

Raúl Carnevali Rodríguez y Cristóbal Salazar Zenteno ↵

El principio de alternatividad como cláusula de cierre dentro del concurso de leyes*

*The Alternativity Principle as a Closing Clause
within the Concurrency of Criminal Laws*

*O princípio da alternativa como cláusula
de fechamento na concurso das leis*

Resumen: Tradicionalmente, la ciencia penal ha cuestionado la validez del principio de alternatividad, entendiendo que se encuentra comprendido dentro de otras reglas que informan el concurso aparente de leyes, principalmente, los principios de especialidad y consunción, es decir, carecería de autonomía. Sin embargo, a pesar de las interrogantes que la alternatividad presenta, su aplicación se justifica sobre la base de ciertos supuestos. Si bien se lo ha explicado sobre la base de “errores legislativos” —lo que no deja de ser cierto—, también puede hallarse su basamento en razones de proporcionalidad, entre otras. El trabajo analiza el desarrollo del principio en el derecho comparado y su recepción en la doctrina chilena. Aunque se concluye que su aplicación es más bien limitada, sí ofrece respuestas satisfactorias, estimándose que un precepto como el artículo 8 del Código penal español tiene efectiva capacidad de rendimiento. Además de lo expuesto, se examina la diferencia que puede presentarse entre el concurso de leyes y el concurso aparente de leyes, que no solo sería

↵ Raúl Carnevali Rodríguez: Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Chile. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la misma Universidad. ✉ rcarnevali@utalca.cl

↵ Cristóbal Salazar Zenteno: Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Diplomado Criminología Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado Actualización en Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile. Investigador de Centro de Estudios de Derecho Penal de la misma Universidad. ✉ csalazarzenteno@gmail.com

* Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1170276 titulado “Concurso de delitos como concurrencia de leyes penales” cuyo Investigador Responsable es el Prof. Dr. Francisco Maldonado.

una cuestión semántica, lo que permite una mayor operatividad al principio examinado, entendiéndolo como cláusula de cierre dentro del sistema concursal.

Palabras clave: *principio de alternatividad, concurso de leyes, concurso de delitos, sanción penal, error legislativo.*

Abstract: *Traditionally, the criminal science has questioned the validity of the principle of alternativity, understanding that it is within other rules who informs the apparent concurrency of criminal laws, mainly, the principles of specialty and consumption, in other words, lack of autonomy. However, despite the questions that the alternative presents, its application is justified on the grounds of certain assumptions. Although it has been explained on the basis of “legislative mistake” —which is still true—, its basis can also be found in reasons of proportionality, among others. The paper analyzes the development of the principle in comparative law and its reception in Chilean doctrine. Although it is concluded that its application is rather limited, it does offer satisfactory answers, estimating that a precept such as Article 8 of the Spanish Criminal Code has effective performance capacity. In addition to the foregoing, it examines the difference that may arise between the concurrency for laws and the apparent concurrency of laws, which would not only be a semantic issue, allowing greater operability to the principle examined, understanding it as a closing clause within the system.*

Keywords: *Alternativity Principle, Concurrency of Law, Concurrency of Criminal Offence, Criminal Conviction, Legislative Mistake.*

Resumo: *Tradicionalmente, a ciência criminal questiona a validade do princípio da alternativa, entendendo que ele está incluído em outras regras que informam a aparente concurso de leis, principalmente os princípios de especialidade e consumo, isto é, carecem de autonomia. No entanto, apesar das questões que a alternativa apresenta, sua aplicação é justificada com base em certas premissas. Embora tenha sido explicado com base em “erros legislativos” —o que ainda é verdade—, sua base também pode ser encontrada em razões de proporcionalidade, entre outras. O artigo analisa o desenvolvimento do princípio no direito comparado e sua recepção na doutrina chilena. Embora se conclua que sua aplicação seja bastante limitada, ela oferece respostas satisfatórias, considerando que um preceito como o artigo 8 do Código penal espanhol tem capacidade efetiva de desempenho. Além do exposto, é examinada a diferença que pode surgir entre a concurso de leis e a concurso aparente de leis, que não seria apenas uma questão semântica, que permite maior operabilidade no início examinada, entendendo-a como uma cláusula de fechamento dentro do sistema.*

Palavras-chave: *princípio da alternativa, concurso de leis, concurso de crimes, sanção penal, erro legislativo.*

Recibido: 20191205

Aceptado: 20200404

Introducción. Exposición de casos

Cuando se estudia el concurso aparente de leyes existe un sector importante de la doctrina nacional, como Etcheberry (1997), que propone que los principios básicos que deben aplicarse son los de especialidad y consunción. En cambio, se discute la autonomía de la subsidiariedad y alternatividad, afirmándose que estos se comprenderían en los primeramente citados (Garrido, 2003). No obstante, se han emprendido trabajos dirigidos a brindarles a estos últimos espacios que los distinguan, de manera de constituirlos como recursos válidos para resolver problemas de concurrencias normativas. En particular, respecto del principio de alternatividad, que, probablemente, es que el presenta mayores obstáculos (Cury, 2005). En efecto, como se verá, se ha cuestionado su configuración, pues, entre otras razones, se argumenta que resulta difícil de explicar que por errores legislativos se pueda agravar la responsabilidad del imputado (Sanz, 1989).

Empero, no puede obviarse que existen casos que merecen atención, ya que puede presentarse una concurrencia de tipos penales de aparente homogeneidad que dificulta determinar cuál principio aplicar y en donde la alternatividad podría, eventualmente, ofrecer una respuesta.

Uno de los casos que pueden citarse es el que se contempla con los art. 206 y 209 del Código penal. En efecto, el art. 206 dispone:

El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Por su parte, el art. 209 señala:

El falso testimonio en causa civil, será castigado con presidio menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Si el valor de la demanda no excediere de cuatro sueldos vitales, las penas serán presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

En ambos supuestos se presenta una coincidencia del sujeto activo y del supuesto típico. Sin entrar a examinar el tipo penal, ambas hipótesis se refieren al testigo que falta a la verdad en causa civil. Por tanto, ambos subsumen similar supuesto fáctico, pudiendo ser los dos aplicables en la especie. Al menos lo que queda claro es que todo el objeto del art. 209 cabe en el art. 206, aunque no se dé completamente en sentido inverso. Se trata pues, de una “hipótesis de subordinación”, empleando la terminología que expone Sanz (1989, p. 668).

Cabe señalar que el actual art. 206 fue modificado, quedando con la actual redacción en 2005 —Ley 20.074—, con el objeto de armonizarlo con el actual sistema procesal penal. Es del caso, que el antiguo precepto sólo aludía a causas criminales. Pues bien, se trata pues de un evidente error legislativo, pues aun cuando ambas comprenden el mismo supuesto, el art. 209 debió ser derogado expresamente. Por tanto, en este caso la respuesta más coherente es entender que se está frente a una derogación tácita conforme al art. 52 del Código civil y no, propiamente, frente a un concurso de leyes (Matus y Ramírez, 2018).

Otro caso digno de atención es el que tiene lugar entre la violación tentada y el abuso sexual consumado. La regla general es que la violación consumada absorba otras figuras sexuales, atendida su penalidad. Empero, tratándose de la tentativa de violación se presenta una situación inversa, a saber, que los abusos sexuales sí pueden tener una pena más alta. Por tanto, podría darse una situación particular: que supuestos fácticos que satisfacen las exigencias propias del abuso sexual consumado como así también de la violación tentada, podrían recibir un tratamiento privilegiado si se le aplica esta última figura. Ciertamente, es un caso discutible, pues pueden darse hipótesis de tentativa, como así lo ha entendido la jurisprudencia, pero podría también fundarse la configuración del abuso sexual consumado a la luz de la alternatividad, dada la dificultad de cimentar el concurso aparente a la luz de los otros principios.

Sin pretender realizar una exposición exhaustiva, otras hipótesis que podrían apoyarse en la alternatividad para ofrecer una solución son las siguientes:

a) El art. 14 d) de la Ley de control de armas recoge en su inciso primero el supuesto de hecho que estaba regulado en el anterior art. 403 bis del Código penal, esto es, el envío de cartas o encomiendas explosivas. La diferencia está en la penalidad y que ahora se comprenden otras cualidades peligrosas. En efecto, mientras la Ley de control de armas impone la pena de presidio mayor en su grado medio, el antiguo precepto del Código punitivo indicaba presidio mayor en su grado mínimo. Asimismo, la ley hoy vigente considera además del carácter explosivo, que las cartas o encomiendas puedan ser químicas, incendiarias, tóxicas, corrosivas o infecciosas de cualquier tipo.

Pues bien, con el anterior art. 403 bis podía presentarse un problema concursal respecto del delito de homicidio. Y es que el medio empleado podría estimarse aleroso —por tanto, homicidio calificado— o, en su caso, una agravante del art. 12 N° 3. En este caso, se prefería la aplicación de las normas relativas al homicidio —también podría estimarse un delito terrorista, según sea el caso—, pues la pena de estas últimas figuras era mayor. Sostener lo contrario brindaba un tratamiento penal privilegiado que era injustificable (Matus y Ramírez, 2015). Es del caso, que este mismo razonamiento puede aplicarse para el art. 14 d) de la Ley de control de armas, siendo esta desplazada por aquellas figuras que disponen de mayor pena.

b) El art. 470 N° 5 del Código penal se refiere a quienes sustraen, ocultan, destruyen o inutilizan en todo o en parte algún proceso, expediente, documento u otro papel de cualquiera clase —delito de sustracción fraudulenta de expedientes—. Por otra parte, el art. 4° de la Ley N° 5.507 trata el delito de sustracción de expedientes, castigando al que “substrajere, hurtare, robare o destruyere un expediente o proceso administrativo o judicial, que estuviere en tramitación o afinado”. Asimismo, el art. 193 N° 8 del Código penal comprende la falsificación por ocultación. Ciertamente, todas estas figuras abarcan similares supuestos fácticos, quedando muy claro en los dos primeros tipos penales citados: se emplean idénticos verbos —sustraer y destruir— y recaen sobre un mismo objeto —expediente—. La penalidad del art. 470 N° 5 está determinada atendiendo el monto de lo defraudado —art. 467 del Código penal—, en cambio, en la Ley N° 5.507 es de presidio menor en su grado mínimo. Habrá que ver que reglas aplicar considerando que en un caso se está frente a un fraude procesal, es decir, ante una modalidad de defraudación por engaño. Empero, podría darse el caso de

tener que aplicar la pena más grave al entenderse que la posible aplicación de la sanción menos gravosa sería un contrasentido (Matus y Ramírez, 2018).

Antes de examinar el principio de alternatividad, se dirigirá la atención a entender el marco donde el principio se aplica, esto es, cuándo estamos frente a hipótesis de concurrencias normativas que son sólo “aparentes” y que, por tanto, se hace necesario precisar cuál norma es la aplicable y cuál sería la desplazada.

Concurso de leyes. Consideraciones generales

Tradicionalmente, y sin pretender un examen exhaustivo por no ser objeto de este trabajo, nuestra doctrina entiende por concurso aparente de leyes penales cuando un “hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas” (Cury, 2005, p. 667). En un sentido diferente, cierta parte de la doctrina extranjera habla de éste simplemente como concurso de leyes, entre ellos Mir Puig (2016), quien señala:

Quando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que *sólo uno puede aplicarse*, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes. (p. 682)

Ambas definiciones describen —aunque de forma diversa— un mismo fenómeno el del concurso de leyes o concurso aparente de leyes, que se diferencia con mayor o menor claridad, como veremos más adelante, del concurso de delitos (real, ideal y medial). Tal como señala Matus (2000), existen más conceptos que se han entregado a lo largo del desarrollo histórico para intentar definir este tipo de concurso, entre ellos podemos destacar unidad de leyes, concurso impropio de leyes, concurso aparente de delitos y concurso ideal (real) impropio o aparente. Sin perjuicio de lo anterior, en este trabajo nos referiremos sólo a los dos primeros, por ser las nociones más utilizadas por la doctrina.

Bajo la visión de concurso aparente de leyes penales puede suceder que para ciertos casos la ley aparezca como poco clara, por tanto, en principio, se podría llegar a concluir que para un determinado hecho podrían comprenderse al menos dos tipos penales, es decir, que un determinado hecho podría comprenderse en al menos dos tipos penales. No obstante —después de un proceso interpretativo más riguroso—

so—, sobre la base de la aplicación de ciertos principios, se llega a la conclusión lógica o valorativa que solo es posible la configuración de un tipo penal.

En consecuencia, y sobre todo para este tipo de noción, esto es esencialmente un problema hermenéutico, debido a que bajo ciertas reglas interpretativas o de solución (especialidad, consunción, subsidiaridad y alternatividad) se nos permitirá resolver qué norma es la que se ve infringida y qué aprehende el supuesto fáctico en discusión, desplazando completamente las otras leyes que no serán aplicadas. Como señala Cury (2005), en rigor no se está frente a una concurrencia de leyes, ya que, en definitiva, solo se aplica una de ellas, ni menos de delitos, al haberse cometido solo uno.

Es por ello, que podría resultar discutible que el Código penal establezca expresamente una regulación sobre la materia. En este sentido, afirma Sanz (como se citó en Maldonado, 2016, p. 8) que disposiciones como las del art. 8 del Código penal español, no sólo no solucionan el problema, sino que además agregan otros como, por ejemplo, qué criterios emplear para su interpretación. En vez de aclarar, confundiría. Roxin (1997) es del mismo parecer, al señalar que fuera de las cláusulas de subsidiariedad, regulado en el *StGB* (*Strafgesetzbuch*, Código Penal Alemán), para casos particulares, el legislador ha renunciado, dada la multiplicidad de supuestos, en ofrecer directrices para el tratamiento del concurso de leyes, puesto que, entre otras razones, no se puede fijar *in abstracto* cómo el contenido de injusto típico puede hallarse en otro. Ello sólo es posible mediante un proceso interpretativo. Más adelante veremos si tales aseveraciones tienen asidero o, por el contrario, una norma como la referida podría resolver problemas en esta materia.

Si entendemos que es un problema interpretativo, resulta curioso que el estudio de este tema se realice dentro del concurso de delitos, pues, si se lo considera como un *falso concurso* debería abordarse el tema en la teoría de la ley y su interpretación. Así lo ha puesto en evidencia los manuales tradicionales, por ejemplo, Garrido (2003), quien señala: “El denominado concurso aparente de leyes es un problema principalmente interpretativo y debería ser estudiado en esta oportunidad, pero para su mejor comprensión se comentará cuando se estudien los concursos de delitos” (p. 106). En el mismo sentido Cury (2005) quien lo menciona dentro de su apartado “Interpretación de la ley penal”, exponiendo:

Es indudable que los problemas relativos al concurso aparente de leyes penales son características cuestiones hermenéuticas, como se destacará oportunamente. No obstante, como su inteligencia adecuada requiere un conocimiento

previo sobre la naturaleza y efectos del auténtico concurso de delitos, he preferido reservar su estudio para el capítulo correspondiente, sacrificando el sistema a las necesidades pedagógicas (p. 206).

Por otro lado, y simplemente a modo introductorio, lo característico del concurso de leyes estaría dado por la concurrencia *efectiva* de cada una de las normas en la conducta del autor, pero, en definitiva, sólo una de todas las leyes se aplicará, de este modo no se vulnera el principio de *non bis in idem*, aunque se debe precisar que no estamos ante un concurso de delitos, como se verá más adelante con mayor detención (García Albero, 1995). Bajo esta idea, como se dijo, una sola norma se sobrepondrá, pero la o las normas que son desplazadas toman considerable importancia sobre todo para efectos penológicos.

A nuestro juicio, esta distinción entre concurso aparente o efectivo de leyes no es tan crucial al aplicar los principios de especialidad, consunción, subsidiariedad. En cambio, tratándose del principio de alternatividad la distinción se torna fundamental para darle eficacia al principio, como se verá.

Ahora, sin entrar al detalle el concurso de leyes se diferenciaría del concurso de delitos, tal como señala Percy García, ya que “en el concurso de leyes existe un único delito pluralmente formulado, mientras que en el concurso de delitos tiene lugar, en sentido estricto, una pluralidad de delitos” (García Caveró, 2019, p. 848). Entonces, una de las diferencias importantes está dada por la penalidad asociada a la conducta o conductas, debido a que, al configurarse el concurso de delitos, habrá diferentes sanciones asociadas a cada uno de los tipos concurridos o, por lo menos, se valorarán de manera total y conjunta como en el caso del concurso ideal. En el concurso de leyes la conducta se ve abordada por varios tipos penales, pero, en definitiva, sólo uno de ellos es el aplicable, pues es el que engloba de mejor manera el desvalor de dicha conducta, desplazando así a las otras figuras.

Conforme a lo expuesto, para la doctrina mayoritaria chilena estos problemas de interpretación se siguen entendiendo fuera de las hipótesis de un verdadero concurso, es por ello que le da el estatus de “aparente”. Independiente del alcance conceptual del tema en cuestión, se han ido desarrollando una serie de principios o reglas generales para ir dilucidando qué norma es la que debe aplicarse para el caso en concreto. Desde Binding y el nacimiento del *sistema clásico* (Matus, 2000; García Albero, 1995) son cuatro principios los que sirven de herramienta esclarecedora para cada uno de los diversos casos que ha ido entregando la doctrina. Este sistema se

contraponen a los *sistemas monistas* que abordan el concurso de leyes de manera unitaria, es decir, para estos existe una única naturaleza o respuesta común que permite explicar los casos de interpretación, especialmente el de especialidad.

Volviendo al *sistema clásico*, estos principios son especialidad, subsidiariedad, consunción o absorción y alternatividad. Tanto en Chile como en otras latitudes, su comprensión ha motivado particulares debates en cuanto al contenido y alcance de estos, donde muchas veces los límites parecen bastante difusos respecto de cada uno de ellos. Al respecto, téngase presente la voz autorizada en la materia de Etcheberry, quien al publicar en 1957 su libro *Concurso aparente de leyes penales* expresa que los principios esenciales que regulan la materia son el de especialidad y el de consunción. Por tanto, los principios de subsidiariedad y alternatividad no son más que expresión de los anteriores, por lo que no tienen mayor autonomía (Etcheberry, 1957).

En este artículo se abordará el principio menos estudiado e injustamente desplazado, porque se ha considerado como inoperante a la hora de servir como herramienta reveladora de problemas de interpretación de las leyes penales, a saber, el principio de alternatividad.

El principio de alternatividad. Aproximación al concepto

Ciertamente, y por razones de espacio y por no ser el objeto de estudio, no podemos abocarnos a la institución del concurso de leyes, pero sí nos centraremos en el principio de alternatividad. Para una aproximación acerca de qué se entiende por alternatividad, recurriremos a la noción expuesta por Binding en su *Handbuch* de 1885 (como se citó en Sanz, 1989), quien señala que existe alternatividad de leyes penales cuando:

Una misma acción contraria a derecho puede ser contemplada por el legislador bajo diversas perspectivas criminales y convertida de esta forma en supuesto de hecho de varios preceptos legales. Raramente sucede esto de manera que exactamente el mismo supuesto de hecho se sitúe dos veces bajo la pena en diversas leyes; más frecuente se comportarán dos supuestos de hecho como círculos secantes. Para el supuesto de hecho perteneciente simultáneamente a ambos círculos existen entonces varias leyes penales de las cuales, sin embargo, siempre debe venir sólo una en aplicación. Esta relación puede denominarse de alternatividad de leyes. (p. 644)

El autor se refiere a diversos supuestos de alternatividad, a saber, el mismo supuesto de hecho se sitúa en dos leyes diversas, el que llamaremos de *identidad total* y el caso que se puede denominar de los “círculos secantes”, donde cada uno de los supuestos de las diferentes leyes son subsumibles en las otras, existiendo equivalencia, pero esta no es completa, la cual llamaremos de *identidad relativa*. Esta situación puede comprenderse con el siguiente ejemplo que entrega Obregón (2008): “El hecho contiene los elementos A+B+C; uno de los preceptos engloba los elementos A y B y otro los elementos A y C” (p. 71).

Si las diversas leyes conminan con la misma pena, lógicamente es indiferente cuál de ellas se debe aplicar. Pero, en el caso que la pena sea diversa, tendría que aplicarse la ley penal *más grave* para el acusado en el caso concreto, el fundamento de esta elección estaría dado por cuanto debe enmendarse un error legislativo (Muñoz Conde y García Arán, 2010). Desde ya se puede señalar que este es uno de los puntos más criticados por la doctrina, tachando esta regla de inconstitucional, sobre todo teniendo en consideración la importancia que se le da al principio de *in dubio pro reo* y la eventual afectación al principio de legalidad. Así lo han advertido los autores Couso y Hernández (2011).

El concepto citado se explica desde una perspectiva histórico-dogmática, pues Binding estableció reglas para diferenciar los cuatro principios que sirven de base para la correcta solución a los problemas de concurso de leyes penales y que aún dan lugar a debate. En su notable obra, como analizan Fontecilla (1956) y Matus (2000), más que la creación misma de los principios, su labor permitió la recopilación y sistematización de ciertos casos, para luego separarlos y distinguirlos, precisando bajo qué supuestos es posible su aplicación, como sucede con la alternatividad.

Por supuesto, las críticas al principio en estudio no tardaron y en la mayoría de los casos son juicios que se mantienen hasta hoy. Principalmente, se dice que no estaríamos ante un concurso “aparente” de leyes sino frente a un concurso efectivo (de delitos). Esta crítica nacería, sobre todo, por la poca comprensión respecto al tratamiento de estos tipos de casos, y las dificultades en establecer límites claros entre concurso “aparente” de leyes o concurso de leyes y el concurso de delitos. Pues, como expresa García Caveró (2019) al considerar que dos leyes penales regulan o se subsumen ante un mismo supuesto de hecho, se conduciría la solución al efectivo concurso de delitos, que en la mayoría de las veces se trataría de un concurso ideal.

Otra crítica que se argumenta es que aquellas leyes que se encontrarían en relación de alternatividad, el conflicto puede resolverse de acuerdo a los demás principios del concurso de leyes. En este sentido, quizás quien mejor expone estos planteamientos es Klug (1989), los que detallaremos más adelante.

Asimismo, otras corrientes de opinión, como la de Sanz (1989), apuntan a que debería recurrirse el criterio *in dubio mitius* —y no la ley penal más gravosa— en aquellos casos en donde no exista la claridad suficiente respecto a qué norma se utilizará preferentemente. Pareciera ser que Schütze (como se citó en Matus, 2000) fue el primero en advertir los problemas que se presentan al escoger aquella norma que tiene asociada una mayor pena. Se señala que este error legislativo, de valorarse una misma conducta de dos formas diferentes —no premeditada duplicidad normativa— no puede perjudicar al acusado, pues no se trata de un beneficio conforme se desprende de los principios constitucionales del proceso penal *in dubio pro reo* e *in dubio pro libertate* (Sanz, 1989).

Considerando los problemas conceptuales del principio en estudio, Von Liszt (1927) señaló que existiría *naturaleza alternativa* en aquellos casos en que los delitos cuyos conceptos contendrían caracteres opuestos, se excluirían mutuamente. Tal como afirma Sanz (1989) este planteamiento tuvo poco asidero para la comprensión del principio de alternatividad, debido a que lógicamente si no existe ningún elemento en común, no se explicaría de qué forma pueda existir una concurrencia normativa (García Albero, 1995).

Preciso es destacar el sentido que intenta dar Honig al concepto de alternatividad. Tendrá lugar en aquellos casos en donde preceptos protegen un mismo bien jurídico, pero que se comportan como medios diversos para la consecución del mismo fin. Pero esta diversidad de medios se traduce en una incompatibilidad de los elementos típicos de cada una de las disposiciones (Matus, 2000). Incluso intuitivamente, en el mismo sentido que el punto anterior, la incompatibilidad de los preceptos como característica de alternatividad hace imposible cualquier tipo de concurso (Sanz, 1989).

En esta misma dirección, Klug (1989) llega a similares conclusiones respecto a la inoperancia del principio de alternatividad. La construcción del autor analiza las distintas posibilidades lógicas entre las que se relacionan las diferentes normas, siendo estas de *numerus clausus*, señala sólo cuatro: a) *heterogeneidad*, b) *identidad*, c) *subordinación*, e) *interferencia*. Según el autor, por lógica no existe otra po-

sibilidad de soluciones de concurso de leyes y, por tanto, analizaremos cada una de ellas para luego observar en cuál de estas cabría la posibilidad de aplicar el principio de alternatividad. La primera de las relaciones posibles es la de *heterogeneidad*, refiriéndose ésta al caso de que un “un objeto que cae bajo el concepto A nunca cae bajo el concepto B y viceversa” (p. 60). Por tanto, ningún hecho puede subsumirse bajo ambos, es decir, no es posible estar ante problema concursal alguno. La segunda relación es de *identidad*, también llamada de igualdad o coincidencia, que quiere decir que si todo “objeto que cae bajo el concepto de A cae también bajo el concepto B y viceversa” (p. 60), es decir, dos tipos idénticos en un mismo cuerpo legal. La tercera relación es llamada de *subordinación* o *inclusión*, es decir, cuando “cada objeto que cae bajo el concepto de A también cae bajo el concepto B, sin que valga lo inverso” (p. 60). Por último, la relación de *interferencia* o *intersección*, señala que si entre los conceptos A y B se dan las siguientes condiciones: “Por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A cae también bajo el concepto B y por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A no cae al mismo tiempo bajo el concepto B” (p. 61) y lo mismo debe decirse de los objetos que caen bajo el concepto B en relación a A.

Klug entonces reconduce cada uno de los principios desarrollados por la doctrina a las de relaciones lógicas. El autor está consciente del diferente tratamiento dogmático que se le da a la alternatividad. Para éste, bajo la mirada de Honig y Lizst, no habría problema concursal aparente debido a que los preceptos estarían en una relación de *heterogeneidad* por tener los tipos penales elementos recíprocamente contradictorios (Ver también García Albero, 1995).

Ahora bien, bajo el concepto de alternatividad propuesto por Binding, se debe buscar cuál es la relación lógica conceptual en la hipótesis de estar un hecho subsumido en dos tipos del mismo valor o cuando, sin que exista una diferencia esencial, nos encontramos con una acción que es castigada con dos penas diferentes. Bajo esta mirada debemos descartar de plano la *heterogeneidad*, como también la *interferencia* ya que esta le corresponde, según Klug, a los supuestos de subsidiariedad. Por tanto, nos quedan sólo dos opciones: *identidad* y *subordinación*. En palabras del propio Klug (1989) este se decanta por *subordinación*, debido a que:

Al concepto jurídico-penal de la alternatividad, en tanto caso especial del concurso de leyes, le subyace la relación lógico-conceptual de ordenación de la subordinación. Es decir, la diferencia con la especialidad no consiste en la estructura lógica sino en las diferentes consecuencias que en la aplicación de la ley se sacan de la misma constelación de conceptos (p. 68).

En este sentido, como señalan Escuchuri (2004) y también Sanz (1989) se estimaría superfluo el principio de alternatividad, debido a que la *subordinación* en los casos de concurso de leyes también se encuentra presente en el principio de especialidad, por tanto, estamos hablando del mismo supuesto.

No pocas de estas críticas ya expuestas han hecho que el principio de alternatividad en la doctrina alemana e italiana —el caso español se abordará en el apartado siguiente— haya perdido terreno hasta el punto de que prácticamente no encuentra un particular desarrollo (Escuchuri, 2004). En la actual doctrina alemana prácticamente ya no hay espacio para la alternatividad, al considerarse suficientes para resolver problemas de concurso de leyes los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción (Roxin, 1997). Ahora bien, con respecto a la legislación italiana el abandono del principio de alternatividad puede deberse a que el desarrollo de la doctrina se ha centrado, fundamentalmente, en el art. 15, que consagra en el principio de especialidad. Este artículo establece:

Quando más leyes penales o más disposiciones de la misma ley penal regulan el mismo asunto, la ley o la disposición de la ley especial deroga la ley o la disposición de la ley general, a menos que se indique lo contrario.

Esta postura la han sostenido los autores Marinucci y Dolcini (2015) como también Fiandaca y Musco (2006).

Qué sucede en Chile

En nuestro país, en el mismo sentido ya explicado, el principio de alternatividad a pesar de ser mencionado por nuestra doctrina, suele ser unánimemente rechazado. Las razones que se han dado para descartar su aplicación son variadas y en general discutibles, ya que para algunos estas hipótesis cabrían dentro de algunos de los demás principios del concurso “aparente” de leyes penales, dándose argumentos a favor de ser absorbidas ya sea por el principio de especialidad o de consunción. Etcheberry (1957) afirma expresamente la carencia de personalidad propia de los principios de subsidiariedad y alternatividad y que representan casos particulares de la especialidad y consunción. Garrido (2003) señala: “El principio de la alternativa no parece esencial; como es fácil reparar, los problemas que suscitan hipótesis como las antes planteadas, pueden ser superados con el principio de la especialidad o de la consunción” (p. 354).

Generalmente se ha descartado la alternatividad por ser considerado superfluo, pero sin dedicarle mayores páginas —no respecto de todos los autores, claro está—. Si bien es cierto solo se han hecho diversas críticas respecto a este principio, no es posible dejar de afirmar que existen no pocas posiciones para destacar su vigencia como solución a los problemas concursales de leyes penales. Sin ir más lejos, el actual Código penal español contempla este principio aunque de forma subsidiaria en su art. 8 regla 4.^a, precepto que se contemplaba también dentro del antiguo Código penal en su art. 68. La actual norma contempla lo siguiente:

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.^a El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.^a El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.^a El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.^a *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor* (cursiva no en el original).

Por cierto, nuestro Código penal actualmente no contempla de forma expresa estos principios, sino que más bien son reconocidos y dotados de sentido por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia.

Pensamos que aún el debate está abierto, como se pretende exponer a continuación. Si bien es cierto se ha intentado hacer una breve reseña dogmático histórica de la alternatividad, es de toda utilidad señalar cuándo se habría abandonado en nuestro país este principio como criterio de solución.

El debate respecto a la inoperancia del principio de alternatividad en nuestra doctrina se planteó con mayor exhaustividad en el año 1957, concretamente con el libro *Concurso aparente de leyes penales* del Profesor Alfredo Etcheberry, quien fue el primero —por lo menos en nuestro país— en excluirlo como un real principio de solución al conflicto, sobre todo motivado por ciertas corrientes alemanas de aquella época, considerándolo como carente de “personalidad propia”, a diferencia de la especialidad y la consunción. En palabras del propio Etcheberry (1957):

Nos parece por todo lo expuesto que ha quedado en claro la carencia de “personalidad propia” de los principios de subsidiariedad y alternatividad. A lo

más, en un reducido número de casos, ellos representan casos particulares de aplicación de los principios de consunción y especialidad, únicos que sirven realmente para determinar la existencia y solución del concurso aparente de leyes. Atribuyéndoles el alcance que en este capítulo les hemos dado, y aplicándoles en la forma aquí expuesta, ellos resuelven todos los casos posibles de concurso aparente (p. 99).

En este sentido, intentaremos hacer una síntesis de los argumentos expuestos por Etcheberry respecto al tema. La explicación del autor comienza con una breve exposición histórica, para luego recoger el pensamiento de Fontecilla, a juicio de quien hay alternatividad de leyes penales cuando, siendo diversos los tipos penales, las figuras delictivas son idénticas, y donde el criterio de selección estará dado por razones “jerárquicas del tipo dominante” (Fontecilla, 1956, p. 101), es decir, se deberá ponderar los bienes jurídicos, escogiéndose el más importante (Etcheberry, 1957).

El proceso de valoración del bien jurídico se deberá realizar en dos fases: una *objetiva*, en donde el autor se aventura en señalar que la lógica del legislador es atribuirle mayor penalidad al bien jurídico que considera más importante. Por tanto, bastaría con la mera comparación del *quantum* de la pena para saber qué tipo penal debemos preferir. Respecto a la segunda fase, esta es de carácter *subjetivo*, la cual es meramente subsidiaria, ya que sólo entrará a intervenir en el caso de no poder aplicarse el criterio objetivo, debido a que el legislador estableció la misma penalidad para ambos tipos penales, por tanto, se deberá buscar mediante la “vía interpretativa” el criterio de selección (Etcheberry, 1957, p. 59).

En este punto comienzan las críticas por parte de Etcheberry a lo que entiende Fontecilla por alternatividad y al principio mismo, por cuanto considera contradictorio que un mismo hecho contenga dos o más tipos penales diferentes entre sí, sobre todo teniendo en consideración que los mismos tipos penales contienen la figura básica y elementos extratípicos que los diferencia de los demás. Lo que sí tiene sentido para el autor, es que un mismo hecho se materialice en dos o más tipos diferentes al mismo tiempo, o sea, en estos casos se está en presencia de un verdadero concurso de delitos⁽¹⁾. Es por esto que propone cambiar la expresión utilizada por Fontecilla de “identidad de figuras delictivas” por la de “caracteres comunes de las figuras” (Etcheberry, 1957, p. 60), debido a que es más fácil darle una solución a este problema utilizando la vía o principio de especialidad.

Las críticas las expone Etcheberry con relación a lo bastante impreciso que resulta el criterio de valoración de los bienes jurídicos, sobre todo en los casos en que no sirva el criterio objetivo por identidad de penas respecto a la vía interpretativa, es decir, estando en el criterio subjetivo no se podría utilizar el art. 23 del Código civil (“Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”), debido a que según éste el principio de alternatividad es una creación doctrinaria, no siendo aplicable el artículo en comento cuando se interpreta un texto legal positivo. No queda más que recurrir a los principios generales de nuestra legislación. En este sentido, tampoco servirá de ayuda un criterio lógico o histórico, por tanto, debemos recurrir en último lugar al art. 24 del Código civil, vale decir, interpretar de acuerdo con el *espíritu general de la legislación y la equidad natural* la norma que se deberá aplicar en el caso de que ambas tengan la misma penalidad (Etcheberry, 1957).

Un segundo problema dentro de este mismo punto, en donde Etcheberry (1957) no ve con buenos ojos dejar a merced del juez la pena que se deberá aplicar, pues a pesar de que ambas normas tengan aparejada la misma penalidad no resulta lógico estimar que para las “normas de cultura” ambas sean de igual valor o “desvalor”.

El autor también tiene palabras respecto a la obra de Binding, puesto que entiende que los casos en que una misma conducta realiza la parte común de ambas leyes son tres las posibilidades que, en resumidas cuentas, termina por escogerse: una de ellas por especialidad, o en un concurso verdadero de delitos, a menos que por consunción se absorban ambas leyes, o la imposibilidad de encuadrar la conducta en alguna de las leyes penales. En el mismo sentido hace reconocibles las críticas a los supuestos de alternatividad de Honig como de Lizst, ya expuesta (Etcheberry, 1957).

Por último, el autor cree que la única forma de dotar de mayor personalidad al principio de alternatividad, el cual considera que “puede encontrar formulaciones más precisas y un carácter más independiente” (Etcheberry, 1957, p. 62), es mediante el camino que propone Soler quien plantea que los casos de alternatividad se manifiestan por la indiferencia o equivalencia de las valoraciones legales, aunque no de los bienes jurídicos —como proponía Honig—. Esto trae como consecuencia que el encuadramiento de una determinada conducta dentro de un tipo penal o de más de uno, o de todos estos a la vez, no influirá en la subsunción de una sola figu-

ra determinada, evitándose recurrir al concurso verdadero de delitos —sólo se realiza un determinado tipo penal— y, de la misma forma, también se evitan los problemas de penalidad ya mencionados.

Entonces lo que podemos concluir con respecto al pensamiento de Etcheberry es que el principio de alternatividad podría tener cabida en los casos de los delitos con pluralidad de hipótesis que son, a saber, las “tipos mixtos alternativos” y “figuras mixtas acumulativas” (1997, p. 225). Las primeras leyes son las que quedan expresadas gramaticalmente mediante la conjunción “o”, sin embargo, no siempre tienen un sentido de disyunción u opción. Estas son modalidades equivalentes dentro del mismo tipo delictivo, por tanto, hablamos acá de una figura unitaria, lo que se traduce en un sólo delito. Las leyes “mixtas acumulativas” son aquellas que reúnen en una “unidad externa” varios tipos penales, por lo que estas hipótesis darán origen a un concurso, el cual puede ser real o ideal (en el caso de considerar la acción como continuada). Por último, en palabras del propio autor “sólo con relación a estos casos especiales y a esta particular categoría de delitos con pluralidad de hipótesis cobra fisonomía propia y utilidad definida el principio de la alternatividad” (1957, p. 62), aunque debemos agregar que sólo existiría alternatividad respecto de las hipótesis “mixtas alternativa por configurarse un sólo delito, aunque en realidad se trataría de casos de consunción” (1997, p. 128).

Estos argumentos recién expuestos han sido aceptados por años en nuestra doctrina sin plantear mayores problemas. Cury (2005) afirma: “En la prolija exposición que le dedica Etcheberry, se advierte de inmediato que este principio ha sido formulado de muchas maneras distintas, sin que hasta el presente se haya encontrado una manera de expresarlo correctamente” (p. 671). En opinión muy minoritaria, Labatut y Matus son quienes sostienen la operatividad del principio de alternatividad como herramienta de interpretación de casos de concurso *aparente de leyes*. Respecto al primero, “hay alternatividad cuando los dos artículos (o leyes) se comportan como dos círculos secantes” (Labatut, 1989, p. 174), es decir, cuando coinciden en uno o más elementos que le son comunes. En el mismo sentido que Fontecilla, el autor señala que ante la duda de cuál precepto utilizar se debe elegir el que tutela el bien jurídicamente más importante, el que *ordinariamente* se traduce en el de mayor penalidad.

Si bien el autor da cuenta de la existencia del principio con matices de la idea original de Binding, en el manual expone un ejemplo que plantea serias dudas sobre real entendimiento del principio. Señala como ejemplo típico de relación de al-

ternatividad el caso de “la falsificación de un instrumento privado mercantil que luego se hace efectivo, evento en el cual la estafa (art. 473) es absorbida por la falsificación (art. 197 inciso 2º)”. Nos llama poderosamente la atención la palabra “absorción” que éste utiliza, ya que esta es propia a nuestro juicio del principio de consunción y no del de alternatividad. Incluso, en el mismo sentido, se podría llegar al principio de especialidad.

Matus (2004) es el autor que ha sostenido con mayor vigor el principio de alternatividad. Siguiendo el concepto de Binding, expone que en las legislaciones —por supuesto que en la nuestra también— existen “errores legislativos”, y que, por tanto, parece bastante prudente mantener el recurso de la alternatividad, es decir, ante dos normas que tipifican la misma conducta se deberá optar por la norma más severa en contra del imputado, como son los casos en que circunstancias pensadas como agravantes terminan siendo un privilegio, lo cual iría en contra de la real voluntad del legislador. Estos errores son los ejemplos que expuso Binding y que nosotros llamamos de identidad, es decir, el caso en que el mismo supuesto de hecho exactamente es penado por dos leyes y los casos de círculos secantes que se cortan uno al otro. Sin entrar en el detalle de los casos que señala, podemos llegar a concluir, tal como ya vimos, que efectivamente existen descuidos legislativos —y que seguirán existiendo— que podrían ser subsanados sobre todo mediante los principios de especialidad y consunción, pero que dichos resultados no serían lógicos, pues conductas que deberían tener mayor punibilidad, en comparación a figuras más genéricas, no termina siéndolo.

Criterios para su aplicación

Se intentará determinar la aplicabilidad del principio de alternatividad a fin de dotarlo de contenido, pues si bien no discutimos que su operatividad es limitada y subsidiaria, pensamos que es una regla de necesaria aplicación en ciertos casos complejos, donde son varias las normas que “aparentemente” pueden ser aplicables pero que, finalmente, sólo se impone aquella de mayor penalidad.

Para una buena comprensión del tema, debemos considerar la siguiente idea, esta es, que el sólo hecho que se acabe aplicando uno de los preceptos legales no quiere decir que la o las otras normas desplazadas, que se encuentren en relación de alternatividad con la que finalmente resulta aplicada, no deban considerarse. En efecto, es lo que se denomina también como *efectos residuales* del concurso de leyes (Peñaranda, 1991). Esta afirmación, que puede ser confusa, es de suma impor-

tancia y tiene directa relación en cómo entendemos el concurso de leyes penales, es decir, si estamos ante un verdadero concurso o uno aparente (García Albero, 1995). Es necesaria la aclaración que cuando hablamos de verdadero concurso de leyes, no estamos hablando de concurso de delitos, son completamente diferentes, como indicaremos en detalle más adelante.

En la doctrina —sobre todo la comparada— existe un fuerte debate respecto al alcance y contenido que tiene el concurso de leyes penales, cuáles son los límites de éste en relación con el concurso de delitos, cuáles son los principios que efectivamente sirven de base para la correcta aplicabilidad de la normativa penal, en qué parte de la teoría del delito se debe estudiar el tema en comento, entre otros. En esta línea, Escuchuri (2004). Sin perjuicio de lo anterior, hay dos posiciones claras y que marcan la pauta de cómo respondemos a cada una de las interrogantes ya señaladas: por un lado, se encuentra un sector de la doctrina que considera que *no* estamos en presencia de un verdadero concurso de leyes penales, por lo que se trataría de uno aparente (Castelló, 2000). Esta es la corriente mayoritaria en Chile.

En la posición opuesta, están los que consideran que efectivamente estamos en presencia de un verdadero o auténtico concurso de leyes penales —en adelante sólo concurso de leyes—, el cual se puede diferenciar —aunque con un límite más discutido— del concurso de delitos.

Esta distinción entre concurso aparente y auténtico para muchos no se traduciría en un problema práctico, sino que, más bien se trataría de un problema teórico, ya que de todas formas sólo uno de los preceptos penales se aplicará para un caso en concreto. Pensamos que esto no es solamente un problema teórico, lo que queda en evidencia sobre todo teniendo en consideración el principio de alternatividad, ya que de la única forma que tenga operatividad y aplicabilidad, aunque de forma muy subsidiaria, es mediante la fórmula de estar ante un verdadero concurso de leyes.

Las razones son las siguientes: quienes sostienen estar en presencia de un concurso aparente o ficticio, toman como argumento central que una sola norma es la que capta *totalmente* el desvalor del hecho, y los demás preceptos que podrían ser aplicables al caso en concreto son desplazados completamente⁽²⁾, también llamado como principio de “exclusividad estricta” de la ley preferente (Matus, 2002, p. 38). Según estos, cuando no es posible llegar a esta conclusión lógica debido a que el hecho no puede ser subsumido en una sola conducta típica, se debe recurrir al concurso de delitos y en la mayoría de los casos, se deberá utilizar la fórmula que en-

trega el concurso ideal de delitos. Si comparamos esta visión con el concepto mismo de alternatividad, que tiene como idea central la premisa que dos o más normas concurren a la vez, sin ser abarcadas completamente por un solo precepto, pero que finalmente se aplicará la de mayor penalidad, es lógico y coherente a que los que se adhieren a esta concepción renuncien al principio de alternatividad.

Ahora bien, para los que afirman que si bien sólo uno de los preceptos es aplicable al caso en concreto, pero todas las normas concurren *efectivamente*, aunque como se dijo, no en su totalidad, pero sí captando de forma significativa el hecho —evitando así caer en el concurso de delitos— no se vulneraría el principio *non bis in idem* (Obregón, 2008). Esto tiene importancia debido a que permite que el o los preceptos que han sido desplazados se puedan tomar en consideración, por ejemplo, al momento de determinar la pena (Mir Puig, 2016). Es por ello, que bajo esta mirada del concurso de leyes penales, puede tener reconocimiento el principio de alternatividad.

Del mismo modo, se apreciará la dificultad que surge en la delimitación entre el concurso de leyes y el de delitos. Como bien aprecia Escuchuri este problema sólo tiene sentido en los casos en donde se produce un único hecho, lógicamente porque no se ve la forma en que se pueda advertir un concurso de leyes en supuestos de pluralidad de hechos (Escuchuri, 2004). Es por esto que hay concurso de delitos —real o ideal— cuando se cumplen dos requisitos, siendo el primero: la pluralidad de realizaciones típicas en uno o más hechos. Esto quiere decir que, el o los hechos deben ser subsumibles en varios tipos penales, debido a que el autor ha cometido dos o más *delitos*. Así lo apunta de buena forma Castelló (2000):

La concurrencia de normas en el concurso ideal de delitos en realidad no es tal, sino que concurrencia de delitos, pues cada una de las normas encarna un delito y a pesar de existir un único hecho, éste requiere para su calificación de varias normas, porque el autor con ese solo hecho ha cometido dos o más delitos (p. 37).

En relación con el segundo: esta múltiple subsunción no debe afectar el principio del *non bis in idem*.

Matus (2005) por su parte sostiene que, para diferenciar los casos de concurso de leyes de las figuras concursales comunes, se debe recurrir a dos criterios de distinta naturaleza. Por un lado, el *non bis in idem*, y por el otro el de insignificancia. El primero justificará los principios de especialidad, subsidiariedad, y alternatividad y segundo el de consunción.

En definitiva, si falta cualquiera de estos requisitos estaremos en presencia de un concurso de leyes, donde solamente se deberá aplicar un precepto (Obregón, 2008). Un criterio de distinción importante nos lo ofrece Castelló, tomando como elemento diferenciador entre concurso de leyes —que lo denomina concurso de normas— y el de delitos: el del bien jurídico protegido. Por tanto, si se lesionan diferentes bienes jurídicos o uno varias veces estamos en presencia de un concurso de delitos (Castelló, 2000).

Ahora bien, teniendo en claro que sólo bajo la noción de concurso de leyes puede entenderse la alternatividad y proponiéndose un límite entre concurso de leyes y concurso de delitos, entraremos a explicar en qué casos entra en juego la alternatividad y su doble subsidiariedad, esto es que, a pesar de su escasa aplicación, es sumamente necesaria considerarlo.

En este orden de ideas, y según lo que establece el art. 8 Código penal español, que para llegar al principio de alternatividad lo primero que se debe descartar es si al hecho en particular le es aplicable más de un delito, es decir, descartar el concurso de delitos. Una vez resuelto esto, se deberá recurrir a los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad, y sí en último caso ninguna de las reglas recién señalada da una respuesta coherente con el sistema penal, deberá acudir al principio de alternatividad, el cual funciona como una cláusula de cierre del sistema concursal; un último recurso, sobre todo para darle coherencia al sistema. En esta línea de pensamiento Quintero y Morales (2005).

Los principios o reglas resolutorios del concurso de leyes siguen una jerarquía, en un *primer nivel* se encontraría, como ya se afirmó, los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad —de hecho, se discute si también dentro de este primer nivel existe jerarquía, siendo propuesto como el de primer grado el principio de especialidad—, y en *segundo nivel* el principio de alternatividad o de pena superior (Castelló, 2000). Las razones que fundamentan esta postura jerárquica son mayormente de carácter legal, porque así lo dispone el art. 8 del Código penal español, pero además de este argumento, las razones son evidentes: en los principios de *primer nivel* existe una intención manifiesta del legislador, sin errores, donde se puede apreciar coherencia con las demás normas penales que se traduce en la preferencia de una norma respecto a las demás concurrentes. En sentido diverso Cid (1994) y Nino (1972)⁽³⁾.

El problema está en que no siempre se podrá recurrir a la norma preferente o especial porque estaremos en presencia de dos con las mismas cualidades —ambas son especiales o ninguna de ellas lo es—, o no se cumplen los presupuestos para calificar a uno de los preceptos como principal, más amplio o complejo (Obregón, 2008).

En este sentido, son por lo menos dos los casos que entrega la doctrina respecto a los supuestos que se podría dar una relación de alternatividad. El primero de ellos se presenta al converger dos o más normas en concurso de leyes con elementos cualificados o privilegiados provenientes de un tipo básico. En la doctrina española se ha utilizado como ejemplo la relación que existía entre los delitos de parricidio y asesinato (Gimbernat, 1990; Peñaranda, 1991). En nuestro país el ejemplo típico de este caso se encontraba en el antiguo art. 403 *bis* del Código penal —envío de cartas explosivas— y las figuras del homicidio (Matus, 2002).

El segundo caso —aunque de forma más discutida—, de normas que se encuentran en relación de alternatividad se da en el supuesto en que un delito principal se halle en grado de tentativa y el correspondiente subsidiario en grado de consumación, sería el caso de un homicidio tentado en concurso de leyes con lesiones consumadas, o bien, un tipo cualificado en grado de tentativa y el correspondiente tipo básico en grado de consumación, un ejemplo sería el delito de violación en grado de tentativa con agresiones sexuales del tipo básico consumadas del Código penal español (Obregón, 2008). En nuestro derecho Matus y Ramírez, por lo menos hasta el año 2017, sostenía que uno caso típico de alternatividad era en el que se encontraban las normas de violación en grado de tentado y el abuso sexual en grado de consumado. Sin embargo, en edición del año 2018 Matus y Ramírez sostienen que más bien se trataría de un caso de concurso ideal de delitos.

Para concluir, intentaremos hacernos cargo del punto que crea mayor rechazo con respecto al principio de alternatividad, a saber, el hecho que, ante la concurrencia de dos normas a la vez, debamos escoger la que tiene aparejada una mayor penalidad en contra del acusado. Como ya se ha expuesto, las críticas van dirigidas a la supuesta inconstitucionalidad de esta solución, sobre todo teniendo en consideración la relevancia del principio *pro reo*. Lejos de ser esto último una crítica, sino que, por el contrario, da cuenta de la sustancia de un sistema procesal que protege las garantías de los individuos, más bien el problema apunta a que con independencia de si se utiliza la regla de la pena más grave o de la menos gravosa para el imputado, se debe dotar de sentido de cómo se llega a este resultado. En caso contrario, sólo estaremos evadiendo la entrega —o por lo menos el intento— de

una interpretación armónica del problema concursal y, en definitiva, se estará utilizando estas dos opciones como simples herramientas sin contenido, cuando estemos en presencia de casos complejos.

Consideramos que Obregón entrega una solución interesante a este problema y fundamenta de forma correcta el hecho que escoger la pena más severa, siendo coherente con el sistema concursal, y por supuesto, no vulnerando el principio de legalidad, sino que más bien, su propuesta sería congruente con el principio de *non bis in idem*, como también con el principio de proporcionalidad. Respecto al primero de estos principios, ya está establecida por parte de la doctrina la idea que no sólo está prohibido imponer dos sanciones por un mismo hecho, sino que, también este mismo hecho tampoco se puede valorar dos veces (García Alberó, 1995), por cuanto se podría vulnerar el principio *non bis in idem* si los preceptos en concurso valoran un mismo elemento del hecho —entendido como *significación suficiente* como para comprender que la zona común resulta nuclear en la valoración de éste—. Por tanto, se apreciaría la existencia de dos infracciones diferentes y, consecuentemente, se deben aplicar las reglas del concurso de delitos (Obregón, 2008).

Y como se ha intentado explicar, si entendemos que estamos en presencia de un concurso de leyes, donde su diferencia esencial con la noción de concurso aparente de leyes penales, está en la concurrencia de varias normas a la vez, y sobre todo teniendo en consideración que en relación al principio de alternatividad, ninguno de los preceptos logra abarcar con una *significación suficiente* el hecho, no se ve de qué forma se podría vulnerar el principio de *non bis in idem*. Es más, la forma en que se transgrede éste, sería al considerar que dos normas que no logran abarcar de forma efectiva y completa el hecho, terminan valoradas dos veces, a través del concurso de delitos, sobre todo el ideal.

Recordar sobre todo la diferencia que establece Castelló (2000) entre normas de primer nivel y de segundo nivel, donde las primeras preceden a las de segundo nivel, y como se dijo, esto es así porque en la misma relación concursal las normas se encuentran en una relación desigual. Es por esta razón, que el principio de alternatividad se encuentra sólo y exclusivamente en este último nivel, debido a que los preceptos se encuentran en una relación de igualdad, sin preferencias por ser una norma más especial que la otra, ni tampoco porque ninguna es más principal, ni tampoco un precepto es más amplio o complejo que el otro.

Ahora, la elección de la pena más grave no es antojadiza, se fundamenta en el principio de proporcionalidad y la búsqueda de una íntegra valoración del hecho, es decir, que se exprese en una justa medida. Como se explicó *supra*, al no estar dentro de la hipótesis del concurso de delitos, por cuanto ninguna norma puede captar la totalidad de la conducta, para lograr la máxima proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la justa medida de la pena, cuando existan dos normas en relación de igualdad —alternatividad—, se deberá inclinar por la pena de mayor gravedad. De esta forma, lo dice Obregón (2008):

Si ninguna norma capta todo el desvalor, y aplicar varias genera un exceso punitivo, habrá que tolerar la frustración que representa una proporcionalidad que no sea absoluta. Y esa frustración puede ser tolerable o no llegar a ser tal si la determinación de la pena permite paliar la falta de “integridad” de la valoración (p. 77).

Los efectos residuales de la ley desplazada y su influencia en la determinación de la pena no es algo nuevo, en Alemania se le llama a este fenómeno *principio de combinación* y la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia considera necesario tener en cuenta la norma desplazada para complementar la preferente, sobre todo con respecto a la determinación de la pena (Mañalich, 2016). Ahora, en relación al principio en estudio, queremos decir que en la ponderación de los factores que inciden en la gravedad del hecho, la norma desplazada sirve como indicador, y es del todo lógico que en cuanto al mínimo de pena que se debe aplicar, en el caso en concreto de la norma que ha sido escogida como preferente, “no podrá imponerse una pena inferior a la permitida por el precepto desplazado, pues se considera absurdo que la aplicación del precepto más grave pudiera conducir a una pena inferior a la del menos grave” (Mir Puig, 2016, p. 682).

A modo de conclusión. Resolución de casos

Teniendo en consideración todo lo expuesto, nos parece que los casos indicados, ellos solo pueden resolverse conforme a la alternatividad, al ser inaplicables los otros principios. En efecto, no puede entenderse que en ellos se aprecie una relación de especialidad, ni menos que se observen consideraciones propias de la consunción, como sucede, por ejemplo, en el caso de violación tentada y el abuso sexual consumado. Aquí la última figura no puede entenderse como copenada respecto a la figura imperfecta de la violación, es más puede pensarse que se manifiesta en sentido inverso. Por tanto, la única forma de responder adecuadamente para evitar infringir el

principio *non bis in ídem* es castigar por el delito que establece la pena más grave. Incluso, y tal como se señaló precedentemente, razones de proporcionalidad lo justifican, al aplicar aquella figura que mejor capta la gravedad del hecho.

Si bien resulta particularmente discutible, pero un caso que podría ejemplificar la aplicabilidad del principio en comento se aprecia en el supuesto de apoderamiento de bienes muebles contra la voluntad del dueño que se comprenden en las hipótesis de fuerza en las cosas, pero que luego derivan en la intimidación del dueño (también lo expone Obregón, 2008). Ciertamente, no puede entenderse que hay un concurso de delitos, pues iría en abierta infracción al principio *non bis in ídem*, no hay dos robos. Ahora bien, desde la perspectiva del concurso de leyes, según nuestro parecer tampoco puede observarse que entre ambas figuras existe una relación de especialidad, pues no hay una relación de preferencia, asimismo tampoco puede decirse que el robo con intimidación absorbe las hipótesis del robo con fuerza en las cosas, ni que puedan comprenderse en relación de subsidiariedad, pues si bien hay zonas comunes, también hay otras especiales. En consecuencia, y conforme a lo expuesto precedentemente, la alternatividad podría ofrecer una adecuada respuesta para sancionar únicamente por robo con intimidación. Ahora bien, la norma desplazada podrá incidir al momento de la determinación de la pena.

A modo de conclusión, en relación con los dos ejemplos citados por Binding que en su oportunidad llamamos de *identidad total y relativa*, pensamos que ambos casos se trataría de errores legislativos. Son tantas las conductas reguladas —sobre todo en un país tan legalista como el nuestro—, que no es extraño que el legislador cometa este tipo de equivocaciones. Ahora, respecto al primero de ellos, el descuido es de tal magnitud que el legislador reguló dos normas prácticamente iguales, sin diferencias gramaticales evidentes de los elementos típicos y bienes jurídicos protegidos, como es el caso del testigo que falta a la verdad en causa civil. Estimamos que no existe problema concursal alguno en este tipo de casos de *identidad total*, sino que más bien, se deberán aplicar las reglas del art. 52 del Código civil, es decir, la derogación de las leyes, donde la nueva ley derogaría tácitamente a la más antigua, la cual fue dejada por el simple yerro del legislador, siendo imposible conciliar ambos preceptos por ser análogos. Podrá considerar el lector que esta opinión podría infringir el principio de legalidad y tipicidad, pero al ser la ley penal de naturaleza ordinaria o común, se aplicará todo lo relativo a ella; su creación, quórum, entrada en vigencia, vacancia legal, no siendo la derogación expresa o tácita una excepción a estas reglas.

Respecto a la *identidad relativa*, o sea, el ejemplo de los círculos secantes, existe efectivamente un problema de concurso de leyes, el cual sólo se podrá solucionar mediante el principio de alternatividad, como se dijo, son dos normas que regulan efectivamente una misma conducta, pero esta semejanza es solamente relativa —a diferencia de la *identidad absoluta*—, pues quedan elementos que no son abordados de manera total por ninguno de los tipos penales que están en concurso de leyes, por tanto, se deberá aplicar el tipo más gravoso. Eso sí, esta cláusula de cierre deberá adoptarse en casos excepcionales, porque solamente descartado el concurso de delitos y una vez que las normas de *primer nivel*, es decir, los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad no entreguen ninguna solución concreta, se deberá recurrir necesariamente a esta norma de *segundo nivel*, es decir, el principio de alternatividad, el que como explicamos se adecua al principio de proporcionalidad y no quebranta el principio de *non bis in idem*.

Referencias

- Castelló, N. (2000). *El concurso de normas penales*. Comares.
- Cid, J. (1994). Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos. *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, 48(1), 29-64. <http://www.cienciaspenales.net>
- Couso, J., y Hernández, H. (2011). *Código Penal Comentado*. Legal Publishing Chile.
- Cury, E. (2005). *Derecho Penal parte general* (7ª ed.). Universidad Católica de Chile.
- Escuchuri, E. (2004). *Teoría del concurso de leyes y delitos*. Comares.
- Etcheberry, A. (1957). *El concurso aparente de leyes penales*. Jurídica de Chile.
- Etcheberry, A. (1997). *Derecho Penal, parte general*, tomo I y II (3ª ed.). Jurídica de Chile.
- Fiandaca G., y Musco E. (2006). *Derecho penal, Parte General* (Trad. L. F. Niño). Temis.
- Fontecilla, R. (1956). *Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos*. Jurídica de Chile.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal, Parte General* (3º ed.). Ideas Solución.
- García Alberó, R. (1995). *“Non Bis in Idem” Material y Concurso de Leyes Penales*. Cedecs.
- Garrido, M. (2003). *Derecho Penal, Parte General*, tomo III (3ª ed.). Ed. Jurídica.
- Gimbernat, E. (1990). Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, parricidio-asesinato). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (2), 421-441.
- Klug, U. (1989). *Problemas de filosofía y de la pragmática del Derecho*. Alfa.

- Labatut, G. (1989). *Derecho Penal Tomo I* (9ª ed.). Jurídica de Chile.
- Mañalich, J. (2016). El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles. En C. Cardenas y J. Ferdman (Ed.), *Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (pp. 501-547). Thomson Reuters.
- Marinucci G., y Dolcini E. (2015). *Manuale di diritto penale. Parte generale* (5º ed). Giuffré.
- Matus, J. (2000). La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte). *Ius Et Praxis*, 6(2), 295-371.
- Matus, J. (2002). La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 9, 27- 68.
- Matus, J. (2005). Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 58(2), 463-494.
- Matus, J. (2008). *El concurso aparente de leyes*. Ed. Jurídicas de Santiago.
- Matus, J., y Ramírez, C. (2015) *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial, Tomo I*, (3º ed). Thomson Reuters.
- Matus, J., y Ramírez C. (2017). *Manual de Derecho Penal chileno, Parte Especial*. Tirant lo Blanch.
- Matus, J., y Ramírez, C. (2018). *Manual de Derecho penal chileno, Parte especial*, (2º ed.). Tirant lo Blanch.
- Matus, J., y Ramírez, C. (2019). *Manual de Derecho penal chileno, Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal, Parte General* (10º ed). Reppertor.

- Muñoz Conde, F., y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (8° ed.). Tirant lo Blanch.
- Nino, C. S. (1972). *El concurso en el Derecho Penal*. Astrea de Rodolfo Depalma y hnos.
- Obregón, A. (2008). Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4a del artículo 8° del Código penal. *Icade*, 2(74), 61-85.
- Peñaranda, E. (1991). *Concurso de leyes, error y participación en el delito*. Civitas.
- Politoff, S., Matus, J., y Ramírez, M. (2004). *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte especial* (2ª ed.). Jurídica de Chile.
- Quintero, G., y Morales, F. (2005). *Parte general del Derecho Penal*. Aranzadi.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte general, Tomo I*. Trad. y notas de D.-M. Luzón Peña (Dir.), J. M. Paredes Castañón, M. D., García Conlledo, J. de Vicente Remesal, en col. con otros. Civitas/Thomson Reuters.
- Sanz, Á. (1989). Alternatividad de leyes penales. En Fernández-Albor, A. (Ed.). *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor* (663-676). Universidad de Santiago de Compostela.
- Sanz, Á. (2016). La reiteración delictiva: Modelos de respuesta. En Maldonado Fuentes (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos* (pp. 1-49). B de F.
- Von Liszt, F. (1927). *Tratado de Derecho Penal, tomo III* (20ª ed.)(Trad. L. Jimenez de Asúa). Reus.

Normas

Chile. Ley N° 20.074, modifica los códigos procesal penal y penal, de 2005.

Chile. Ley N° 17.798, sobre control de armas, de 1978.

Chile. Ley N° 5.507, modifica artículos 436, 446, 467, 494 n° 19 y 495 n°s 21 y 22

del Código penal establece la apreciación de la prueba en conciencia para determinados delitos, modifica competencia de los jueces del crimen en cuanto a determinadas faltas y establece la jurisdicción de los jueces del crimen en Santiago por territorios, deroga artículo 443 y restablece vigencia del inciso 2° del artículo 449 del mismo código. De 1934.

Chile. Código penal, de 1874.

Chile. Código civil, de 1857.

España. Código penal, de 1996.

Italia. Código penal, de 1930.

Notas

¹ Debemos señalar que Etcheberry es coherente con su pensamiento de lo que entiende él por concurso de delitos y concurso aparente de leyes penales, ya que en definitiva, en este último no hay un verdadero concurso, sino que simplemente un problema interpretativo, el cual se resolverá de acuerdo a los principios de especialidad o consunción, siendo imposible que dos o más normas puedan converger en una misma conducta; de pasar esto se reconduce el supuesto de hecho al concurso de delitos, probablemente al concurso ideal. Ahora, como veremos en el próximo apartado, quienes hablan de concurso de leyes no tiene este problema, lo cual incide directamente con el reconocimiento del principio de alternatividad.

² En este sentido, entre otros, Quintero y Morales (2005): “Así pues, en algunos casos la primera lectura de las normas legales parecerá admitir la subsunción de un hecho en distintos tipos de delito. Pero una valoración posterior obligará a aplicar solamente una de esas. En tales casos se entiende que una sola norma acapara el total del comportamiento injusto, ya sea porque lo mayor absorbe a lo menor, por ejemplo, o porque lo concreto desplaza a lo genérico” (p. 744). La crítica que podemos hacer a esta forma de ver el concurso es que esa “valoración” posterior del injusto penal, es una labor que realiza el intérprete, y éste es quien decide qué precepto abarca de forma definitiva y total el hecho en concreto, pero como se puede apreciar el tema es muy discutido, por tanto, otro intérprete podrá llegar a diferentes conclusiones utilizando los mismo principios o reglas concursales (especialidad, consunción, subsidiaridad y alternatividad). Es por esto, que pensamos que no es posible cerrarse a la concurrencia

de varias normas ante un sólo hecho (sin caer por supuesto en un concurso de delitos).

³En un sentido diferente a la denominación que emplea Castelló, los autores Cid Moliné y Nino hablan de normas de segundo nivel como aquellas que “(...) su función consiste en dar criterios para resolver la concurrencia de varias normas en la calificación de la conducta de un individuo y en la determinación de las sanciones aplicables”.