

DETERMINACION DE LA PENA EN LOS CASOS DE REITERACION DE DELITOS

(Ambito de aplicación del art. 509 del Código
de Procedimiento Penal)

TITO E. SOLARI P.
Profesor de Derecho Penal
Universidad Católica de Valparaíso

LUIS RODRÍGUEZ C.
Ayudante Académico de Derecho Penal
Universidad Católica de Valparaíso

1. En general no existe dificultad para definir lo que debe entenderse por concurso real o material de delitos y para la formulación de las condiciones indispensables para que estemos en presencia de esta forma de concurso.

Siguiendo una fórmula que, con ligeras variantes, repite la mayor parte de los autores, podemos afirmar que el concurso material se presenta cuando una misma persona ejecuta varios hechos constitutivos de delito, siempre que tales hechos sean jurídicamente independientes y que no haya recaído sentencia condenatoria respecto de ninguno de ellos.

En cuanto a las condiciones necesarias para que se configure el concurso, siguiendo un modelo ya tradicional, éstas suelen plantearse como: unidad de sujeto activo, pluralidad de hechos punibles, ausencia de conexión entre los varios hechos e inexistencia de condena intermedia.

2. Lo que sí ha dado lugar a polémica es el régimen de penalidad que contemplan nuestras leyes para el castigo del concurso material.

Armonizando las diversas disposiciones que regulan la materia, podemos sintetizar dicho régimen sancionatorio conforme al siguiente esquema:

La regla general es que cada delito se castigue separadamente y que el delincuente cumpla todas las penas, ya sea simultáneamente o en orden sucesivo, de acuerdo con las pautas que proporciona el art. 74 CP. (principio de acumulación aritmética de las penas).

Por su parte, la ley penal contempla algunas excepciones a la regla general antes enunciada:

a) La primera de ellas se basa en el principio de acumulación jurídica de las penas en los siguientes términos:

Tratándose de reiteración de delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándose en uno, dos o tres grados (art. 509 CPP., inciso 1º).

Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándose en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos (art. 509 CPP., inciso 2º).

La misma disposición contempla la posibilidad de aplicar las penas en la forma establecida en el art. 74 CP., si este último procedimiento resulta más favorable para el reo (art. 509 CPP., inciso 3º).

b) La segunda excepción, basada en el principio de absorción de las penas, se aplica cuando, de dos delitos que se encuentran en situación de concurso material, el uno sea el medio necesario para cometer el otro (art. 75 CP., inciso 1º, parte final), situación que, de acuerdo con el art. 165 COT., constituye un caso de delitos conexos.

c) La tercera excepción se refiere a aquellas situaciones de reiteración de hurto a una misma persona o en una misma casa a distintas personas, caso en el cual deberá el tribunal tomar como base el importe total de los objetos sustraídos e imponer la pena correspondiente en su grado superior (art. 451 CP.).

d) También constituyen excepción la figura del delito complejo, en la cual por razones de texto se aplica sanción única a delitos que por regla general se castigan en forma

separada (art. 433 Nos. 1 y 2 CP.) y el delito continuado, en el que también existe pluralidad de acciones, pero unificables, de acuerdo con los criterios que proporciona la doctrina¹.

3. Nadie ignora que el sistema que se acaba de reseñar, aparte de su complejidad, ofrece la desventaja de conducir a situaciones inicuas.

No obstante las críticas que al respecto pueden formularse, varios de los puntos que comprende dicho sistema sancionatorio se encuentran fuera de toda discusión, ya sea porque el legislador ha dado soluciones concretas (v. gr. lo que debe entenderse por delitos de la misma especie), ya sea porque, respecto de ellos, existe pleno consenso tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial (v. gr., que en caso de reiteración el aumento de grado de la pena es obligatorio).

Pero existen otros puntos que no han logrado reunir tal consenso o respecto de los cuales se han desvirtuado los fines que persigue la norma. La mayor parte de las dudas surgen en relación con el procedimiento de excepción que contempla el art. 509 CPP., pues no se encuentra suficientemente claro a qué situaciones y bajo qué circunstancias han de aplicarse los dos primeros incisos de dicho precepto legal.

Este es, precisamente, el objeto de nuestro trabajo. En efecto, en las líneas que siguen procuraremos analizar en qué casos debe aplicarse uno u otro inciso y la forma como ha de efectuarse la aplicación práctica de sus disposiciones.

En consecuencia, el presente trabajo en ningún caso constituye un análisis exhaustivo del concurso material de delitos como institución, y ni siquiera de su régimen de

¹ Entre las excepciones se han anotado algunas figuras en que, por existir una determinada conexión, resulta discutible su condición de concurso material de delitos. Ello obedece al propósito de considerar, sólo con fines ilustrativos, las situaciones en que la pluralidad de actos y la unidad de sujeto activo constituyen los rasgos más distintivos.

penalidad. Por el contrario, sólo nos anima el propósito de reflexionar sobre la base de un texto legal vigente en busca del sentido de algunas de sus disposiciones, lo que, además, nos lleva a prescindir de cualquier intento de crítica del sistema, materia de la cual se han ocupado en más de una oportunidad los penalistas chilenos.

4. Para una adecuada interpretación del art. 509 CPP. es preciso examinar brevemente la historia de su establecimiento. En este orden de ideas podemos comprobar que la penalidad del concurso material de delitos ha sido objeto de cuatro regulaciones diversas:

a) En una primera etapa, que comprende desde el 1º de marzo de 1875, fecha en que comenzó a regir nuestro Código penal, hasta el 1º de marzo de 1907, fecha que marca la entrada en vigencia del Código de procedimiento penal chileno, se aplicó en forma exclusiva lo preceptuado en el art. 74 CP., que, como se sabe, consagra el principio de acumulación aritmética de las penas.

b) Con la entrada en vigencia de dicho Código de procedimiento, se sustrajo a la aplicación del principio de acumulación aritmética los casos de *reiteración de simples delitos de una misma especie*, evento en el cual se debía imponer la pena correspondiente a las diversas infracciones estimadas como un sólo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados, todo ello en virtud de lo que disponía el primitivo art. 537 CPP. Este período se extiende hasta la dictación de la Ley 3.988, el 20 de octubre de 1923.

c) Dicho cuerpo legal agregó cuatro incisos al ya mencionado art. 537 CPP., los que son del siguiente tenor:

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

“Podrán, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el art. 74 del Código penal si, de seguir este

procedimiento, hubiere de corresponder al reo una pena menor”.

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

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

Como puede observarse, se hizo extensiva la regla de la acumulación jurídica de las penas a aquellos simples delitos que por su naturaleza no pudieren estimarse como uno solo, se estableció la posibilidad de aplicar el principio de acumulación aritmética en caso de ser más favorable al reo; se hicieron extensivas estas normas a los casos de reiteración de una misma falta y, por último, se definió lo que debe entenderse por delitos de la misma especie.

Esta situación se mantuvo hasta el 7 de septiembre de 1944, fecha en que se dictó la Ley 7.836.

d) Finalmente, con la dictación de dicha ley se llegó a la redacción que actualmente posee el art. 509 CPP. (anteriormente 537), por cuanto la modificación se limita a incluir los *crímenes* dentro del régimen de la acumulación jurídica que aquella norma consagra.

La evolución que se acaba de reseñar pone de manifiesto la tendencia a sustraer de la aplicación del art. 74 CP., un número cada vez mayor de figuras delictuales, llegando actualmente a comprender a todos los delitos de la misma especie, sean éstos crímenes, simples delitos o faltas; admitiendo, en cambio, la aplicación de aquella norma si fuere más favorable para el reo, lo que revela, sin lugar a dudas, la intención de atenuar el excesivo rigor del principio de acumulación aritmética de las penas.

Del mismo modo, al intercalarse el actual inciso segundo del art. 509 CPP., admitiéndose que la naturaleza de las diversas infracciones pueda impedir considerar el conjunto como un solo delito (estableciéndose una regla distinta para ese caso), unido ello al tan criticado concepto de lo que debe entenderse por delitos de la misma especie, se consagró una distinción que en la práctica resulta de difícil in-

interpretación, frente a la multiplicidad de casos que pueden presentarse ².

En todo caso, la interpretación del precepto debe enmarcarse dentro de lo que es el sentido propio de los sistemas de acumulación antes mencionados, esto es, evitar el rigor innecesario del principio de acumulación aritmética, pero sin caer en el extremo de convertir el cúmulo de delitos en un factor de atenuación de la pena, como en su oportunidad lo denunciara Maggiore.

5. Según hemos expresado anteriormente, las prescripciones del art. 509 CPP se aplican a aquellos casos de reiteración de delitos *de la misma especie*, y luego se discurre sobre la base de que estas infracciones puedan o no considerarse como un solo delito, para lo cual se atiende a la *naturaleza* de tales infracciones.

Si bien es cierto que en el plano semántico el término *naturaleza* —sinónimo de género— denota mayor amplitud que *especie*, basta la simple lectura del precepto legal en estudio para percatarse que éste utiliza dichas expresiones en un sentido diverso.

En efecto, sólo para estos fines, la ley penal considera que son delitos de la misma especie aquellos que están sancionados en un mismo título del Código penal o ley especial que los contempla. Conjuntamente se acepta la posibilidad de que dentro de una categoría de delitos de la misma especie, existan infracciones de diversa naturaleza. Esto nos lleva a concluir que dos delitos, a pesar de ser de la misma especie, pueden, en concepto de la ley, revestir naturalezas diferentes.

El legislador, obviamente, incurre en una impropiedad terminológica; sin embargo, atendida su importancia, este

² En relación con el sentido de la modificación introducida por los redactores del Código de procedimiento penal, merece destacarse la discusión habida en el seno de la Comisión respectiva, en sus sesiones 21 y 33 que es particularmente clara en cuanto al alcance de la norma.

es el pilar sobre el cual debe basarse cualquier intento por atribuir un sentido inteligible a las disposiciones del art. 509 CPP.

6. La aplicación de una u otra de las principales reglas de penalidad que contiene el art. 509 CPP., depende del hecho de que las diversas infracciones puedan o no ser estimadas como un solo delito: en caso afirmativo se aplica la norma del inciso primero, y en caso negativo, la regla contenida en el inciso segundo.

Ahora bien, para determinar si dos o más infracciones pueden o no considerarse como un solo delito, es preciso atender, de acuerdo con la frase inicial del inciso segundo, a la naturaleza de aquéllas.

Sin embargo, no existe certeza de lo que debemos entender por *naturaleza de las infracciones*. A esta falta de claridad contribuye en gran medida la actitud de nuestros tribunales, que en la mayor parte de sus fallos se limitan a dar por establecido que la naturaleza de los delitos que en cada caso se castigan, permite o no considerarlos como uno solo, sin entrar a examinar los fundamentos de la decisión.

Con todo, existen dos posiciones más o menos definidas que intentan explicar el alcance de la expresión:

a) La opinión más difundida, ciertamente, es aquella que considera que la unificación abstracta a que alude el art. 509 CPP. sólo es posible en aquellos delitos cuya penalidad depende de una cuantificación del objeto material de los mismos, como sucede, por ejemplo, en las figuras de hurto, estafa y malversación.

b) Nuestra jurisprudencia, empero, registra algunos fallos en los que se ha aplicado la regla de la unificación abstracta a delitos distintos de aquellos a los cuales nos acabamos de referir.

Más aún, en ciertas ocasiones se ha intentado describir lo que debe entenderse por naturaleza para estos efectos, aunque utilizando fórmulas un tanto vagas e imprecisas. Así, por ejemplo, en una oportunidad se afirmó que para determinar si varias infracciones podían ser consideradas como

un solo delito, era preciso atender a “la uniformidad de los medios y de las circunstancias empleadas para cometerlas”; en tanto que otro fallo consideró que debía estarse “a la esencia y a las características permanentes e invariables de los delitos”³.

Por nuestra parte, reconocemos la dificultad que encierra el hecho de intentar una descripción más o menos aproximada del concepto *naturaleza* para estos fines, y la imposibilidad de alcanzar un criterio que sirva de padrón objetivo para solucionar la totalidad de los casos. Por el contrario, estamos convencidos de que sólo se puede aspirar a ofrecer pautas, más o menos precisas, que sirvan para dilucidar los casos concretos, labor que, en definitiva, debe quedar entregada a los tribunales.

7. Como punto de partida es preciso considerar que la voz *naturaleza* tiene aquí un doble alcance. Se trata, por una parte, de un término abstracto y objetivo, como se desprende de la simple lectura del inciso 2º del art. 509 CPP. En efecto, para determinar si es factible unificar varias infracciones basta con examinar los diversos tipos de acuerdo con la descripción que de ellos ofrece el legislador, sin considerar las circunstancias que rodean la comisión de cada uno de ellos. A esta conclusión se llega luego de verificar que el legislador no exige que tomemos en cuenta tales circunstancias, como sí lo exige —y en la misma disposición— para determinar cuál de los delitos tiene asignada una pena mayor.

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que el término *naturaleza*, en su sentido más íntimo, alude a los caracteres esenciales o constitutivos del delito, lo cual obviamente debe extraerse de la descripción que en cada caso efectúa la ley.

³ Al respecto pueden consultarse los pronunciamientos de la Corte Suprema en *RDJ.* 60 (1963) 4-211 y *GT.* 2 (1947) 45-244; y los comentarios sobre estos mismos fallos en *ETCHEBERRY, El Derecho penal en la jurisprudencia* (Concepción 1969) 3, p. 131 ss.

Ahora bien, de acuerdo con el doble alcance que aquí hemos destacado, es preciso desechar cualquier intento por solucionar el problema que ahora nos ocupa atendiendo a las circunstancias de comisión de las diversas infracciones —v. gr., medios de ejecución, circunstancias de tiempo o de lugar, etc.—, o a las consecuencias jurídicas del delito, como sería la pena. Por esto, se equivocan quienes afirman que sólo pueden ser considerados como uno solo, en atención a su naturaleza, aquellos delitos en que la penalidad depende de una cuantificación del objeto material de los mismos.

En suma, para determinar si dos o más infracciones pueden unificarse en atención a su naturaleza, debemos atender exclusivamente a la descripción típica que efectúa la ley. En especial, deberá considerarse la acción, pero también pueden tomarse en cuenta otras circunstancias, como tiempo, lugar, víctima o modos de ejecución de la conducta, en la medida que se encuentren incorporadas al tipo. Del mismo modo, resulta decisivo considerar la forma que adopta la lesión del bien jurídico, lo cual generalmente será susceptible de extraerse de la misma conducta. Así, por ejemplo, todos los delitos contra la propiedad, por estar tratados en un mismo título del Código Penal, son de la misma especie, pero en ningún caso podríamos tener como de igual naturaleza a una figura de apropiación y a otra de destrucción. En cambio, no vemos ningún inconveniente para atribuir este carácter al hurto respecto de la figura de apropiación que contempla el art. 470 N^o 1 CP., infracciones éstas que, aparte de ser de la misma especie, revisten igual naturaleza.

Como es obvio, el caso más característico de figuras de la misma naturaleza es aquel en que existe identidad absoluta de tipos. De este modo, si una persona comete dos o más delitos de hurto, es indudable que estamos en presencia de figuras de la misma naturaleza, no por la forma como ha de determinarse la pena, sino por la identidad típica a que acabamos de aludir. Lo mismo puede decirse

de quien comete dos o más delitos de lesiones⁴, dos o más delitos de robo con fuerza en las cosas, dos o más estafas, etc.⁵.

Pero tampoco debemos pensar que los casos de identidad típica absoluta son los únicos en que puede darse la situación en estudio; porque otro tanto acontece en los casos de identidad relativa, de acuerdo con las pautas anteriormente señaladas. Así lo han entendido los tribunales, aunque en forma excepcional⁶.

8. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que el propio art. 509 CPP., en su inciso primero, contiene una limitación que emana de la forma como ha de efectuarse la unificación abstracta de los delitos. En este caso la ley ordena que se imponga "la pena correspondiente a las diversas infracciones".

Luego de comparar esta regla con la que contiene el inciso segundo del mismo artículo, en que se parte de la base de que existen dos o más penas de diferente gravedad, resulta que la única forma de atribuir un sentido inteligible y lógico al precepto en su conjunto, es concluir que el inciso primero se refiere a penas de la misma gravedad. Esto parece ser lo que ha querido expresar el legislador al hablar de *la pena* asignada a los diversos delitos.

En consecuencia, para aplicar el inciso primero del art. 509 CPP., los delitos deben ser susceptibles de unificarse en atención a su naturaleza, en los términos que aquí hemos expresado, y además tener asignada la misma pena. Esto último, como resulta fácil comprender, no tiene relación al-

⁴ En este sentido se ha pronunciado la Corte de Concepción; vid. *GT.* 2 (1908), 472-794 y *GT.* (1913), 77-230.

⁵ También merece consultarse una sentencia de la Corte Suprema en *RDJ.* 29 (1932), 1-363.

⁶ Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha considerado como un solo delito, la infracción del art. 138 CP. (impedir el ejercicio de un culto) y la del art. 139 CP. (ultraje al ministro de un culto). Sobre el particular debe consultarse *GT.* 1 (1918), 74-180.

guna con el concepto de *naturaleza*, sino que emana directamente de la ley.

9. Según hemos expresado anteriormente, el inciso primero del art. 509 CPP. exige llevar a cabo un examen comparativo de las penas que la ley asigna a las infracciones, con el objeto de determinar si estas últimas se encuentran todas sujetas a una misma sanción.

Para estos efectos creemos necesario tomar como referencia la pena concreta que corresponde aplicar al sujeto por cada una de las infracciones y no la sanción abstracta que contempla la ley. De modo que es perfectamente posible aplicar dicho inciso primero a dos delitos, un hurto y un robo por ejemplo, que siendo de la misma naturaleza tienen asignadas penas distintas, si por concurrir atenuantes respecto de ellos, se llega a un mismo nivel punitivo para ambos. Otro tanto acontece si a igual penalidad conduce la ponderación de agravantes.

Nuestra afirmación se basa en la necesidad de interpretar armónicamente los dos primeros incisos de la disposición en estudio (recordemos que el inciso segundo obliga a tomar en cuenta las circunstancias modificatorias al llevar a cabo la comparación) y en la situación de injusticia que se produciría al considerar dichas circunstancias en una etapa posterior, es decir, luego de efectuar el aumento de grado que ordena la ley, evento en el cual indirectamente estarían modificando la responsabilidad por delitos respecto de los cuales no concurren.

10. La forma concreta que asume la consideración abstracta de dos o más infracciones como un solo delito merece un examen más detenido.

Teniendo en cuenta que el problema normalmente se plantea respecto de aquellos delitos en que la pena depende de la cuantía del objeto material, el procedimiento más usual es aquel que se basa en la suma de los montos de las diversas infracciones. Efectuada esta operación se obtiene lo que suele denominarse *delito base*, que es el que

en definitiva se considera para la fijación de la pena. Así, por ejemplo, tres hurtos de \$ 100 cada uno se consideran como si fuera uno solo de \$ 300, y sobre la base de este monto se fija la pena de acuerdo con la escala que proporcióna el art. 446 CP.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia registra algunos casos en que se ha aplicado la pena partiendo de aquella que la ley asigna a cada una de las infracciones (cualquiera de ellas), prescindiendo de la suma de las cuantías⁷.

Este es, a nuestro juicio, el criterio que más se aviene con el espíritu y la letra de la norma legal en estudio, por las razones que a continuación se exponen:

a) Según hemos dicho anteriormente, no existe ningún antecedente para sostener que la aplicación del inciso primero del art. 509 CPP. deba limitarse a aquellos delitos en que la pena se calcula en base a una determinada cuantía. Luego, si aceptamos que respecto de estos últimos se hace necesario sumar los montos de las diversas infracciones, obligadamente tendríamos que aplicar una regla diversa a los delitos en que no es posible efectuar aquella operación.

Ahora bien, no resulta lógico ni conveniente mantener dos procedimientos diversos para el cálculo de la pena frente a una misma situación, y tampoco creemos que el texto del artículo permita efectuar una distinción en este sentido.

b) Enseguida, cabe hacer presente que en el inciso segundo del mismo precepto, la pena se calcula tomando como base una de las varias infracciones que concurren (aquella que tenga asignada mayor pena), aumentándose en uno, dos o tres grados. En otras palabras, el legislador simplemente prescinde de las otras infracciones, estimando que el aumento de grado es suficiente compensación por este hecho.

Ahora bien, aceptar el criterio que toma como base la suma de las cuantías, implica necesariamente considerar todas las infracciones, lo cual, sin razón alguna que lo justifique, pone en desventaja al delincuente a quien se aplica el inciso

⁷ A modo de ejemplo, cabe destacar sentencia de la Corte Suprema en *RDJ. 12 (1914), 1-389*.

primero, frente a otro que comete delitos comprendidos en el inciso segundo.

Veamos un ejemplo. Si un individuo comete tres delitos de hurto cuyo importe es de tres sueldos vitales cada uno, las tres infracciones se encuentran comprendidas en el art. 446 N° 3 CP., que impone presidio menor en su grado mínimo; pero si sumamos las cuantías nos queda un delito base —por decirlo en términos corrientes— de nueve sueldos vitales, resultando aplicable el N° 2 de la misma disposición, que contempla una pena de presidio menor en su grado medio.

Como puede apreciarse, en este caso no estamos considerando la pena asignada a uno de los delitos, como sucede en el inciso segundo del art. 509 CPP., sino que aumentando en un grado la pena aplicable a cada uno de los delitos.

¿Por qué debe aceptarse esta discriminación, si la aplicación de uno u otro inciso depende de factores tan extraños como el hecho de que dos o más infracciones puedan considerarse como un solo delito en atención a su naturaleza y que una de aquéllas tenga asignada mayor pena que la otra? Obviamente ninguno de estos factores lleva a concluir que la situación regulada por uno de los incisos sea más reprochable o más grave que la otra.

c) Como se sabe, ambos incisos ordenan aumentar la pena en uno, dos o tres grados, y aunque el texto del inciso primero no lo dice expresamente, existe acuerdo en estimar que en los dos casos el aumento depende del número de los delitos que concurren.

Como ya lo hemos demostrado, si aplicamos el procedimiento de la suma de las cuantías, de hecho estamos considerando todas las infracciones involucradas en el concurso; y si luego tomamos en cuenta su número para decidir el aumento de grado, obviamente estaremos considerando dos veces una misma circunstancia en la determinación de la pena. Sin embargo, nadie ignora que la ley penal no admite este procedimiento (principio non bis in idem) de modo que no hace falta entrar en mayores explicaciones sobre este punto.

d) Finalmente, el art. 451 CP., al referirse a los casos de reiteración de hurtos a una misma persona o en una misma casa a distintas personas, dispone expresamente que debe tomarse por base el importe total de los objetos sustraídos. Si esta fuera la regla general, no habría sido necesario que el legislador la repitiera en una norma de carácter especial.

Sin embargo, lo que sucede es que el art. 451 CP. constituye, precisamente, una excepción. De aceptarse otro criterio, tendríamos que concluir que la disposición es superflua y reiterativa en esta parte.

Las ideas que se acaban de exponer demuestran que no es aceptable el procedimiento de sumar las cuantías de los delitos, para los efectos de proceder a su unificación. Teniendo presente, además, la necesidad de aplicar un criterio uniforme para la determinación de la pena dentro del inciso primero, creemos que la solución correcta es tomar como base la pena asignada a una de las infracciones (da lo mismo cualquiera, pues todas han de tener necesariamente la misma pena) y luego aplicar el aumento en uno, dos o tres grados respecto de ella, atendiendo al número de los delitos que concurren. Este es, por otra parte, el procedimiento que mejor encuadra dentro de un sistema que fue concebido, precisamente, para morigerar el excesivo rigor del art. 74 CP., según pudimos observar al ocuparnos de la historia del establecimiento de dicho sistema.

11. Suele plantearse ante los tribunales la posibilidad de aplicar conjuntamente los artículos 74 CP. y 509 CPP., lo que nos lleva a examinar la cuestión de los llamados *sub-concursos de delitos* o, dicho de otro modo, la posibilidad de dividir el cúmulo.

Esta figura se presenta cuando un mismo sujeto comete varias infracciones, no siendo posible aplicar a todas ellas las prescripciones del art. 509 CPP. A modo de ejemplo, podemos citar el caso de una persona que comete dos delitos de hurto, luego una violación y finalmente un homicidio. En el evento de que los dos primeros reúnan las exigencias del art. 509 CPP., cabe preguntarse si es posible aplicar una

sola pena respecto de ambos conforme a esta última disposición y luego proceder, respecto de ésta y de las dos restantes, de acuerdo con el art. 74 CP.

Para responder a este interrogante debemos considerar, en primer término, que el concurso material de delitos es una figura que tiene por objeto ofrecer una vía de solución al problema sancionatorio que se plantea cuando una misma persona ha cometido dos o más infracciones. Pero la intención del legislador es que el castigo de todas las infracciones se regule conforme a un mismo procedimiento.

Esto último aparece suficientemente claro en el texto del art. 74 CP., en cuanto dispone que al delincuente se impondrán “todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”. El término *diversas* en este caso debe entenderse como sinónimo de *todas*, ya que la utilización de aquél obedece a la necesidad de no repetir la expresión *todas* que ya había sido utilizada en el mismo párrafo.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, y considerando además que el procedimiento del art. 74 CP. constituye la regla general, forzoso es concluir que la regla excepcional del art. 509 CPP. —que también alude a las “diversas infracciones”— sólo es aplicable cuando todos los delitos reúnan los requisitos exigidos por esta última disposición.

Corroboración lo que aquí hemos expresado la circunstancia de que el propio art. 509 CPP. contempla la *posibilidad* de aplicar el procedimiento del art. 74 CP. cuando resulte más favorable al reo, lo cual evidencia el espíritu de la ley en el sentido de que sólo se aplique uno u otro procedimiento.

Volviendo al ejemplo que proponíamos anteriormente, creemos que allí se dan exactamente los presupuestos del art. 74 CP., ya que no reuniendo todas las infracciones el carácter de delitos de la misma especie, y no contemplando la ley otra excepción que comprenda el caso, se hace necesario aplicar al reo todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, conforme a la regla general contenida en aquella disposición.

12. A modo de resumen de todo lo anteriormente expuesto, estamos en condiciones de adelantar algunas conclusiones acerca del ámbito de aplicación del procedimiento excepcional que contempla el art. 509 CPP., conforme al esquema que aquí hemos intentado construir:

a) La norma legal en estudio se aplica a condición de que *todos* los delitos involucrados en el concurso sean de la misma especie, es decir, que estén contemplados en el mismo título del Código penal o ley especial correspondiente. Si alguno o algunos de ellos no revistieren este carácter se aplica el art. 74 CP., que constituye la regla general, aun cuando aparezcan comprometidos dos o más delitos de la misma especie, porque la ley no permite aplicar ambos procedimientos en forma conjunta.

b) En el evento que todos los delitos que concurren sean de la misma especie, el inciso primero se aplica si ellos son susceptibles de considerarse como uno solo, en atención a su naturaleza, lo que debe determinarse atendiendo a la descripción abstracta que efectúa la ley, y siempre que tengan asignada la misma pena, ponderando en este último caso las circunstancias concurrentes, sean atenuantes o agravantes.

c) Si no concurre alguno de estos requisitos copulativos se aplica el inciso segundo.

d) Para determinar la sanción aplicable, en ambos casos debe considerarse la pena asignada a alguna de las infracciones —cualquiera de ellas en el inciso 1º o la mayor en el inciso 2º— y luego proceder al aumento en uno, dos o tres grados, que en las dos situaciones depende del número de delitos que concurren.

13. Al concluir estas líneas, esperamos haber llamado la atención acerca de algunas de las deficiencias del sistema que actualmente rige el concurso material de delitos, como así también acerca de algunas situaciones que de tanto repetirse en el tiempo han adquirido caracteres de fijeza, al margen de cualquier estudio sobre los fundamentos de las mismas.

Las deficiencias del sistema se deben, en nuestro concepto, a las sucesivas reformas que con escasa fortuna se introdujeron al texto primitivo del actual art. 509 CPP. Dicho texto, con la sola adición de incluir todo género de delitos (crímenes, simples delitos y faltas) hubiera bastado para resolver en forma más justa y homogénea todos los interrogantes que aquí hemos pretendido aclarar; pues, como se ha podido observar a lo largo de este trabajo, las limitaciones que actualmente impone el precepto han determinado que se desvirtúen en gran medida los fines que se tuvieron en vista al momento de su dictación.

Estamos conscientes de que el esquema planteado dista mucho de ser perfecto, y que por esto mismo está destinado a ser objeto de múltiples y muy bien fundadas críticas. Es justamente lo que esperamos, en beneficio de un esclarecimiento definitivo del sistema.