

UNIVERSIDAD CATOLICA DE LA SANTISIMA CONCEPCION

Facultad de Derecho



**“LOS LÍMITES DE LA UNIDAD DE HECHO DEL ARTÍCULO 75
INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL”**

Autor: Mónica Anne-Marie Barahona Segura

Profesor Guía: Sr. Georgy Schubert

CONCEPCION-CHILE

2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. Antecedentes y surgimiento del problema	6
1.2. Problema de investigación	8
1.3. Pregunta de investigación	9
1.4. Objetivo general y objetivos específicos	9
1.5. Importancia del problema de investigación	9
1.6. Hipótesis o supuestos de la investigación	10
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	
2.1. Consideraciones generales de la unidad y pluralidad de delitos	11
2.1.1. Unidad de delito: unidad natural y jurídica de acción	11
2.1.2. Pluralidad de delitos	14
2.2. Concurso de delitos	15
2.2.1. Distinción entre concurso real, medial e ideal	16
2.3. Concurso real o material de delitos	17
2.3.1. Requisitos del concurso real	18
2.3.1.1. Existencia de un sujeto único	18
2.3.1.2. Pluralidad de hechos típicos, antijurídicos y culpables	18
2.3.1.3. Independencia de los hechos entre sí	18
2.3.1.4. Ausencia de sentencia condenatoria ejecutoriada	18
2.3.1.5. Diferencia entre concurso real y reincidencia	19
2.3.2. Acumulación material	19
2.3.3. Excepciones expresas a la regla general de la acumulación material	20

2.3.3.1. Asperación (acumulación jurídica de las penas)	20
2.3.3.2. Absorción de la pena	21
2.3.3.3. Regla especial del artículo 451 del Código Penal	22
2.4. Concurso medial de delitos	22
2.5. Concurso ideal de delitos	23
2.5.1. Concurso ideal propio: un hecho constituye dos o más delitos	25
2.5.2. Concurso ideal impropio	26
2.5.3. Requisitos del concurso ideal	26
2.5.3.1. Un único sujeto	26
2.5.3.2. Unidad de hecho	26
a) ¿Por qué nos referimos a unidad de “hechos” y no de “acciones”?	26
b) ¿Cuándo estamos en presencia de un solo hecho?	27
c) Consecuencias de la construcción del sistema de concursos sobre el concepto de “hecho”	28
d) Análisis de la noción espacio-tiempo	28
2.5.3.3. Pluralidad de delitos	30
2.5.3.4. Resolución del concurso ideal: regla de la absorción	31
a) ¿Qué se ha de entender por delito más grave y por pena mayor?	31
b) Contra excepción: casos en que se aplica la regla del artículo 74 CP por sobre la del 75 CP	31
2.6. Casos del régimen concursal común, por existir una unidad jurídica de delito	32
2.6.1. La llamada unidad jurídica de delito	32
2.6.2. El delito continuado	32
2.6.3. Delitos permanentes, habituales y de emprendimiento	32
2.6.3.1. Delito Permanente	32
2.6.3.2. Delitos Habituales	33
2.6.3.3. Delito de Emprendimiento	33

2.6.4. Delitos compuestos, complejos, tipos mixtos alternativos y de tipicidad reforzada	33
2.6.4.1. Delitos Compuestos	33
2.6.4.2. Delitos Complejos	33
2.6.4.3. Tipos mixtos alternativos y los de tipicidad reforzada	34
2.7. Casos excluidos del régimen concursal común	34
2.8. Casos de concurrencia de delitos excluidos del régimen concursal común	35
2.8.1. Los hurtos reiterados del artículo 451 del Código Penal	35
2.8.2. La regla del artículo 351 del Código Procesal Penal	35
2.9. Análisis de la situación Flagrancia	36
2.9.1. Detención de Flagrancia	39
2.9.1.1. <i>Periculum in mora</i>	39
2.9.1.2. <i>Periculum libertatis</i> o necesidad de intervención	40
2.9.1.3. Proporcionalidad	41
2.9.2. Flagrancia y la noción espacio-tiempo	41
2.9.2.1. <i>Fumus commisi delicti</i>	42
a) Percepción sensorial directa por terceros de la comisión de un hecho presuntamente delictivo	42
b) Inmediatez temporal	42
c) Inmediatez personal o espacial	43
CONCLUSIÓN	44
BIBLIOGRAFÍA	46

INTRODUCCIÓN

La presente tesina es una investigación que tiene por objeto el estudio de los límites de la unidad de hecho del artículo 75 inciso primero del Código Penal Chileno para lograr determinar cuáles son los alcances de la unidad y pluralidad de hechos en la comisión de un delito; así desentrañar si corresponde la aplicación del concurso real o concurso ideal de delitos en la determinación de una pena.

La noción espacio-tiempo goza de vital importancia en la comprensión de la unidad de hecho, ya que constituye el eje central para que se produzca al menos un tipo penal, si también en esa unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, podríamos llegar a concluir que ese hecho constituye dos o más delitos.

La investigación se encuentra organizada en dos capítulos. El primero de ellos es el planteamiento del problema, dentro del cual abarca los antecedentes y surgimiento del problema a partir de la bibliografía revisada sobre la unidad de hecho hasta las hipótesis o supuestos de la investigación. El segundo capítulo es el marco teórico, el cual abarca diversos tópicos de investigación que van desde las consideraciones generales de la unidad y pluralidad de delitos, concursos de delitos, concurso real de delitos, concurso medial de delitos, concurso Ideal de delitos, noción espacio-tiempo como requisito del concurso ideal hasta el análisis de la situación de flagrancia.

A continuación estudiaremos con mayor profundidad, detalle y detención; los alcances y límites de la unidad de hecho en la constitución de un delito.

CAPÍTULO 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Antecedentes y surgimiento del problema

Los autores nacionales mayoritariamente comienzan sus exposiciones distinguiendo entre unidad y pluralidad de “acciones”, para luego hacer una subdivisión entre unidad natural o jurídica de acción. El autor Alfredo Etcheverry introduce un leve matiz a esta concepción, quien para él la legislación chilena distingue entre unidad y pluralidad de hechos punibles, atendiendo el tenor literal del artículo 75 del Código Penal.¹

El artículo 75 del Código Penal Chileno regula el concurso ideal de delitos, el cual establece que este existirá “ en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro” a diferencia de su definición doctrinaria la cual señala que esta existe “cuando una acción o un conjunto de acciones unitariamente consideradas, cumplen las exigencias de dos o más figuras penales; en otros términos, constituye coetáneamente dos o más delitos distintos”.²

Según el Juan Bustos, para establecer la existencia de unidad y pluralidad de hechos o acciones, debe atenderse a lo que le da sentido y significación al hecho, la acción o la omisión, que se configura desde un punto de vista psicológico-valorativo.³ Visto desde ese espectro, el ámbito situacional que recoge el tipo penal, independientemente de que esté compuesto de una o varias acciones u omisiones, o bien de la combinación de una(s) y otra(s), debe implicar un solo momento de resolución ejecutiva del sujeto contra el ordenamiento jurídico, sin que entren en consideración las normas infringidas ni los resultados producidos.

La noción de unidad de delito es exclusivamente jurídica, pues viene dada por el sentido de los tipos legales. Distinto es el caso de la unidad de hecho que se refiere principalmente a un conjunto

¹ ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo II, 3era. Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.1998, reimpresión 2004. 115p.

²GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general*. Tomo II. 3era edición actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.2003. 347-348p. ISBN: 9561016133

³ BUSTOS, Juan .*Obras Completas*, Tomo I. Lima, Perú: Ara Editores E.I.R.L., 2004. 710p.

de sucesos del mundo exterior que ocurren en una misma dimensión espacio-temporal. Sin embargo, dado que en el mundo de la causalidad natural no existen soluciones de continuidad que nos permitan tener un concepto *a priori* de dónde comienza o dónde terminaría un "hecho", debemos recurrir nuevamente a los conceptos jurídicos para poder recortar del mundo exterior un conjunto de sucesos y darles una unidad que nos permita considerarlos un único hecho. Luego, un único hecho es la unidad espacio-temporal dentro de la cual se realiza al menos un tipo penal, si también en esa misma unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, entonces decimos que ese hecho constituye dos o más delitos.

El concurso de delitos o pluralidad de delitos surge cuando el mismo agente realiza varios hechos delictuosos de la misma o diversa clase o naturaleza, es decir cuando a una persona se le imputan varias violaciones de la ley penal. Por el contrario estamos en presencia de una unidad de delito cada vez que se realiza una sola descripción típica, con independencia del número de acciones (en sentido natural) ejecutadas. Las figuras delictivas, en el caso de la pluralidad de delitos que se le atribuyen al imputado, deben funcionar de manera autónoma una de otra, es decir, que no basta que una determinada conducta encuadre en más de una figura delictiva.

En consecuencia, cuando el concurso se ha producido con una acción o un hecho del sujeto activo, se lo designa concurso ideal. En cambio, cuando el proceso se ha producido mediante varias acciones independientes entre sí, se entiende que el concurso es real o material.

Para tener una mejor y mayor comprensión en materia de unidad y pluralidad de delitos se debe considerar la existencia de los siguientes principios que lo rigen: principio de Ningún delito debe quedar sin castigo, principio *Non bis in idem* (nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo delito) y por último el principio *Pro reo*. Estos principios son trascendentales, ya que son el límite en que el sistema de concursos de delitos al igual que sus disposiciones debe ser interpretado y aplicadas en los casos concretos.

Si bien se discute la ubicación sistemática de los concursos de delitos, lo concreto es que el Código Penal y el Procesal Penal tratan estas materias, a propósito de la determinación de la pena pues es allí donde se producen sus efectos prácticos. Por lo mismo es que existe coincidencia

entre los autores en que, ya sea por aplicación del Principio *In dubio Pro Reo* o de la evolución penal que la ha desencadenado en la humanización de las sanciones, o bien a la dignidad de la persona humana, estas normas tienen por objeto moderar la regla general de acumulación material de penas, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 74 del Código Penal.

Es necesario precisar que cuando una persona es juzgada por varios delitos a la vez, entran a jugar las reglas concursales y para saber cuál es la regla concursal aplicable en estos casos, el artículo 75 indica que debemos distinguir si esos delitos se cometieron en un mismo o en varios hechos. También es relevante analizar cuándo se cometió un único o varios delitos y cuándo estamos ante un único o varios hechos. En síntesis cuando existe una sola acción y con ella se cometen varias infracciones penales, se dice que hay concurso ideal de delitos. Tal es el caso del conductor que, imprudentemente, provoca la muerte de dos peatones a los que arrolla en la misma maniobra; o el del que dispara contra un hombre, matando a éste e hiriendo a otro (hay unidad de fin). En cambio si el agente se hubiese propuesto, con un solo disparo, alcanzar a dos personas, habrá dos infracciones; se tratará entonces de concurso ideal de delitos. Este tipo de pluralidad delictual aparece, pues, cuando el mismo agente realiza una o varias acciones distintas que ocasionan delitos independientes, no habiendo sido ninguna de ellas todavía castigada.

1.2. Problema de investigación

Actualmente el ordenamiento jurídico chileno carece de una definición y desarrollo de la unidad de hecho, lo cual genera un problema para determinar cuándo estamos en presencia de una unidad de hecho y una pluralidad de delitos. Por ende, cuál o cuáles serán las penas determinadas atribuibles al sujeto, cuando este se enfrente al concurso o pluralidad de delitos en un mismo proceso penal, por la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de un mismo tipo penal. Nuestro Código Penal Chileno solo hace referencia someramente a la unidad de hecho en su artículo 75 inc.1 *“en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro”* para disponer que *“sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave”* y aclara que estos caso no se aplicara el artículo 74.

1.3. Pregunta de investigación

¿Cuándo estamos en presencia de una unidad de hecho y una pluralidad de delitos, para así determinar cuál o cuáles serán las penas determinadas atribuibles al sujeto, cuando éste se enfrente al concurso o pluralidad de delitos en un mismo proceso penal, por la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de un mismo tipo penal?,

1.4. Objetivo general y objetivos específicos

Objetivo general

- Determinar los alcances de la unidad y pluralidad de hechos, con el fin de desentrañar si se aplica el concurso real o concurso ideal de delitos en la determinación de la pena.

Objetivos específicos

- Distinguir unidad de delito y pluralidad de delitos.
- Analizar la aplicación de concurso ideal y el concurso real de delitos.
- Identificar que es la unidad de hecho y su relación espacio-temporal.

1.5. Importancia del problema de investigación

La presente investigación tiene gran importancia teórica y práctica, tanto en el ámbito penal como en el procesal, ya que determinar la existencia de unidad de hecho se relaciona transversalmente con la determinación de las penas.

En consecuencia, el tema central está vinculado a dos importantes bienes jurídicos protegidos por la Constitución Política de la República y las leyes chilenas, estos bienes son la libertad del individuo y el debido proceso de un sujeto imputado a un delito o varios delitos (unidad de delito o pluralidad de delitos).

El Diccionario de la Real Academia Española define Libertad como “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”⁴, Hay que tener presente que la libertad de un individuo, dentro del margen del arbitrio judicial posible, los Tribunales de Justicia pueden decidir imponer una pena privativa de libertad.

La determinación de la pena fijada por el Tribunal deberá ser la más adecuada para cada caso en concreto, según el marco penal fijado para cada hecho punible. Todo esto se debe llevar a cabo con estricto cumplimiento al Debido Proceso contemplado en nuestra legislación en el artículo 19 n°3 inciso 5° de la Constitución Política de la República, donde se señala que: *“corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*.

1.6. Hipótesis o Supuestos de la investigación

- Es importante determinar el alcance de la unidad de hecho, porque tiene íntima relación con la pena atribuible al sujeto que comete una pluralidad de delitos.
- Es relevante distinguir entre unidad de delito y pluralidad de delitos, para la correcta aplicación del ordenamiento jurídico.
- La regulación en materia de unidad y pluralidad de hechos en la legislación penal chilena es insuficiente para determinar el límite de aplicación entre ellos.

⁴ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. 23.ª edición. Madrid, España: Espasa Libros, S. L. U., 2014.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

2.1. Consideraciones generales de la unidad y pluralidad de delitos

Todo tipo penal está construido sobre un hecho voluntario, es decir, contiene la descripción de un suceso en cuya base ha de encontrarse siempre una acción o una omisión, en su caso.

En la mayor parte de los casos, la realización de una sola conducta da lugar a la configuración de un solo delito⁵ y, a la inversa, varias conductas dan origen a otros tantos hechos típicos. Pero también puede ocurrir que una conducta realice la descripción de varios tipos diversos o muchas veces la de un mismo tipo configurando más de un delito, o bien, que la realización de distintas acciones u omisiones sólo colmen las exigencias de un tipo.

2.1.1. Unidad de delito: unidad natural y jurídica de acción

En principio, una sola acción sólo puede dar origen a un delito. Ahora bien, para entender esto es preciso determinar qué se entiende por unidad de acción, ya que aunque se hable de unidad de acción las consideraciones siguientes están referidas en general a la unidad de conducta, que también puede estar constituida por varias omisiones.

La unidad de acción no se define atendiendo exclusivamente a datos fisiológicos. Sería absurdo pretender que los variados movimientos musculares que llevan a disparar sobre una persona constituyen varias acciones para el Derecho penal. El disparo es una sola conducta, pese a estar constituida por varios movimientos físicos.

Por lo tanto, el concepto unidad de acción no se identifica con el movimiento corporal; constituye un concepto valorativo que permite reunir aquellos movimientos corporales que constituyen una sola acción. Tradicionalmente se ha entendido que dicha valoración debe hacerse desde el punto

⁵Código Penal. Artículo 1 inc.1. Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. ISBN 978-956-10-2235-5

de vista de la sociedad, según los usos normales. Para ello debe considerarse si existe una Unidad Subjetiva⁶ y Objetiva.⁷

Así, si el autor del delito obra con la finalidad de realizar sólo una vez el tipo de injusto correspondiente y exterioriza su propósito en un contexto unitario, se estará ante una acción⁸. De aquí resulta, por ejemplo, que la unidad no desaparece cuando la acción se repite varias veces, como si se golpea tres veces a la víctima en un mismo contexto temporal. Tampoco cuando la acción afecta a diversos objetos materiales, si con ello se lesiona un solo bien jurídico de contenido indeterminado, como cuando en un solo acto se sustraen varias cosas muebles ajenas.

En el mismo sentido, no se requiere unidad del sujeto pasivo⁹, salvo aquellos casos en que el atentado se dirige en contra de bienes inminentemente personales, es decir, bienes cuya lesión solo puede lograrse actuando inmediatamente sobre la personalidad física o moral del agraviado. Por ejemplo, si con una misma expresión se injuria a varios individuos, o si con una acción se lesiona a dos hombres (sin abandonar el criterio anterior) lo verdaderamente determinante de la unidad es la valoración de la acción según el sentido del tipo correspondiente. Por lo tanto, lo esencial es la estructura del tipo delictivo en cada caso particular.

La mayor parte de los tipos exige la realización de una sola acción, como ocurre en los delitos de homicidio, lesiones, apropiación indebida, injurias, etc.; supuestos en los que la descripción típica armoniza, sin mayor problema, con el concepto de unidad natural de acción. Pero también existe *unidad de acción* cuando el hecho típico está compuesto por varias acciones u omisiones que, en conjunto, lo complementan (en rigor sería más correcto hablar de unidad de delito con multiplicidad de conductas). Se trata en estos casos de una unidad jurídica de acción, porque es la descripción típica la que reúne varias conductas en un mismo tipo, transformándolas en una unidad. Según el profesor Garrido Montt, existe unidad jurídica de delito toda vez que una serie de actos son

⁶Unidad de propósito, entendida como la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados.

⁷Conexión espacio-temporal.

⁸ Unidad natural de acción.

⁹ Cosa sustraída puede pertenecer a varias personas.

valorados como una unidad por el respectivo tipo penal, es decir, existe una sola valoración jurídica de hechos que en realidad son múltiples.¹⁰

Esto último ocurre, por ejemplo, cuando el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diversas, como en las hipótesis de robo con violencia en las personas¹¹ y en la violación¹². En general, en los delitos de hipótesis copulativas, en los delitos habituales y en los delitos complejos.

En el caso de los delitos de hipótesis alternativas, si el autor realiza únicamente una de ellas, la unidad de acción es natural, por ejemplo, si sólo golpea a la víctima, aunque sea varias veces¹³. Si el autor del delito la hiere, golpea y maltrata de obra, también existe unidad de acción, pero en este caso es jurídica.

Un caso especial de pluralidad de acciones que configuran un solo hecho punible, es la hipótesis del delito continuado, este es una creación del derecho consuetudinario, que constituye un caso límite de la unidad jurídica de acción, por la que se pretende moderar la aplicación de la ley penal. Se habla de delito continuado para referirse a “dos o más acciones u omisiones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales cumple las exigencias del mismo o de semejantes tipos penales, pero que deben ser tratadas como un todo y castigadas como un solo delito en virtud de la relación especial que existe entre ellas”.¹⁴

Aunque ningún precepto legal se refiere en nuestro país a esta clase de delito, goza de considerable reconocimiento en la jurisprudencia y doctrina nacional.

¹⁰GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general*. Tomo II. 3era edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.2003. 450p. ISBN: 9561016133

¹¹Código Penal. Libro II. Título IX. §1 De la apropiación de las cosas muebles ajenas a la voluntad de su dueño. Artículo 436. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

¹²Código Penal. Libro II. Título VII. §5 De la Violación. Artículo 361. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

¹³ Código Penal. Libro II. Título VIII. §1 Del Homicidio. Artículo 397. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

¹⁴ MUÑOZ HORMENT, Humberto.” Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos”. Revista chilena de derecho, 1968. Vol. 13.

2.1.2. Pluralidad de delitos

Pluralidad de delitos tiene aplicación cuando el mismo sujeto realiza varios hechos delictuosos de la misma o diversa clase o naturaleza, es decir cuando a una persona se le imputan varias violaciones de la ley penal (la valoración jurídica del hecho o los hechos son múltiples). Por el contrario estamos en presencia de una unidad de delito cada vez que se realiza una sola descripción típica, con independencia del número de acciones ejecutadas (valoración jurídica del hecho es una sola, es única).

Existen principios que rigen en materia de pluralidad de delitos como en la de unidad de delito, ya que son el límite en que el sistema de concursos de delitos debe ser interpretado y aplicado en los casos concretos, al igual que en sus disposiciones. Estos principios son: ningún delito debe quedar sin castigo, principio *Non bis in idem* (nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo delito)¹⁵ y el principio *Pro reo*.

Respecto de la situación de pluralidad de delitos surge el concurso de delitos, este se manifiesta, cuando el mismo agente realiza varios hechos delictuosos de la misma o diversa clase o naturaleza, en consecuencia existe concurso de delitos cuando a una persona se le imputan varias violaciones de la ley penal.

Cuando el concurso se ha producido con una acción o un hecho del sujeto activo, se lo designa concurso ideal. En cambio, cuando el proceso se ha producido mediante varias acciones independientes entre sí, se entiende que es un concurso real o material. Aun cuando el autor realice varios delitos en una sola acción habrá que distinguir si con ella comete varias infracciones penales¹⁶ o si ocasionan delitos independientes, ninguno de ellos castigado todavía.¹⁷

¹⁵MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "El principio Ne Bis Idem en el derecho penal chileno". Revista de Estudios de la Justicia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Principio Ne Bis Idem. N° 15. 2011, p 25.

¹⁶Concurso ideal de delitos. Por ejemplo, el caso del conductor que imprudentemente, provoca la muerte de dos peatones a los que arrolla en la misma maniobra.

2.2. Concurso de Delitos

Bajo esta denominación se incluyen distintos supuestos de pluralidad de delitos que van más allá de la tradicional división entre concurso ideal y concurso real, que prácticamente, solo se refieren a los casos de unidad de acción con pluralidad de delitos¹⁸ y de pluralidad de delitos¹⁹. Junto a ellos existen otros supuestos con pluralidad de acciones y unidad de delito, como lo son el delito continuado y el delito en masa.

En el fondo, más allá de las premisas conceptuales de estas distinciones, se trata de resolver un problema de determinación de la pena. Sin embargo, no hay duda de que también es preciso establecer las líneas básicas que permiten diferenciar unos supuestos de otros y las razones por las que deben diferenciarse. Establecer cuando hay una acción o cuando hay varias, hace depender la clase de concurso de delitos.

Según el profesor Hurtado Pozo “Los concursos de delitos son, casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales, violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados”²⁰. En el mismo sentido Enrique Bacigalupo señala “Se afirma que se ha producido un concurso de delitos, cuando una misma persona aparece como autor de varios delitos independientes entre sí, o cuando su conducta se adecue simultáneamente a dos o más tipos legales”.²¹

La teoría del concurso concierne no sólo a la estructura del hecho punible y de los hechos punibles, sino también de sus consecuencias, es decir, a la pena en sentido amplio. En síntesis el

¹⁷Concurso ideal de delitos. Por ejemplo, si el autor del delito se hubiese propuesto con un solo disparo alcanzar a dos personas, habrá dos infracciones.

¹⁸Concurso Ideal

¹⁹Concurso Real

²⁰BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 2da Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi SRL. 1999. 575p. ISBN 950-741-073-2

²¹HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal parte general*. 2da Edición. Lima, Perú: Editorial EDDILI.1987. 295p.

problema del concurso de delitos es también un problema de concurso de penas, ya que es necesario ver como se sanciona al responsable de varias infracciones penales con el criterio que inspire al legislador, traducido en la forma de regulación de los distintos casos que se presenten y las distintas consecuencias penales, puede construirse un índice de mayor o menor severidad de la ley y considerarse entonces que el aspecto de la penalidad debe formar parte de la unidad y pluralidad del delito, pues no siempre se trata de sumar las penas cuando los delitos son varios²², o de aplicar exactamente la pena de un delito, ya que sería un error suponer que los sistemas de determinación de pena que deben aplicarse corresponden exactamente con los casos que presenta el estudio de la unidad de hechos y de delitos.

Existen, dentro del ordenamiento jurídico penal chileno, tipos penales que incluyen la lesión de varios bienes jurídicos al momento de su consumación; en estos casos no se produce un concurso para poder determinar la pena, sino que el legislador ya ha realizado una valoración de bienes afectados por lo que señala el marco de la sanción adecuada.

Se llama concurso de delitos, por la concurrencia de delitos ante la posibilidad de diversos fenómenos antijurídicos relacionados entre sí, concurrencia que se puede dar en tres sentidos, el Concurso Real, Concurso Medial y el Concurso Ideal.

Por último es necesario aclarar que ante una conducta reiteradamente delictuosa de un mismo agente o de diversos resultados obtenidos a partir de ella, surge la necesidad de esclarecer como operaran las normas penales ante el concurso de estos delitos.

2.2.1. Distinción entre Concurso Real, Medial e Ideal

Como el artículo 75 del Código Penal declara aplicable a supuestos en que *"un mismo hecho constituye dos o más delitos"*, es necesario, para distinguir del supuesto correspondiente al artículo 74 que por exclusión, parece referirse a la pluralidad de hechos. Es preciso para establecer y distinguir, cuándo estaríamos ante una unidad y una pluralidad de hechos.

²²Concurso Real o Material.

En relación al concurso medial el legislador otorga el mismo trato que el artículo 75 del Código Penal da al concurso ideal, ya que el sujeto activo ha cometido varios delitos, pero siendo una condición necesaria para el otro delito.

Pero mientras la noción de unidad de delito es exclusivamente jurídica, pues viene dada por el sentido de los tipos legales, la de unidad de hecho se refiere principalmente a un “conjunto de sucesos del mundo exterior que ocurren en una misma dimensión espacio-temporal”.²³

2.3. Concurso Real o Material de Delitos

Según Mario Garrido Montt, existe concurso real de delitos cuando “un mismo sujeto ha realizado dos o más acciones que constituyen, a su vez, uno o más delitos independientes no conectados entre sí y sin que en relación a ninguno de ellos se haya dictado sentencia condenatoria”.²⁴

La exigencia negativa, en orden a no existir sentencia condenatoria, tiene por finalidad dejar fuera de los concursos a la reincidencia, en una muestra más de la estrecha relación que existe con la determinación de la pena más que con la teoría del delito.

Naturalmente, la sentencia debe encontrarse ejecutoriada, pues, de no estarlo, “aún es posible la acumulación, pues aquella no puede todavía producir efectos, y en consecuencia no impide la existencia del concurso material”.²⁵

El concurso real se caracteriza por ser la regla general en lo que concierne a la aplicación de las reglas concursales en la pluralidad de delitos.

²³GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general*. Tomo II. 3era edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.2003. 452p. ISBN: 9561016133

²⁴GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general*. Tomo II. 3era edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.2003. 344p. ISBN: 9561016133

²⁵ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo II, 3era. Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.1998, reimpresión 2004. 116p.

2.3.1. Requisitos del Concurso Real

2.3.1.1. Existencia de un sujeto único: Es independiente el grado de desarrollo del delito, así como su participación criminal en el ilícito, mientras se mantenga la unidad de sujeto activo.

2.3.1.2. Pluralidad de hechos típicos, antijurídicos y culpables: Cada uno de los hechos que se analizan, deben ser delictivos en sí mismos y tener la aptitud de ser punibles de forma aislada, sin relación uno de otro (independiente de la etapa de desarrollo en que se encuentren cada uno de ellos).

Formas en que se pueden presentar estos varios hechos:

1. Varios hechos que configuran varios tipos distintos. Ejemplo: primer día el sujeto comete violación; el segundo día comete homicidio; y el tercer día comete una estafa.
2. Varios hechos que configuran varias veces el mismo tipo. Ejemplo: un mismo sujeto viola en distintas oportunidades a varias mujeres.
3. Caso especial de la reiteración de hurtos.²⁶

2.3.1.3. Independencia de los hechos entre sí: Este es un requisito negativo (se refiere a que NO se encuentren vinculados). La existencia de vínculo entre los hechos puede producir que estos puedan calificarse en alguna de las hipótesis de unidad jurídica de delito, lo que depende en definitiva de la posición que se adopte a este respecto.

En lo particular, esta independencia debe ser de carácter jurídica, es decir, que no solo tácticamente deben ser distintos, sino que no deben concurrir circunstancias especiales por las cuales el ordenamiento jurídico presuma la unidad, aun cuando en lo concreto exista multiplicidad.

2.3.1.4. Ausencia de sentencia condenatoria ejecutoriada: Al igual que en el caso del requisito anterior, también es de carácter negativo. Es menester que para que exista el concurso real, el sujeto no debe haber sido condenado, durante el tiempo que media entre la comisión de los

²⁶ Código Penal. Libro II. Título IX. §5 Disposiciones comunes a los cuatro párrafos anteriores. Artículo 451. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

delitos, por alguno de ellos. Ejemplo: un sujeto comete dos homicidios, pero sobre el primero ha recaído sentencia ejecutoriada y sobre el segundo no, en este caso se juzga un solo hecho (no existiendo concurso), el del segundo homicidio.

2.3.1.5. Diferencia entre concurso real y reincidencia: El concurso real presupone el enjuiciamiento conjunto de varios hechos delictivos en el marco de un mismo proceso. La reincidencia, en cambio, opera como una agravante de la responsabilidad penal, y presupone la condena previa por uno de los delitos en cuestión.

La penalidad del concurso real, también llamado reiteración de delitos, es resuelta por los siguientes principios:

2.3.2. Acumulación Material

Esta regla está dada por el tenor del artículo 74 inciso 1° de Código Penal, que señala: *“al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.”* En materia de concurso real, constituye la regla general de los principios que la resuelven. Consiste, en términos básicos, a la suma aritmética de todas las penas correspondientes a los diversos delitos cometidos, lo que en definitiva atiende a un criterio retribucionista puro.

Este retribucionismo extremo trae consigo una serie de interrogantes relativas a la posible imposición de penas absurdas que sobrepasan con creces la culpabilidad del actuar, y que el código no resuelve. El inciso segundo del artículo 74 del Código Penal señala la forma en que estas penas se han de cumplir.

2.3.3. Excepciones expresas a la regla general de la acumulación material.

2.3.3.1. Asperación (Acumulación Jurídica de las Pena)

Conforme al artículo 509 del Código Procesal Penal, el concurso real de “*crímenes o simples delitos de una misma especie, o de una misma falta, se rigen, excepcionalmente, por el sistema de asperación o acumulación jurídica de las pena*”. Según Enrique Cury “esto quiere decir que se impone la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos. Con todo, en los casos en que el régimen del artículo 74 resulte más favorable al imputado (Principio *Pro reo*), el tribunal debe estarse a ello. Aunque la contra excepción tiene un carácter facultativo, la jurisprudencia le atribuye correctamente significado imperativo, otorgándole acatamiento en todos los casos”.²⁷

Cuando los delitos son respecto de la misma especie, esto es, aquellos que afectan al mismo bien jurídico, la regla aplicable es la del artículo 351 del Código Procesal Penal. Aquí se reitera lo dicho en el artículo 509, con algunas correcciones, en él ha desaparecido las faltas. En cuanto a lo que ha de considerarse delito de la misma especie, la disposición atiende únicamente a la afectación del mismo bien jurídico (si bien orienta a la solución correcta es incompleto).

En el mismo sentido el artículo 351²⁸ aclara que cuando existe concurso real en delitos de la misma especie, se debe considerar la que tuviere una pena mayor en concreto y sobre ella

²⁷CURY URZUA, Enrique. Derecho Penal: Parte General. 7ma. Edición. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile.2005.661.p ISBN 9789561408081

²⁸Código Penal. Artículo 351. 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.

aumentarla en uno o dos grados. Esta regla es una expresión del Principio Pro reo, ya que busca beneficiar al imputado por sobre la imposición de la regla de la acumulación.

En lo particular, respecto al inciso 3° del artículo 351, sobre la aplicación del artículo 74 del Código Penal por sobre éste, cabe mencionar que el legislador al decir “*podrá*” incurre en un error, dando la equivocada impresión de que es facultativo para el juez aplicar esta contra excepción más benéfica para el imputado, cuando a todas luces no lo es, pues en virtud del principio pro reo, es un mandato imperativo para el juez de la instancia aplicar la disposición que le sea más favorable. Una apropiada técnica legislativa señalaría “*tendrá*” en vez de “*podrá*”.

2.3.3.2. Absorción de la Pena.

Excepciones expresas a la regla general de la acumulación material: El artículo 75 del Código Penal dispone, excepcionalmente, en la parte final del inciso primero, que cuando de dos delitos que se encuentran en concurso real, el uno “*sea el medio necesario para cometer el otro*” se aplicará el principio de la absorción de la pena, o sea, se impone únicamente la pena mayor, lo cual se desprende del inciso final del artículo 75 “*en estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave*”.

Eduardo Novoa expresa en relación a lo antes mencionado: “La verdad es que no tiene nada de concurso ideal, sino que se trata de dos o más delitos conectados entre sí por la relación entre medio a fin”²⁹. Estimando que este principio es injustificado y solo puede explicarse por unos motivos tradicionales exentos de racionalidad.

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.

²⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*. Tomo II, 1966. Reimpresión en 1987. Santiago, Chile: Editorial Cono Sur Ltda. 1987. 266 p.

Es preciso establecer que la necesidad de relación de medio a fin, debe juzgarse en caso concreto. Por lo tanto, su existencia depende de las circunstancias concurrentes en el caso dado y no solo de la naturaleza intrínseca de los hechos. No hay que olvidar que esta es la misma conexión que se presenta en las hipótesis de delito continuado y, por consiguiente, el artículo 75 es la disposición que regula su punibilidad.

2.3.3.3. Regla especial del artículo 451 del Código Penal

El artículo 451 del Código Penal³⁰, contempla una regla especialísima respecto a la reiteración de hurtos (Concurso real de hurtos).

Se trata de una disposición vinculada al tratamiento punitivo del delito de hurto, por lo que tiene carácter de regla especial.

Según Etcheberry, esta disposición no se trataría de un delito continuado de hurto tratado con severidad, sino un caso de concurso material de hurtos tratado con benignidad³¹, ante lo cual, Muñoz Horment complementa señalando “esta disposición debiera aplicarse en aquellos casos que signifique un beneficio en oposición al régimen general del concurso real”.³²

2.4. Concurso Medial de Delitos

El concurso medial es aquél en que un sujeto ha cometido varios delitos, pero por ser una condición necesaria del otro, el legislador le otorga el mismo trato que el artículo 75 del Código

³⁰ Código Penal. Artículo 451.- 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.

³¹ ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo II, 3era. Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.1998, reimpresión 2004. 450p.

³² MUÑOZ HORMENT, Humberto. “Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos”. Revista chilena de derecho. N° 13. 1968. p 105.

Penal da al concurso ideal³³. Por ejemplo, aquél que para apropiarse de los valores contenidos en la correspondencia, hace violación de ella. Tanto la violación de correspondencia³⁴ como la apropiación de los valores (robo o hurto)³⁵ son delitos que pueden ocurrir el uno sin el otro, física e intelectualmente, pero en este caso se encuentran vinculados.

El concurso medial es un concurso real especial, que se soluciona por la aplicación de la regla de la absorción del artículo 75 del Código Penal, por la cual *“se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave”* (distinta a regla especial del 451 Código Penal).

La doctrina exige que entre las distintas conductas exista una relación de necesidad objetiva, además de la perspectiva del autor del delito. Sin embargo, tanto la relación objetiva de necesidad como la “conexión ideológica”³⁶ deben concurrir. Esta relación objetiva debe apreciarse en concreto sobre la conducta desplegada, pues en caso de hacerlo en abstracto, o sea, sobre el desvalor, estaríamos frente a un caso de concurso aparente de leyes que estaría resolviéndose por el principio de consunción.

2.5. Concurso Ideal de Delitos

Este concurso de delitos se encuentra reglamentado en el Código Penal en su artículo 75, el cual establece *“la disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave”*.

³³ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. 2da Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.2004. 451p. ISBN 956-10-1582-X

³⁴ Código Penal. Libro II .Título III. §3 Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometido a particulares. Artículo 146. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013.

³⁵ Código Penal. Libro II .Título IX. §1 De la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño. §4 Del hurto Artículo 432 y 446. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

³⁶ Fase subjetiva del autor del delito.

Según Garrido Montt concurso ideal de delitos es aquel en que un sujeto, ejecutando un solo hecho, comete dos o más delitos diferentes o un mismo delito varias veces y, por tanto, se dañan dos o más bienes jurídicos. Por consiguiente, existe concurso ideal de delitos cuando una acción o un conjunto de acciones unitariamente consideradas, cumplen las exigencias de dos o más figuras penales; en otros términos, constituye coetáneamente dos o más delitos distintos.³⁷

Este concurso es la primera excepción a la aplicación de la regla general del concurso real.

Ejemplos para una mejor comprensión de este concurso de delitos:

- El padre que viola a su hija, puede calificarse como violación³⁸ e incesto.³⁹
- Aquél individuo que mata a dos personas con un solo disparo, existiendo dos delitos de homicidio.⁴⁰

Este concurso de delitos tiene como fin determinar la pena que se produce en los casos en que una actuación delictiva (un solo hecho) constituye dos o más delitos. En estos casos, la pena se calcula conforme al principio de asperación, es decir, se impone la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior sin que ésta pueda superar la suma de las penas que correspondería aplicar a cada delito por separado. Si la pena prevista conforme al principio de asperación excede de la referida suma, se impondrán las penas por separado, principio de acumulación.

³⁷GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general*. Tomo II. 3era edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.2003. 347-348p. ISBN: 9561016133

³⁸ Código Penal. Libro II. Título VII. §5 De la Violación. Artículo 361. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

³⁹ Código Penal. Libro II. Título VII. §9 Del Incesto. Artículo 375. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

⁴⁰ Código Penal. Libro II. Título VIII. §5 Del Homicidio. Artículo 391. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

2.5.1. Concurso Ideal Propio: Un hecho constituye dos o más delitos

Un único hecho es la unidad espacio-temporal dentro de la cual se realiza *al menos* un tipo penal. Si, además, en esa misma unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, entonces decimos que ese hecho constituye dos o más delitos⁴¹, salvo las excepciones que quedan comprendidas en el concurso real o medial. Por esto, que según Novoa los ejemplos de auténtico concurso ideal que pueden proponerse son escasos y mucho de ellos son de índole más bien académica.⁴²

La doctrina clasifica el Concurso Ideal Propio en:

- Concurso ideal heterogéneo
- Concurso ideal homogéneo

El concurso ideal es heterogéneo, cuando con un solo hecho se satisfacen las exigencias de distintos tipos penales, como, por ejemplo, si para yacer con ella se violenta a una hermana casada, en cuyo caso estaremos en presencia de los delitos de violación e incesto.⁴³

Por el contrario el concurso ideal será homogéneo, “cuando con un mismo hecho se realiza varias veces el mismo tipo penal, como, por ejemplo, si con un mismo disparo se da muerte a dos o más personas, o profiriendo una sola expresión se injuria a muchos individuos”.⁴⁴

Cualquiera sea el tipo de concurso ideal de que se trate, el tratamiento punitivo es el mismo.

⁴¹MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Texto y comentario del Código Penal chileno. Tomo 1 Libro Primero-Parte General. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.2009. 399p.*

⁴²NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno. Tomo II, 1966. Reimpresión en 1987. Santiago, Chile: Editorial Cono Sur Ltda.1987. 262 p.*

⁴³MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Texto y comentario del Código Penal chileno. Tomo 1 Libro Primero-Parte General. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.2009. 400p. ISBN: 9561013932.*

⁴⁴CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General. 7ma. Edición. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile.2005.665.p ISBN 9789561408081*

2.5.2. Concurso Ideal Impropio

Esta es una situación especial de concurso real, con un régimen punitivo más benigno, derivado de la necesaria relación de medio a fin que existe entre los hechos concurrentes⁴⁵. La práctica judicial y la doctrina mayoritaria entienden que la relación de necesidad ha de evaluarse en el caso concreto, atendiendo a la “conexión ideológica” que, según el plan del autor, existe entre los diversos delitos, y no al mero hecho casual de su sucesión temporal.

Regularmente, corresponderán a esta clase de concurso los hechos que no puedan considerarse como actos previos o posteriores copenados atendida la autonomía de cada uno de los delitos concurrentes.⁴⁶

2.5.3. Requisitos del Concurso Ideal

2.5.3.1. Un único sujeto: Se requiere un sujeto único, mientras se mantenga la unidad de sujeto activo, es independiente el grado de desarrollo del delito, así como su participación criminal en el ilícito,

2.5.3.2. Unidad de hecho: Un único hecho es el conjunto de sucesos del mundo exterior que ocurren en una misma dimensión espacio-temporal⁴⁷, dentro de la cual se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, en donde ese hecho constituye dos o más delitos.

a) ¿Por qué nos referimos a unidad de “hechos” y no de “acciones”?

En primer lugar de acuerdo al análisis doctrinal y jurisprudencial, el Código Penal construye el sistema de los concursos sobre el concepto de hechos, lo que responde a la amplitud que tiene por sobre el de acción, ya que un mismo hecho puede estar constituido por más de una acción u omisión.

⁴⁵MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Texto y comentario del Código Penal chileno. Tomo 1 Libro Primero-Parte General*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.2009. 400p. ISBN: 9561013932.

⁴⁶Nuestra jurisprudencia ha considerado que se puede encontrar en el concurso medial el hurto y contrabando.

⁴⁷GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general*. Tomo II. 3era edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.2003. 452p. ISBN: 9561016133

Algunos casos que sirven para ejemplificar lo antes mencionado:

- Violación con homicidio.⁴⁸
- Robo con homicidio y Robo con violación.⁴⁹
- Existen tipos que están estructurados de manera que concurren necesariamente muchas acciones, sin constituir más de un hecho, como en el caso del delito de la falsificación de moneda.⁵⁰

El hecho en su estructura comprende el resultado⁵¹, el nexos causal que vincula la acción con el resultado, y finalmente también las condiciones objetivas de punibilidad; estas condiciones se entienden como ciertas circunstancias que no forman parte de la acción ni tampoco son consecuencia de ella, son sucesos del mundo exterior al margen del actuar causal del sujeto activo, que el legislador ha impuesto para que se configure el tipo, y que guardan relación con el tiempo, lugar o condiciones en que se ha de desarrollar.⁵²

b) ¿Cuándo estamos en presencia de un solo hecho?

Cuando las conductas se han desplegado en un contexto único, es decir, debe existir unidad o indivisibilidad espacial y temporal del hecho. Por lo tanto, si ha podido ocurrir el delito (tiempo-espacio) uno sin el otro, en cuanto al contexto, estamos frente a múltiples hechos.

⁴⁸Código Penal. Libro II. Título VII. §5 Disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores. Artículo 372 bis. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

⁴⁹ Código Penal. Libro II .Título IX. §1 De la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño. Artículo 433 N° 1. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

⁵⁰ Código Penal. Libro II .Título III. §3 De los delitos contra el respeto y la protección a la vida privada y pública de la persona y su familia. Artículo 162. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

⁵¹Estructuralmente el resultado no puede ser parte de la acción, ya que es consecuencia de ella.

⁵²BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Tomo I*. 3era Edición. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing Thomson Reuters. 2010.153p.

c) Consecuencias de la construcción del sistema de concursos sobre el concepto de “hecho”:

1. El problema del concurso que radicado en la tipicidad, no en la acción.
2. Permite la múltiple valoración jurídica prescindiendo de los problemas de otras legislaciones que se basan en la acción.⁵³
3. La problemática en nuestra legislación a este respecto, no gira en torno a las consecuencias de la múltiple valoración de una acción, sino en determinar cuándo y en qué circunstancias podemos referirnos a un solo hecho o a múltiples hechos.

d) Análisis de la noción espacio-tiempo

Dado que en el mundo de la causalidad natural no existen soluciones de continuidad que nos permitan tener un concepto a priori de dónde comienza o dónde terminaría un “*hecho*”, debemos recurrir nuevamente a los conceptos jurídicos para poder recortar del mundo exterior un conjunto de sucesos y darles una unidad que nos permita considerarlos un único hecho.

Como hemos mencionado anteriormente, uno de los requisitos esenciales para que concurra el concurso ideal de delitos y actué en la determinación de la pena, es la unidad de hecho, la cual consiste en el conjunto de sucesos del mundo exterior que ocurren en una misma unidad espacio-temporal⁵⁴. Si, además, en esa misma unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, entonces decimos que ese hecho constituye dos o más delitos.

Del concepto de unidad de hecho se desprende el concepto espacio-temporal, siendo indispensable para determinar cuando estamos en presencia de una pluralidad de delitos, pero con unidad de hecho.

⁵³ Como la hace legislación italiana.

⁵⁴ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal parte general*. Tomo II. 3era edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2003. 452p. ISBN: 9561016133

Según el Diccionario de la Real Academia Española, Tiempo se entiende como “magnitud física que permite ordenar la secuencia de los sucesos, estableciendo un pasado, un presente y un futuro. Su unidad en el Sistema Internacional es el segundo.” y Espacio lo define como, “parte que ocupa cada cuerpo sensible”⁵⁵. Estos conceptos por separado, no nos dan el parámetro apropiado para poder reconocer o distinguir la unidad de hecho.

Es preciso establecer la complejidad de elaboración de un noción uniforme de espacio-temporal, por sus implicancias en el área de la física, psicología genética, epistemología, biología y filosofía.

Según Jean Piaget⁵⁶ la estructuración de la noción espacio-temporal emerge de la motricidad, de la relación con los objetos localizados en el espacio, de la posición relativa que ocupa el cuerpo, en fin, de las múltiples relaciones integradas de la tonicidad, del equilibrio, de la lateralidad y de la noción del cuerpo.

Para una mayor comprensión Piaget analiza por separado el concepto de espacialidad, el cual estructura mediante los conceptos de la orientación, distancia, direcciones, trayectorias, recorridos y localización de objetos en movimiento. Y a su vez la temporalidad, la estructura con los conceptos de duración, orden, velocidad y ritmo.

Trigueros y Rivera definen el espacio-temporal, como aquella en que “La temporalidad y la espacialidad se coordinan dando lugar a la organización espacio-temporal, y se trata de un todo indivisible ya que todas las acciones se dan en un tiempo y lugar determinado”.⁵⁷

En este mismo sentido, para el desarrollo de la percepción espacio-temporal es necesario que se tenga asimilado la percepción corporal como eje de referencia, ya que a partir de dicha percepción

⁵⁵Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. 23.ª edición. Madrid, España: Espasa Libros, S. L. U., 2014.

⁵⁶ Psicólogo constructivista suizo cuyos pormenorizados estudios sobre el desarrollo intelectual y cognitivo del niño ejercieron una influencia trascendental en la psicología evolutiva y en la pedagogía moderna.

⁵⁷TRIGUEROS CERVANTES, Carmen; RIVERA GARCIA, Eduardo. “Educación Física de Base”. Revista Gioconda. Granada C.E.P, 1991. Vol10.

se podrá tomar como sistema de referencia en el espacio los demás objetos personas. Hay aclarar que la percepción del tiempo está estrechamente unida a la de espacio y viceversa, ya que el tiempo es captado por el movimiento y acciones que se realizan en un espacio.

La importancia de determinar y acotar la noción espacio-temporal radica en que toda acción o movimiento intencional hacia el logro de un objetivo o meta (acción delictiva), requiere una rápida valoración de la situación del propio individuo en relación con las otras personas y cosas que lo rodean.

2.5.3.3. Pluralidad de delitos

La pluralidad de delitos surge cuando el mismo agente realiza varios hechos delictuosos de la misma o diversa clase o naturaleza, es decir cuando a una persona se le imputan varias violaciones de la ley penal.

Para aclarar la pluralidad de delitos revisaremos algunos ejemplos:

- Un individuo dispara sobre otro con intención de matarla y lo mata: Claramente existe unidad de hecho, no hay concurso alguno, solo un homicidio.
- Un individuo dispara sobre otro con intención de matarla y falla, inmediatamente después realiza un segundo disparo y lo mata: entre ambas conductas desplegadas existe una unidad de hecho.

En este caso no hay concurso real ni ideal, sino concurso aparente, pues la etapa más avanzada del desarrollo del delito⁵⁸ absorbió a la menos avanzada.⁵⁹

- Un individuo dispara a otro, falla y escapa. Varias semanas después, los mismos sujetos se encuentran, le vuelve a disparar y lo mata: no hay unidad de hecho, existen dos contextos espaciales y temporales distintos, dos acciones, dos resultados, en definitiva dos delitos independientes entre sí, a pesar de la existencia de unidad de elemento subjetivo en el hechor. Nos encontramos frente a un concurso real.

⁵⁸ Homicidio consumado

⁵⁹ Homicidio frustrado o tentado

- Un individuo con un solo disparo mata a dos personas: un solo hecho configura dos delitos, lo que es resuelto por el concurso ideal mediante la regla de la absorción.

2.5.3.4. Resolución del concurso ideal: Regla de Absorción de la Pena

Sobre este punto es menester remitirse a la antes mencionada excepción expresa a la regla general de la acumulación material, Regla de Absorción de la Pena, que se encuentra reglamentada en el artículo 75 del Código Penal. Este artículo dispone, excepcionalmente, en la parte final del inciso primero, que cuando de dos delitos que se encuentran en concurso real, el uno “*sea el medio necesario para cometer el otro*” se aplicará el principio de la absorción de la pena, o sea, se impone únicamente la pena mayor, lo cual se desprende del inciso final del mismo artículo “*en estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave*”.

a) ¿Qué se ha de entender por delito más grave y por pena mayor?

El profesor Novoa Monreal⁶⁰ entiende por “delito más grave” aquél que tiene asignada la pena más alta en la respectiva escala gradual del artículo 59 del Código Penal. Por “pena mayor” entiende la que constituye el grado superior de la pena más grave o sola la más grave, si ésta estuviese compuesta por un solo grado.

b) Contra excepción: Casos en que se aplica la regla del artículo 74, por sobre la del artículo 75 del Código Penal

Existe coincidencia entre la doctrina⁶¹ respecto que en aquellos casos en que la aplicación de las reglas del concurso real sean más favorables para el imputado que las del concurso ideal, en virtud del Principio *Pro Reo*, deben aplicarse las primeras.

⁶⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de derecho penal chileno. Tomo II, 1966. Reimpresión en 1987. Santiago, Chile: Editorial Cono Sur Ltda. 1987. 315p.

⁶¹ Enrique Cury, Alfredo Etcheverry y Juan Pablo Mañalich.

2.6. Casos del régimen concursal común, por existir una unidad jurídica de delito

2.6.1. La llamada unidad jurídica de delito

Existe unidad jurídica de delito toda vez que una serie de actos son valorados como una unidad por el respectivo tipo penal, es decir, existe una sola valoración jurídica de hechos que en realidad son múltiples. Por su parte, se entiende que existe unidad natural de delito toda vez que la conducta está constituida objetivamente, en la materialidad, por varias actividades, que valoradas desde el propósito del autor, forman un solo hecho.

2.6.2. Delito Continuado

Es aquél en que habiendo una realización múltiple de un mismo tipo delictivo, o sea a través de varias prestaciones, encontrándose ellas en una relación espacio temporal, se realizan cerca y además siendo cometidas cada una en el marco de una unidad de propósitos o un dolo innato.

2.6.2. Delitos permanentes, habituales y de emprendimiento

2.6.2.1. Delito Permanente

Aquel delito en que el legislador ha descrito un delito cuya consumación se prolonga en el tiempo, creándose un estado antijurídico permanente. En estos casos, la duración de estado antijurídico intensifica la lesión al bien jurídico afectado, pero no al punto de modificar la naturaleza unitaria del delito.

Si durante este estado permanente se cometieran otros delitos, es discutible la apreciación de un concurso real o ideal, problema que pareció prever nuestro legislador al establecer reglas concursales excepcionales para los delitos más graves (ejemplo a propósito del secuestro y de la sustracción de menores, artículos 141 y 142 del Código Penal respectivamente). Estos problemas no se suscitan respecto a dos situaciones en las cuales se debe distinguir, en primer lugar los “delitos instantáneos de efectos permanentes” y las lesiones de efectos permanentes, que aparentemente pertenecen a esta clase de delitos, cuando en realidad responden a otros criterios.

2.6.2.2. Delitos Habituales

Son aquellos que para su configuración no basta la verificación única de la conducta, sino que requieren la repetición de ella.⁶²

2.6.3.3. Delito de Emprendimiento

El delito de emprendimiento es una nueva forma de establecer la conducta que es delito.

La regla general es que cada artículo del Código Penal contenga un delito. Por ejemplo, en los preceptos de homicidio o robo. Pero en los delitos de emprendimiento, si bien también hay un artículo que establece un delito y luego otro y otro, se advierte que acá lo que se castiga no es una conducta en particular sino dedicarse a una actividad delictiva que tiene todo un orden lógico. Ejemplo de ellos es lo que ocurre en materia de drogas, se sanciona la posesión, venta, precursores; luego, el cultivo; además, el transporte de la droga; y la transferencia de droga a cualquier título. Entonces lo sancionado no es el cultivo en sí, sino el hecho de que estás participando en la cadena de la droga, porque eres un eslabón en esa cadena delictiva.

2.6.4. Delitos compuestos, complejos, tipos mixtos alternativos y de tipicidad reforzada

2.6.4.1. Delitos Compuestos

En estos casos, la ley no describe un "estado", sino una multiplicidad de conductas, que por sí mismas no son delictivas, pero que al reunirse, dan origen a un delito: es el caso del delito de giro doloso de cheques.⁶³

2.6.4.2. Delitos Complejos

Se trata de casos en que la ley reúne en la descripción de un delito la realización de varias figuras punibles independientemente.

⁶²Código Penal. Libro III. Título I. Artículo 494 N°8. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2013. ISBN 978-956-10-2235-5

⁶³ Artículo 22 del Decreto con Fuerza de Ley N° 707.252

Por ejemplo, el delito de robo con homicidio del artículo 433 N° 1 del Código Penal⁶⁴ o el robo con fuerza⁶⁵. Habitualmente se les considera también dentro de la teoría del concurso aparente de leyes como casos de especialidad, donde la figura compleja desplaza a las simples concurrentes.

2.6.4.3. Tipos mixtos alternativos y los de tipicidad reforzada

Por tipos mixtos alternativos se entienden aquellos en que las diversas acciones típicas se presentan sólo como modalidades de realización del tipo de igual valor, carente de propia independencia, enumerado de forma casuística, como sucede particularmente con el delito de homicidio calificado del artículo 391 N° 1 o las injurias graves del artículo 417 del Código Penal.

En estos casos, la realización de una sola de las modalidades típicas serviría para configurar el delito, pero la realización de varias de ellas resulta indiferente a efectos de la configuración del tipo, pues siempre se entiende que se ha realizado un único delito.

2.7. Casos excluidos del régimen concursal común, por existir un concurso aparente de leyes

El concurso aparente de leyes penales es aquel por el cual un solo hecho delictivo parece configurar múltiples tipos penales diversos, pero en definitiva, por razones lógico formales y colaborativas, solo configura uno de ellos, siendo desplazados los restantes.

La distinción entre las figuras concursales comunes y el concurso aparente de leyes se encuentra dada por la presencia o no de los requisitos de aplicabilidad de alguno de los distintos principios de solución de éste, esto es, de una relación de especialidad, consunción, subsidiariedad o alternatividad.⁶⁶

⁶⁴ Homicidio más sustracción

⁶⁵ Daños o violación de domicilio más sustracción

⁶⁶ Aunque domina en Chile la idea de que bastarían los dos primeros principios enunciados para comprender todos los casos posibles del concurso aparente de leyes.

2.8. Casos de concurrencia de delitos excluidos del régimen concursal común, para los que la ley dispone un tratamiento especial

2.8.1. Los hurtos reiterados del artículo 451 Código Penal

El artículo 451 del Código Penal reglamenta de forma especial la reiteración de hurtos, antes del proceso, y por tanto, no los casos de delito continuado.

Para que se aplique esta disposición debe acreditarse, en primer lugar, que cada hecho separadamente constituye un hurto-delito, esto es, que cada hurto reiterado sea de una cosa de valor mayor a media unidad tributaria mensual. La regla es similar a la del artículo 75 del Código Penal en sus efectos (absorción agravada), obliga a sumar el total del valor de lo sustraído para determinar la pena aplicable según el artículo 446 del Código Penal, una vez hecho lo cual, se impone ésta *"en su grado superior"*.

2.8.2. La regla del artículo 351 Código Procesal Penal

Esta regla recoge los mismos criterios del artículo 509 Código Procesal Penal, con algunas leves diferencias. Básicamente, se establece un régimen de acumulación jurídica (asperación) para casos de reiteración de ciertos delitos (crímenes y simples delitos de la misma especie, o la misma falta), que de otra manera se regirían por el sistema de simple acumulación material del artículo 74 del Código Penal.

Sobre qué ha de entenderse por crímenes y simples delitos de una misma especie, la ley señala que son aquellos *"que afectaren al mismo bien jurídico"*.

2.9. Análisis de la Situación de Flagrancia

En el ámbito penal se entiende por delito flagrante a aquel que se está ejecutando en el preciso instante. Lo flagrante, por lo tanto, tiene que ver con la inmediatez y con la posibilidad de detectar el delito en el mismo momento en que se está cometiendo⁶⁷. Nuestra legislación ha establecido como regla general la procedencia de la detención emanada de una orden decretada por un juez, pero de manera excepcional ha contemplado en su ordenamiento la detención en casos de flagrancia sin una orden judicial.

En el mismo sentido hay que entender la flagrancia es una situación fáctica que permite la limitación de derechos y libertades fundamentales, ya que es una circunstancia habilitante para que cualquier persona pueda adoptar una medida cautelar, por lo que deberán concurrir en el supuesto concreto las características o presupuestos propios de este tipo de medidas cautelares: *periculum libertatis* o necesidad de intervención, *fumus commisi delicti*, *periculum libertatis* y proporcionalidad.⁶⁸

La apariencia delictiva del delito de flagrancia, el título de imputación, lo constituye en estos casos el “*sorprendimiento en flagrancia*”, es decir, la percepción sensorial directa de la comisión del delito por un tercero, existiendo además inmediatez temporal y personal. El peligro o necesidad de intervención se traduce en impedir que prosiga la lesión del bien jurídico y en aquellas circunstancias que en el caso concreto fundamenten racionalmente la presunción de que el imputado tratará de sustraerse a la justicia. Por último, la medida cautelar que se adopte deberá ser respetuosa con el principio o pauta de proporcionalidad, es decir, apta para alcanzar el fin constitucionalmente previsto, la menos gravosa de todas las adecuadas, y estar en una relación razonable con las ventajas que se derivan de la consecución del fin deseado. (Medida cautelar necesaria y justa)

⁶⁷PIZARRO QUEZADA, Marcelo Andrés. “La detención. Aspectos Generales en el ámbito penal”. Unidad de Estudios Defensoría Regional de la Araucanía. Minuta Regional Defensorías Regionales. Diciembre 2010, N°3, p. 16.

⁶⁸DE HOYOS SANCHO, Montserrat. “Análisis comparado de la situación de flagrancia”. Revista de derecho (Valdivia). Diciembre 2001, Vol. 12, N°2, p. 137-149. ISSN 0718-0950

Nuestro Código Procesal Penal, concretamente en su artículo 130 en el marco del Título V, se refiere acerca de las medidas cautelares personales, respecto a la situación de flagrancia. Por lo que señala quienes se encontrarán en tal situación:

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b) El que acabare de cometerlo;
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- e) El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto, que reclamaren auxilio, señalaran como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse”.

Hay que aclarar que para las letras d) y e) en Código Penal establece que se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas.

Como se ha mencionado anteriormente respecto a la flagrancia nos encontramos ante una circunstancia que, como supuesto de hecho, habilita a diversos sujetos para la limitación de un derecho fundamental (libertad ambulatoria o la inviolabilidad de domicilio) sin autorización u orden judicial previa.

Los sujetos que pueden detener a una persona que se encuentra en alguna de las hipótesis de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal, son las siguientes:

A) Cualquier persona: Para que cualquiera pueda detener a una persona debe configurarse una hipótesis de flagrancia⁶⁹. La obligación que tienen estas personas es la de entregar

⁶⁹Constituye un argumento para apreciar que en nuestro ordenamiento jurídico la detención es visualizada como una cuestión de hecho, que debe ser ponderada a la luz de los antecedentes en concreto, no siendo factible reducir el análisis de la legalidad de la detención a factores meramente jurídicos.

inmediatamente al detenido a la policía o a la autoridad judicial más cercana. Al igual que la orden de detención, la entrega a la policía o autoridad debe ser realizada sin demora, sin ningún tipo de dilación ya que de lo contrario esa detención se tornaría ilegal e incluso aquellos que detienen pueden incurrir en un delito. Cabe agregar que la ley faculta a las personas civiles a practicar la detención, no los obliga, de modo que no existe ningún deber de garante por parte de los ciudadanos de evitar la consumación de un delito por lo que no pueden responder por la omisión.

B) Tribunales de la República: Cualquier tribunal sea o no criminal puede ordenar la detención por delito flagrante, cuando éste se esté cometiendo en la sala de su despacho. No obstante, la ley restringe la posibilidad de ordenar la detención a la comisión de crímenes o simples delitos, mas no de faltas de modo que no opera la aplicación del artículo 134 inciso tercero del Código Procesal Penal.

C) Las policías: El Código Procesal Penal en su artículo 129, Inciso segundo establece claramente *“Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito”*.

Las policías tienen la obligación de practicar la detención de toda persona que se encuentre en una situación de flagrancia de modo que si no cumplen con su deber pueden incurrir en sanciones administrativas o incluso penales. Además, las policías tienen la obligación de detener a toda persona que hubiere quebrantado su condena, que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, al que infringiere flagrantemente las medidas cautelares decretadas por un tribunal y al que violare la condición de la letra b) del artículo 238 del Código Procesal Penal de la suspensión condicional del procedimiento, consistente en abstenerse de frecuentar determinadas personas; inclusive les está expresamente permitido el ingresar a lugares cerrados, sean muebles (ejemplo, un vehículo) o inmuebles para practicar la detención de una persona, respecto de la cual se encuentren en actual persecución. Esta facultad debe ser interpretada restrictivamente ya que constituye una excepción a las reglas generales de entrada o ingreso a lugares cerrados. Una persecución actual debe ser considerada aquella en la cual la policía no deja de percibir por ninguno de sus sentidos a la persona que se persigue, de modo que si ello

deja de ocurrir, se pierde la actualidad y, por ende, debe recurrirse por parte del funcionario aprehensor a las reglas generales de entrada a lugar cerrado.

2.9.1. Detención de Flagrancia

El artículo 129 Código Procesal Penal establece “*Detención en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.*”

Para no entrar en confusiones es conveniente delimitar cuándo “*cualquier persona*” efectivamente puede practicar una detención en flagrancia; puesto que nos encontramos ante una medida cautelar personal. Para que se produzca la detención en flagrancia deberán concurrir en el caso concreto los presupuestos propios de la medida cautelar personal, que son los siguientes⁷⁰:

- *Periculum in mora.*
- *Periculum libertatis* o necesidad de intervención
- Proporcionalidad
- *Fumus commisi delicti.*

El presupuesto *Fumus commisi delicti* lo analizaremos en detalle y en extenso más adelante, a propósito de su relación con la noción espacio-tiempo.

2.9.1.1. *Periculum in mora*

El *Periculum in mora* es el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva. En la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva, en la "mora" en que se incurre en su pronunciamiento, encuentra justificación la medida cautelar, con la que se busca neutralizar los daños producibles anticipando provisionalmente los

⁷⁰DE HOYOS SANCHO, Montserrat. “Análisis comparado de la situación de flagrancia”. Revista de derecho (Valdivia). Diciembre 2001, Vol. 12, N°2, p. 137-140. ISSN 0718-0950

efectos de la resolución definitiva.⁷¹ También es conocido doctrinalmente como “peligro de la mora”; en todo caso, se trata de una precaución, para evitar la frustración de la justicia penal.

En definitiva para ordenar una medida cautelar, en principio, basta comprobar que el recurrente pueda sufrir un perjuicio irreparable que haría ineficaz la sentencia sobre el fondo, en caso de no obtener preventivamente el beneficio de la medida cautelar personal.

2.9.1.2. *Periculum libertatis* o necesidad de intervención

Entendible que se pueda concluir apresuradamente que este presupuesto se concreta en el caso de peligro de fuga o de ocultación personal del imputado, es ya clásica su cuantificación en virtud de la gravedad del hecho delictivo cometido, por las circunstancias personales y sociales del imputado, de tal forma que una apreciación conjunta de estos datos pueda hacer presumir racionalmente que el imputado tratará de sustraerse a la acción de la justicia.

Sin embargo, si nos fijamos en la escasa regulación de la detención en flagrancia, hemos de llegar a la conclusión que no siempre que se sorprenda a un delincuente in fraganti va a existir necesariamente peligro de fuga o de ocultamiento, pues no se exige como presupuesto de estas detenciones la comisión de un delito de especial gravedad, ni tampoco que de las circunstancias del hecho o del presunto delincuente se derive un peligro que pueda frustrar la presencia del imputado ante las autoridades encargadas de la persecución de los delitos, o en general la actuación de los órganos jurisdiccionales. Por todo ello, y para preservar la naturaleza cautelar de la detención efectuada por los particulares, es necesario en aplicación de la teoría general de las medidas cautelares exigir la presencia de dicho *periculum* para poder proceder a la detención.

⁷¹MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Las Medidas Cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: Su tratamiento en algunas leyes especiales”. Revista de Estudios de la Justicia.2008, N°8, p. 17.

2.9.1.3. Proporcionalidad

Si bien es una condición necesaria, no es suficiente que exista una base legal para poder invadir la esfera correspondiente a la libertad individual del imputado. Tampoco resulta bastante para poder acordar una medida cautelar privativa de libertad como es la detención la presencia en el caso concreto de un *fumus commisi delicti* y del *periculum libertatis*.⁷²

En resumen es necesarios para la adopción de la medida cautelar personal, afirmar que la norma que permite tal intromisión deberá ser interpretada y aplicada a través del prisma del principio de proporcionalidad y, en todo caso, siempre de forma restrictiva. El Código Procesal Penal, si bien no utiliza expresamente el término “proporcionalidad”, contiene ya este principio en su artículo 122, el cual establece “*Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación*”.

2.9.2. Flagrancia y la noción espacio-tiempo

De acuerdo a lo antes expuesto cabe precisar que una vez cumplidas las hipótesis de flagrancia, por los sujetos que ha determinado la ley, es procedente la adopción de una medida cautelar personal. Por lo mismo es necesario que concurran en el caso concreto los presupuestos la medida cautelar: *Fumus commisi delicti*, *periculum in mora* y proporcionalidad. El primero de estos presupuestos será objeto de estudio en este punto, por su relación con la noción espacio-tiempo, ya que es necesaria la inmediatez temporal y espacial o personal; para que la flagrancia produzca sus efectos.

⁷²MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo IV. 3era Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ejea.1951.p128.

2.9.2.1. *Fumus commisi delicti*

Como la detención en los supuestos de los artículos 129 y 130 del Código Procesal Penal, no va precedida de una imputación judicial, el legislador exige la evidente participación de una persona en un hecho punible,

El hecho punible necesariamente deberá ser apreciada por él que detiene (Cualquier persona, Tribunales de la República y Las policías), constituyendo el título de imputación el sorprendimiento en flagrancia, es decir, la percepción sensorial directa de la comisión del delito por un tercero, existiendo además inmediatez temporal y espacial o personal.

a) Percepción sensorial directa por terceros de la comisión de un hecho presuntamente delictivo

Si bien todo hecho delictivo pasa por una fase de ejecución, sólo podrá ser detenido el delincuente *in fraganti* si un tercero percibe a través de los sentidos, que esa persona está cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo. Así pues, no es necesariamente una percepción evidente el simple conocimiento fundado que lleva a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito, y va por ende más allá de aquello que es esencial o nuclear en la situación de flagrancia.

La flagrancia es una de las modalidades de la evidencia, una de las vías que conducen a la certeza de un dato cualquiera, ya que evidencia del delito no es lo mismo que flagrancia, sus significados no coinciden. Debemos tener presente que la detención por existir motivos o indicios racionalmente suficientes para creer que una persona ha cometido un hecho delictivo sólo se permite a las autoridades, no a los particulares.

b) Inmediatez temporal

La flagrancia implica el sorprendimiento del sujeto durante o inmediatamente después de la perpetración del delito. Resulta decisivo que el espacio de tiempo transcurrido entre la consumación del delito y el descubrimiento de la comisión sea muy corto (*post factum immediato*), ya que de esta manera no habrá dudas en cuanto a la atribución de los hechos a la persona que se

encuentra directamente relacionada con los mismos. Si hubiera transcurrido el tiempo suficiente como para hacer imposible la percepción a través de los sentidos de la indudable vinculación del autor con los hechos acaecidos, el descubridor del delito deberá conformarse con ponerlo en conocimiento de la autoridad, pues sólo existirán indicios de la comisión de un hecho delictivo, una sospecha vehemente todo lo más, circunstancias que no permiten a un particular practicar una detención.

Nuestro ordenamiento jurídico regula la inmediatez temporal, en los casos concretos establecidos en el artículo 130 del Código Procesal Penal; respecto de quienes se encuentran en situación de flagrancia. Establece en su inciso final una presunción en relación al tiempo inmediato *“...para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas”*.

c) Inmediatez personal o espacial

El hecho de que para poder detener a un delincuente en flagrancia se exija que al producirse el sorprendimiento éste se encuentre en el lugar de comisión del delito o en sus inmediaciones, en situación tal respecto al objeto o a los instrumentos del mismo que ello ofrezca una prueba *prima facie* de su participación en el hecho delictivo, es de alguna manera la consecuencia lógica de lo expuesto en los dos apartados precedentes: si se ha sorprendido a una persona en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito, necesariamente el presunto autor debe encontrarse en las proximidades del lugar de comisión del delito y en una relación tal con el objeto e instrumentos utilizados que evidencien su participación en el mismo.

No se considera incompatible con la exigencia de inmediatez personal, y así es generalmente admitido también como supuesto de detención en flagrancia, el hecho de que la aprehensión material del autor se produzca después de una persecución iniciada inmediatamente a continuación de apreciarse la comisión del hecho delictivo, incluso estando ya lejos del lugar de los hechos y transcurrido un tiempo desde el descubrimiento de la comisión

CONCLUSIÓN

A lo largo de esta presente investigación se abordaron los alcances y límites de la unidad de hecho en el concurso ideal de delitos, reglamentada en el artículo 75 del Código Penal Chileno. Esta norma legal señala escuetamente que la unidad de hecho existirá *“...en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro”*.

Debido a la escasez de normas en el ordenamiento jurídico chileno que aclaren de forma precisa y uniforme; qué es la unidad de hecho y cuáles son sus elementos específicos centrales. Era preciso realizar un estudio doctrinal de la unidad y pluralidad de delitos, por cuanto así reducir el campo de aplicación de esta norma solamente al concurso de delitos o pluralidad de delitos.

Una vez resulto el campo de aplicación del artículo 75 del Código Penal al concurso de delitos, para una mayor comprensión, era necesario distinguir y analizar cada uno de los concursos de delitos: Concurso real, Concurso medial y Concurso ideal.

El Concurso Ideal de delitos tiene una gran relevancia, debido a que comprende la noción de unidad de hecho dentro de sus requisitos. Este concurso de delitos tiene íntima relación con la pena atribuible al sujeto que comete una pluralidad de delitos y con la determinación de los alcances de la unidad de hecho, ya que su finalidad es determinar la pena que se produce en los casos en que una actuación delictiva (un solo hecho) constituye dos o más delitos.

Uno de los elementos centrales e indispensables para concluir que estamos innegablemente en presencia de una unidad de hecho es la noción espacio-tiempo. Concepto que presenta un alto grado de complejidad en su elaboración, por sus implicancias en los campos de la física, psicología genética, epistemología, biología y filosofía.

La importancia de determinar y acotar la noción espacio-temporal radica en que toda acción o movimiento intencional hacia el logro de un objetivo o meta (acción delictiva), requiere una rápida valoración de la situación del propio individuo en relación con las otras personas y cosas que lo rodean.

Para una correcta y funcional aplicación de la unidad de hecho, por lo tanto también de la noción espacio-tiempo, era necesario analizar la situación de flagrancia, como modo de hacer un paralelo comparativo y distintivo entre ellos.

En consecuencia hay que señalar que la regulación en la legislación penal chilena, en materia de unidad y pluralidad de hechos resulta insuficiente para determinar el límite de aplicación entre ellos. Para poder distinguir y elegir el campo de aplicación de uno u otro, no quedan más opciones que acudir al estudio llevado a cabo por diversos autores como Etcheverry, Cury Urzúa, Garrido Montt, Enrique Bacigalupo, Politoff Lifschitz, Matus Acuña, entre otros, que se encuentran comprendidos en la doctrina nacional e internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-ETCHEVERRY, Alfredo, Derecho Penal, Tomo II, 3era. Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.1998, reimpresión 2004.
- 2.-GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal parte general. Tomo II. 3era edición actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.2003. ISBN: 9561016133
- 3.- BUSTOS, Juan .Obras Completas, Tomo I. Lima, Perú: Ara Editores E.I.R.L., 2004.
- 4.-Código Penal. Artículo 1 inc.1. Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. ISBN 978-956-10-2235-5
- 4.-GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal parte general. Tomo II. 3era edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.2003. 450p. ISBN: 9561016133
- 5.-MUÑOZ HORMENT, Humberto.” Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos”. Revista chilena de derecho, 1968. Vol. 13.
- 6.-MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El principio Ne Bis Idem en el derecho penal chileno”. Revista de Estudios de la Justicia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Principio Ne Bis Idem. Nº 15. 2011.
- 7.-BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General. 2da Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi SRL. 1999. ISBN 950-741-073-2
- 8.-HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal parte general. 2da Edición. Lima, Perú: Editorial EDDILI.1987.
- 9.-CURY URZUA, Enrique. Derecho Penal: Parte General. 7ma. Edición. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile.2005. ISBN 9789561408081
- 10.-NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de derecho penal chileno. Tomo II, 1966. Reimpresión en 1987.Santiago, Chile: Editorial Cono Sur Ltda.1987.

11.-POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general. 2da Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.2004. ISBN 956-10-1582-X

12.-MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Texto y comentario del Código Penal chileno. Tomo 1 Libro Primero-Parte General. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.2009.

13.-BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Tomo I*. 3era Edición. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing Thomson Reuters. 2010.

14.-TRIGUEROS CERVANTES, Carmen; RIVERA GARCIA, Eduardo. "Educación Física de Base". Revista Gioconda. Granada C.E.P, 1991. Vol10.

15.- Decreto con Fuerza de Ley Nº 707.252. Artículo 22

16.-MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. "Las Medidas Cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: Su tratamiento en algunas leyes especiales". Revista de Estudios de la Justicia.2008, Nº8, p. 17.

17.-PIZARRO QUEZADA, Marcelo Andrés. "La detención. Aspectos Generales en al ámbito penal". Unidad de Estudios Defensoría Regional de la Araucanía. Minuta Regional Defensorías Regionales. Diciembre 2010, Nº3, p. 16.

18.-DE HOYOS SANCHO, Montserrat. "Análisis comparado de la situación de flagrancia". Revista de derecho (Valdivia). Diciembre 2001, Vol. 12, Nº2, p. 137-149. ISSN 0718-0950

19.-MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo IV. 3era Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ejea.1951.p128.

20.- Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. 23.ªedición. Madrid, España: Espasa Libros, S. L. U., 2014.