

**POSIBLES RELACIONES ENTRE LAS FIGURAS
DELICTIVAS TIPIFICADAS EN LOS
ARTÍCULOS 5° Y 22° DE LA LEY N° 19.366**

Humberto Muñoz Horment*

I. EL MARCO TEÓRICO GENERAL: LAS POSIBLES RELACIONES
CONCURSALES ENTRE FIGURAS DELICTIVAS DISTINTAS

En principio, y desde un punto de vista teórico, existen tres alternativas de posible relación concursal entre figuras delictivas diversas.

En efecto, desde esta óptica doctrinaria, podemos encontrarlos frente a:

- 1° Un concurso **real** de delitos;
- 2° Un concurso **ideal** de delitos
- 3° Un concurso **aparente** de leyes penales.

Como se sabe, en los dos primeros casos nos hallamos ante situaciones de pluralidad de delitos; en cambio, en el tercero, estamos frente a un caso de unidad de delito. En esta última situación, en efecto, el delito es uno solo.

* HUMBERTO MUÑOZ HORMENT. Abogado del Consejo de Defensa del Estado, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Bolivariana.

A nuestro parecer, en el ordenamiento jurídico chileno el concepto decisivo para distinguir entre estas diversas situaciones, a diferencia de otras legislaciones (v.gr. la alemana o la italiana), no es el de “acción”, sino que el de “hecho”.

Entendemos que, en su dimensión ontológica, la amplísima noción de “**hecho**” —en cuanto significa “**toda cosa que sucede**”— es más vasta que la de “acción”. Así pues, en su enorme extensión, dentro de concepto de “**hecho**” se comprende a la “acción” y a la “omisión”, en su caso, y, además, al resultado, a la relación causal entre ambos, cuando corresponde; y, por último, a la totalidad de las circunstancias fácticas, objetivas y subjetivas, que han concurrido en el suceso que ha tenido lugar en la vida real.

Fundamos esta afirmación, entre otras razones, en la circunstancia de que nuestro Código Penal utiliza con gran frecuencia la expresión “**hecho**” o bien la frase “**ejecutar el hecho**” y prácticamente nunca la voz “**acción**”.

De este modo dicho cuerpo legal emplea la palabra “hecho” en materia de concursos de delitos y también en las más relevantes instituciones jurídico penales que en él se contemplan. Así ocurre, por ejemplo, en los artículos 74 y 75 (concursos de delitos); artículos 15 y 16 (autoría y complicidad); artículos 490 y 492 (delitos culposos); artículo 10 N° 7 (estado de necesidad); en determinadas circunstancias atenuantes o agravantes (11 N° 4; 12 N° 18; 12 N° 19; 456 bis); en las faltas el artículo 494 N° 19 califica de hechos penados, entre otros delitos, nada menos que al hurto, a la estafa, a la apropiación indebida. Pueden verse también los artículos 144, 400, 452, 458, 488, etc.

Esta afirmación se confirma con la sola lectura de las disposiciones legales citadas, en todas las cuales se emplea la expresión “hecho” y nunca “acción”. La única excepción la constituye el artículo 1°, en el cual, al definir el delito, se utilizan las palabras “acción u omisión”, las cuales no se emplean nunca más en el resto del articulado que constituye el Código Penal.

Ahora bien, en este orden de ideas, y en nuestro ordenamiento jurídico en particular, la diferencia esencial entre el **concurso real** y el **concurso ideal** se encuentra en la circunstancia de que en el primero hay **pluralidad de hechos** y en el segundo el **hecho es único**.

Así se desprende con claridad meridiana de la relación existente entre los artículos 74 y 75 del Código Penal. Este último mani-

fiesta literalmente que el concurso ideal se caracteriza porque “un **solo hecho** constituye dos o más delitos”.

A su vez, podemos afirmar que existe un solo hecho cuando el contexto espacial y temporal en que ha ocurrido la conducta humana es único. En cambio existe una pluralidad de hechos cuando pueden distinguirse diversas circunstancias fácticas, separables unas de otras.

Con acierto Joaquín Francisco Pacheco expresa que cuando los delitos han podido ocurrir el uno sin el otro ya no estamos frente a un solo hecho; los hechos son múltiples. (Código Penal Concordado y Comentado. 1. pág. 421).

En síntesis: el concepto clave en nuestro Código Penal es el de “**hecho**”. Si el “hecho” es único, podemos estar frente a un concurso ideal de delitos, o bien ante un concurso aparente de leyes penales, según las circunstancias concurrentes. En cambio, si los “hechos” son múltiples y diferentes, estaremos necesariamente en presencia de un concurso real o material de delitos.

II. EL MARCO TEÓRICO ESPECÍFICO: LA RELACIÓN CONCURSAL ENTRE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA TRAFICAR Y EL TRÁFICO ILÍCITO PROPIAMENTE TAL

Postulamos como principio básico, para comenzar el análisis, que la asociación ilícita para traficar constituye un ilícito separable –jurídica y fácticamente– del tráfico propiamente tal.

En otras palabras: creemos que la asociación ilícita para traficar constituye un hecho y el tráfico propiamente tal, otro hecho distinto.

De modo que, bajo esta óptica, y como señala Pacheco, los dos delitos han podido ocurrir el uno sin el otro. Por ello se trata de una multiplicidad de hechos. En realidad, nos parece evidente que estamos frente a **dos hechos diferentes**.

Tanto es así que puede tener lugar el tráfico sin una asociación ilícita y puede ocurrir, también, que exista una asociación ilícita que, en definitiva, nunca llegue a traficar.

Atendido lo expuesto, **se excluye como posibilidad de solución en el ámbito jurídico el concurso ideal de delitos**, puesto que éste, por definición, está constituido por **un solo hecho** (tenor literal del artículo 75 del Código Penal.)

Por la misma razón **debe excluirse, igualmente, el concurso aparente de leyes penales**, pues esta situación también ocurre, por su propia naturaleza, cuando en un mismo y único hecho parecen concurrir diversas disposiciones legales que pugnan por atraparlo.

“El hecho único –dice Merkel en la doctrina alemana– se ve sometido a diferentes leyes, entre las cuales existe una porfía aparente por apoderarse de él”. (Derecho Penal, pág. 379). Del mismo modo nuestra doctrina concuerda, sin excepciones, en orden a que en la base del concurso aparente de leyes penales se encuentra un solo hecho, un hecho único. (Así: Novoa, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II, pág. 281; Cury, Derecho Penal, II, pág. 290; Etcheberry, El concurso aparente de leyes penales, pág. 14; Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, pág. 351).

Es posible que los diversos autores utilicen expresiones diferentes, pero todos concuerdan en lo sustancial: el concurso aparente supone una **unidad fáctica de base**. Así, por ejemplo, Etcheberry expresa que: “El primer requisito (del concurso aparente de leyes penales) es la unidad de acción.” (Ob. cit., pág.14). A su vez, Garrido Montt manifiesta que en el concurso aparente de leyes penales “se da una actividad delictiva única” (Ob. cit., pág. 351). En la más moderna doctrina alemana se habla de “unidad de hecho o de acción en sentido natural”, en el concurso aparente de leyes. (Así, por ejemplo, Günther Jakobs, Derecho Penal, Parte General, pág. 1074).

De este modo, en la situación particular que nos ocupa, esto es, en la relación entre los delitos de asociación ilícita para traficar y tráfico ilícito, estamos frente a **dos hechos distintos**, que pueden separarse jurídica y fácticamente entre sí y, por lo mismo, desde el punto de vista jurídico, nos encontramos frente a una situación de **concurso real o material de delitos** y no ante un concurso ideal o un concurso aparente de leyes penales.

A mayor abundamiento, cabe agregar que nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente ratifica esta afirmación teórica. En efecto, por una parte, el propio artículo 22 de la Ley N° 19.366, al tipificar el delito de asociación ilícita, expresa que los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en dicha ley, serán sancionados, **por este solo hecho**, según las normas que allí se indican. Así pues, la ley especial está reconociendo, expresamente, que la asociación ilícita constituye un hecho diferente al tráfico. Por otra parte, el propio Código Penal, al tratar de las asociaciones ilícitas en general, señala expresamente, en

su artículo 292, que dichas asociaciones importan un delito que existe por el solo hecho de organizarse, para agregar más adelante, de manera concluyente, esta vez en su artículo 294 bis, que las penas correspondientes al delito de asociación ilícita **se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, por los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión** de tales actividades.

Así pues, las disposiciones legales que se refieren a la materia, sean estas de orden general o especial, apuntan en una sola dirección, cual es la de considerar que **la asociación para delinquir constituye un hecho diferente del delito que la misma se propone perpetrar.**

En síntesis, la asociación ilícita para traficar y el tráfico constituyen, en el plano fáctico, **dos hechos diferentes**, y en el ámbito jurídico, se encuentran en relación de **concurso real o material de delitos.**

III. LA HIPÓTESIS QUE SE POSTULA: EL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS

Nuestro ordenamiento jurídico contempla una forma de **concurso real o material de delitos**, que se refiere a la particular situación en la que se encuentran diversos delitos cuando ellos están vinculados entre sí **en una relación necesaria de medio a fin.**

Esta hipótesis se legisla expresamente en la segunda parte del artículo 75 del Código Penal.

De conformidad a lo prescrito en esta norma, la disposición del artículo anterior (se refiere al artículo 74 y concretamente a la forma de sancionar el concurso real de delitos) no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos (éste es el concurso ideal de delitos), o cuando **uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.**

Este último caso se contempla entonces en el artículo 75, junto al concurso ideal, y se le sanciona en la misma forma que éste, pero constituye, por su naturaleza, un verdadero caso de **concurso real de delitos.**

En nuestra doctrina no siempre se pensó que éste era un caso de concurso real. Es posible que la circunstancia de encontrarse legislado en el artículo 75 junto al verdadero concurso ideal haya dado lugar, en otras épocas, a cierta confusión.

Es así como antiguamente Pedro Ortiz (1933-37), Raimundo del Río (1936-39) y Gustavo Labatut (1948-51) lo trataron como un concurso ideal de delitos. (Ortiz, *Nociones Generales de Derecho Penal*, pág. 103; Del Río, *Elementos de Derecho Penal*, pág. 290; Labatut, *Derecho Penal*, Ed. 1951, pág. 219).

Del Río ni siquiera se plantea el problema: lo considera derechamente como un concurso ideal. Lo mismo sucede en las primeras ediciones del “Derecho Penal” de Labatut.

Es decir, lo consideraban como si estuviéramos en presencia de un solo hecho y de varios delitos.

En las sucesivas ediciones del “Derecho Penal” de Labatut, adicionadas y complementadas por Julio Zenteno (1968-79), ya no es tan claro que estemos frente a un concurso ideal propiamente tal, aun cuando a nuestro entender la situación no se resuelve en forma definitiva.

Rafael Fontecilla, en su monografía sobre el “Concurso de Delitos” (1946), no lo considera en ningún caso un concurso ideal: sostiene que podrá constituir a veces un concurso real y a veces un concurso aparente de leyes penales (Ob. cit., pág. 73).

Juan Bustos, en su memoria de grado, que versó sobre el “Concurso Ideal” (1962), sustenta una posición relativamente más firme: lo trata como concurso real, aun cuando manifiesta concordar con Fontecilla, en orden a que a veces podrá constituir un concurso aparente de leyes penales (Ob. cit., pág. 80).

Eduardo Novoa, en su “Curso de Derecho Penal Chileno” (1960) utiliza la denominación de “Concurso Ideal Impropio”, advirtiendo sagazmente que: “La verdad es que no tiene nada de concurso ideal, sino que se trata de dos delitos conectados entre sí por la relación medio a fin” (Ob. cit. Tomo II pág. 266).

Alfredo Etcheberry, en su memoria de grado, que trata del “Concurso Aparente de Leyes Penales” (1957), define el asunto de forma más drástica: le parece indiscutible que estamos en presencia de un caso de concurso real. Dice que la circunstancia de que se le sancione como concurso ideal “no significa, como es natural, una declaración doctrinaria en el sentido de que hay un concurso ideal: se trata simplemente de un tratamiento punitivo especial, dada la forzosa concurrencia de ambos delitos” (Ob. cit., pág. 13).

Más modernamente, el mismo Alfredo Etcheberry, en su “Derecho Penal” (1ª Ed. 1964 y sgs.) y Enrique Cury, tanto en su “Orientación para el estudio de la teoría del Delito” (1969-73) como

en su "Derecho Penal" (1985 y sgs.), están en la posición diametralmente opuesta a la inicial de Del Río: ni siquiera se plantean el problema y lo consideran derechamente un caso de concurso real (Obs. Cits., págs. 116, 284 y 283, respectivamente).

¿Por qué razón? Simplemente porque lo que define en su esencia al concurso ideal es la existencia de un solo hecho y aquí estamos en presencia de dos o más hechos diferentes, circunstancia que a su vez constituye la esencia del concurso real.

Luego, cabe concluir que en el caso de que una misma persona cometa dos o más delitos necesariamente vinculados como medio a fin, ha configurado un concurso real o material de delitos que se pena en la misma forma que el concurso ideal, es decir, en forma generalmente más benigna, por razones de justicia material o de política criminal, pues en este caso, al igual que en el concurso ideal, no puede concebirse la ejecución de un delito sin que al mismo tiempo se realice el otro.

Es probable que subyazca aquí la idea de Francesco Carrara, quien consideraba que una misma voluntad sería sancionada doblemente si se castigaran por separado dos o más delitos que no pueden sino cometerse necesariamente juntos. (Programa, Trad. Soler, Depalma, 1944. Tomo V, & 2522, pág. 66).

Para terminar, cabe agregar que la más moderna doctrina ha comenzado estos últimos tiempos a referirse a esta figura jurídica bajo la denominación de **concurso medial de delitos**. Así lo hacen, por ejemplo, en España, autores modernos tales como Mir Puig, Saíenz Cantero, Bacigalupo, y otros.

Particularmente claro es Gonzalo Quintero, también en la doctrina española, cuando expresa que el llamado **concurso medial** es una "**subespecie de concurso real de delitos** que en el derecho español se castiga con la misma regla que el llamado concurso ideal. **El concurso medial se produce cuando un delito se considera medio para cometer otro**" (Quintero Olivares. Curso de Derecho Penal. Parte General, 1996, pág. 572).

Entre nosotros adopta esta misma denominación Garrido Montt, quien expresa que ella "corresponde a la naturaleza de la institución y corta toda posible confusión, pues en verdad es un concurso real de delitos que se relacionan ideológicamente en sentido de medio a fin, con la modalidad de que reciben un tratamiento para los efectos de su punibilidad igual al de aquellos que concurren en concurso ideal". (Ob. Cit. 1997. Nota 688, pág. 547).

Ahora bien, pensamos que existen fundadas razones para sostener que la vinculación concursal que existe entre los delitos de asociación ilícita para traficar y el tráfico propiamente tal es precisamente aquella a que responde la figura jurídica modernamente denominada **concurso medial de delitos**.

Entendemos que ello es así por cuanto es efectivo que puede existir una asociación para traficar que no trafique y puede también existir una conducta subsumible en alguna hipótesis de tráfico, en sus diversas modalidades, sin que exista una asociación u organización subyacente bajo esta acción individual.

Pero cuando existe una asociación u organización para traficar que logra su objetivo y que, por lo mismo, realiza conductas concretas de tráfico, en este caso ambos delitos han estado necesariamente vinculados como medio a fin.

La asociación ilícita ha sido el delito medio y el tráfico ilícito ha sido el delito fin, encontrándose ambos hechos punibles vinculados necesariamente como medio a fin.

Lo “necesario”, conforme al Diccionario de la Lengua Española, es aquello “que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin”. (Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992.)

Esto es precisamente lo que ocurre, por regla general, cuando estamos en presencia de un tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas de alguna magnitud, puesto que tal tráfico requiere una organización jerárquica y un capital generalmente cuantioso, sin perjuicio de la utilización de vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite o lugar de reunión para la comisión del delito. En este caso, la asociación u organización ilícita ha sido indispensable para traficar, o al menos, ha hecho falta para ello. Luego, conforme al sentido natural y obvio de la expresión, puede afirmarse que ha sido “**necesaria**”.

En último término, cabe referirse a la **sanción** que cabría aplicar a quienes se asocian ilícitamente para traficar y, además, trafican efectivamente.

Si estas personas sólo se asocian, está claro que se aplica el artículo 22, y se castiga “por ese solo hecho”. Y, si sólo trafican, sin que se acredite la existencia de una asociación u organización ilícita necesariamente vinculada, se castiga como tráfico al tenor de los artículos 1º y 5º, disposiciones todas de la Ley Nº 19.366.

Pero cuando se dan los supuestos del *concurso medial*, a que nos hemos referido, **debe aplicarse el artículo 75 del Código Penal**, y sancionar con la **pena mayor asignada al delito más grave**.

En consecuencia, y siguiendo esta línea de argumentación, creemos que en esta última situación **no es aplicable el artículo 74 del Código Penal**, pues, si bien estamos en presencia de un concurso real o material genéricamente considerado (esto es, frente a un culpable de dos o más delitos), por una elemental aplicación del **principio de especialidad** debemos desplazarnos a la figura más específica constituida por aquel especial concurso real o material, en el cual los diversos delitos se encuentran en relación de ser uno el medio necesario para cometer el otro, esto es, el modernamente denominado **concurso medial** concebido en los términos en los cuales ha sido definido.

Esto supone, en definitiva, que corresponde **sancionar conforme al artículo 75 del Código Penal**.

Por otra parte, entendemos que en la especie **tampoco debe aplicarse el artículo 294 bis del Código Penal**, que exige la sanción independiente de los delitos, por cuanto éste hace referencia expresa y taxativamente a ciertas y determinadas disposiciones del mismo cuerpo legal (sólo a los artículos 293 y 294 del Código Penal, y no a otras normas), con lo cual limita su alcance a esas únicas situaciones.

No podría entenderse, de ninguna manera, que tal forma de sancionar deba extenderse a la particular asociación ilícita que se contempla en una ley especial, como es la Ley N° 19.366.

En derecho penal no cabe la analogía.

Finalmente, en este mismo orden de ideas, creemos que **tampoco es aplicable el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal**, que se refiere en términos generales a la reiteración de delitos de la misma especie. Ello es así por cuanto esta disposición queda desplazada, en razón de la especialidad, por aquella que rige al concurso medial, atendido que esta última exige una particular relación necesaria de medio a fin, que constituye una exigencia más específica que la reiteración de delitos de la misma especie. Por idéntica razón, cabe **excluir la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 351 del nuevo Código Procesal Penal**. Respecto de esta última norma cabría agregar que incluso sería discutible la identidad de bien jurídico afectado, que es el criterio que contempla esta nueva disposición, en reemplazo de la circunstancia de estar los delitos penados en el mismo título del Código Penal o ley que los castiga, que es el criterio sostenido por el precepto antiguo.