicidad en los delitos.

2.2.1. La naturaleza de las infracciones permite considerar a todos los hechos como un solo delito.

Señala el artículo 351 en su inciso primero que para el caso de una reiteración de delitos de la misma especie “se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones estimadas como un solo delito, aumentada en uno o dos grados”. Esta primera regla, clara en principio, debe articularse con la regla establecida en el inciso segundo de esta disposición legal, según la cual no se aplica esta fórmula para el caso de que, por la naturaleza de las infracciones, estas no puedan ser estimadas como un solo delito. La clave

⁸⁷ En contra el profesor Oliver, para quien “la función sistemática de los bienes jurídicos, conforme a la cual el legislador clasifica los distintos delitos dentro del Código Penal, permite sostener que no es necesaria una identidad exacta de bienes jurídicos afectados para considerar dos o más delitos como pertenecientes a una misma especie” (OLIVER, “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos”, cit. nota n° 6, p. 171.

para entender que reglaje debe ser aplicado para uno u otro caso estriba en comprender cómo la naturaleza de los delitos admite o impide comprenderlos como una unidad.⁸⁸

La solución que va a ser propuesta diverge del planteamiento hecho por la doctrina mayoritaria. Para ésta, la referencia que hace la ley a la naturaleza de las diversas infracciones solo permite considerar como un solo delito a “aquellos tipos que puedan ser medidos por magnitudes o cuya caracterización y pena tome en cuenta ciertas cuantías pecuniarias”.⁸⁹ Otra parte de esa doctrina añade que este concepto se da en el caso de que “los resultados de los diferentes delitos presenten un carácter homogéneo, y pudieran concebirse idealmente como uno solo”.⁹⁰ Lo que distingue a estas posturas es la tendencia a homologar la naturaleza del delito a los casos en que la penalidad que les corresponda “dependa de la cuantificación del objeto material de los mismos, como sucede, por ejemplo, en las figuras de hurto, estafa y malversación”.⁹¹

El profesor Etcheberry analizando la jurisprudencia relativa al artículo 509 concluyó que podían estimarse por su naturaleza como un solo delito, las figuras penales que atenten contra la propiedad o de significado patrimonial, siempre que no haya intervenido violencia en las personas.⁹² El punto central es que este autor deriva un criterio que define la naturaleza del delito en atención a una punibilidad vinculada a magnitudes cuantificables y adicionales, criterio al que, por cierto, él adhiere. Tal criterio también es identificado jurisprudencialmente por el profesor Mañalich, quien estima, al análisis de la jurisprudencia de E. Corte Suprema, que ésta “parece seguir la opinión de Etcheberry” cuando entiende que delitos que pueden ser considerados como uno son sólo aquellos cuya penalidad se determina por la cuantía del monto (de lo estafado, hurtado, etc.).⁹³

Ahora bien, bajo el prisma del principio de proporcionalidad en sentido estricto, la idea de considerar como unidad a las diversas infracciones en función de su naturaleza también debe entenderse en un sentido que se encuadre dentro de esta relación de proporcionalidad. Por lo mismo, la posible unicidad de las infracciones en función de su naturaleza también debe estar condicionada a las circunstancias que conforman el significado de gravedad de esos hechos típicos. El punto a dilucidar estriba en establecer un criterio –vinculado a la gravedad del hecho– que permita identificar esas características en la naturaleza de las infracciones conforme a las cuales se pueda entender a la reiteración de delitos de la misma especie como una unidad.

⁸⁸ A este respecto (discurriendo sobre el artículo 509 que establecía una prescripción idéntica) los profesores Solari y Rodríguez Collao, estimaban que había una impropiedad terminológica en el uso de aquella voz, toda vez que el término naturaleza denota mayor amplitud que especie; sin perjuicio de ello concluyen que el contexto en que se utilizan estos términos permite entender que, en concepto de la ley, dos delitos pueden ser de la misma especie, y, sin embargo, tener naturaleza diversas (SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 5, p. 260.)

⁸⁹ NOVOA, *Curso de Derecho* cit. nota n° 1, p.227.

⁹⁰ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p.117.

⁹¹ SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 5, p. 261.

⁹² Sin perjuicio de ello de igual forma refiere un fallo en que, por su naturaleza, se considera dos delitos de violación como uno solo (ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia Sentencias 1967-1982 Tomo IV Parte general y Parte especial*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 201-202).

⁹³ MAÑALICH, Juan Pablo, “Asperación de la pena bajo el régimen del concurso real”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, comentario de jurisprudencia año 2003*, N° 1 (2004), pp. 246- 248, p. 247.

CONTRERAS, Pablo “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”.

Así las cosas, dando por descontado que el objeto de esta norma se refiere a un concurso de delitos que afectan un mismo bien jurídico, la incidencia de su naturaleza en tratamiento como unidad debe estar relacionada a otro aspecto de su contenido de injusto. En ese orden de ideas, el planteamiento de esta tesis reconduce la aplicación de esta regla a la penalidad asociada a las diversas infracciones de que se trate el concurso. En efecto, asumiendo que la identidad de bien jurídico protegido nos reconduce a la aplicación de la regla del artículo 351, la unicidad de las infracciones debe relacionarse al otro componente del significado de la gravedad del hecho, esto es la intensidad de la lesión al bien jurídico. Pues bien, como ya señalé *supra* en tal sentido la pena asociada a un delito es ya expresión del juicio de proporcionalidad hecho por el legislador, por lo tanto en dicha pena se significa tanto el valor del *bien jurídico* tutelado como la *intensidad de su lesión*. Por lo mismo, establecido que diversas infracciones afectan el mismo bien jurídico, la diversidad de sus sanciones dará cuenta de las diversas intensidades de afectación de aquél que ellas representan, tanto en cuanto sean así expresión del desvalor de la conducta tipificada por el legislador. Desde esta perspectiva la penalidad que en abstracto conlleven los delitos de que se trate el concurso permiten establecer un criterio con el cual establecer la posibilidad de considerarlos como unidad en función de su naturaleza. El sentido de este argumento es que tras penas análogas existe una comprensión axiológica (como desvaloración) análoga de la gravedad social que significa ese hecho.⁹⁴ Por ende, en la medida en que coincidan los marcos penales para cada uno de los delitos que concurren –siendo de la misma especie–, puede entenderse que su naturaleza permite considerarlos como un solo delito, a efecto de conformar la sanción que se les impondrá.

En razón de esta idea, refutamos de la tesis mayoritaria el que se limite a circunscribir la conceptualización de la naturaleza del delito hacia una circunstancia típica que no se configura en ninguno de los hechos concurrentes. En efecto, si el criterio para considerar al concurso de delitos como un solo hecho consiste en sumar sus magnitudes para calificar el hecho como una figura más grave que las individualmente consideradas, entonces se estaría quebrando el juicio de proporcionalidad que el legislador siguió para establecer dichas figuras y su penalidad. El sentido de esta objeción radica en que la pena asociada a una magnitud ya da cuenta del significado de la gravedad del hecho, tanto en cuanto esa magnitud corresponde a cierta entidad de la lesión del bien jurídico tutelado. Por consiguiente, si se sigue este planteamiento la pena a imponer correspondería a un hecho cuya significado de gravedad no se corresponde con la de ninguno de los que tiene los hechos concurrentes. En el caso de los delitos patrimoniales se asume por la doctrina mayoritaria ese incremento en la lesión; pero existen otros delitos que también se miden en magnitudes, y donde resultaría claramente quebrada la regla de proporcionalidad el sumar éstas magnitudes para establecer su unicidad. Este sería el caso para un concurso real de delitos de lesiones menos graves frente al significado de gravedad de un delito de lesiones graves. En dicho caso un sujeto puede cometer tres delitos de lesiones menos graves, en que en cada uno genera una incapacidad para el trabajo por un periodo de quince días; y si se suman dichos tiempos de incapacidades debería resultar una lesión al bien jurídico

⁹⁴ Esta es una idea que se encuentra presente en los planteamientos del profesor Cury, quien refiere que “la pena amenazada por la ley en abstracto para cada delito en general, es la magnitud del injusto respectivo, la que a su vez deriva de la evaluación del disvalor de acción y resultado del hecho tipificado (...) el ideal a que se aspira es alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual” (CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 4, p. 698). En igual sentido Garrido (GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General Tomo I*, 1ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p.258).

tutelado análoga al delito de lesiones graves. Así, bajo un criterio de establecer la unicidad de los delitos mediante la suma de sus magnitudes, se determinaría una pena asociada a una afectación del bien jurídico, que, singularmente, cada hecho no representa, toda vez que su desvalor de resultado no se compadece con esa supuesta lesión.

Los profesores Solari y Rodríguez Collao, llegaron a una conclusión similar pero desde un fundamento distinto (abordando el análisis del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal). En su tesis partían por estimar “el término naturaleza, en su sentido más íntimo, alude a los caracteres esenciales o constitutivos del delito, lo cual (...) debe extraerse de la descripción que (...) efectuó la ley”, y en función de ello resultaba relevante considerar la acción y sus circunstancias, así como “la forma que adopta la lesión del bien jurídico”. Sin embargo, estos autores advertían que la posibilidad de unificar en forma abstracta los delitos encontraba una limitación en la prescripción legal de que se imponga la pena correspondiente a las diversas infracciones. Esto los forzó a concluir, para mantener una estructura lógica en las reglas en análisis, que la prescripción del inciso primero debe encontrarse circunscrita a penas de igual gravedad, atendida lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 509, que se refiere a la existencia de penas de gravedad distinta.⁹⁵

Como se puede observar, la tesis en cuestión termina por reconducir toda la estructura conceptual que define la naturaleza del delito a la cuantía de la pena. En mi planteamiento no disiento de la idea central sostenida por estos autores, pero sí me parece que se genera un vacío en la concatenación de sus argumentos al desligar la cuantía de la pena de los caracteres esenciales o constitutivos de delito. En mi argumento, la pena es expresión de esto, es el signo de ese significado que constituye el injusto penal y, en consecuencia, no queda margen para hacer una valoración que ya hizo el legislador (margen que tampoco deja la tesis de estos autores). Luego, para determinar la naturaleza del delito basta con echar mano al expediente de considerar las penas asociadas a los delitos en concurso, pues en ella ya viene prefigurado los caracteres esenciales de que hablaban Solari y Rodríguez Collao; o el significado de gravedad como entiendo en mi tesis. En particular, esa pena indicará, en cada caso, la entidad de la lesión del bien jurídico, y por lo mismo, si esa naturaleza de la infracción permite comprenderlos como unidad.

Ahora bien, al igual que estos autores, conforme a la tesis expuesta se estima que el caso más emblemático de delitos de la misma especie será aquel en que los delitos en cuestión sean los mismos, es decir cuando haya una “identidad absoluta de tipos”. En dicho caso, no existe duda alguna de la unicidad de las diversas infracciones. De igual forma, en mi planteamiento concuerdo con la idea de Solari y Rodríguez Collao, en orden a que este modelo también podría seguirse en caso de identidad “relativa de tipos”, es decir aquellas figuras penales que, coincidiendo en sus aspectos centrales, divergen en otros aspectos;⁹⁶ pues en la medida de que esos tipos penales compartan marcos penales análogos, su significación de gravedad permite englobarlos dentro de una misma naturaleza. Así por ejemplo el caso del delito de violación establecido en el artículo 361 del Código Penal, y la modalidad del abuso sexual por introducción de objeto establecida en el artículo 365 bis del mismo cuerpo legal. En dicho caso para ambas conductas incriminadas se establece un mismo marco penal (presidio mayor en sus grados mínimo a medio); por lo tanto, debe estimarse que, pese a ser formas distintas de afectación del bien jurídico tutelado, el

⁹⁵ SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota nº 5, pp. 264. En igual sentido Oliver (OLIVER, “La exasperación de la pena”, cit. nota nº 6, pp.173-175).

⁹⁶ SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota nº 5, p. 264.

CONTRERAS, Pablo “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”.

legislador ha equiparado su significación de gravedad, y pueden ser consideradas como infracciones cuya naturaleza permite considerarlas como un solo delito.

De acuerdo al argumento expuesto, se discrepa del planteamiento del Profesor Oliver para quien:

“no parece razonable tener en cuenta la forma como están establecidas las penas de las diversas infracciones para estimarlas o no como un solo delito, ya que la ley expresamente indica que para hacerse esta consideración debe atenderse a la naturaleza de las diversas infracciones (y) es evidente que no forma parte de la naturaleza de un delito el criterio que utiliza el legislador para sancionarlo, como, por ejemplo, la cuantificación de su objeto material.”⁹⁷

El centro de esta discrepancia surge de su criterio de desarticular la cuantificación de la sanción de los elementos constitutivos de la naturaleza de la infracción. De acuerdo con mi argumento estos conceptos no pueden desacoplarse, pues en función de ellos –de cómo prefiguran la gravedad del tipo– es que la medida de la pena puede ser cuantificada conforme al *principio de proporcionalidad*. Luego, esta cuantificación da cuenta de un aspecto relevante de la gravedad del hecho, da cuenta de la intensidad de la lesión del bien jurídico tutelado (conforme a la valoración del legislador), y en ese sentido resulta correcto entender que la graduación de la pena responde a la entidad de esa lesión.

Por lo mismo, no es que en consideración a la pena se esté ponderando un elemento extraño a las naturalezas de las infracciones; el problema que presenta la tesis de la doctrina mayoritaria pasa por asumir que la suma acumulativa de las magnitudes, correspondiente a cada hecho singular, puede homologarse a una entidad total de la lesión del bien jurídico. Tal cuestión no resulta ser procedente, pues cada hecho en particular corresponde a una afectación del bien jurídico, en forma singular, circunscribiéndose a la entidad de ésta, y es por esto que el legislador asocia una determinada pena a un determinado hecho, aun tratándose de figuras que tutelan el mismo bien jurídico; pues en esa pena expresa su valoración de qué tan grave es ese grado de afectación del bien jurídico.

Sin perjuicio de los argumentos señalados existen dos relevantes críticas a la doctrina mayoritaria, ambas formuladas desde una perspectiva más general, y a las que se adhiero conforme a los efectos y postulados de la tesis aquí sostenida. En la primera, el profesor Oliver acertadamente observa que tal fórmula vulnera el principio del *non bis in ídem*, pues importa considerar dos veces un mismo hecho (el número de delitos) en perjuicio del penado: al establecer el marco penal, y al establecer el incremento de la pena. En la segunda, este mismo autor observa que tal interpretación importaría una distinción inaceptable, al establecer un régimen más gravoso para el supuesto del inciso primero que para el del inciso segundo del artículo 351, ya que en éste último caso sólo se toma como pena base la asignada al delito mayor.⁹⁸ Estas críticas son ampliadas por el profesor Garrido Montt, para quien una determinación de la unicidad del delito en función de la suma de cuantías (con su incidencia en la pena a imponer) supondría una aplicación

⁹⁷ OLIVER, “Aproximación a la unificación de penas”, cit. nota nº 6, p. 267.

⁹⁸ OLIVER, “Aproximación a la unificación de penas”, cit. nota nº 6, p. 267. OLIVER, “La exasperación de la pena”, cit. nota nº 6, pp. 173-174.

analógica en *malam partem*, toda vez que dicha hipótesis es la que regula la norma contenida en el artículo 451 del Código Penal, referida a ciertos casos la reiteración de hurtos.⁹⁹

Conforme la tesis de este trabajo, la pena asociada al delito conlleva el juicio de proporcionalidad; por lo mismo, sumar sus magnitudes importaría quebrar esa proporcionalidad al establecerse una pena asociada a un hecho más grave. Sin embargo, aún en el caso de que la adición de magnitudes de los delitos concurrentes permitiera establecer una pena proporcionada al hecho, de igual forma esa significación de la gravedad del hecho agotaría su relación de proporcionalidad en la gravedad de la pena asociada a ese hecho típico así determinado. Por lo mismo, al volver a considerar la repetición de la infracción se estaría valorando nuevamente dicha circunstancia, ahora para incrementar la pena a imponer. Por lo mismo tal planteamiento importa una vulneración del principio del *non bis in idem*.

De igual forma, conforme al planteamiento expuesto se entiende que la lógica del artículo 451 del Código Penal incorpora un elemento distinto para establecer la significación de gravedad de ese hecho y su relación de proporcionalidad con la regla de determinación que prevé. En dicho caso, ese elemento lo configuran las circunstancias fácticas de la comisión de los delitos de hurto. Por lo mismo, extrapolar dicha regla a un modelo distinto, respecto del cual no concurre es plus de injusto, importa realizar una aplicación de normas de forma analógica, pero en *malam partem*.

Trasuntando las ideas consignadas en este apartado, conforme a la tesis expuesta debe entenderse que la unicidad de las diversas infracciones dependerá de la cuantía de las penas asociadas a los diversos hechos pues ésta es expresión del significado de gravedad de estos hechos, en la medida que representa la valoración del legislador para la intensidad de la afectación del bien jurídico. Por lo mismo, la naturaleza de estas infracciones, entendida como afectación homologable del bien jurídico, permitirá su tratamiento como unidad; y de ello permite afirmar una relación de proporcionalidad entre ese significado de gravedad y el respectivo marco penal asociado a cada delito concurrente.

2.2.2. Segunda fórmula: cuando los delitos no pueden ser considerados como una unidad.

La segunda regla –contenida en el inciso segundo del artículo 351 del Código Procesal Penal– regula el caso de que las diversas infracciones, por su naturaleza, no puedan ser consideradas como un solo delito. Para este caso se aplicará la pena que, aisladamente considerada y dadas las circunstancias del caso, tenga asignada la pena mayor, aumentada en uno o dos grados.

En dicha hipótesis, las infracciones no se consideran ya como un solo hecho, pues su naturaleza impide hacer tal ejercicio. Conforme a la tesis expuesta, se trata de hechos que dan cuenta de un significado de gravedad diverso, lo cual se traducirá en la pena que le está asociada, la que será igualmente diversa. Por lo mismo, para este caso uno solo de todos los delitos asumirá todo el significado de gravedad; aquél que tenga asociada la pena más

⁹⁹ GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p. 449. En igual sentido el profesor Matus (MATUS, “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas”, cit. nota n° 6, p. 536). Por su parte, al análisis del artículo 509 los profesores Solari y Rodríguez Collao, ya habían formulado la misma crítica a esta interpretación en función de los argumentos que después recogió el profesor Oliver (SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 5, pp. 266-367.)

CONTRERAS, Pablo “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”.

grave. En este orden de ideas, dado que los hechos representan diversos grados de afectación del bien jurídico, los mismos no tienen la cualidad que permite considerarlos como unidad, sus penas distintas expresan significaciones de gravedad distintos. Es por ello que esta regla busca que en base a ese juicio de proporcionalidad, se proceda a la intervención penal más intensa que tal juicio habilite, atendida la mayor eficacia que ésta pueda tener. En consecuencia, la regla de proporcionalidad permite de esta forma englobar todos estos hechos en un significado de gravedad que habilita la mayor intensidad posible de la intervención penal.

Así las cosas, el núcleo de esta regla estriba en la determinación de la pena más grave. Sin embargo, esta comparación no pasa por un cotejo en abstracto de las penas asociadas a las diversas infracciones. Por el contrario, la prescribe que deben confrontarse las penas que correspondan en concreto, singularmente, a cada uno de estos hechos.¹⁰⁰ Determinada esa pena, aquella será la que se imponga en forma exclusiva, soportando el incremento correspondiente. Ahora bien, dada esta prescripción, el fundamento de proporcionalidad de esta regla se entronca con la gravedad del hecho, pero además –como se explicó *supra*– la determinación de la proporcionalidad de la pena a imponer comprende también “todos los elementos que han de ser tomados en cuenta en el análisis a llevar cabo en la valoración de la conveniencia de la pena a imponer a un sujeto”.¹⁰¹ Bajo esta perspectiva, la consideración de las circunstancias concurrentes permite establecer la proporcionalidad total de la pena a imponer. Tal ponderación no sería posible en abstracto, pues la pena mayor en abstracto no es, necesariamente, la pena mayor que vaya a imponerse. Sólo de esta forma se podrá determinar si la pena concreta a imponer es proporcional, o si existe un déficit en la intensidad de la intervención penal autorizada por esa relación de proporcionalidad. La lógica de esta regla supone que el legislador busca obtener el máximo rendimiento en la intensidad de la intervención penal, dadas las magnitudes ciertas que se ponderarán, para operar en el óptimo de la proporcionalidad de la pena a imponer.

En este orden de ideas, la pena mayor comprende todas aquellas circunstancias que tengan incidencia en la pena concreta a imponer. En consecuencia, no corresponde volver a considerar aquellas circunstancias agravantes, pues ello importaría infringir el principio del *non bis in ídem*. Así mismo las circunstancias atenuantes ya fueron consideradas para el efecto de establecer qué pena es la mayor de entre todas las asignadas a las diversas infracciones (ejercicio tras el cual puede resultar que la pena a imponer no sea la pena más grave en abstracto); por lo mismo, su efecto morigerador sobre el reproche penal ya surtió su efecto.

Por consiguiente, esta regla prevé una fórmula bajo la cual la pena global a imponer considerara todos aquellos elementos que permiten establecer la proporcionalidad de la pena, tanto en cuanto se refiera a la gravedad de éste, como a la conveniencia de imponer dicha pena al sujeto autor de estos hechos. Por esa razón no sólo se hace prevalecer la pena que en abstracto corresponda al delito más grave, pues el legislador está fijando la proporcionalidad estricta de la intervención penal en la relación de mayor eficacia que autorice el menor coste de afectación de derechos fundamentales. Así las cosas esta

¹⁰⁰ En este sentido Etcheberry (ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p.117.); y Garrido (GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 5, p. 450).

¹⁰¹ DE LA MATA, “Aspectos nucleares”, cit. nota n° 60, p.186.

fórmula le permite configurar la intervención penal máxima que autoriza esa relación de proporcionalidad.

2.3. De la concurrencia de circunstancia modificatorias de responsabilidad penal y su ponderación.

Un problema adicional que suscita en el estudio de esta regla se encuentra referido al momento en que deben ser consideradas las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que concurren el caso concreto. La duda surge respecto de la regla del inciso primero, toda vez que la regla del inciso segundo es claro al respecto: se deben considerar en la determinación de la pena mayor que debe ser impuesta para el caso de la reiteración. Sin embargo, la regla contenida en el inciso primero de esta disposición no comprende una cláusula análoga, razón por la cual surge la duda de si su consideración correspondería también en esta hipótesis; esto es al momento de establecer la unicidad de los delitos concurrentes.

Pues bien, conforme a la tesis expuesta entiendo que la proporcionalidad estricta de la intervención penal se conforma en base de una serie de circunstancias, siendo la más relevante el valor del bien jurídico tutelado y la respectiva intensidad de su lesión –entendidas como gravedad del hecho–; en tal sentido, es evidente que todas aquellas circunstancias modificatorias que tengan incidencia con estos criterios debe ser consideradas al momento de establecer los delitos pueden ser considerados como una unidad. Empero esta comprensión de proporcionalidad de la sanción, además, se articula como magnitud en función del merecimiento de pena del sujeto infractor. Ambos criterios conforman juicios de proporcionalidad que corren por carriles separados, pero que confluyen en una misma ponderación, el establecimiento de una intervención penal proporcionada. Por lo mismo, en un juicio de proporcionalidad también deben ser consideradas las condiciones propias del sujeto infractor. La consideración de todas estas circunstancias dará cuenta de la magnitud que se opondrá a la gravedad de la pena en el ejercicio de ponderación que permite establecer esta proporcionalidad. En otras palabras, como su incidencia puede interferir con el juicio de proporcionalidad ex ante hecho por el legislador-determinándose así una sanción por bajo ese óptimo de proporcionalidad de la intervención penal, atendida la gravedad del hecho- en función de esta regla el legislador busca que sea impuesta la máxima sanción que los juicios de proporcionalidad autorizan.

Este último punto es central en la comprensión de esta regla pues, de acuerdo a él, se puede entender que las circunstancias modificatorias que concurren irán configurando, o la gravedad del hecho, o el juicio de proporcionalidad de la pena concreta a imponer. De esta forma, en función de las circunstancias modificatorias que concurren también se va a ir determinando la unicidad de las infracciones penales. Lo anterior importa que las modificatorias deben ser consideradas, antes de evaluar si la naturaleza de las infracciones permite considerarlas como unidad, y ello para poder determinar la penalidad de cada infracción, de forma que se vaya determinando una gravedad de la pena que sea proporcional, y que permita de esa forma la máxima intervención penal al menor coste de afectación de *derechos fundamentales*. Así las cosas, la no concurrencia de circunstancias que sean homologables para todos los hechos que pertenecen al concurso real, hacen que la regla del inciso primero del artículo 351 sea inaplicable, debiendo remitirse a la regla del inciso segundo.

CONTRERAS, Pablo “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”.

Conforme a este planteamiento, existe una concordancia con los argumentos del Profesor Oliver en orden a que no corresponde hacer una interpretación a *contrario sensu* de la regla de inciso segundo del artículo 351. Esto es que, al estar expresamente establecido la consideración de las circunstancias modificatorias que concurran al momento de la aplicación de la regla del inciso segundo del artículo 351, su no consideración en la regla del inciso primero importa que el legislador rechazó que éstas fueran consideradas al aplicar dicha regla. En consecuencia, también deben considerarse las circunstancias modificatorias en el caso reglado por el inciso primero del artículo 351. De acuerdo al argumento de Oliver, para determinar la pena menor que hace procedente aplicar el artículo 74 del Código Penal, debe hacerse una comparación entre penas. Luego, si en este caso no se consideran las concurrencias de las circunstancias modificatorias, se estaría haciendo esta comparación entre una pena considerada en abstracto, y una pena considerada en concreto, lo cual desvirtúa la comparación y la determinación de cuál pena es efectivamente la menor.¹⁰² En mi argumento la diferencia estriba en que las modificatorias tienen incidencia en la proporcionalidad de la intervención penal (en cuanto pena en concreto a imponer), de modo que si no se consideran ésta se estarían comparando magnitudes que no son análogas, por lo cual no pueden cumplir igual función como juicio de proporcionalidad.

De igual forma, los profesores Solari y Rodríguez Collao también consideran que las circunstancias modificatorias deben ser consideradas antes de calificar la unicidad de las infracciones. El argumento de estos autores parte de la base que la consideración posterior de las circunstancias modificatorias derivaría en una situación de injusticia, toda vez que “se estarían modificando indirectamente la responsabilidad por delitos respecto de los cuales (dichas circunstancias) no concurren”.¹⁰³ Es decir, se daría el caso de que una atenuante como la reparación celosa del mal causado concurriría respecto de un delito donde no se asumió tal conducta; o el caso de una agravante, como el ensañamiento, que concurriría respecto de delitos donde se actuó de esa forma. Conforme a mi argumento, esta consideración debe hacerse en función de una razón distinta. No es por la posibilidad de modificar la responsabilidad penal del autor en delitos en que no concurren tales modificatorias que debe hacerse esta consideración previa. Lo central en este punto es que la gravedad de la pena responda —en una relación de proporcionalidad— tanto de la gravedad del hecho como de todas las condiciones relevantes del sujeto en la determinación de la pena concreta a imponer. Por consiguiente, la consideración posterior de las modificatorias terminaría incidiendo en la determinación de una pena más grave que la que habilita la gravedad del hecho de aquellos delitos en que no concurre una determinada agravante. También es el caso de la imposición de una pena bajo el óptimo que la relación proporcional permite, en atención a una determinada atenuante que no concurre para todos los delitos reiterados, con lo cual resulta una intervención penal menos eficaz que la que estaba autorizada por la regla de proporcionalidad. En ambos casos esta situación sería lo que se busca evitar por el legislador al establecer dicha regla.

2.4. Del incremento de la pena: ¿uno o dos grados?

2.4.1. El incremento de la pena.

¹⁰² OLIVER, “Aproximación a la unificación de penas”, cit. nota n° 6, p. 268. En igual sentido Matus (MATUS, “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas”, cit. nota n° 6, p. 538.)

¹⁰³ SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 5, p. 265.

Ahora bien, definidas las dos reglas que contemplan los incisos primero y segundo del artículo 351, cabe hacerse cargo del colofón de estas fórmulas de aspersión de la pena, su incremento en uno o dos grados.

A este respecto la doctrina afirma que el incremento de la pena es obligatorio, en al menos, un grado.¹⁰⁴ Sin perjuicio de ello, se entiende que la cuantía del aumento resultaría ser facultativa. No obstante, la regla del inciso segundo sí contiene un criterio expreso para cuantificar dicho aumento, indicando que éste dependerá del número de delitos. La doctrina en general postula que dicho criterio es de aplicación extensiva a la hipótesis del inciso primero.¹⁰⁵

De acuerdo al planteamiento de este trabajo, se entiende que la afirmación doctrinaria en orden a que el aumento de la pena a imponer es obligatorio, en al menos un grado, es correcto. Pues, como se viene señalando, este modelo de asperación de la pena para delitos de la misma especie partiría de un fundamento de proporcionalidad constitucional. Desde esta lógica el sentido de imponer un matiz a la pena que se debe imponer surge de la necesidad de adecuar ésta a su necesaria relación con la gravedad del hecho. Sentado lo anterior, no es el número de infracciones el que pasa a ser un elemento más en esta consideración de la gravedad del hecho en relación a la gravedad de la pena, si no que la incidencia que tiene en ésta la repetición de la conducta objeto de reproche. En tal sentido, si bien la norma en estudio contiene una regla que sujeta la determinación de la pena en estos casos de reiteración al juicio de proporcionalidad propio de los delitos concurrente, a su vez, también establece un regla que conforma un plus de injusto en cuanto a la repetición de esa conducta; en dicho contexto el número de delitos es un dato más para establecer ese mayor desvalor.

Lo anterior no supone alterar la proporcionalidad de la intervención penal basada en el valor del bien jurídico tutelado o la intensidad de la afectación de aquel (entendida como modalidad comisiva). Lo que se afirma es que la multiplicidad de ataques a un mismo bien jurídico debe ser un elemento a considerar en la calificación de la gravedad del hecho, pues el legislador así lo considera. Su incidencia no incrementa ni el valor del bien ni la intensidad de su afectación, pero sí supondría un mayor desvalor de acción, configurado por la conducta de cometer en forma reiterada la misma infracción. De ahí que se justifica la necesidad de intervención penal más intensa, al revelarse la necesidad más crítica de prevenir la aparición de una forma de infracción repetitiva. Por su parte, en la medida en que esta mayor intervención tenga un parangón en la gravedad del hecho –considerada en toda su extensión–, todavía estará encausada en el juicio de proporcionalidad que la autoriza.

Ahora bien, el criterio enunciado es común a la situación prevista en ambos incisos del artículo 351 del Código Procesal Penal, en ambos casos se sanciona una pluralidad de hechos, y el incremento previsto solo puede justificarse por un antecedente que afecte la determinación de la gravedad del hecho. En este caso ese antecedente es la recaída en la infracción, la cual da luz de un mayor plus de injusto. Por lo mismo, considero que el

¹⁰⁴ Por todos, Politoff; Matus; Ramírez (POLITOFF/MATUS;/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal*, cit. nota n° 4, p. 467).

¹⁰⁵ En este sentido Novoa (NOVOA *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 1, p. 227); Solari y Rodríguez Collao (SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 4, p. 267); y Matus siguiendo el argumento de Novoa (MATUS, “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas”, cit. nota n° 5, p. 537).

CONTRERAS, Pablo “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”.

factor repetición de las infracciones es un elemento común a considerar en ambos casos, para efecto de mensurar el incremento de pena.

Desde este prisma, se comparte la afirmación del profesor Mañalich, en cuanto a que “la afirmación de un concurso real exige que la pluralidad de desvalor implicada en la pluralidad de realizaciones delictivas en situación de pluralidad de acciones sea expresada en una determinación agravatoria del marco penal”.¹⁰⁶ Efectivamente este elemento, en dicha dimensión, guarda relación con parte del contenido del injusto, en cuanto desvalor de acto y por ello conformara parte de la gravedad del hecho. Por consiguiente, el juzgador deberá establecer la medida en que la pluralidad de hechos da cuenta de este plus de injusto, tanto en cuanto desvalor de acción, para de esa forma poder establecer si existe una relación de proporcionalidad con la pena concreta que se está imponiendo.

La fórmula expresada importa formar un nuevo marco penal. En este nuevo marco, la pena debe desplazarse hacia una mayor gravedad. Ahora el punto es establecer cómo ha de operar tal incremento. Sobre tal punto debe traerse a colación el que, en la determinación de las reglas a aplicar, la respectiva determinación de la unidad de los hechos se hizo en base a penas concretas. Por ende, el incremento en cuestión operará a partir de esa pena concreta; configurando otro aspecto de ponderación de la proporcionalidad de la gravedad de la intervención penal.

Como síntesis de los argumentos expuestos se puede concluir que el incremento de la pena es obligatorio, y se explica en el plus de injusto que configura no la pluralidad de hechos, en tanto criterio cuantitativo, si no que la recaída en la infracción penal que estos representan, esto es un criterio cualitativo. Por ende, este elemento se acopla en dicha dimensión a la gravedad del hecho y justifica, en la relación de proporcionalidad, a imponer una pena agravada, sea para conjunto de delitos considerado como unidad, o sea para el delito que tenga la pena mayor.

2.4.2. Quantum del incremento.

Otro punto a analizar se encuentra referido a la cuantía de este incremento de pena; el cual pareciera ser una cuestión propia de la esfera de facultades privativas del adjudicador. Como criterio para determinar esta cuantía el profesor Novoa postulaba –para la redacción del artículo 509– que a “mayor número de delitos que integren la reiteración, mayor tendrá que ser, por regla general, el aumento de grados”.¹⁰⁷ En igual sentido se pronuncian los profesores Solari y Rodríguez Collao, quienes refieren que existe acuerdo en estimar que “que en los dos casos de aumento (del inciso primero como del inciso segundo) depende del número de los delitos que concurren”.¹⁰⁸

Como en parte ya se explicó en el apartado anterior, consideramos que no es el factor número en tanto tal el que incide en una mayor gravedad del hecho, sino que este dato adquiere relevancia en cuanto expone una recaída en la infracción penal. Dentro del régimen de asperación de la pena el matiz a la regla de acumulación aritmética oscila entre

¹⁰⁶ MAÑALICH, Juan Pablo, “Determinación y ejecución de las penas”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, comentario de jurisprudencia año 2004*, N° 2 (2005), pp. 483- 507, p. 504.

¹⁰⁷ NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 1, p. 227.

¹⁰⁸ SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 5, p. 267.

un mínimo –conformado por la pena incrementada en un grado– y un máximo, el propio quantum de la pena aritmética acumulada. Dentro de esos rangos el legislador ha establecido una fórmula de proporcionalidad de la sanción de la reiteración de delitos de la misma especie. Por ende, en cuanto el factor recaída incida en la calificación de la gravedad del hecho, éste deberá ser incorporado como elemento que también incidirá en la gravedad de la pena. Desde esta perspectiva el aumento en uno o dos grados debe guardar relación con la mayor o menor intensidad con que esa recaída incida en un mayor desvalor de acto, debiendo en todo caso explicitarse por parte del juzgador en qué medida dichas recaídas en la infracción contribuyen a la conformación de la gravedad del hecho, de modo que esta se pueda expresar en una magnitud confrontable a la gravedad de la pena que se vaya a imponer. Tal lógica no puede ser aritmética, claro está, pues la lógica que rige esta regulación es siempre de proporcionalidad. Por lo mismo su incremento no va relacionarse sólo en función de la cantidad de recaídas. De ser así, si para dos delitos ésta pena se incrementa en un grado, para más de dos delitos la regla se tornaría inoficiosa; pues daría lo mismo si concurren tres delitos o concurren treinta. Lo importante es formular un razonamiento en virtud del cual la recaída incide en un mayor desvalor de acto en su relación con la mayor gravedad del hecho que conforman la pluralidad de infracciones, y así justificar un incremento de la pena que guarde su proporcionalidad con aquella.

A su vez, también existe un argumento operativo, pues en este caso la regla sería solo aplicable para el caso de concurso reales conformados por un mayor número de delitos. Para el caso contrario, frente un concurso real conformado por un bajo número de infracciones, la cuantía de un incremento calculado desde los tramos máximos del marco penal tornaría en poco o nulamente operativa estas reglas. Tal efecto se produciría porque en la mayoría de los casos la pena calculado de esa forma haría que la pena establecida conforme al artículo 74 del Código Penal fuera la pena menor, debiendo darse aplicación a dicha regla. Esto redundaría en un absurdo, toda vez que este régimen de excepción sería más indulgente con los casos de reiteración conformados por un alto número de infracciones, pero no para el caso de que la reiteración se trate de un bajo número de ellas.

2.4.3. Límites al incremento.

Finalmente, aun cuando las reglas del artículo 351 no lo señalen expresamente, entiendo que existe un claro límite al incremento de pena que puede efectuarse conforme a este sistema. En efecto, si se asume que este modelo de asperación de la pena responde a la lógica del principio de proporcionalidad, el límite de este sistema debe estar configurado por el quantum que alcanzaría la pena a imponer en este caso, determinada bajo un modelo de acumulación aritmética.

Esta limitación es clara a la luz de la norma establecida en el inciso tercero del artículo 351. Dicha norma establece la reconducción al artículo 74 del Código Penal, para el caso de que la pena determinada de esa forma sea “menor”. Ahora bien, esa *pena menor* se determinará conforme a las reglas generales; responde a todas las circunstancias que incidan en su determinación legal, de modo que, sólo el excesivo aumento de la gravedad de la pena afecta su relación de proporcionalidad con la gravedad de los hechos. Pues bien, resultaría un despropósito legal el establecer una regla para matizar la falta de *proporcionalidad estricta* en que puede incurrir una pena determinada de forma aritmética, pero habilitando a dar un incremento que, incluso, pueda llegar a superar a la acumulación aritmética de éstas.

CONTRERAS, Pablo “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”.

Desde esta perspectiva, la pena determinada bajo el modelo de acumulación material constituye el límite máximo sobre el cual puede operar el incremento de pena. Si la pena incrementada en dos grados, sobrepasa la sanción así determinada, entonces dicha incremento deberá someterse y limitarse a dichos márgenes, bajando a un incremento de sólo un grado, independiente del número de delitos que concurra. Sólo así puede contenerse el incremento de pena a los márgenes de proporcionalidad que esta norma persigue respetar. Esto es especialmente relevante si observamos que función del incremento de pena podría, incluso, superarse el marco penal abstracto previsto para esos hechos. El quid de este argumento se empalma con la tesis del profesor Cuerda Reizu, en tanto en su planteamiento se constata que la mera pluralidad de hechos no tiene una relevancia tan significativa en el contenido de injusto del delito reiterado como para alterar el marco penal que legislador estableció en abstracto y en cuyo juicio de proporcionalidad considero todas las circunstancias que conforman la magnitud gravedad del hecho. En consecuencia su incidencia en dicho contenido de injusto sólo alcanza a determinar una pena que equivalga a la acumulación material de sanciones como límite máximo.¹⁰⁹

En definitiva el límite máximo de este incremento de pena viene dado por la propia cláusula de reenvío al modelo de acumulación aritmética; pues la aplicación de esta regla se torna procedente cuando la fórmula de asperación de la pena lleva a una pena mayor a la que se arribaría con aquella. En este sentido, y siendo claramente un régimen penológico más benigno el que se prevé en ésta, se entiende que no es la cuantía del incremento el que nos remitirá a la regla del artículo 74 del Código Penal, si no que la formulación de esta regla, con su incremento obligatorio en al menos un grado. Como ejemplo de lo anterior cabe indicarse el caso de tres delitos a los que se le puede aplicar una pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, por ejemplo al cometerse tres delitos de usurpación de nombre; bajo la regla del artículo 351 dicha pena debería incrementarse en el menos un grado, con lo cual resultaría a aplicar un nuevo marco penal de presidio menor en su grado medio, con lo cual, la pena mínima a imponer alcanzaría los quinientos cuarenta y un días, claramente una pena superior a la suma de las tres penas impuestas por cada hecho en forma singular.

2.5. Qué debe entenderse por *pena menor*.

La última regla que prevé el artículo 351 del Código Procesal Penal estipula una cláusula de retorno al modelo de acumulación aritmética para el caso de que la pena determinada conforme a las reglas del artículo 74 del Código Penal sea menor que la pena a que se arrije aplicando las reglas contenidas en los incisos precedentes.

Si bien la redacción de esta regla estipula que se “podrá” aplicar el artículo 74 en dicho caso, la doctrina entiende de un modo general que esta última disposición tiene un carácter imperativo y no facultativo para el tribunal.¹¹⁰ Compartimos esta apreciación toda vez que, conforme al planteamiento central de este trabajo, siendo esta una norma que busca sujetar la entidad de la pena del caso especialísimo de reiteración de delitos de la misma especie,

¹⁰⁹ CUERDA RIEZU, Antonio, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid: Editorial Tecnos, 1992, pp. 43-46.

¹¹⁰ Por todos CURY, *Derecho Penal*, cit. nota nº 5, p. 661.

resulta lógico que si tal fórmula no logra encausarse en dicha exigencia de proporcionalidad deba volverse al régimen general.

En la tesis de Solari y Rodríguez Collao el aspecto central de esta contraexcepción “revela, sin lugar a dudas, la intención de atenuar el excesivo rigor del principio de acumulación aritmética de las penas”,¹¹¹ criterio que al ser común a toda clase de concursos no permite explicar el por qué se vincula por el legislador, en exclusiva, al concurso sobre delitos de la misma especie. Por el contrario, en función de mi tesis, creo que esta norma revela el carácter de esta regla en orden a sujetar la medida de la pena para este especial caso a la exigencia de proporcionalidad de la intervención penal en función del significado de gravedad del hecho. Sólo en este sentido puede entenderse que el régimen que establece el artículo 351 resulte procedente, únicamente, en las hipótesis que su sistema de determinación de penas permita establecer una sanción menos grave que la determinada por las regla del artículo 74 del Código Penal, tratándose únicamente de reiteraciones de delitos de la misma especie.

Ahora bien, en el entendido que esta última regla opera bajo un criterio de *pena menor*, resultaría necesario desentrañar qué clase de pena debe ser considerada como tal. El problema que se deriva de una errónea aplicación de esta regla consiste en que bajo una premisa errada de *pena menor* se puede imponer una sanción que afecte de modo más intensó los derechos fundamentales del penado; pese a que el juicio de proporcionalidad no lo autoriza.

Una primera posición a tener en cuenta es la del profesor Oliver, quien considera que a este efecto no debería tenerse en consideración solamente cuestiones cuantitativas, sino que, además, debería hacerse una comparación cualitativa, relacionando en esta comparación, tanto la extensión como la intensidad de la sanción. La idea central que sustenta esta tesis residiría, precisamente, en el fundamento que se prevé para este artículo: evitar una excesiva gravedad en la punición de la reiteración. Así las cosas, mediante esta fórmula no dejaría de ponderarse la particular intensidad de la sanción que podrá ser impuesta, en la sola atención de lo restringido que puede aparecer en su duración.¹¹² Por consiguiente, para esta tesis la *pena menor* se perfila como un concepto que abarca, conjuntamente, tanto la duración de la sanción como su nivel de afectación respecto de los derechos del penado, bajo esos dos vectores se irá midiendo su gravedad.

Una posición contraria sostiene el profesor Matus, para quien la comparación que permite determinar qué pena es menor solo puede hacerse desde una perspectiva “cuantitativa de la duración de la pena resultante en concreto (...) (puesto que) este artículo no autoriza una comparación cualitativa acerca de la gravedad de las penas concurrentes”.¹¹³ Siguiendo este modelo la mera sumatoria de la extensión total de las sanciones a imponer permitiría arribar a la conclusión cierta de cual pena es la más grave. No es la intensidad de la medida lo que resulta importante, si no su extensión y ello se sigue del propio texto de la ley que utiliza la voz *pena menor*.¹¹⁴

¹¹¹ SOLARI/RODRIGUEZ, “Determinación de la pena”, cit. nota n° 5, p. 259.

¹¹² OLIVER, “Aproximación a la unificación de penas”, cit. nota n° 6, p. 268. OLIVER, “La exasperación de la pena”, cit. nota n° 6, pp. 181.

¹¹³ MATUS, “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas”, cit. nota n° 6, p. 538.

¹¹⁴ MATUS, “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas”, cit. nota n° 6, p. 538.

CONTRERAS, Pablo “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”.

En la perspectiva del planteamiento sustentado en este trabajo se adopta una fórmula similar a la del profesor Oliver. El sentido de ello es claro: la pena, como manifestación de la intervención penal, importa la afectación de derechos fundamentales del penado y, por ello, debe velarse por verificar un menor coste de ellos dentro del máximo de eficacia que se logre con la intervención penal. Tal ponderación no puede hacerse al margen del factor cualitativo de la pena, pues en dicho caso se estaría dando una falsa imagen de proporcionalidad, al darse el caso de una pena que en su extensión es proporcional, no obstante afecta un derecho fundamental de una forma más intensa, sin tener parangón con la gravedad del hecho.

Tras esta idea, es importante hacer hincapié en que a la operatividad del principio de proporcionalidad subyace la idea de que los derechos fundamentales son mandatos de optimización. En tal sentido, debe buscar su mayor respeto y desarrollo, dadas las circunstancias fácticas y jurídicas en que se encuentren. Esto permite entroncar la tesis sostenida con otro de los sub principios de la proporcionalidad, el de idoneidad. Si bien esta tesis sólo se ha centrado en el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, no puede soslayarse que la verificación de estos sub principios, por lo general, se va articulando de forma conjunta. Así las cosas claramente la proporcionalidad estricta de determinada medida, estará condicionada por su idoneidad, y así a la inversa.

El quid de este argumento estriba en que el examen de proporcionalidad obliga a examinar qué medida puede ser menos gravosa para los derechos fundamentales comprometidos en la intervención penal de que se trate. En consecuencia, si existe una intervención penal que cumpla su finalidad con una afectación menos intensa, deberá ser preferida ésta. En el terreno de la regla en análisis esto se traduce en verificar, al determinar que pena es menor, si la pena en cuestión es menor en su extensión temporal, pero también, si esta importa una afectación de garantías menos intensa.

Por consiguiente, la pena menor se va a determinar en base a un examen cuantitativo y cualitativo de la pena, a la que se arriba aplicando la fórmula de asperación de la pena, –el artículo 351 del Código Procesal Penal– o la fórmula de acumulación aritmética –el artículo 74 del Código Penal–, determinadas bajo una u otra fórmula. De este modo, si una pena se aprecia como más extensa en su temporalidad, pero menos intensa en su afectación de *derechos fundamentales*, tal pena debe ser considerada como menor. Ello tiene especial incidencia en el régimen de penas alternativas que contiene la ley 18.216, régimen bajo el cual, *prima facie*, una pena puede ser considerada menor, dada su extensión temporal, y, sin embargo, no corresponderle esa clasificación, toda vez que la misma hace improcedente el que se imponga una de estas penas alternativas.

En el caso recién expuesto se entiende que aquella pena que importa un menor grado de afectación de derechos fundamentales del penado es la pena que debe ser considerada como menor; y por ello, si bajo un régimen de acumulación material de pena se hace procedente aplicar las penas alternativas contempladas en dicha ley –y ello no procede bajo una pena asperada–, debe entonces darse aplicación al artículo 74 del Código Penal, excluyéndose las reglas del artículo 351.

Conclusiones.

A modo de conclusión puede trasuntarse los argumentos principales del presente trabajo en tres ideas centrales.

Como primera idea se buscó asentar la falta de rendimiento de las tesis tradicionales para explicar la existencia de un régimen de asperación de la pena que se aplica en forma excepcional a un especial conjunto de concursos reales de delitos, los de la misma especie.

Como fundamento a esta excepcionalidad de la norma en análisis se postuló el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Entendiendo que esta proporcionalidad se estructura en función de una relación de coste beneficio entre dos magnitudes, por un lado la eficacia de la intervención penal, por el otro el grado de afectación de derechos fundamentales que tal intervención importe para el penado.

De tal juicio de proporcionalidad se deriva una relación entre gravedad del hecho y gravedad de la pena, que la norma del artículo 351 busca ir manteniendo para el caso de la reiteración de delitos de la misma especie; en dicha relación el elemento que permite englobar a los delitos como una magnitud es el bien jurídico tutelado. Sobre esta relación se construye una definición de gravedad que articula todas aquellas circunstancias que tenga incidencia en la gravedad del hecho (como valoración del bien jurídico y como valoración de la intensidad de su afectación), desde una perspectiva del fin preventivo de la pena. Es esta relación de proporcionalidad la que permite explicar las diversas reglas sobre las cuales se construyen las fórmulas de asperación de la pena que este artículo contiene. A su vez, en tal relación de proporcionalidad, el legislador incorpora elementos que determinan la pena en concreto, con el sentido de que dicha pena global se encuentre dentro el óptimo de intervención autorizada por el juicio de proporcionalidad.

Consecuencialmente, en la consideración de la *pena menor* –como regla de reenvío a un modelo de acumulación aritmético de las penas– debe tenerse en cuenta no sólo un criterio cuantitativo sino que uno cualitativo, pues la proporcionalidad de la intervención penal esta lógicamente supeditada a la intensidad de la afectación de derechos fundamentales que tal intervención penal represente.

CONTRERAS, Pablo “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”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. GARZÓN Valdés, Ernesto, Madrid: Editorial Centro de Estudios Públicos y Constitucionales, 2002.
- ARNOLD, Reiner; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio; ZUÑIGA URBINA, Francisco, “El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, n° 1, año 10 (2012), pp. 65-116, p. 68, en: [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/07%20\(065-116\)%20EL_PRIN.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/07%20(065-116)%20EL_PRIN.pdf) [visitado el 28.06.2013].
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas Derecho Penal Parte General Tomo I*, 2ª Edición, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
- CAFFARENA, Elena, *Diccionario de Jurisprudencia Chilena Tomo I, 1904-1957*, 3ª Edición, Santiago: Editorial Ediar-Conosur, 1986.
- CONTI, Nestor Jesús, “Algunas consideraciones acerca de la Teoría del concurso de delitos”, *Revista Pensamiento Penal*, n° 30 (2006), pp. 1-22, p. 18, en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/algunas-consideraciones-acerca-teoria-del-concurso-delitos> [visitado el 28.06.2013].
- COUSSO, “Comentario Artículo 74 del Código Penal”, en: COUSSO, Jaime; HÉRNANDEZ, Héctor, (dirs.), *Código Penal comentado*, Santiago: AbeledoPerrot, 2011, p. 668
- CUERDA RIEZU, Antonio, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid: Editorial Tecnos, 1992.
- CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición ampliada, 2005, Santiago: Ediciones Universidad Católica, 2005.
- DE LA MATA, Norberto, “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 60 mes 1 (2007), pp. 165-204, p. 171-172, en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2863879.pdf [visitado el 28.06.2013].
- DEL RIO, Raimundo, *Manual de Derecho Penal*, Santiago: Editorial Nacimiento, 1947.
- DURÁN, Mario, “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos”, *Revista de Filosofía*, Volumen 67 (2011), 123 - 144, p. 126, en: <http://www.scielo.cl/pdf/rfilosof/v67/art09.pdf> [visitado el 13.02.2014].
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- _____, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia Sentencias 1967-1982 Tomo IV Parte general y Parte especial*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- FONTAN, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, segunda edición, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1995.
- FUENTES CUBILLOS, Hernán, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14 n° 2 (2008), pp. 15 - 32, en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf> [visitado el 2.02.2014]
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General Tomo I*, 1ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2003.
- _____, Mario, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, 4ª edición, 2005, Santiago: Editorial Jurídica 2005
- GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid: Editorial Colex, 1990.

- HÉRNANDEZ, Héctor, “Comentario Artículo 70 del Código Penal”, en: COUSSO, Jaime; HÉRNANDEZ, Héctor, (directores), *Código Penal comentado*, Santiago: AbeledoPerrot, 2011.
- HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Chileno Tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª Edición corregida, Trad. CUELLO, Joaquín; SERRANO, José Luis, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Trad. CANCIO Meliá, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid: Editorial Civitas, 2000.
- JESHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Trad. MIR Puig, Santiago; MUÑOZ CONDE, Francisco, Barcelona: Bosch, 1981.
- LABATUT, Gustavo, edición actualizada por ZENTENO, Julio, *Derecho Penal, Tomo I*, 8ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- LOPERA MESA, Gloria, “El Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en: CARBONELL, Miguel (ed.), “*El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*”, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “Asperación de la pena bajo el régimen del concurso real”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, comentario de jurisprudencia año 2003*, Nº 1 (2004).
- _____, “Determinación y ejecución de las penas”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, comentario de jurisprudencia año 2004*, Nº 2 (2005).
- MATUS, Jean Pierre, “Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas”, *Revista Ius et Praxis*, Año 14, Nº2 (2008).
- MERA, Jorge, “Comentario Artículo 12 n° 16 del Código Penal”, en: COUSSO, Jaime; HÉRNANDEZ, Héctor, (directores), *Código Penal comentado*, Santiago: AbeledoPerrot, 2011.
- MIR PUIG, Santiago, “El Principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal” en: CARBONELL, J.C, GONZALEZ, J.L.; ORTS, E. (dirs.) CUERDA, M.L. (coord.), *Constitución, Derechos Penales y Sistema Penal tomo II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- _____, Santiago, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, 1ª Edición, Madrid: Editorial Iustel, 2011.
- _____, *Derecho Penal Parte General*, 8ª Edición, Argentina: Editorial B del F, 2007.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia Agravante de Reincidencia desde los Fundamentos y Fines de la Pena”, *Cuaderno de Política Criminal*, segunda época, II (2008), pp. 1-30.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 8ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- NAQUIRA, Jaime; VIAL, Paula; VIDAL, Víctor, “Principios y penas en el derecho penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 10 (2008), pp. r2: 1-71, p. R2:26, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> [visitado el 25.08.2013].
- NAVARRO, Irene, “El Principio de proporcionalidad en sentido estricto: principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global costes y beneficios”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, nº2 (2010).

CONTRERAS, Pablo “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”.

- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General, Tomo II*, tercera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- PERELLO DOMENECH, Isabel, “El principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia constitucional”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 28 (marzo 1997), pp. 69-75, p. 70, en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174691.pdf [visitado el 30.06.2013].
- OLIVER, Guillermo, “Aproximación a la unificación de penas”, *Política Criminal*, Vol. 7, N° 14 (2012), pp. 248-275, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_7/n_14/Vol7N14A1.pdfpdf_01/a_2.pdf [visitado el 28.05.2013].
- _____, “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVI, N° 2 (Diciembre 2013), pp. 167-188, en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502013000200007&script=sci_arttext [visitado el 28.02.2014].
- ORTIZ QUIROGA, Luis; ARÉVALO CUNICH, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*, segunda edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, tomo I*, Trad. LUZON Peña, Diego Manuel; DIAZ Y GARCIA, Miguel, DE VICENTE, Javier, Madrid: Editorial Thompson Civitas, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Madrid: Editorial J.M. Bosh editor, 2002.
- SOLARI, Tito; RODRIGUEZ COLLAO, Luis, “Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos [Ámbito de aplicación del Artículo 509 del Código de Procedimiento Penal]”, *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. III (1979).
- TERAN, Roberto, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.
- VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Trad. BUSTOS, Juan; YAÑEZ, Sergio, 4ª edición en español, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2005.