

Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales*

About the Nature of Concurrent Offenses

Francisco Maldonado Fuentes

Profesor Asociado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca
frmaldonado@utalca.cl

Resumen

El texto analiza las dos construcciones que han sido propuestas por la doctrina respecto a la naturaleza y operaciones que propone el llamado concurso aparente de leyes penales (o concurso de leyes). Por un lado, la más clásica que lo asume como un problema de interpretación de la ley y que plantea ocupar este tipo de herramientas para sistematizar las normas concurrentes modificando sus respectivos contenidos. Por otro, la de quienes entienden que se trata más bien de un problema de aplicabilidad de las reglas de sanción concurrentes y que adscribe la temática a la teoría de la pena. El artículo pasa revista a las principales objeciones y debilidades de ambas para concluir la mayor conveniencia de asumir este último desarrollo. Esta preferencia toma en cuenta que es complejo asumir la corrección o incorrección de alguna de ellas, pues los problemas y diferencias que proponen se encuentran íntimamente asociadas a definiciones conceptuales previas sobre aspectos fundamentales de los sistemas jurídicos (como el papel de la interpretación o las nociones de vigencia, validez y eficacia de las normas).

Palabras clave: Concurso aparente de leyes penales, conflicto de normas, interpretación de la ley, aplicabilidad de las normas.

Abstract

This article analyzes two legal theories about the nature and scope of concurrent offenses. The traditional approach understands concurrent offenses as a problem related to law interpretation. This legal theory states that law should be interpreted to systematize the concurrence of norms, modifying its respective contents. The second legal theory establishes that concurrent offenses is a matter related to the theory of punishment, arguing that these cases should be solved by the application of sanction rules. This article evaluates the principal strengths and weaknesses of both legal theories, concluding that the second legal theory seems a better option. This article recognizes the complexities involved in this approach, taking into consideration the impact that prior theoretical concepts have on legal systems (such as the role of law interpretation, the concept of validity, and efficacy of norms).

Keywords: concurrent offenses, norm conflict, law interpretation, norm applicability.

* El texto forma parte del proyecto Fondecyt Regular N°1170276, financiado por Conicyt, del cual el autor es investigador responsable.

1. Introducción

1.1. Consideraciones preliminares

La doctrina entiende de manera más o menos uniforme que el concurso de leyes penales se produce cuando “un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, solo será regulado por uno de ellos, pues los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas”.¹ Constituyen casos en los que se constata la concurrencia formal de las exigencias de dos o más tipos penales, pero se rechaza la efectividad de una pluralidad delictiva pues el recurso a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad resulta determinante para concluir que se debe prescindir totalmente de alguna de las figuras concurrentes.² Operan, por ello, como “criterios de solución” que dan cuenta del carácter aparente de la concurrencia de delitos. Por lo dicho, la materia se desarrolla en torno a casos de “unidad jurídica” de delito en los que se descarta el “concurso”, a pesar de que los términos formales de la ley dejen la impresión equívoca de que es posible identificar una pluralidad de infracciones.³ Por lo mismo, desde antiguo se entendió que constituye una problemática propia de la teoría de la ley penal o de la tipicidad,⁴ que debe ser resuelta en el campo de la interpretación de la ley penal. Este criterio mantiene amplios grados de adhesión en la actualidad y en Chile constituye doctrina dominante.⁵

No obstante, desde siempre han existido voces —crecientes en las últimas décadas— que reclaman una conceptualización diversa para tratar este conjunto de casos, y que toma como punto de partida la concurrencia formal y efectiva (no aparente) de varios tipos penales.⁶ Si

¹ CURY (2007), p. 667; FONTECILLA (1956), p. 89.

² Se trata de un delito regido por una disposición penal. CURY (2007), p. 667; ETCHEBERRY (1997), p. 122. Se asocia a “alternancia” (FONTECILLA (1956), p. 61. Crítico, MAÑALICH (2005), p. 1043).

³ De ahí el calificativo “aparente” (ORTIZ y AREVALO (2013), p. 354). Por esta razón el uso en otros contextos (como el alemán) del término “unidad de ley” y antes de “concurso impropio” (STRATENWERTH (2005), p. 540), en tanto enfatiza que las leyes desplazadas no concurren (FRISTER (2016), p. 679; JESCHECK y WEIGEND (2014), pp. 1092-1093). Lo mismo ocurre en el uso del “concurso de leyes” como opuesto a “concurso de delitos” (FERNÁNDEZ (2013), p. 27). Sobre la terminología, MAÑALICH (2005), p. 1039. Lo relevante es que se descarta que en los casos de concurso aparente haya concurso de delitos. CURY (2007), p. 667; ORTIZ y AREVALO (2013), p. 354. Asimismo, SUÁREZ (2001), p. 64 (con cita de autores españoles).

⁴ FERNÁNDEZ (2013), p. 26.

⁵ En este sentido, OSSANDÓN (2018), p. 970, nota 71 (con referencias bibliográficas) y MUÑOZ (1986), p. 367. En concreto CURY (2007), pp. 206 y 668; ETCHEBERRY (1997), p. 122; GARRIDO (2007), p. 335-336; LABATUT (1993), p. 174; NOVOA (2005), p. 249; ORTIZ y AREVALO (2013), p. 354. En su tiempo, BUSTOS (1962), p. 72 y FONTECILLA (1956), pp. 52 y 91. La realidad comparada es diversa. En España fue influyente (MATUS (2002), pp. 48-49; SANZ MORÁN (2012), p. 16) y ahora tiende al abandono (MIR (2005), p. 638). En Alemania, consolidada hasta hace poco (MATUS (2001), pp. 45 y ss.), si bien hoy se favorece el reconocimiento del concurso efectivo (GARCÍA ALBERO (1995), p. 135). Influye el régimen penológico del concurso ideal en tanto es igual al que se aplica a la “unidad de ley” (absorción simple), favorable a la “combinación de marcos penales” (MAURACH *et. al.* (1995), p. 574; ROXIN (1997), pp. 979 y ss., 1017 y 2023 y ESCUCHURI (2004), pp. 198-200). Sobre el “principio de combinación”, los autores citados, y JAKOBS (1997), pp. 1068-1069; SUÁREZ (2001), p. 107; SANZ (1986), p. 33.

⁶ En este sentido, en Chile, MAÑALICH (2005), pp. 1023, 1039, 1040 y 1193; antes, MAÑALICH (2004), p. 499; MATUS (2005), p. 466. Asimismo, NINO (1972), p. 48 y 66; PESSOA (2018), p. 83; ESCUCHURI (2004), pp. 13-15; PEÑARANDA (1991); CASTELLÓ (2000), pp. 7 y 14. En Alemania, es dominante. Por todos, STRATENWERTH (2005), p. 540.

esto es así, no se descarta el concurso “de delitos”, sino que se debe analizar si resulta problemática la aplicación conjunta de las consecuencias previstas.

A primera vista, parecieran dos formas o maneras alternativas de enfrentar un mismo tipo de problema, con resultados que debiesen resultar similares. No obstante, las operatorias propuestas en cada caso tienen implicancias que no se pueden obviar pues sus premisas enfrentan problemas (a veces, serios); alcanzan diverso grado de precisión y certeza en el razonamiento; y plantean casos —ambas— en los que no resulta evidente la solución (o coherente el desarrollo que pretende arribar al mismo).⁷ Si bien lo dicho es suficiente para justificar una mayor dedicación, hay que considerar además que en parte los desarrollos propuestos no siempre son sustentados en forma acabada o precisa, lo que dificulta su valoración;⁸ y presentan también matices o variantes que, en el mismo sentido, suelen profundizar la dificultad.⁹ Dichos déficits se incrementan además por la incertidumbre que ofrece el tratamiento de la temática en general y que afecta a la propia determinación de los principios de solución; del contenido de cada uno y de los casos que comprenden,¹⁰ de forma que parecieran solo dar cuenta de dicho estado (deficitario).¹¹ Como destaca Nino: “hay casos que para algunos (autores o fallos) son concurso aparente, para otros, ideal y, para otros, real”.¹²

1.2. Aproximaciones diversas

Antes de asumir la tarea de describir la operatoria que se propone tras cada modalidad, resulta indispensable compartir un par de consideraciones más generales. Lo primero es advertir que todo problema relativo a conflictos de normas admite ser construido desde perspectivas diversas,¹³ en tanto presupone una determinada conceptualización acerca de lo que son las

⁷ ESCUCHURI (2004), pp. 27-28; GARCÍA ALBERO (1995), pp. 185-186.

⁸ GARCÍA ALBERO (1995), pp. 185-186 (quien los califica de “inadecuados”); NINO (1972), pp. 120-121

⁹ ESCUCHURI (2004), pp. 43 y ss. (con un resumen de diversas posturas).

¹⁰ Vale como ejemplo el tratamiento del principio de alternatividad, pues los tratamientos no solo son diversos sino en parte opuestos. Para la tradición de Binding (MATUS (2001), p. 15) corresponde a situaciones de plena coincidencia en el contenido de las reglas en conflicto (casos de “identidad”) calificados por ello como errores legislativos (CID (1994), p. 41; ESCUCHURI (2004), pp. 189-191; MIR (2005), p. 643; NINO (1972), p. 64; MATUS (2005), p. 481; POLITOFF *et. al.* (2003), pp. 456 y 457; SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), p. 564) o como casos que no proponen preferencia (SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), pp. 566-567 y, próximo, CURY (2007), p. 771). Otros lo vinculan a casos de heterogeneidad (con detalle GARCÍA ALBERO (1995), p. 95; PEÑARANDA (1991), p. 40 o SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), p. 564) cuyos contenidos no coinciden y son incompatibles (KLUG (2002), p. 61 y 68), lo que también lleva a descartar el criterio (PESSOA (2018), p. 213). Finalmente, se lo vincula a hipótesis alternativas de comisión (CASTELLÓ (2000), p. 168; ETCHEBERRY (1964), pp. 62, 63 y 98; GARRIDO (2007), p. 354). Sobre las diversas formas, SANZ MORÁN (1989), pp. 664 y ss.

¹¹ ETCHEBERRY (1997), p. 123; antes, ETCHEBERRY (1964), p. 45; FONTECILLA (1956), p. 96 (citas, profusas, en nota 22); MATUS (1994), p. 174; MATUS (2001), pp. 30-31; MUÑOZ (1986), p. 367; PRAMS (2010), p. 461, nota 3. En España, por todos, SANZ (1986), p. 121 (quien califica el debate como “interminable”); en Alemania, por todos, STRATENWERTH (2005), pp. 540 y 541; en Argentina, por todos, ARCE (1996), pp. 164-165. Se extiende a toda la teoría concursal. Nítido, CARAMUTI (2018), p. 45; ETCHEBERRY (1964), p. 10; ESCUCHURI (2004), p. 2; FERNÁNDEZ (2013), p. 25; PALMA (2004), p. 20; SANZ (1986), p. 111; SANZ MORÁN (2012), p. 9; SUÁREZ (2001), p. 29;

¹² NINO (1972), pp.120-121.

¹³ Se constatan al menos 3 modelos generales diversos. ALONSO (2018), pp. 69 y ss. (quien además ratifica que presentan numerosos matices y no siempre dan respuestas inequívocas).

normas y los sistemas jurídicos en general; sobre sus caracteres (en especial, la coherencia, armonía y sistematicidad); sobre el ámbito o nivel al que pertenecen y en el que tienen lugar sus relaciones recíprocas,¹⁴ y sobre el contenido que cabe asignar a nociones fundamentales como validez, pertenencia o aplicabilidad del derecho. Asimismo, respecto del papel o función que cabe asignar a la hermenéutica.¹⁵ De esta forma, las definiciones y la propia lectura de los problemas que se ofrecen en estos ámbitos vendrán condicionadas por las premisas, determinando coincidencias y divergencias que en el fondo se explican por dichos puntos de partida, ubicados en un ámbito previo al que es propio del concurso aparente de leyes penales¹⁶. Por ello muchos de los casos problemáticos son resueltos en forma similar, si bien en base a desarrollos, categorías, fundamentos o razones diferentes, pues se postulan desde “lenguas” distintas, que, con razón, presentan dificultades a la hora de dialogar.¹⁷ Por esta razón procuraré, en lo posible, prescindir de categorías o etiquetas de estilo, a fin de reducir la incidencia problemática de la pre-comprensión y favorecer los argumentos (y, con ello, las soluciones).

La segunda cuestión en parte ya la he anticipado: las diversas aproximaciones no gozan de la precisión requerida, lo que a mi juicio se explica (pero no “justifica”) por la claridad intuitiva de la solución que cabe en general asignar a la mayor parte de los casos. Basta ver que la tesis que llamaré “de la interpretación” describe un problema “interpretativo”, y no es usual que se identifique siquiera la naturaleza del método hermenéutico que se propone utilizar ni las implicancias inmediatas que su uso conlleva, perjudicando la claridad del análisis, la superación de los déficits posibles de advertir; el propio aserto de las conclusiones propuestas y, finalmente, su poder específico de convicción.

Bajo estos supuestos ofreceré una relación del contenido de ambas aproximaciones de cara a favorecer una opinión sobre la naturaleza del problema que propone el concurso aparente de leyes penales, bajo la idea de que constituye un supuesto fundamental para determinar las herramientas y el procedimiento al que se debe recurrir para abordarlo.

2. Presentación (exposición) de las tesis en juego

2.1. Tesis de la interpretación

La tesis de la interpretación parte de un supuesto esencial: la concurrencia de delitos solo se advierte en estos casos de forma preliminar pues el recurso “interpretativo” asociado a los principios de solución lleva a concluir que uno (o más) de los tipos delictivos formalmente

¹⁴ Por todos, FERRER y RODRÍGUEZ (2011), pp. 145 y ss.

¹⁵ Por sobre la tarea básica de identificación de normas (HUERTA (2003), p. 176; NAVARRO y MORESO (1996), p. 136) algunos la refieren a la sistematización del derecho (para coherencia, armonía y completitud) como tarea “constructiva” (FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 32; LIFANTE (2015), p. 200). Otros la rechazan, pues entienden que la coherencia y completitud del sistema es una exigencia y no una característica (CELOTTO (2018), p. 14). Así, “sistematización” es concebido como algo diverso a la “hermenéutica” (GUASTINI (2011), pp. 111-112; RATTI (2013), p. 121).

¹⁶ GARCÍA ALBERO (1995), pp. 45 y 133 (quien pone de relieve que en este ámbito “la abundancia de etiquetas evidencia intrínsecas dificultades en la conceptualización del fenómeno en cuestión”).

¹⁷ Como ejemplo véase Jakobs, quien sólo acepta casos de “especialidad”, pero la define en términos tan amplios que incluye caso todo lo que otros sitúan en criterios alternativos (JAKOBS (1997), pp.1053-1054 y, sobre lo dicho MAÑALICH (2004), p. 497).

concurrente debe ser excluido de toda consideración (reconocimiento y efectos).¹⁸ De fondo, se entiende que los principios operan como criterios hermenéuticos que ayudan a precisar el contenido de las reglas concurrentes, y permiten concluir que algunas no han sido previstas para regular los hechos enjuiciados.¹⁹ Esto sería así pues existirían otras reglas que habrían sido dispuestas para su tratamiento particular.²⁰ Así, el recurso se ocupa para descartar que estas normas extiendan sus contenidos al caso de que se trata, a pesar de que en su descripción formal lo hagan (“en apariencia”).²¹ De esta forma la conducta de “quien mata a su padre” no infringiría la prohibición que subyace a la tipificación del homicidio simple, pues se trataría de un “caso de homicidio” regulado en otro delito (el parricidio), por su mayor “especificidad”. Y quien comete violentamente a otro a entregar bienes de su propiedad, incurriría en un “robo con intimidación”, que capta íntegramente el desvalor de lo ocurrido, descartándose que se trate de un caso regulado en el ámbito de las coacciones (art. 494 n° 16). Finalmente, las tocamientos lascivos ejecutados sobre quien es objeto de un acceso carnal forzado no se regularían en los abusos sexuales (art. 366) pues el legislador incluiría su tratamiento en la violación (art. 361 n°1), por razón a su mayor entidad como agresión.

Estas conclusiones se apoyan en una clara apreciación intuitiva que se respalda a través de los principios de solución: resulta complejo afirmar que en estos casos se ha cometido más de un delito.²² Y no sólo por constituir ejecuciones en unidad de acción,²³ sino porque se afirma que uno de los tipos concurrentes incluye todos los aspectos relevantes de considerar, razón por la que reclama la regulación exclusiva y excluyente del caso. Por ello se entiende

¹⁸ Por todos, ORTIZ y AREVALO (2013), p. 362.

¹⁹ Así en ETCHEBERRY (1997), p. 108; GARRIDO (2007), p. 352; LABATUT (1993), p. 174; NOVOA (2005), p. 252; ORTIZ y AREVALO (2013), pp. 354 y 355. Ninguno, sin embargo, los tratan como tales al abordar la interpretación de la ley penal. Por todos, GARRIDO (2007), pp. 94 y ss.

²⁰ Se suele ejemplificar con reglas “especiales” pues evidencian claramente la imagen de que el legislador regula una “excepción expresa” para sustituir los efectos de la norma general. Al respecto FRISTER (2016), p. 681; STRATENWERTH (2005), p. 542.

²¹ En este sentido, la operación incide sobre el ámbito de validez de las reglas, lo que es propio de su interpretación. Sobre la relación entre cobertura de una regla y su validez, véase, por todos, PÉREZ (2009), p. 17. En cualquier caso, constituiría una “invalidez parcial” (en tanto “recorta” una parte de los supuestos) como detalla ESCUCHURI (2004), pp. 15 y ss.

²² CURY (2007), p. 667; ETCHEBERRY (1997), p. 122.

²³ La idea de que la constatación de una sola y única acción solo puede dar lugar a un delito tuvo amplio reconocimiento doctrinario, resultando además intuitiva (CURY (2007), p. 649; ESCUCHURI (2004), p. 393 y ss.; PEÑARANDA (1991), p. 31; REYES (1990), p. 9). Hoy está un poco más claro que dicha asunción obvia que delito es una “calificación de comportamiento” que recae sobre un sustrato empírico, que por ello puede ser recipiente de una pluralidad de delitos (ETCHEBERRY (1964), p. 18; ESCUCHURI (2004), p. 26; MAÑALICH (2005), p. 1027; Matus, aportando, p. 99 y 100; NOVOA (2005), p. 221; PESSOA (2018), p. 34; PEÑARANDA (1991), pp. 31 y 32; y VIVES (1981), p. 16). Por lo dicho, la visión tradicional durante el siglo XX tendió a circunscribir el concurso aparente en torno a “casos de unidad de acción” (CURY (2007), p. 667; ETCHEBERRY (1964), pp. 14, 15 y 99; MUÑOZ (1986), p. 369 y 371; NOVOA (2005), pp. 233, 248 y 249), de forma que se problematiza por oposición a los casos de concurso ideal (BUSTOS (1962), p. 71; ETCHEBERRY (1964), pp. 12 y 14; GARRIDO (2007), p. 351; FONTECILLA (1956), p. 61; MAÑALICH (2015), pp. 195 y 206, quien incluso suscribe el “principio” “in dubio pro concurso ideal”). A dicho respecto cabe constatar que desde antiguo se reconocen casos “de concurso aparente” referidos a pluralidad de hechos o acciones (JAKOBS (1997), p. 1049; MAURACH et. al. (1995), p. 583 y ss.), paradigmático en los actos anteriores y posteriores copenados (PALMA (2004), pp. 123 y ss.) o concursos “reales” impropios (MAÑALICH (2015), pp. 195 y ss.; MAÑALICH (2005), pp. 1044, 1047 y 1050). Sobre el problema (complejo) de precisar qué es una acción.

que toda norma especial prima (“deroga”) a la general; toda norma preferente desplaza a las subsidiarias y toda norma más amplia que incluye el desvalor de otras, provoca el mismo efecto. De esta forma lo problemático se propone a partir del análisis comparativo del contenido de las normas concurrentes, se vincula al principio de “interpretación sistemática”,²⁴ y se orienta a asegurar la debida coherencia y armonía del ordenamiento.²⁵

En específico, la consideración exclusiva de una de las normas concurrentes parece contradicha por los presupuestos que describen a las demás, a pesar que, como señalamos, su contenido parece captar el desvalor del hecho en forma íntegra o cabal. Su mayor amplitud o especificidad (según sea el caso) se identifica como característica o cualidad que permite “advertir” su prioridad.²⁶ Se afirma por ello que las demás figuras formalmente concurrentes no fueron reguladas para el tratamiento de estos casos en particular, de forma que su aplicación queda reservada para un ámbito residual. El conflicto pareciera originado en la regla secundaria o residual, en tanto se encontraría descrita con una amplitud formal que es irreal y que, por ello debe ser corregida, interpretativamente. Para ello, se “ajusta” el contenido formal de las normas que deben ser desplazadas, a fin de hacerlo coincidir con el ámbito residual en que están llamadas a operar, en atención a que —se sostiene que— solo han sido previstas para ellos.²⁷ De esta forma, el planteamiento pasa por una reducción del campo de aplicación a la norma preterida (desplazada) si se lo contrasta con aquel que se propone a partir de la descripción literal del precepto que la contiene, pues sólo de esa forma se puede sostener que los casos “excluidos” no son auténticamente regulados por la correspondiente prohibición.²⁸ Para lograr dicho efecto se procede a identificar un ámbito específico para la aplicación exclusiva de cada una de las normas en juego, evitando con ello un potencial solapamiento,²⁹ aplicando una modalidad hermenéutica de carácter correctivo

²⁴ DE LA RUA (2013), p. 17; FONTECILLA (1956), p. 91; RUIZ (2015), p. 196; LABATUT (1993), p.47; MANCINI (2016), p. 32; RETTIG (2017), p. 271.

²⁵ Bajo esta comprensión se adhiere a la idea de que la unidad del ordenamiento (la coherencia y armonía entre las reglas que lo componen) se obtiene gracias a una interpretación de las normas que las haga “consistentes” y recíprocamente compatibles. Así, LABATUT (1993), p. 47. Lo detallan como proceso GUASTINI (2015), p. 40; HUERTA (2003), pp. 161, 176, 178 y ss. y, especialmente, 180; MARTÍNEZ (2015), p. 100. Asimismo, en GONZÁLEZ (2013), p. 197; RETTIG (2017), p. 271, se destaca que se la califica incluso como una función básica de la hermenéutica.

²⁶ Con ello, los principios de solución operan también como reglas o “criterios de preferencia”. Dicho carácter se reconoce desde antiguo al “principio de especialidad”, junto a la jerarquía (ley superior) y a la temporalidad (ley posterior). Lo destaca CELOTTO (2018), p. 98; MAÑALICH (2015), pp. 197 y, en el sentido de la tesis interpretativa, FONTECILLA (1956), p. 98 y SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), p. 560. Sobre criterios de preferencia en general ALONSO (2018), p. 125; CELOTTO (2018), pp. 23 y 32; ITURRALDE (1987), p. 331; HUERTA (2003), p. 162. RUIZ (2015), pp. 60 y ss. NINO (1995), pp. 275 y ss. Conviene tener en cuenta que la noción de preferencia y jerarquía son idénticas como destaca NAVARRO y MORESO (1996), p. 132; BULYGIN (1991b), p. 479; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 137-138) y su función se asocia a resolver conflictos de normas o reglas (MAÑALICH (2015), pp. 176-177), incluso los que se presentan entre normas superiores e inferiores en grado y los relativos a una sucesión cronológica. Finalmente, que no todos los principios de solución dan cuenta de una preferencia.

²⁷ Véase el desarrollo que al respecto se propone en MATUS (2001), p. 25.

²⁸ Este es el mecanismo que permite descartar la concurrencia de las respectivas leyes penales como se destaca en MUÑOZ (1986), p. 371. Así se puede sostener que la regla del homicidio simple no incluye a la prohibición de “matar en legítima defensa”, ni la de “matar al padre, hijo, cónyuge o conviviente”, en tanto se trata de casos regulados por otras normas.

²⁹ CASERO (2016), p. 336 quien destaca como “virtud” el que evita la duplicidad o el “doble empleo”.

(no declarativo)³⁰ que se expresa en una interpretación “conforme” o “restrictiva.³¹ Este expediente permite incorporar “virtualmente” (mediante la interpretación) una excepción implícita que opera como un condicional negativo que se comporta como un auténtico elemento negativo del tipo,³² configurado en base al conjunto de casos subsumibles en todos los tipos de hecho punible respecto de los que se puede predicar una preferencia.³³ Sobre esta base, se afirma una única infracción en relación a la prohibición que subyace a la norma preferente, y, con ello un único delito.

³⁰ No constituye por ello interpretación literal o declarativa como destaca GUASTINI (2015), p. 39; GARRIDO (2007), p. 102; RETTIG (2017), p. 254. En contra, asumiendo que se busca identificar el sentido original y real de la regulación (obviando la diferencia que existe entre un precepto y las normas que se extraen de él) véase CURY (2007), p. 197; GARRIDO (2007), pp. 94 y 102; y ETCHEBERRY (1997), p. 110. NOVOA (2005), pp. 138-139.

³¹ CELOTTO (2018), pp. 26-27; CURY (2007), p. 197; GUASTINI (2015), p. 39; LABATUT (1993), p. 48; RETTIG (2017), p. 253 y RATTI (2013), pp. 177-178 (descriptivo). Por sobre lo sistemático (GUASTINI (2016), p. 256), constituye interpretación “correctora” o “de coherencia” (ETCHEBERRY (1997), p. 108) pues se prefiere el resultado más armónico (CHIASSONI (2011), pp. 113, 122 y 123; HUERTA (2003), pp. 177 y ss.; MARTÍNEZ (2015), p. 67). Cabe tener en cuenta que la interpretación sistemática apunta a deducir el significado de una disposición a partir de su “ubicación” o contexto en un subsistema (GUASTINI (2015), p. 44; NOVOA (2005), p. 136; RETTIG (2017), pp. 269-270) o busca identificar el sentido de un precepto difuso con base en otro similar consagrado en otro precepto (COUSIÑO (1961), p. 215). Constituye un criterio muy utilizado que al mismo tiempo carece de suficiente precisión operando con múltiples significados (ESCUCHURI (2004), pp. 23, 24 y 26; GUASTINI (2015), pp. 43-47. MARTÍNEZ (2015), p. 67).

³² ETCHEBERRY (1964), p. 102; y, con detalle, MATUS (2002), p. 59 (si bien con una perspectiva crítica). Una parte de la doctrina atribuye dicha naturaleza a las cláusulas de subsidiariedad expresa (véase igualmente MATUS (2005), p. 472), entre las que se cuentan las condiciones bajo las cuales se penaliza la participación criminal (la complicidad sanciona solo a quien no es autor, según el art. 16 del Código penal; y el encubrimiento solo aplica a quienes no han intervenido autor o cómplice, según el art. 17 del mismo Código); el robo como modalidad calificada de hurto conforme al art. 432 del CP, el homicidio simple y calificado en relación al parricidio (conforme al art. 391 del CP) y los daños en general (conforme al art. 488 del CP), por solo mencionar algunos ejemplos. Para un listado más extenso véase NOVOA (2005), p. 253.

³³ MORESO (2010), p. 124. Esta dinámica se conoce como “disociación” y se basa en una distinción no prevista (CHIASSONI (2011), p. 317; CELOTTO (2018), p. 28; GUASTINI (2015), p. 43). Se asocia a razones de economía legislativa (MORESO (2010), p. 119; RATTI (2013), p. 113) referidas a la imposibilidad de prever e incorporar formalmente todas las excepciones de una regla (PÉREZ (2009), pp. 14-15; RATTI (2013), pp. 113 y ss.). El recurso se vincula a la sobreabundancia de normas (HUERTA (2003), p. 2; CELOTTO (2018), pp. 14 y 25; CASERO (2016), p. 230); a la pluralidad de perspectivas que las pueden motivar; a la imposibilidad de prever todo lo necesario en un mismo acto (FONTECILLA (1956), p. 91; NOVOA (2005), p. 230; RODRÍGUEZ (2011), p. 33; SOLER (2017), p. 333) y al carácter dinámico del derecho (BUSTAMANTE (2010), p. 81; DIEZ (1994), p. 397; GUASTINI (2011), p. 101; NINO (1995), p. 279). Cada una de estos factores se identifica como causa de antinomias y conflictos normativos en general.

Conviene puntualizar, para finalizar, que la operación descrita presenta carácter general,³⁴ ha sido ampliamente difundida y utilizada en el derecho (hasta hace poco),³⁵ se basa en el contenido abstracto de las disposiciones en conflicto y presenta como ventaja el que permite anticipar la (re)solución de este tipo de problemas.³⁶

2.2. Tesis de la aplicabilidad

Por otro lado, se levanta una forma alternativa de describir el problema (que denomino tesis de la aplicabilidad) bajo cuyas premisas se entiende que no hay razones que habiliten a sostener una relación de mutua exclusión a partir de la interpretación de las conductas reguladas por las infracciones concurrentes, incluyendo a las que deban ser consideradas como desplazadas.³⁷ Desde esta perspectiva, si concurren los presupuestos de procedencia de varios tipos penales se debe reconocer el respectivo concurso de infracciones, de leyes y, con ello, de delitos, con independencia de que resulte discutible que ambos deban ser penalizados acorde a las penas previstas individualmente para cada caso.³⁸ Así, quien “mata a su padre” también “mata a otro”, e incumple tanto el imperativo que se propone tras la descripción del parricidio como del homicidio. Asimismo, quien obtiene la entrega de especies mediante un acto intimidatorio (apuntar con un arma de fuego) ejecuta una coerción típica a título de coacciones e incurre al mismo tiempo en un “robo con intimidación”.³⁹ Otra cosa es que se deba tener en cuenta la pena prevista individualmente para cada una de las infracciones concurrentes.

³⁴ La idea de modificar la extensión, cobertura o ámbito de vigencia de las reglas por una inferior o superior a la que sugiere *prima facie* la descripción o enunciado (GUASTINI (2016), pp. 212 y 213) se ha planteado respecto de cualquier clase de conflictos de leyes en función de alcanzar la debida sistematicidad del ordenamiento. Así se destaca en CHIASSONI (2011), p. 317; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 166; GUASTINI (2015), pp. 39, 40 y 47-49; RETTIG (2017), pp. 272 y 273 (asociado al llamado “principio de conservación”). En las incoherencias (antinomias) y redundancias en procedimiento lleva a reducir o recortar el contenido, mientras que en las lagunas se recurre a la integración y a la interpretación extensiva (en tanto se trata de colmar vacíos). Al respecto, en general, véase FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 164.

³⁵ Esta forma de “enfrentar” conflictos de normas en general presenta larga tradición en la teoría del derecho (por lo que se la reconoce como clásica), pero se basa en premisas que en la actualidad —y desde hace ya varias décadas— resultan bastante controvertidas (y, para algunos, incluso superadas). Lo central radica en que supone negar la existencia de conflictos entre normas y asimila el efecto de esta interpretación a la invalidación de la regla (o de parte de ella). En la base de la crítica se advierte una confusión en nociones fundamentales como existencia, validez, eficacia, derogación y “derrotabilidad”. Sobre ello FERRER y RODRÍGUEZ (2011), pp. 162 y 170-173; GUASTINI (2016), p. 256; HUERTA (2003), p. 86.

³⁶ FONTECILLA (1956), p. 61; MAURACH *et. al.* (1995), pp. 553 y 561.

³⁷ La interpretación no puede servir de base para concluir la derogación total o parcial de otra (GUASTINI (2011), pp. 111-112) o su invalidación (MARTÍNEZ (1993), pp. 81), que es lo que sucede cuando se procura modificar su ámbito de cobertura. Lo dicho es posible, pero no a partir de la hermenéutica DIEZ (1994), p. 399; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 164; GUASTINI (2011), 111-112; HUERTA (2003), pp. 160 y ss.; ZORZETTO (2013), p. 396.

³⁸ MAÑALICH (2005), p. 1040.

³⁹ Lo dicho se advierte con particular claridad en los casos de especialidad pues no se puede negar que quien cumple los requisitos de la infracción especial cumple también los de la general (ETCHEBERRY (1964), p. 22; PEÑARANDA (1991), p. 36). Se destaca con ejemplos similares a los sugeridos en FRISTER (2016), p. 681. En el mismo sentido CASTELLÓ (2000), p. 116; ESCUCHURI (2004), p. 107; GARCÍA ALBERO (1995), p. 321; PEÑARANDA (1991), p. 35.

En ello es esencial tener en cuenta que todo enunciado que da forma a una norma condicional (como las normas penales primarias⁴⁰) admite un doble proceso de identificación, referido, por un lado, a una norma de conducta (dirigida al ciudadano) y, por otro, a una “norma de sanción” (dirigida al adjudicador).⁴¹ La distinción resulta fundamental,⁴² pues permite advertir que en los casos que se discuten en el “concurso aparente de leyes penales” la relación entre las primeras (referidas a las “conductas” o “tipos de hecho” reglados) no se presenta en términos problemáticos,⁴³ pues para ello los imperativos se deben contradecir o resultar redundantes,⁴⁴ lo que no ocurre. Lo primero se produce cuando el cumplimiento de uno resulta incompatible con el del otro en términos lógicos (no se pueden cumplir simultáneamente),⁴⁵ y lo segundo, si el resultado global expresa una adición, sumatoria o duplicación de la definición legislativa (y no solo su reiteración o repetición).⁴⁶

En relación a ello no es posible advertir ninguna incoherencia, colisión o contradicción en estos casos pues lo usual es que las descripciones se rijan por la misma modalidad deóntica y presenten contenidos que, no solo son compatibles, sino que resultan plenamente coincidentes en su intensionalidad.⁴⁷ Así —usando como base los ejemplos recién referidos— parece claro que la prohibición de matar a otro (y el imperativo subyacente) y la prohibición de matar al padre, madre, cónyuge o conviviente, no se encuentran en caso alguno en conflicto; y que la prohibición de ejercer actos coercitivos de carácter violento se refleja en forma íntegra y nítida en las hipótesis de robo violento o intimidatorio, por la sencilla razón de que cada grupo se orienta en una misma dirección.⁴⁸ Y la misma conclusión cabe sostener en relación a una potencial redundancia, si bien de forma menos evidente.

⁴⁰ Sobre normas primarias o “de obligación” véase MAÑALICH (2014), pp. 374-389, especialmente pp. 383 y ss. Asimismo, véase CID (1994), p. 30.

⁴¹ Con respecto a la distinción en el ámbito del concurso de delitos véase MAÑALICH (2005), p. 1192 y, algo más general, en ALONSO (2018), p. 110. La misma distinción se propone bajo la denominación de norma primaria y secundaria como se advierte en KELSEN (2005), pp. 63-64; SOLER (2017), p. 199-201; RETTIG (2017), pp. 37-41, entre otros.

⁴² ALONSO (2018), p. 165.

⁴³ Hay que tener presente que los conflictos normativos pueden ser de tres clases: laguna, inconsistencia o antinomia y redundancia (HUERTA (2003), p. 53; MAÑALICH (2015), nota 20, p. 178). En estos casos, la laguna se descarta por definición, pues el supuesto problemático que es objeto de análisis se vincula a sobreabundancia de reglas y no a un déficit.

⁴⁴ NINO (1995), p. 273

⁴⁵ DIEZ (1994), p. 394; HUERTA (2003), p. 52. Este contenido se determina por contraste lógico (no valorativo) de las relaciones (RUIZ (2015), p. 58; ITURRALDE (1987), p. 333) y es usualmente descrito como una “antinomia” (ALONSO (2018), p. 112; CHIASSONI (2011), p. 287; CELOTTO (2018), p. 14; GUASTINI (2015), p. 39; GUASTINI (2016), p. 253), asociada directamente a la “coherencia” o “consistencia” del ordenamiento (ALCHOURRÓN (1991), pp. 292 y 299; ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006), pp. 101 y 102; RATTI (2017), p. 46). El caso más usual y evidente lo plantea la incompatibilidad en los respectivos operadores deónticos (ALONSO (2018), p. 113; ITURRALDE (1987), p. 332), pero no es el único (ALONSO (2018), pp. 113 y ss. y, especialmente, 124; ITURRALDE (1987), pp. 338, 345-346 y ss.).

⁴⁶ Sobre la noción de redundancia normativa véase NINO (1995), pp. 279 y ss.

⁴⁷ Con bastante precisión y claridad se destaca en ZORZETTO (2013), p. 395, en torno a relaciones de especialidad.

⁴⁸ Como destaca ZORZETTO (2013), p. 395, norma especial y general no pueden ser contradictorias por definición, por la sencilla razón de que la primera constituye una particularización o especificación de la segunda. Asimismo, véase ESCUCHURI (2004), p. 68.

A este respecto hay que tener en cuenta que la consecuencia de una regla de conducta se identifica en este caso con la vinculación de un comportamiento a un determinado modelador deóntico, que por ello se refleja en una determinada prohibición o imperativo (concretamente, en “no matar a otro”, o “no causar un daño material a la propiedad” u “obligar a otro a realizar algo que no desea”). No debe por ello confundirse con la consecuencia o efecto de que trata la respectiva norma primaria de sanción (en este caso, la pena), a pesar de la estrecha vinculación que existe entre ambas reglas.⁴⁹ Pero además, hay que tener en cuenta que lo problemático aparece asociado a una sumatoria o duplicación de efectos, siendo insuficiente la mera repetición o reiteración (inocua) de la misma regla. En dicho caso no hay redundancia pues la reiteración se muestra como algo inocuo.

Así, nadie discutiría que una acción consistente en "sobrepasar una luz roja en un semáforo impactando en otro vehículo en términos que lesionan al conductor y lo dañan parcialmente" está prohibida como conducta humana, indistintamente, en la regla que norma el derecho preferente de paso; en el artículo 492 del Código Penal y en las normas referidas al derecho de daños previstas en el código civil (entre otras). La concurrencia de una pluralidad de normas centradas en una misma conducta o en una misma clase de conducta (que por ello repiten o reiteran el imperativo subyacente) constituye algo absolutamente normal en el derecho,⁵⁰ proponiéndose en términos problemáticos solo por excepción.⁵¹ Y nada indica que ello sea así en este caso, pues, como normalmente sucede, la confluencia se propone en términos convergentes y de complemento (no por ello redundantes).⁵²

Sin embargo, las conclusiones sostenidas hasta acá no se presentan en la misma forma cuando se contrasta el contenido de los imperativos que se dirigen al adjudicador, asociados a las normas primarias o de sanción, cuyo análisis tiene lugar en torno a dinámicas que son propias del ámbito de la aplicación y determinación de la pena.⁵³ En este caso, se daría una relación contradictoria o antinómica si la aplicación de las diversas reglas de sanción concurrentes supone una imposición de penas (o reacciones en general) incompatibles, en términos que la

⁴⁹ Como se destaca en GUASTINI (2016), p. 68-69 las normas prohibitivas muy raramente son formuladas de forma expresa o directa, sino que suelen estar implicadas en enunciados sancionatorios que son formulados en términos condicionales. De ahí que lo normal es identificarlas en forma conjunta en torno a una misma y única disposición.

⁵⁰ OSSANDÓN (2018), p. 965.

⁵¹ Hay que tener en cuenta que las reglas no tienen por qué coincidir en tiempo y razón (KLUG (2002), p. 75); radican sus motivos en perspectivas diversas (ITURRALDE (1987), p. 345) y son cambiantes (por el dinamismo del derecho, como destaca CELOTTO (2018), p. 11). Se orientan además a diversos fines y se asocian a diversas formas de reaccionar (GUASTINI (2011), p. 101). Y todo ello puede confluir perfectamente en torno a un mismo supuesto e imperativo. Por ello, como indica SOLER (2017), p. 341, “el jurista (el aplicador) necesariamente combina preceptos jurídicos”. El propio “concurso de delitos” lo pone en evidencia como materia (especialmente en el caso de concurso ideal) pues da cuenta de la imposibilidad de que el legislador prevea la inmensa variedad de formas penalmente relevantes que puede adoptar el comportamiento humano. Así, cada hecho puede expresar su total relevancia jurídico penal a través de múltiples calificaciones, normas y delitos. Muy claro NOVOA (2005), p. 230. Por excepción se advierte un esfuerzo de descripción más comprensivo por parte del legislador en el uso de delitos complejos (ESCUCHURI (2004), pp. 378 y ss.) y en las especificaciones — delitos calificados o privilegiados— en general (ROXIN (1997), p. 1000; MAURACH *et. al.* (1995), p. 556).

⁵² MAÑALICH (2005), p. 1168 (si bien en torno a un “caso problema” diverso).

⁵³ Sobre el nexo entre norma de sanción o secundaria y reglas de aplicación (adjudicación) RODRÍGUEZ PUERTO (2011), p.192-193; MAÑALICH (2014), pp. 381-383.

ejecución de unas torna imposible la de las otras. Así sucedería con la aplicación efectiva e inmediata de la pena de muerte en conjunto con una pena privativa de libertad pues su ejecución presupone “estar vivo”. Por su parte habría redundancia si la aplicación de todas o varias de ellas supone una “doble sanción” (materializando una infracción al *ne bis in ídem*).

Para comprender dichas operaciones resulta indispensable diferenciar los procedimientos que se orientan a resolver cuál o cuáles son las reglas cuyo contenido se prevé para un caso tipo (genérico) equivalente al que es objeto de análisis de aquellos que determinan cuál o cuáles de ellas deben ser aplicadas en un caso individual.⁵⁴ Así, no parece posible controvertir que el acto de dar muerte a otro es una instancia de un género regulado en la norma que tipifica el homicidio, pero tampoco el que no se debe aplicar el régimen sancionatorio asociado a dicha regla si se constatan otras que reclaman un mejor derecho, en exclusiva, para hacerlo. Así sucede, por ejemplo, (en forma indubitada) si ha transcurrido el correspondiente plazo de prescripción, pero también —y esto es lo relevante a nuestros efectos— si se constatan las circunstancias de parentesco previstas en el parricidio o la mediación de un precio en relación al asesinato. Esto es así, pues en ellos el juez debe omitir o preterir dicha regla (de sanción) en favor de otra u otras, que corresponden a las consideradas en torno a reglas de conducta diversas. Lo dicho se refleja concretamente en la doctrina contemporánea en la necesidad de diferenciar los ámbitos correspondientes a la aplicabilidad interna y externa de una regla,⁵⁵ distinción que, entre otros importantes efectos, permite identificar de manera precisa el ámbito y forma de los conflictos de normas y la manera en que se deben enfrentar y resolver.⁵⁶

Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que todo marco penal es la consecuencia prevista para el evento en que se constata la ejecución de un caso tipo, contenido (abarcado) en el supuesto de hecho que subyace a la prohibición de que se trate. De esta forma, su consideración ha sido prevista y, por ello, está condicionada inevitablemente, a la procedencia de un supuesto que cumpla con las condiciones y propiedades bajo las que se describe. Su satisfacción, y la de todas las reglas necesarias para su atribución (previstas en general a través de las categorías en que se descompone analíticamente el delito), constituye un requisito indispensable para la aplicación del respectivo marco penal, todo lo cual se asocia a la noción de aplicabilidad interna de una norma.⁵⁷ Su satisfacción, al mismo tiempo, permite sostener que se ha cometido un delito.

Sin embargo, lo dicho no basta para que el sentenciador dé lugar (aplique) a la consecuencia prevista en la correspondiente regla de sanción, pues aún no es posible sostener que se han cumplido todos los presupuestos requeridos. Constituye un primer paso, necesario, pero no suficiente a dichos efectos⁵⁸ pues, como indica Ferrer y Rodríguez, “decir que una norma es

⁵⁴ NAVARRO y MORESO (1996), p. 127; ZORZETTO (2013), p. 397.

⁵⁵ Sobre la distinción, en general, FERRER y RODRÍGUEZ (2011), pp. 61 y ss. Igualmente, y además respecto de este caso en particular, MAÑALICH (2015), pp. 176 y 177.

⁵⁶ NAVARRO y MORESO (1996), p. 138. Según veremos se trata de una distinción que además favorece la conceptualización de nociones básicas y trascendentales de los sistemas jurídicos (como lo que cabe entender por validez o por eficacia de una norma).

⁵⁷ Por ello esta noción se identifica también con los ámbitos de validez (cobertura o extensión) de una determinada norma. Al respecto NAVARRO y MORESO (1996), pp. 121, 126, 127 y 135. Asimismo, ZORZETTO (2013), p. 397.

⁵⁸ FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 63 y 65; MARTÍNEZ (2015), p. 43 (si bien en referencia a lo que

válida no implica per se el deber de cumplirla”, teniendo en cuenta que su aplicación no se regula solo por ella misma.⁵⁹ La efectiva consideración de dicho marco penal demanda la satisfacción de condicionantes adicionales que dan forma a un auténtico estatuto especial,⁶⁰ que opera en el ámbito en el que el adjudicador está llamado a resolver los efectos previstos por el derecho para cada situación en particular y que se identifica con la aplicabilidad externa de una regla.⁶¹ Así, resulta propio entender que una norma válida, que prevé consecuencias para un caso tipo determinado, puede perfectamente “no llegar a regularlo” en términos efectivos (es, en ese sentido, “derrotada”), lo que sucedería si se constata otra regla, igualmente válida e internamente aplicable, que goza de un mejor derecho para hacerlo en forma exclusiva (reclamando su aplicación “preferente”).⁶² En este sentido, el objeto de las llamadas “reglas de aplicabilidad” se compone por normas primarias,⁶³ lo que lleva a denominarlas como meta-reglas o normas de segundo nivel.⁶⁴ Se dirigen en particular a normar a los jueces en el uso de reglas ordinarias o de primer nivel, en especial en aquellos

considera es su validez); NAVARRO y MORESO (1996), p. 128. Sobre esto último véase BUSTAMANTE (2010), p. 84. Vale la pena tener en cuenta que el recurso a la “analogía” propone a estos efectos un caso controvertido, por la sencilla razón de que da forma y sustento al uso o aplicación de una regla que, en principio, no resulta siquiera internamente inaplicable (como destaca FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 64). Este ejemplo da cuenta de la dificultad intrínseca de la temática.

⁵⁹ FERRER y RODRÍGUEZ (2011), pp. 54 y 55.

⁶⁰ ALONSO (2018), p. 165 (quien lo refiere como el “subsistema del juez”); MARTÍNEZ (2015), p. 42.

⁶¹ Con ello “la eficacia de una norma constituye una propiedad que solo puede predicarse de las externamente aplicables” (NAVARRO y MORESO (1996), p. 131).

⁶² En este sentido, se puede sostener la existencia y validez de normas contradictorias, si bien no es posible aceptar que se les dé cumplimiento conjunto (HUERTA (2003), p. 91, en cita a v. Wright). Por ello es posible que un juez “no aplique una norma a un caso respecto del que es válida y obligatoria” como destaca PÉREZ (2009), p. 17. Asimismo, ALONSO (2018), p. 56; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 65. Constituye una excepción al imperativo que subyace a la regla derrotada fundado en causas externas, relativas al contenido de otras reglas o principios (RATTI (2017), p. 60). Así, la “derrotabilidad” no describe la insatisfacción de las premisas de una norma (MORESO (2010), p. 121; RATTI (2013), p. 177) o una excepción implícita (RATTI (2017), p. 61) sino que propone un caso de incumplimiento de la relación establecida en ellas (RATTI (2013), p. 113) que opera “contra legem” (BUSTAMANTE (2010), pp. 80 y 105). Desde esta perspectiva materializa un fallo, defecto o anomalía del sistema de enunciados, lo que no implica un fallo del derecho (PÉREZ (2009), p. 55; RUIZ (2015), p. 58). El que los sistemas no sean perfectos (completos, armónicos, coherentes o consistentes), sino perfectibles (RATTI (2017), p. 58) permite advertir que no se los puede negar como una eventualidad en la operatoria del derecho (ALONSO (2018), pp. 112 y 125 y ss. y 187; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 171; RUIZ (2015), p. 47; HUERTA (2003), p. 90 y ss.) y que deben ser resueltos, pues “existen cuando se crea el derecho (producción de normas) pero no deben poder subsistir cuando el derecho se aplica”, siendo este último el lugar o ámbito donde radica y se abordan estos problemas (CELOTTO (2018), pp. 14-15). Por ello, los conflictos no reflejan un error legislativo (RATTI (2017), p. 20), ni afectan o inciden en modo alguno en la cobertura, validez o ámbito de incidencia de las reglas ordinarias (ITURRALDE (1987), p. 185; ESCUCHURI (2004), p. 68). Basta ver que “cuando un juez resuelve un conflicto de normas y aplica una preferencia no modifica el derecho ya que no puede derogar una norma”, como destacan FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 164.

⁶³ BULIGYN, en KELSEN *et. al.* (2005), p. 110; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 53; GUASTINI (2011), p. 86; GUASTINI (2016), p. 61; SERRANO (2017), p. 15 (son “normas sobre normas”, que “establecen y disciplinan las diversas relaciones entre ellas”).

⁶⁴ CID (1994), pp. 30 y 35; ESCUCHURI (2004), pp. 59 y ss. y p. 355; GUASTINI (2011), p. 86; MAÑALICH (2015), pp. 176-177; NINO (1972), p. 19; SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), p. 568; ZORZETTO (2013), p. 397-398. Con matices, BULYGIN (1991a), pp. 203-204. Dejamos constancia que la denominación también se utiliza en relación a las reglas que “disciplinan” la creación del derecho, donde el objeto también se identifica con otras normas (GUASTINI (2016), p. 214).

casos en que se presentan bajo relaciones de conflicto (vacío, inconsistencia o redundancia).⁶⁵ Suponen por ello un contexto configurado en torno a casos reales, individuales o contingentes,⁶⁶ pues la advertencia de un conflicto entre normas presupone dos o más que sean válidas e “internamente aplicables”,⁶⁷ de forma que resultan imprevistos por anticipado (“en abstracto”⁶⁸).

En este ámbito en particular, y a los efectos que nos ocupan, el tipo de reacciones penales previstas en el ordenamiento hace difícil proyectar casos problemáticos referidos a antinomias,⁶⁹ pero sí parece plausible sostener hipótesis problemáticas asociadas a la constatación o afirmación de una redundancia regulativa que se refleja concretamente como una “duplicidad” punitiva,⁷⁰ lo que explica que buena parte de la doctrina los vincule a la prohibición de incurrir en un *bis in idem*⁷¹ (incluso desde las perspectivas que identifican dicho problema con una cuestión “lógica” y no “valorativa”).⁷² Según anticipamos, ello se podrá afirmar si la aplicación conjunta de las reglas de sanción configura una doble punición,

⁶⁵ Véase lo señalado en la nota precedente.

⁶⁶ Véase lo dicho en la nota precedente. Asimismo, ESCUCHURI (2004), p. 15; GARCÍA ALBERO (1995), p. 171; HUERTA (2003), p. 91; y en MAÑALICH (2015), p. 178 (quien por ello identifica el problema con una “redundancia punitiva” que califica como “circunstancial”); NINO (1995), p. 274; REDONDO (2010), pp. 179-180; ROXIN (1997), p. 997. Lo advierte también HERNÁNDEZ BASUALTO (2014), p. 573 (si bien en relación a la concurrencia de norma penal y administrativa) y NOVOA (2005), p. 255 (como característica de los casos asociados a la consunción).

⁶⁷ BUSTAMANTE (2010), p. 101. A este respecto hay que tener en cuenta que la distinción entre aplicabilidad interna y externa, tanto como la noción de “derrotabilidad”, presuponen una clara distinción entre existencia, validez y eficacia de las normas (por todos, WALTER, en KELSEN *et. al.* (2005), p. 14). Esto es así, por cuanto supone aceptar que una norma válida pueda ser derrotada y resultar ineficaz (si no procede su aplicación, como en estos casos). Incluso más, se puede llegar a concluir la aplicabilidad de una norma existente, pero inválida —en cuanto derogada— (como destaca MARTÍNEZ (2015), p. 42) como sucede en los casos de ultractividad de la ley penal más favorable. Se menciona también como respaldo el caso en que se deroga una regla especial en tanto se suele reconocer en términos pacíficos que, en lo sucesivo, se deben aplicar los efectos de la regla general (CELOTTO (2018), p. 98; GUASTINI (2016), p. 264; SOLER (2017), p. 364). Lo dicho obliga a aclarar que la frase de estilo “regla especial deroga a la general” es impropia, en tanto debe ser entendida en relación a su aplicabilidad (FERRER y RODRÍGUEZ (2011), pp. 138 y 176). Sobre derogación, existencia y validez véase BULYGIN (1991a), pp. 211 y ss.

⁶⁸ Por esta razón, se debe descartar que se pueda trabajar en base a “relaciones entre los tipos” (CARAMUTI (2018), p. 111). Volveremos sobre ello con más detalle.

⁶⁹ Otra opinión en NINO (1995), pp. 274 y 275, quien sostiene que se puede advertir una antinomia en ciertos casos excepcionales y difíciles, con cita demostrativa de ejemplos.

⁷⁰ ESCUCHURI (2004), pp. 13-15; MAÑALICH (2015), p. 178 y ss.; ZORZETTO (2013), p. 399.

⁷¹ Al respecto, en general, véase ESCUCHURI (2004), pp. 133, 222 y 250 (con un resumen de autores españoles en p. 113, nota 22); GARCÍA ALBERO (1995), p. 27; GARCÍA PLANAS (1989), pp. 109-110; JAKOBS (1997), pp. 1049 y 1068; MAÑALICH (2014), p. 554; MAÑALICH (2005), p. 1040 y en MAÑALICH (2004), p. 485; MATUS (2005), pp. 467 y 468; MATUS (2002), p. 30; MIR (2005), p. 638; MUÑOZ (1986), p. 368; NOVOA (2005), p. 251 (si bien lo considera un “criterio”); OSSANDÓN (2018), pp. 969, 970 y 973 (en torno a los casos de especialidad); SANZ (1986), p. 119; SANZ (2012), p. 16; VIVES (1981), p. 28. En particular sobre la consunción, ETCHEBERRY (1997), p. 125; GARRIDO (2007), p. 353; ORTIZ y AREVALO (2013), p. 357. RETTIG (2017), p. 219, e implícito en NOVOA (2005), p. 256. Sobre los orígenes y desarrollo del nexo entre ambos véase MATUS (2001), pp. 10, 33 y 34.

⁷² Al respecto, CID (1994), p. 40, en cita a la tesis de Klug. Como indica GARCÍA ALBERO (1995), pp. 48-53, 178, 181 y 183, un sector de la doctrina lo asocia a un problema de solapamiento de normas en torno a un supuesto de hecho mientras que otra —hoy dominante en Alemania y España— la asocian a cuestiones valorativas. Ver asimismo, OSSANDÓN (2018), pp. 969-970.

esto es, la “misma sanción” impuesta en forma duplicada o acumulativa⁷³. Afirmarlo, pasa por sostener que la pena prevista en cada caso responde a definiciones que llevan a interpretarlas como una expresión idéntica (“lo mismo”) y no como una simple pluralidad que expresa un complemento o adición, pues, de ser así, refleja un “énfasis” valorativo.⁷⁴ Solo a dichos efectos presenta relevancia el análisis comparativo (lógico o axiológico) de los respectivos supuestos que dan lugar a la previsión de la regla de sanción, además de su propia interpretación. Quienes refieren este proceso a una dimensión valorativa la centran en torno a las propiedades o significados que se ofrecen en las respectivas descripciones (esto es, a su dimensión “intensional”) pues solo a partir de ellos se puede advertir una identidad valorativa.⁷⁵ De no ser así, sólo se podrá afirmar una concurrencia o coincidencia en torno a los casos reglados (un solapamiento), que es lo propio de la dimensión “extensional”.⁷⁶

Dicho procedimiento lleva a analizar las relaciones posibles de establecer a partir del contenido de las diversas reglas concurrentes, sin que exista consenso sobre la forma y casos a los que se extiende dicha tarea.⁷⁷ La opinión más difundida (en ese sentido, “dominante”) descarta una concurrencia problemática en los casos de heterogeneidad pues en dichos casos no se advierte ningún elemento o “propiedad” en común.⁷⁸ Lo propio sucede con los casos de plena identidad, pues se los interpreta de la misma forma o como expresiones de un error legislativo.⁷⁹ Por sobre ellos, se afirma el “concurso aparente” (la redundancia) en aquellos

⁷³ Lo dicho es fundamental para comprender el ámbito operativo de dicha prohibición en cuanto no proscribire una doble valoración, ni la sanción múltiple, sino la duplicación o repetición de la misma sanción. Nada obsta a que un mismo hecho sea regulado y sancionado a través de un conjunto de reacciones, sea que se impongan en una misma disposición (como en las penas copulativas) o en varias. Al respecto HERNÁNDEZ (2014), p. 571; MALDONADO (2016b), pp. 579-581; MAÑALICH (2014), p. 559; OSSANDÓN (2018), pp. 963, 964 y 986).

⁷⁴ MAÑALICH (2005), pp. 1026 y 1056; MAÑALICH (2014), p. 549.

⁷⁵ Si lo relevante es la dimensión de sentido habrá que comparar las propiedades que definen las respectivas infracciones (MAÑALICH (2015), pp. 198 y ss.; MATUS (2005), p. 468), pues solo de esa forma se puede advertir la reiteración de una misma valoración (GARCÍA ALBERO (1995), pp. 101-102; MAÑALICH (2005), p. 1026), lo que supone operar en torno a la dimensión intensional del supuesto reglado (CASERO (2016), pp. 30 y 230 y ss.; GARCÍA ALBERO (1995), pp. 234-239; MAÑALICH (2004), p. 486; MAÑALICH (2015), pp. 204-206; MAÑALICH (2014), p. 551; OSSANDÓN (2018), pp. 966-967; RATTI (2013), p. 243).

⁷⁶ La simple coincidencia o “solapamiento” no supone la repetición (y aplicación aditiva) de “la misma” valoración (con efectos sancionatorios) pues cada regla puede fundarse en aspectos y dimensiones diversas. Por ello se asocia la dimensión extensional a las relaciones lógicas y no necesariamente a las de carácter valorativo (GARCÍA ALBERO (1995), pp. 150 y ss.). Sobre la dimensión intensional y extensional véase (en términos descriptivos) GARCÍA ALBERO (1995), pp. 149 y 150; MAÑALICH (2015), p. 185 y ss.

⁷⁷ Esta dinámica está bastante asentada y suele estar vincular al trabajo de U. KLUG (2002), especial, en pp. 62 y 63. Sobre ello MAÑALICH (2015), pp. 185 y ss.; MAÑALICH (2005), pp. 1111; SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), p. 564. Se advierte ya antes en SOLER (2017), p.367. La aproximación no se puede considerar sin embargo pacífica, en especial, en atención a que se objeta el que dicho autor desconsidera la dimensión valorativa comprometida (por asumirlas como relaciones estrictamente lógicas). Al respecto, con citas de referencia PALMA (2004), p. 29 y ss.

⁷⁸ KLUG (2002), pp. 70 y 71; MAÑALICH (2015), pp. 187.

⁷⁹ KLUG (2002), pp. 62 y 71. Sobre ambos casos, SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), p. 564. Hemos ya advertido que este tipo de relaciones (identidad) coincide con una de las líneas de comprensión del ámbito operativo asociado al criterio de alternatividad que, con base en Binding, se identifica con dos o más leyes que regulan “el mismo caso”. (ETCHEBERRY (1964), p. 97; SANZ (2012), p. 23). Sobre las diversas formas de comprensión, a nivel general, véase lo dicho en nota 13. Dichos casos se descartan como problema en tanto son asumidos como “falsos”, pues se rechaza que el legislador pueda errar en esa forma, déficit que se asocia al abandono del principio. Al respecto Matus, 1997, p. 427; MATUS (2001), pp. 49, 63 y 70; SANZ (1989), p. 669.

que presentan una relación de interferencia o inclusión también llamada subordinación, pues son los únicos en los que se aprecia un solapamiento, parcial o total, respectivamente.⁸⁰

Frente a ello, las reglas de aplicabilidad adoptan para estos casos dos tipos de mecánicas alternativas: la más usual consiste en identificar un criterio, principio o regla que habilite a formular una preferencia,⁸¹ favoreciendo el efecto de unas por sobre el previsto (en general) para las otras.⁸² Si no es posible resolver el problema por esa vía (en general, por excepción) se debe recurrir (o “construir”) a una regla adicional (una “tercera regla”), que normalmente será diversa a las originalmente concurrentes. Lo dicho también aplica a la acción del legislador, quien puede formalizar una regla de preferencia (como sucede en los casos de subsidiariedad expresa⁸³) o cuando desea proponer una solución propia y alternativa para resolver un tipo de conflicto previsto por anticipado.⁸⁴ Se podrá advertir que este es el contexto problemático general en que se mueve toda regla concursal (basado en la concurrencia conjunta de una pluralidad de reglas de sanción en torno a una misma sentencia o acto de juzgamiento⁸⁵), entre las que se incluyen (con propiedad) las referidas al “concurso aparente”.⁸⁶ Estas últimas se distinguen en tanto admiten ser resueltas con una regla de preferencia que excluye completamente a una parte de las reglas de sanción concurrentes (y no porque en ellas se descarte el concurso), lo que provoca una imagen equívoca, en tanto

⁸⁰ KLUG (2002), pp. 70 y 71.

⁸¹ Por esta razón se sostiene que en buena parte de los casos la constatación de una antinomia supone una laguna (CELOTTO (2018), p. 34; CHIASSONI (2011), 2011, pp. 238 y 239). En un sentido equivalente FONTECILLA (1956), p. 117. Lo dicho ayuda a advertir que los problemas que propone el concurso aparente son dos y diversos: por un lado, identificar un conflicto entre normas (antinomia, redundancia o laguna); y, por otro, determinar una regla de preferencia o alternativa que lo resuelva. Al respecto DIEZ (1994), p. 398 y 399; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 171; HUERTA (2003), pp. 197-198; KLUG (2002), pp. 71-73; MAÑALICH (2015), p. 10; MATUS (2005), p. 466 (implícito). Con matices ETCHEBERRY (1997), p. 123; BULYGIN (1991a), p. 203. Hay que tener en cuenta que la operatoria en redundancias e incoherencias es similar, de forma que lo dicho sobre unas, vale para las otras (ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006), pp. 42 y 43).

⁸² BULYGIN (1991a), p. 203; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 138; RATTI (2013), p. 81.

⁸³ Su formalización positiva no desvirtúa su naturaleza como reglas de aplicabilidad. Por ello las “cláusulas de subsidiariedad expresa” no integran el contenido prescriptivo de las reglas primarias de obligación por lo que no constituyen elementos negativos del tipo. Por todos, PÉREZ (2009), pp. 21-22.

⁸⁴ Así se aprecia, por ejemplo, en la regulación de la parte especial, tras los delitos complejos (MAÑALICH (2005), p. 1026; GARRIDO (2007), p. 336; ORTIZ y AREVALO (2013), p. 318; CASTELLÓ (2000), p. 52), en las figuras especiales (FRISTER (2016), p. 681) y en las normas concursales comunes (como los arts. 74 y 75 del Código Penal). En todos estos casos se advierte la decisión de sustraer dichos casos de la regulación común, sometiéndolos a un régimen sancionatorio diverso. Por ello nada obsta a la opción de someter el concurso aparente a reglas expresas (CARAMUTI (2018), p. 168), si bien no es usual que los sistemas las consideren. Dicha opción (creciente, como indica CELOTTO (2018), p. 25) suele rechazarse, en estrecha vinculación a la tesis de la interpretación. Al respecto ETCHEBERRY (1964), p. 45; MATUS (1997), pp. 423-426; ROXIN (1997), p. 997 (en alusión a su carácter “imprevisto”); SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), p. 570 y SANZ (2012), pp. 15 y 24 (en alusión a que serían “principios” y no reglas).

⁸⁵ MAURACH *et. al.* (1995), p. 580; SANZ (2012), p. 7. SUÁREZ (2001), pp. 85 y ss.; VIVES (1981), p. 15. Próximo, MAÑALICH (2005), p. 1104. Lo relevante es la posibilidad de juzgamiento conjunto, en términos que lleven a sancionarlos en una misma sentencia (CARAMUTI (2018), p. 210; ESCUCHURI (2004), pp. 57-58; ROXIN (1997), pp. 941 y 981; STRATENWERTH (2005), p. 534). De ahí el nexo con la determinación de la pena. DIAS (2013), p. 62; FONTECILLA (1956), p. 94; FRISTER (2016), p. 663; MAÑALICH (2004), p. 484; El punto se destaca en términos históricos, ya en Roma. FERRINI (2017), pp. 136 y 137.

⁸⁶ Por todos, MATUS (2002), p. 60.

equivale a la que se propone tras la exclusión de un delito.⁸⁷ De esta forma, la solución se construye (lógica o valorativamente) a partir de la prioridad que sugiere la caracterización de dichas relaciones, en tanto permita sostener que algunas de ellas comprenden cabalmente el desvalor del hecho, incluyendo al de las figuras desplazadas.⁸⁸ Así se postula en relaciones de género a especie; en otras, a partir de la identificación de una progresión (“de menos a más”), y en otras (similares) que se presentan como principales frente a lo accesorio o incidental (como sucede entre las diversas formas de intervención delictiva).⁸⁹

3. Principales objeciones formuladas en contra de la tesis interpretativa

En general se asume que las normas se extraen de los enunciados normativos mediante un proceso de identificación que se realiza en base a la interpretación.⁹⁰ Se sostiene por ello, de forma prácticamente generalizada, que las normas son fruto de la interpretación, por lo que no pueden preceder a ésta.⁹¹ Y cómo las antinomias, redundancias o conflictos normativos en general se plantean entre normas,⁹² no parece que dicha técnica pueda aportar a su solución, en tanto interviene antes de su ocurrencia.⁹³ En tanto estas afirmaciones no suelen ser objetadas, las propuestas tendientes a superar esta observación (referida, en el fondo, al ámbito que corresponde para el desarrollo hermenéutico) apuntan en un sentido diverso. Se afirma, por un lado, que el ejercicio interpretativo no pretende en estos casos auténticamente determinar el contenido originario de las normas concurrentes, sino prevenir o evitar un

⁸⁷ Basta tener en cuenta que si se requiere de una preferencia es porque las normas están en conflicto. Y si esto es así, es porque concurren a regular el caso. FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 171; MAÑALICH (2015), pp. 177-178 (quien alude a la “doble tipicidad”, en cita a Beling); RATTI (2013), p. 198.

⁸⁸ A este respecto vale la pena aclarar que el criterio de la “mayor pena” no incide en modo alguno en la operación a realizar. Así, FRISTER (2016), p. 681; MATUS (2005), p. 476; PESSOA (2018), p. 85; ZAFFARONI *et. al.* (2002), p. 867; ETCHEBERRY (1964), pp. 50 y 93, quien además cita a dichos efectos al art. 23 del Código Civil chileno). De hecho, se descarta como criterio de solución de conflictos de normas con carácter amplio o general (ALONSO (2018), p. 184), incluyendo al principio opuesto —la menor pena o recurso “pro reo” — (ALONSO (2018), pp. 144 y 145). Así se explica que pueda atribuirse preferencia a una regla con menos pena, como sucede (indiscutiblemente) en el caso de los delitos privilegiados (DIAS (2013), p. 65; ETCHEBERRY (1997), p. 124; FONTECILLA (1956), p. 99; MAÑALICH (2005), pp. 1045, 1172 y 1173; NOVOA (2005), p. 254; ORTIZ y AREVALO (2013), p. 357). Con matices, también, en la llamada “consunción inversa” (MATUS (2002), p. 34; POLITOFF *et. al.* (2003), p. 458.), constituyendo casos (de consunción) controvertidos (ETCHEBERRY (1997), p. 127; SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), p. 565). A favor de aplicar la misma solución ROXIN (1997), p. 1013 y STRATENWERTH (2005), pp. 543.

⁸⁹ Véase KLUG (2002), p. 71.

⁹⁰ HUERTA (2003), p. 176; NAVARRO y MORESO (1996), p. 136. Se trata de una función originaria, consistente en extraerlas a partir de los enunciados o descripciones normativas (LIFANTE (2015), p. 191), lo que supone —acertadamente— que norma y enunciado son algo diverso (BUSTAMANTE (2010), p. 85; RÓDENAS (2015), p. 15; RATTI (2013), p. 129). De hecho, hay enunciados que contienen varias normas y normas que se basan en varios enunciados (CASTELLÓ (2000), p. 8; ESCUCHURI (2004), p. 21; HUERTA (2003), p. 21).

⁹¹ GUASTINI (2011), pp. 111-112.

⁹² Lo dicho no se discute en la actualidad. Al respecto CELOTTO (2018), p. 15; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 164; GUASTINI (2011), p. 101; ITURRALDE (1987), p. 32; RATTI (2013), p. 122.

⁹³ BULYGIN (1991 b), p. 472; GUASTINI (2016), pp. 258-259; ITURRALDE (1987), p. 32; MAÑALICH (2015), pp. 177. En ello también es clave la diferencia entre norma y proposición normativa (o enunciado) pues permite advertir que una contradicción entre enunciados se corrige mediante el proceso de identificación e interpretación de las normas, lo que es diverso a los conflictos que se producen entre las normas ya identificadas. Ratifica asimismo que estos últimos no suponen la invalidación de aquellas (CASERO (2016), p. 336; CELOTTO (2018), pp. 96-97; RATTI (2013), p. 129.

conflicto. Actuaría a dicho respecto de forma anticipada pero dentro de un ámbito que le es propio (en la fase en que se procede a identificar las normas).⁹⁴ Otros más bien asumen que en estos casos se necesita una nueva fase interpretativa, una auténtica reinterpretación, que tiene lugar ante la advertencia de un conflicto normativo y cuyo objeto apunta a su resolución.⁹⁵ Operaría, en cualquier caso, por sobre los resultados del proceso de identificación, modificándolos (extensivamente, en las lagunas; restrictivamente, en los demás casos). Al respecto se debe tener en cuenta que en ambos planteamientos se advierte una especie de fraude de etiquetas en atención a que lo propuesto, a fin de cuentas, no se modifica en nada a nivel material. Además, tornan confusa la distinción entre la sistematización de las normas y su interpretación, lo que no es aceptable en cuanto a sus implicancias, en tanto corresponden a tareas diversas.⁹⁶

Por sobre ello, hay que considerar además que aceptar la operatoria propuesta pasa por asumir consecuencias que no parecen sustentables, ni siquiera por quienes la sostienen.⁹⁷ Lo primero, es tener en cuenta que el resultado de dicha operación suprime todo tipo de solapamiento o interferencia en el contenido de las normas reconstruidas, de forma que se pasan a definir bajo relaciones de heterogeneidad.⁹⁸ Ello supone aceptar efectos que resultan inconsistentes a nivel general,⁹⁹ entre los que destaca, en el campo del derecho penal, la imposibilidad de sostener los criterios que hoy en día resultan dominantes para resolver problemas de comunicabilidad, error y participación en la teoría del delito. Esto es así, pues en estos ámbitos la doctrina trabaja (en todos los casos) con las relaciones que presentan ciertos tipos que se califican como básicos o “de recogida” y figuras que de otra forma se podrían considerar como modalidades agravadas, calificadas o privilegiadas, lo que presupone aceptar la presencia de ámbitos de intersección sin los cuáles no se pueden sostener las conclusiones dominantes (algunas, inclusive, uniformes).¹⁰⁰ De hecho, la incompatibilidad también se advierte en la propia postura que se sostiene en relación a dichas materias por parte de quienes defienden esta forma de aproximación al “concurso aparente”.¹⁰¹ Asimismo, aceptar dicha conclusión impide el —así llamado— “resurgimiento de la norma preterida”

⁹⁴ Lo constata GUASTINI (2016), p. 258-259; GUASTINI (2011), pp. 111-112; ITURRALDE (1987), p. 346.

⁹⁵ Así, MORESO (2010), p. 119; PÉREZ (2009), pp. 14, 15 y 41 y ss., en especial, en pp. 43, 53 y 54; Lo constata en dichos términos CHIASSONI (2011), pp. 314 y 315; HUERTA (2003), p. 201.

⁹⁶ ALONSO (2018), pp. 74, 75, 94 y 97 (quien considera “crucial” la distinción); GUASTINI (2011), pp. 111 y 112; ITURRALDE (1987), pp. 32 y 35; RATTI (2013), p.121. BULYGIN (1991 b), p. 483 además destaca que la distinción propuesta es difícil (junto a otras tareas, además) en atención a su carácter conceptual y especialmente al hecho de que se suelen realizar al mismo tiempo, lo que sin embargo no lleva a confundirlas (pp. 480 y 484), pues la reformulación del sistema puede ser una forma de eliminar redundancias, pero no habilita a modificar el contenido de las normas (ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006), pp. 42 y ss.; ITURRALDE (1987), p. 22). Sobre la sistematización en general, BULYGIN (1991 b), p. 472.

⁹⁷ Muy preciso, PEÑARANDA (1991), pp. 52-54.

⁹⁸ ESCUCHURI (2004), pp. 43 y ss.; GARCÍA ALBERO (1995), p. 215.

⁹⁹ RATTI (2013), p.120.

¹⁰⁰ Con detalle en relación al error, fundamental, PEÑARANDA (1991), pp. 136-151; MATUS (1999), pp. 82 y ss., especialmente pp. 89 y 93-96; MAÑALICH (2015), pp. 193-194; OSSANDÓN (2018), p. 971 (con cita de referencias en nota 81). Asimismo ESCUCHURI (2004), pp. 48-53; PESSOA (2018), pp. 100 y ss. En relación a problemas propios de la participación criminal, PEÑARANDA (1991), pp. 153-179; ESCUCHURI (2004), pp. 53-56; GARCÍA ALBERO (1995), p. 195. Sobre ambos en conjunto OSSANDÓN (2018), pp. 971-972.

¹⁰¹ Lo destaca MATUS (1999) p. 96.

referida a la aplicación de los efectos de la ley desplazada en supuestos en que concurren causas extra sistemáticas que impiden la aplicación de la norma preferente, pues, para ello se requeriría que el caso quede comprendido en el ámbito de aplicación de la primera.¹⁰² Así sucedería, por ejemplo, en forma paradigmática, en aquellos casos en que la doctrina reconoce una tentativa calificada,¹⁰³ pues se trataría de casos que solo resultarían captados en su desvalor por el tipo imperfecto desistido.¹⁰⁴

Por otro lado, se debe aceptar que el proceso de reconstrucción propuesto se desarrolla y debe tener lugar a partir del contenido abstracto de cada una de las reglas (determinado conforme a “la primera fase” de interpretación) de forma que los ámbitos de conflicto y que deben ser sometidos a “reinterpretación” se definen (o, más bien, anticipan) contrastando el contenido genérico o extensional de los tipos concurrentes.¹⁰⁵ Con ello, la operación consistiría en prevenir cualquier conflicto potencial, con independencia de que la conjunción problemática sea solo una eventualidad, lo que podría resultar problemático en una serie de casos en que se infringiría el mandato de exhaustividad.¹⁰⁶ Ello es así, pues la mecánica propuesta extiende la concurrencia “aparente” a todos los casos asociados a normas interferentes, sea que se ubiquen o no a la zona de intersección, que es donde se proponen como problemáticos¹⁰⁷. Para ilustrarlo en mejor forma sirve un ejemplo: es usual considerar que el delito de robo en lugar habitado supone una modalidad de conducta descrita a partir del hurto, la violación de morada y el daño. Así sucede cuando se ingresa en morada ajena, con fractura de puerta o ventana (daño) y se sustrae un objeto mueble desde el interior. No obstante, también se

¹⁰² MATUS (2002), pp. 41 y ss.; MAURACH *et. al.* (1995), p. 557; PALMA (2004), p. 21 y 233 (con más detalle); PEÑARANDA (1991), p. 67; ROXIN (1997), p. 1021. Con matices NINO (1972), p. 52.

¹⁰³ Por todos, MATUS (2002), pp. 43, 44 y 61; ROXIN (1997), p. 1018; PESSOA (2018), pp. 105 y ss.; WESSELS *et. al.* (2018), pp. 555 y 556.

¹⁰⁴ Lo relevante es que tipo de casos (y otros asociados a “efectos residuales” y al “principio de combinación”) sólo se pueden sostener si se reconoce una auténtica concurrencia (MIR (2005), pp. 638 y 639). Se trata de efectos reconocidos ampliamente en la doctrina dominante alemana (FRISTER (2016), p. 680; JESCHECK y WEIGEND (2014), p. 1094; PALMA (2004), pp. 240 a 243; WESSELS *et. al.* (2018), pp. 555 y 556), si bien con algunos matices (MATUS (2002), pp. 41, 46 y 60; PEÑARANDA (1991), p. 55). Por esta razón se los califica como el “banco de prueba” del problema de que trata la presente contribución (GARCÍA ALBERO (1995), p. 186). Sobre efectos residuales véase, por todos, MAURACH *et. al.* (1995), p. 558; ROXIN (1997), pp. 1017; SÁNCHEZ-OSTIZ (2018), p. 558; sobre “el principio de combinación” (relativo a los marcos desplazados) y, en especial, sobre el efecto de clausura de la ley desplazada véase JAKOBS (1997), pp. 1068 y 1069; ROXIN (1997), p. 2023; WESSELS *et. al.* (2018), (2018), p. 555. En España CUERDA (1992), pp. 205-207; MIR (2005), Santiago (2005), p.639; SANZ (1986), p. 33; SUÁREZ (2001), p. 107.

¹⁰⁵ Así, CARAMUTI (2018), p. 111; MANCINI (2016), pp. 29 y 35; NOVOA (2005), p. 254; PESSOA (2018), p. 121 (con carácter general, pero a propósito de casos de especialidad). Sobre casos de especialidad CASTELLÓ (2000), p. 119; PESSOA (2018), p. 121; RATTI (2013), p. 244; SANZ (1986), p. 122. Veremos más adelante que estos casos (especialidad) ofrecen matices relevantes de analizar que explica este particular reconocimiento.

¹⁰⁶ La doctrina reconoce al principio reseñado como uno de los que fundamentan el concurso de delitos. Al respecto véase MALDONADO (2016a), pp. 121-123; MAÑALICH (2004), p. 485; MAÑALICH (2015), pp. 206. Referido como principio de “íntegra valoración del hecho”, ESCUCHURI (2004), pp. 114 (a nivel general) y en pp. 204 y 205 en relación al “concurso aparente”); en referencia al “*qua delicta tot poenae*” ARCE (1996), pp. 22 y ss.; ESCUCHURI (2004), pp. 26, 65 y, especialmente, 433 y ss.; ETCHEBERRY (1997), p. 109; MUÑOZ (1986), p. 343; NOVOA (2005), p. 220.

¹⁰⁷ Vale a este respecto una breve explicación: excluir una norma en dichos casos (fuera de la zona de interferencia) implica que algunos de los elementos y propiedades concurrentes no van a tener reflejo en la sanción a imponer, lo que contraría el mandato legal que subyace a la respectiva prohibición.

admite que la fuerza en las cosas se exprese en formas que no suponen daño en la propiedad, como sucede si, en el mismo caso, no hay “fractura”, sino que se utiliza una ganzúa para abrirlas o si se opta por ingresar a través de una ventana. Por otro lado, no cualquier daño se comprende en el robo, sino solo aquellos que ofrecen una funcionalidad determinada (para el ingreso en el lugar de comisión del delito).

De esta forma, resulta algo apresurado asumir que en todos los supuestos posibles el daño ejecutado en el contexto de un robo de esas características se encuentra excluido (por consideración de una excepción implícita), con base en la sola constatación de que los tipos concurrentes presentan una zona de intersección a partir de los supuestos que abarcan, pues ello no supone una extensión valorativa relativa a todas las propiedades incluidas ni permite afirmar siempre una auténtica redundancia.¹⁰⁸ En la especie, ello solo sucede cuando el robo se ejecuta mediante fractura y ésta materializa un caso tipo del delito de daños. En los demás, no hay razón alguna para excluir la consideración del daño, en tanto no es posible sostener que resulta valorado o “penalizado” en el robo.¹⁰⁹

Esto último demuestra que resulta indispensable llevar a cabo el proceso de subsunción en forma previa; da sentido a la idea de que el conflicto se produce y constata entre normas concurrentes (auténticamente) y que su identificación es posterior a la interpretación. La operatoria resulta por ello incompatible con la pretensión de prevenir y resolver anticipadamente los problemas y, sobre todo, de hacerlo a partir de operaciones abstractas o genéricas como las señaladas, atribuidas a la interpretación.¹¹⁰

4. Principales objeciones necesarias de considerar en contra de la tesis de la aplicabilidad

La tesis de la aplicabilidad tampoco está exenta de reparos. Contra ella cabe argumentar en primer lugar la dificultad que supone sostener que no se ha incurrido efectivamente en una pluralidad de delitos. Al menos en muchos casos en los que resulta contraintuitivo y que se

¹⁰⁸ HUERTA (2003), pp. 58 y 70. Esta es la razón por la que se suele descartar la calificación de estos casos como casos de “especialidad” a pesar de que, a la hora de definirlos como problemáticos, se concentren en hipótesis que definen relaciones de perfecta “inclusión” (como en la fractura con daños). Al respecto KLUG (2002), p. 66.

¹⁰⁹ Al respecto CID (1994), p. 42 (quien menciona el caso de una violación “por abuso” en relación a la coacción). Por lo dicho, algunos autores han entendido que las relaciones entre tipos “mutan” de lo abstracto a lo concreto. Así, en el ejemplo citado, la relación se presenta en abstracto como de interferencia, pero en concreto será diverso: si el robo se ejecuta en base a una fractura que supone un caso de daño, la relación será de inclusión; en caso contrario, será de heterogeneidad. Sobre la cuestión SANZ (1989), p. 672. Lo importante a fin de cuentas (que no suele advertirse) es que el análisis “en abstracto” es irrelevante o inocuo como detalla, con razón, ESCUCHURI (2004), p. 238.

¹¹⁰ Lo dicho se demuestra pues la presencia de conflictos entre los mismos pares de normas es aleatoria. GUASTINI (2015), pp. 58; FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 155 (si bien matizan en pp. 159 y 160); RATTI (2013), p. 198. Incluso, se ha destacado que se pueden presentar solo respecto de algunos de los condenados en un mismo proceso por los mismos hechos, lo que lleva a asignarle un “carácter personal” (ESCUCHURI (2004), p. 345; MATUS (2002), pp. 47 y ss.; PEÑARANDA (1991), pp. 33, 34 y 153; STRATENWERTH (2005), p. 548). Esta constatación refuerza además la idea de que no se trata de cuestiones referidas a interpretación o a la cobertura abstracta o general de las normas ni a su ámbito de validez. ESCUCHURI (2004), pp. 15 y 57; NAVARRO y MORESO (1996), p. 126; RATTI (2013), p. 123.

resuelven uniformemente a favor del concurso aparente. Así, por ejemplo, no es fácil convencer que quien ha matado a un hijo antes de las 48 horas de vida realmente comete tres delitos: homicidio simple, calificado e infanticidio. A ello se agrega que el resultado del uso de una “preferencia” supone una exclusión, y genera una “solución” que no se aprecia fácilmente como la propia de un caso de pluralidad delictiva (especialmente tratándose de la consideración de las penas principales previstas).

Frente a ello hay que tener en cuenta que la noción de delito sólo expresa una calificación de comportamiento, y se identifica con la descripción de un “tipo” o clase de conducta.¹¹¹ De esta forma, la concurrencia no es más que la constatación de un “caso tipo”, de una ejemplificación de dicha descripción en torno a un sustrato, que perfectamente admite una pluralidad de calificaciones simultáneas. De esta forma, nada hay que objetar a la afirmación de tantas calificaciones y delitos como unidades o tipos de conducta sean satisfechos en un mismo supuesto. El que resulte contraintuitivo es algo que se explica por la errónea y arraigada tradición, desarrollada en el transcurso del siglo XX, que identifica el delito con una expresión material centrada en la acción (entendida como “natural”) y que, en buena medida, se encuentra superada.¹¹² Por otro lado, tampoco se puede olvidar que cualquier delito se puede sancionar con una o varias penas, al igual que una pluralidad de ellos, lo que lleva a descartar que el uso de una única regla de sanción sea un indicativo de la cantidad de delitos concurrentes.

Por otro lado, no se puede sostener que todo delito debe necesariamente ser castigado. Lo demuestran, en extremos, los supuestos de prescripción. Y menos aún se puede suponer que el castigo de una conducta delictiva supondrá siempre el uso del marco penal que se asocia a su descripción, en tanto previsto para los casos ordinarios o genéricos correspondientes a una ejecución individual.¹¹³ Basta tener en cuenta los casos en que se aplica una pena superior o inferior a dicho marco en base a circunstancias y aquellos casos concursales en los que se recurre a un régimen penológico unitario bajo reglas de absorción o exasperación.¹¹⁴ En todos esos casos la modificación o sustitución del marco previsto para la ejecución individual no puede ser interpretada como renuncia al castigo, ni permite sostener que no se ha cometido el respectivo “delito” o que éste no ha concurrido.¹¹⁵ Así, la atención o resolución de una redundancia (u otro conflicto) no lleva a afirmar que el tipo desplazado no resulta sancionado

¹¹¹ MATUS (1999), p. 99 y 100; NOVOA (2005), p. 221; RADBRUCH (2011) p. 110. Implícito en ESCUCHURI (2004), p. 26; PESSOA (2018), p. 34; PEÑARANDA (1991), pp. 31 y 32; POLITOFF *et. al* (2003), p. 445; VIVES (1981), p. 16;

¹¹² Véase, al respecto, BUSTOS (1962), pp. 32 y ss.; CARAMUTI (2018), p. 33, 35 y 209; ETCHEBERRY (1964), pp. 11-12; ZAFFARONI, *et. al.* (2002), p. 865, y, en el contexto alemán, FRISTER (2016), p. 666; JESCHECK y WEIGEND (2014), p. 1073. Sobre la “superación” aludida HILGENDORF y VALERIUS (2017), p. 320; VIVES (1981), p. 16.

¹¹³ Lo dicho resultaba más claro en tiempos antiguos. Sobre ello véase DE DOU (1800), p. 141.

¹¹⁴ Se aprecia en Chile en los arts. 65 a 68 bis del Código Penal, en el régimen del concurso ideal de delitos y en la regla de reiteración de delitos de la misma especie (prevista en el art. 351 del Código Procesal Penal).

¹¹⁵ A ello se vincula la llamada “función de clarificación” atribuida antiguamente al reconocimiento del concurso ideal en el contexto alemán, pues dicho instituto pone en evidencia que concurren varios tipos penales a pesar de que se trata de una sola acción. Sobre ello JESCHECK y WEIGEND (2014), p. 1073; STRATENWERTH (2005), p. 552; WESSELS *et. al* (2018), pp. 550 y 551.

(que concurre en forma impune), sino, más bien, que resulta co-penado dentro de la regla de sanción preferente.¹¹⁶

Lo dicho pareciera superar en términos relativamente satisfactorios las objeciones expuestas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los contenidos críticos propuestos se hacen sentir con mayor fuerza en los casos referidos a relaciones de especialidad y, particularmente, en aquellos que materializan una especificación (como en el ejemplo del “infanticidio”¹¹⁷); en el caso de concurrencia de dos o más figuras calificadas o privilegiadas diversas de un mismo delito genérico en común¹¹⁸ y en delitos que se definen en base a hipótesis múltiples de comisión (o tipos mixtos alternativos¹¹⁹). El que se los haya podido regular como alternativas, en forma separada o a través de circunstancias (según el caso) pareciera dejar la idea de que no se trata realmente de una pluralidad de casos diversos, más allá de que pudiesen presentar esa forma a partir de su contenido natural o por la modalidad bajo la cual los expresa el legislador.¹²⁰ Lo dicho se confirmaría en el hecho de que los fallos que recaen en este tipo de casos no suelen dejar constancia de la pluralidad descrita a la hora de condenar, constituyendo una práctica casi unánime, al menos en los casos de especialidad.¹²¹

No obstante, hay que tener en cuenta que la propia identificación de una pretensión subyacente a la decisión que el legislador refleja en la forma concreta que adopta su consagración permite advertir que no hay nada en ello que incida concretamente en el campo de la determinación de los imperativos de conducta que se regulan, sino que solo expresa una decisión relativa a la forma como el legislador pretende que sean sancionados.¹²² La forma del respectivo enunciado (o de los enunciados) no constituye por ello un elemento de juicio que sirva de base a la interpretación de lo que cuenta como delito, ni sobre cuántos de ellos se pueden considerar concurrentes, sino que refleja lo que se dispone como regla de sanción para el evento de su comisión.

¹¹⁶ Sobre dicha distinción véase CASTELLÓ (2000), pp. 64 y ss.

¹¹⁷ Una parte de la doctrina distingue los casos señalados (especificación) de los de especialidad por adición. Los primeros se forman por la precisión de algún elemento del tipo general; los segundos, agregando un elemento no considerado. Al respecto véase GARCÍA ALBERO (1995), pp. 322-323.

¹¹⁸ Este caso es considerado uno de los más discutidos en doctrina del concurso (GARCÍA ALBERO (1995), p. 372). Incluso más es el único que pareciera proponer una “laguna” y no una redundancia (CUERDA, 1992, p. 262 y 264). Sobre los diversos planteamientos y problemas que ofrece véase ESCUCHURI (2004), pp. 270-282. A este respecto en Alemania prima la tesis que los reconoce como un concurso ideal, si bien hay que considerar que en dicho modelo la solución penológica aplicable es idéntica a la que se concede al concurso aparente (la absorción simple y no agravada, como en España o Chile). Sobre esto último GARCÍA ALBERO (1995), p. 373; STRATENWERTH (2005), p. 541.

¹¹⁹ Se trata de figuras construidas a partir de variadas formas comisivas cuya ejecución se regula en forma conjunta en una misma disposición y en términos alternativos, de forma que la ejecución de cualquiera de ellas, de varias, o de todas da lugar a un solo delito. ORTIZ y AREVALO (2013), p. 319: “Se conocen también como delitos con pluralidad de hipótesis”. Su particularidad radica en que la “reunión” de dichas conductas se asocia a una decisión del legislador relativa al efecto reseñado, por lo cual se los califica comúnmente como casos de unidad típica o jurídica de acción. Por todos, CURY (2007), p. 653; GARCÍA ALBERO (1995), p. 115.

¹²⁰ En el último (los tipos mixtos alternativos) lo dicho opera a la inversa: naturalmente constituyen una pluralidad, pero no debería ser tratada como tal por definición expresa del legislador, en cuanto los reúne en torno a un mismo y único marco penal. GARCÍA ALBERO (1995), pp. 117 y 141.

¹²¹ FRISTER (2016), p. 682.

¹²² Así, ETCHEBERRY (1964), p. 71.

Por su parte, el que la práctica judicial no suela dar cuenta formal de la pluralidad delictiva admite también una reflexión, considerando que se trata de un uso que solo se advierte en casos de especialidad. Hay que tener en cuenta que se trata de los pocos supuestos concursales que ofrecen la particularidad de que tanto la redundancia como la preferencia puede preverse por anticipado,¹²³ precisamente a partir de la forma que presenta la decisión legislativa que los propone.¹²⁴ No obstante, y a pesar de ello, no se puede negar que conservan plenamente la característica de constituir una conjunción de carácter contingente o eventual en el ámbito de la aplicación de la ley, contrario a lo que parece.¹²⁵

Si bien lo señalado debilita el reconocimiento de dicho carácter cuando se satisfacen los presupuestos de la figura especial (pues por definición son hipótesis en las que siempre se cumplirá con el contenido de la norma general¹²⁶), se trata de una condición o cualidad que se mantiene intacta, por el simple hecho de que no es posible anticipar los casos en que puede concurrir el tipo general de forma aislada. En efecto, la posibilidad de una concurrencia sigue siendo una eventualidad (una contingencia), en tanto depende a fin de cuentas de que el supuesto concreto de que se trate incluya las propiedades que lo especifican o califican (previstos en las reglas “especiales”),¹²⁷ lo que no se puede advertir, intuir y menos afirmar por anticipado.¹²⁸ Constituye por ello un tipo de conflicto de normas que mantiene todos sus elementos definitorios en cuanto tal (incluyendo el carácter contingente), y que, en tal virtud, se identifica en doctrina como un tipo conflicto de carácter “total/parcial”.¹²⁹ De esta forma, creemos que la mencionada práctica judicial se explica por el carácter “parcialmente necesario” de la concurrencia que ofrecen los casos de satisfacción de figuras especiales (y otros como los relativos a delitos complejos¹³⁰), en tanto permiten anticipar la concurrencia, el conflicto y la preferencia en su favor. Pero no se vincula al reconocimiento de una auténtica unidad delictiva. Lo confirma el que dicha práctica no se refleja en modo alguno en la amplia

¹²³ En ese sentido se sostiene —de forma algo apresurada, a nuestro juicio— que en ellos la especialidad se advierte a partir del contraste abstracto de las normas. Al respecto NOVOA (2005), p. 254; PESSOA (2018), p. 121; SANZ (1986), p. 122. Por esta razón también se la vincula al contenido extensional de las normas. Así, RATTI (2013), p. 244; PESSOA (2018), p. 121; CASTELLÓ (2000), p. 119.

¹²⁴ No se trata sin embargo de los únicos casos concursales en que esto sucede. Se replica igualmente en el caso de los delitos complejos (en relación a las figuras típicas individuales que los configuran) y en todos los casos en que se identifica una cláusula de subsidiariedad expresa. Sobre los primeros, reconocidos como “concursos especialmente legislados”, véase MAÑALICH (2005), p. 1026; GARRIDO (2007), p. 336; ROXIN (1997), p. 1002; STRATENWERTH (2005), pp. 542. En todos estos casos, además, la definición legislativa se motiva en decisiones sobre pena como destaca GARCÍA ALBERO (1995), p. 119; MAÑALICH (2005), p. 1026; SERRANO (2017), p. 18.

¹²⁵ MAÑALICH (2015), pp. 197 y 198, quien por ello los define como casos de “redundancia circunstancial intrínseca”.

¹²⁶ PEÑARANDA (1991), p. 36.

¹²⁷ Lo destacan, a los mismos efectos, JESCHECK y WEIGEND (2014), p. 1095.

¹²⁸ Al respecto véase la forma como ZORZETTO (2013), p. 392 define este tipo de relaciones.

¹²⁹ Así, DIEZ (1994), p. 396. Los conflictos entre normas pueden ser caracterizados a este respecto según el tipo de concurrencia que se proponga desde los enunciados respectivos. En estos casos la relación “total / parcial” implica que en una dirección siempre habrá conflicto, lo que resulta aleatorio en la otra. Asimismo, la relación “parcial / parcial”, supone que el carácter problemático es contingente respecto de ambas (de forma que, en relación a ambas reglas puede existir conflicto, según las circunstancias). Sobre la categorización véase RUIZ (2015), p. 59 y ss.; HUERTA (2003), pp. 74 y ss. Los desarrollos se suelen exponer en torno a antinomias, pero se replican en los mismos términos respecto a las redundancias (NINO (1995), pp. 274-275).

¹³⁰ Por esta razón se los asimila, en cuanto a que resultan más sencillos de resolver, en JAKOBS (1997), p. 1056.

mayoría de supuestos diversos en que se afirma el “concurso aparente” en casos que resultan indiscutido, y en los que en la sentencia se suele dejar constancia de la concurrencia y de la institución.

Por otro lado, también se objeta el que no parece sensato reconocer todos los efectos que son propios de la norma desplazada en todos los supuestos en los que se advierte una causa personal que impide la aplicación de la norma preferente, como sucede especialmente en los casos en que opera la prescripción y en los referidos a la amnistía.¹³¹ Cabe tener en cuenta que dichos efectos sólo se podrían reconocer si se asume la concurrencia o aplicabilidad interna de las normas desplazadas (esto es, la auténtica concurrencia de los tipos en cuestión) pues de otra forma habría que aceptar que, lisa y llanamente, no lo regulan, pues carecerían de una condición indispensable para sostener su consideración. Si esto es así, habría que reconocer que el transcurso del plazo de prescripción de la acción penal previsto para una figura privilegiada (como el infanticidio) impide la consideración preferente de su correspondiente marco de penas por sobre el previsto para la figura de base, ordinaria o residual, el que, sin embargo, sería aún posible de aplicar en todos aquellos casos que se rigen por un plazo mayor (como el parricidio). Lo propio sucede con la amnistía cuando pudiese estar referida a casos especiales que ofrecen una caracterización particular. Así sucedería, por ejemplo, si en base a un acuerdo nacional se decide aplicar dicha medida respecto de los actos de falsedad documental acaecidos en el contexto de un determinado proceso electoral, si la medida incide en exclusiva sobre el respectivo delito “especial” electoral. Frente a estos casos la tendencia de quienes abogan por el reconocimiento de este tipo de efectos en el derecho comparado se resigna a identificar una “excepción”, particularmente si se trata de efectos privilegiados en casos de especialidad, en atención a que el resultado sería incompatible con el sentido *pro reo* que inspira a la correspondiente regla (la amnistía, la prescripción o la “menor pena” de los tipos privilegiados).¹³² El resto (que no los reconoce a nivel general) lo construye más bien como un argumento para el sustento del rechazo de este tipo de efectos y, en ocasiones, de la propia configuración del “concurso aparente” bajo la lógica de la aplicabilidad.¹³³

Conclusiones

¹³¹ Se trata de parte de los casos más discutidos asociados al “resurgimiento de efectos de la ley desplazada”, máxime en torno a relaciones de especialidad y de privilegio (GARCÍA ALBERO (1995), pp. 188 y 204) junto a otros de naturaleza procesal (PALMA (2004), p. 241; STRATENWERTH (2005), pp. 547) Por ello, más allá de su reconocimiento general en la doctrina alemana, su tratamiento suele reconocer excepciones por lo que se sugiere analizarlos uno a uno (GARCÍA ALBERO (1995), pp. 196, 225 y 226; PALMA (2004), p. 244). Lo más llamativo es que resultan más problemáticos frente a casos indiscutidos de “concurso aparente” (GARCÍA ALBERO (1995), p. 192) lo que da pie a argumentos favorables al rechazo de la tesis de la aplicabilidad con carácter general. También se reconocen excepciones en la aplicación del principio de combinación, en particular, cuando la aplicación exclusiva de una norma agravada se traduce en un privilegio injustificado (conocido como principio de “bloqueo” o “clausura” de la ley privilegiada). Al respecto véase CASTELLÓ (2000), pp. 44 y ss. (si bien opina en contra de dicho efecto); FRISTER (2016), p. 681; GARCÍA ALBERO (1995), p. 191; MAÑALICH (2005), pp. 1041 y 1042; PESSOA (2018), pp. 108 y ss.; WESSELS *et. al* (2018), p. 555. La temática también se discute a nivel general en teoría del derecho, especialmente en caso de derogación de una norma especial (ESCUCHURI (2004), p. 48).

¹³² ROXIN (1997), p. 1018.

¹³³ GARCÍA ALBERO (1995), p. 191.

El resumen expuesto permite advertir que ambas aproximaciones enfrentan dificultades, las que, en algunos casos resultan difíciles de resolver en forma satisfactoria, al menos si no se acepta la necesidad de adoptar reformulaciones de mayor entidad. También se puede constatar que las respuestas y reformulaciones conocidas pueden ser valoradas a estos efectos en forma relativa. Por sobre ello vale la pena recordar que la inclinación a favor de una u otra opción aparece generalmente condicionada por definiciones preliminares que recaen en conceptos de carácter fundamental, referidas al contenido de lo que se entiende por norma, por sistema jurídico, por validez jurídica y, por supuesto, a la definición, rol y ámbito de incidencia de la noción de aplicabilidad y de las propias técnicas de interpretación.¹³⁴ Si esto es así, todo indica que el diálogo posible de sostener en este ámbito en particular resulta imposible o, si se prefiere, que resulta infructuoso, en la medida que los respectivos planteamientos y argumentos se encuentran previamente condicionados. Con ello, la posibilidad de arribar a mayores niveles de consenso pasa por asumir discusiones que se deberían desarrollar en otro lugar (más próximo al campo de la teoría del derecho).

No obstante, hay que tener en cuenta que inclinarse por un camino u otro no es irrelevante, pues una parte de los resultados que se puedan postular dependen del método que en definitiva se aplique. Ello es así, pues todo parece indicar que en todos los casos se parte de supuestos problemáticos que, si bien resultan relativamente equivalentes (asociados a la necesidad de prevenir o en su caso, corregir, una redundancia), no se expresan en resultados similares. Basta recordar la mayor amplitud o reconocimiento de casos de concurrencia aparente que se reclama a partir de un análisis “en abstracto”.

En este contexto Chiassoni realiza algunas proposiciones que a mi juicio resultan sugerentes, si bien las plantea con un carácter más general. Por un lado, entiende que el tratamiento de este tipo de cuestiones problemáticas puede contribuir a tomar postura sobre la conceptualización de los aspectos fundamentales comprometidos, operando como campo de prueba para evaluar la razonabilidad de las respectivas proposiciones y diferencias. Y, por otro lado y a conciencia de que ninguno de los caminos ofrece una aproximación completamente limpia y que, en general, siempre se pueden plantear perspectivas diversas propone tomar partido en atención al camino que en mejor forma se acomode al conjunto del sistema (es decir, que, resulte más armonioso) por la sencilla razón de que sería la opción “más ventajosa”.¹³⁵ En este sentido, creo que la relación de contenidos, problemas y vías de solución que he sintetizado lleva a concluir que los mayores desafíos los presenta la tesis tradicional o “de la interpretación”, sea en atención a la entidad de las dificultades que debe resolver como a la mayor dificultad de integrar armónicamente sus premisas, operatoria, conclusiones e implicancias en términos sistemáticos (contrario a lo que parece).¹³⁶ En base a ello, creo que existen razones que nos inclinan en forma preferente por la tesis de la aplicabilidad. Sobre esta base, no quisiera concluir sin antes reseñar algunos aspectos adicionales que sirven como anticipo de la propia concepción:

¹³⁴ Por todos, FERRER y RODRÍGUEZ (2011), p. 167.

¹³⁵ CHIASSONI (2011), p. 315.

¹³⁶ Por todos, PEÑARANDA (1991), pp. 45, 51 y 52 (quien llega a sostener que “no es posible aceptarla sin daño al sistema” en p. 181).

1) Bajo la comprensión que he favorecido todas las relaciones en las que se advierte un “concurso aparente de leyes penales”, suponen la identificación de una regla de preferencia que excluye de toda consideración a una de las normas de sanción concurrentes, procedimiento que en todos los casos se basa en la constatación de un mismo tipo de problemática particular, que se identifica con una redundancia punitiva que se predica respecto del significado o contenido cabal o general de algunas de aquellas que concurren.

2) Cuando dicha redundancia se advierte bajo la forma propia de una antinomia total / parcial, se muestra en forma externa como un caso para el que resulta idónea la idea de especialidad; cuando no es así (esto es, cuando dicha problemática deviene recíprocamente en forma contingente o conflictos “parcial / parcial”) parece conveniente recurrir a un tipo de denominación diversa, a pesar de que se trata de un caso que, por lo dicho en el párrafo precedente, resulta completamente equivalente en términos materiales¹³⁷. A dicho respecto nos parece preferible recurrir a la idea de “consunción”, en tanto expresa la idea de redundancia —inclusión del desvalor de las normas desplazadas— y enfatiza su carácter contingente”. Así, si bien el primer caso coincide con relaciones de inclusión o subordinación “en abstracto”; y el segundo con las de interferencia, ambas se presentan en concreto bajo la primera configuración. Los casos de interferencia “en concreto”, son casos de concurso de delitos (preferentemente, de concurso ideal).

3) Conviene puntualizar además lo inadecuado del uso de la noción de subsidiariedad como criterio de preferencia o principio de solución. Se trata de una denominación que carece de todo contenido propio, limitándose a definir los términos conclusivos de la operación que se constata cada vez que se sostiene una relación de preferencia y exclusión.¹³⁸ Constituye por ello una categoría vacía, que se puede predicar de todo el conjunto de casos por igual, en tanto es análoga a la afirmación de una preferencia y la exclusión correlativa.¹³⁹

4) Si esto es así, no sería correcto asumir que el criterio de especialidad es lógico y el propio de la consunción axiológico,¹⁴⁰ pues, a fin de cuentas, se trataría siempre de lo mismo. Lo que sucede es que el carácter necesario de la preferencia aplicable en caso de concurrencia de una norma especial permite advertir el problema y la solución de manera evidente en una de sus direcciones. Pero ello no altera la razón de fondo que motiva la exclusión de la regla de sanción prevista en la norma de carácter general, y que radica en estos casos, sin lugar a dudas, en la necesidad de impedir la materialización de una redundancia punitiva o doble sanción. En este sentido, no es que no se pueda identificar una relación lógica como la que se postula. Lo relevante es advertir que su constatación no es más que el reflejo externo o

¹³⁷ Próximo, MAÑALICH (2015), pp. 195 y ss.; MATUS (2005), p. 486; POLITOFF *et. al* (2003), p. 458.

¹³⁸ Por esta razón, es posible identificar relaciones nominadas indiscutidas y precisas entre normas que gozan de una regla de subsidiariedad expresa. Así, por ejemplo, la inclusión por especialidad entre el parricidio y el homicidio (en relación a la cláusula contenida en el art. 391 del CP); y la inclusión, por consunción, entre el daño y el robo en lugar habitado (en relación a la cláusula contenida en el art. 488 del CP).

¹³⁹ CASTELLÓ (2000), pp. 118, 160 y 167; MAÑALICH (2015), pp. 192 y ss.; ORTIZ Y AREVALO (2013), p. 359; PESSOA (2018), pp. 150, 153 y 216; SERRANO (2017), p. 35. Implícito en FRISTER (2016), p. 684. Así se explica el amplio grado de confusión existente entre casos de subsidiariedad y consunción, pero también con la especialidad. Sobre ello véase SANZ (1986), p. 125; MAÑALICH (2015), pp. 196-197; asimismo, KLUG (2002), p. 67.

¹⁴⁰ Por dos CURY (2007), p. 669; GARRIDO (2007), p. 353.

meramente formal de la razón que en el fondo que justifica la preferencia y, por supuesto, la exclusión; cuya existencia se explica por constituir casos de redundancia punitiva expresamente creados por el legislador, en tanto formas especiales, agravadas o calificadas de un tipo básico con el que comparten su contenido nuclear.¹⁴¹

5) En el otro extremo se ubican las cláusulas de subsidiariedad expresa, en tanto dirigidas a la formalización de un determinado criterio de preferencia, lo que supone la advertencia previa de una potencial y, más que probable, redundancia.¹⁴²

6) Por sobre ello no se puede desconocer que también los casos de identidad plantean una redundancia, que se caracteriza por ser total o absoluta y recíproca. El que correspondan indiscutiblemente a errores legislativos¹⁴³ no basta para negarlos como “problema”, pues existen, se presentan en términos contingentes (como cualquier conflicto de normas) y —sobre todo— demandan una solución. Dichos casos coinciden con el uso más tradicional asignado a la “alternatividad”, se caracterizan por cuando evidencian el problema (la redundancia) pero no anticipan por sí mismo un criterio de solución o preferencia (como si ocurre con los demás).¹⁴⁴ A su respecto, y en tanto no procede —en términos absolutos— aplicar el tradicional criterio de la “mayor pena”,¹⁴⁵ se debe recurrir a los demás que ofrece la doctrina a dichos efectos,¹⁴⁶ entre los que destaca a nuestro juicio el criterio cronológico (considerado que, normalmente, los casos de identidad se explican por el dinamismo del derecho) y que privilegia a la regla posterior.¹⁴⁷

7) Finalmente, resulta acertado el espacio concedido a los efectos residuales de la norma desplazada pues, en principio, la problemática referida a las reglas de sanción se circunscribe a las penas principales, que paradigmáticamente coinciden con aquellas que establecen un régimen privativo de libertad. Con ello, resulta difícil sostener que se vulnera la prohibición de doble sanción si junto a la pena principal preferente se consideran aplicables, por ejemplo,

¹⁴¹ El que, de fondo, se trate en ambos grupos de casos del mismo tipo de problema y solución, se expresa en parte de la doctrina que asume la posibilidad de que algunos casos se puedan llegar a calificar en torno a varios “principios de solución” a la vez (precisamente como casos de consunción y de especialidad) como se suele postular respecto de los tipos mixtos alternativos y delitos complejos. Al respecto GARCÍA ALBERO (1995), p. 323.

¹⁴² Se ratifica con ello la idea de que se trata de reglas de aplicabilidad o preferencia y no un elemento negativo del tipo. MAÑALICH (2015), pp. 193 a 195; MAÑALICH (2005), p. 1040, nota n° 60; OSSANDÓN (2018), p. 972 (en relación al homicidio en Chile). Así, en Chile, el sentido de la cláusula de subsidiariedad contenida en el art. 391 del CP no es excluir los casos de parricidio de la prohibición contenida en el homicidio simple o calificado, sino solo exigir que esos “homicidios” — que lo son— se penalicen con una regla de sanción diversa (la del parricidio).

¹⁴³ GARCÍA ALBERO (1995), p. 406.

¹⁴⁴ SANZ (1989), p. 666.

¹⁴⁵ ETCHEBERRY (1964), p. 59; MIR (2005), p. 643; NINO (1972), p. 65. Crítico, SANZ (1989), p. 670.

¹⁴⁶ Se trata, en síntesis, del criterio de norma superior, posterior o especial. Al respecto véase GUASTINI (2016), p. 259 y ss.

¹⁴⁷ Vale la pena ejemplificar con el falso testimonio ejecutado en causa civil, conforme a la regulación que se ofrece en el derecho chileno, en tanto dicha conducta se reitera, en forma íntegra, en los arts. 206 y 209 del Código Penal, con pena diversa. A dicho respecto la doctrina tradicional privilegia la aplicación del art. 209, en atención a que propone una pena mayor, sin considerar que la regla del 206 es cronológicamente posterior, de forma que se puede afirmar —en propiedad— que “deroga a la anterior”.

las accesorias previstas junto al tipo desplazado; pues a dicho respecto no se puede sostener en modo alguno una concreta redundancia (valorativa).

Bibliografía citada

- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (2006): Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, 5º reimposición, (Buenos Aires, Astrea).
- ALCHOURRÓN, Carlos (1991): “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en: ALchourrón, Carlos; BULYGIN, Eugenio, Análisis lógico y Derecho (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 291-302.
- ALONSO, Juan Pablo (2018): Principios jurídicos implícitos (Barcelona, Marcial Pons).
- ARCE AGGEO, Miguel Ángel (1996): Concurso de delitos en materia penal (Buenos Aires, Editorial UBA).
- BULIGYN, Eugenio (1991 a): “Tiempo y validez” en ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, Análisis lógico y Derecho (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 195-214.
- BULIGYN, Eugenio (1991 b): “Dogmática jurídica y sistematización del derecho” en ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, Análisis lógico y Derecho (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 465-484.
- BUSTAMANTE, Thomas (2010): “Conflictos normativos y decisiones contra *legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios”, en: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho (nº33), pp. 79-108.
- BUSTOS, Juan (1962): Concurso ideal de delitos. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Editorial Universitaria. Universidad de Chile).
- CARAMUTI, Carlos (2018): Concurso de delitos, 3ª ed. (Buenos Aires, Hammurabi).
- CASERO, Ramón (2016): Interpretación de la norma jurídica: lógica, teleológica y analógica (Madrid, Thomson Reuters Aranzadi).
- CASTELLÓ, Nuria (2000): El concurso de normas penales (Granada, Comares).
- CELOTTO, Alfonso (2018): Paradojas y antinomias. La teoría General del ordenamiento Jurídico y sus contradicciones (Santiago, Ediciones jurídicas Olejnik).
- CID, José (1994): “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Vol. 47), pp. 29-64.
- COUSIÑO, Luis (1961), “Interpretación de la ley penal en la dogmática chilena”, en: Revista de Ciencias Penales, Tomo XX, pp. 197- 218.
- CUERDA RIEZU, Antonio (1992): Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial (Madrid, Civitas).
- CURY, Enrique (2007): Derecho Penal. Parte General (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile).
- CHIASSONI, Pierluigi (2011): Técnicas de interpretación jurídica (Barcelona, Marcial Pons).
- DE DOU, Ramón Lázaro (1800): Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Catalunya y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado, Tomo II (Madrid, Edit. Oficina de don Benito García y Compañía).
- DE LA RUA, Jorge (2013): “Cuestiones actuales referidas al concurso de delitos: La regulación de los concursos en el Código Penal y en el proyecto 2007”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, Anuario de Derecho Penal 2012 (Buenos Aires, Ad-Hoc), pp. 15-24.

- DIAS, Horacio (2013): “De cómo contar los delitos”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, Anuario de Derecho Penal 2012 (Buenos Aires, Ad-Hoc), pp. 61-69.
- DIEZ AUSIN, Francisco (1994): “Conflictos normativos y análisis lógico del derecho”, en: Anuario de Filosofía del Derecho (Vol. IX), pp. 393-406.
- ESCUCHURI AISA, Estrella (2004): Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica (Granada, Comares).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): Derecho Penal, 3° edición revisada y actualizada, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1964): El concurso aparente de leyes penales” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERNÁNDEZ, Gonzalo (2013): “Criterio de determinación de la unidad de hecho en el concurso de delitos”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, Anuario de Derecho Penal 2012 (Buenos Aires, Ad-Hoc), pp. 25-46.
- FERRER, Jordi; RODRÍGUEZ, Jorge Luis (2011): Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos (Barcelona, Marcial Pons).
- FERRINI, Contardo (2017): Derecho penal romano (Barcelona, Marcial Pons).
- FONTECILLA, Rafael (1956): Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FRISTER, Helmut (2016): Derecho Penal. Parte General, traducción de la 4ª ed. Alemana (Buenos Aires, Hammurabi).
- GARCÍA ALBERO, Ramón (1995): Non bis in ídem material y concurso de leyes penales (Barcelona, Cedecs).
- GARCIA PLANAS, Gabriel (1989), “Consecuencias del principio ne bis in ídem en derecho penal”, en: Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales (Tomo 42, Fasc. 1), pp. 109-123.
- GARRIDO, Mario (2007): Derecho Penal. Parte General, 4° ed. (Santiago, Edit. Jurídica de Chile).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2013): Las paradojas de la acción (Barcelona, Marcial Pons).
- GUASTINI, Ricardo (2016): La sintaxis del derecho (Barcelona, Edit. Marcial Pons).
- GUASTINI, Ricardo (2015): “Interpretación y construcción jurídica”, en: Isonomía (n° 43), pp. 11-48.
- GUASTINI, Ricardo (2011): “Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico”, en: FERRER, Jordi; RATTI, Giovanni (Coord.), Realismo jurídico genovés (Madrid, Marcial Pons), pp. 81-116.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2014): “Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal”, en: ARANCIBIA, Jaime; ALARCÓN, Pablo (Coords.), Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (Santiago, Thomson Reuters), pp. 567-586.
- HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian (2017): Derecho Penal. Parte general, traducción de la segunda edición alemana (Trad. Leandro Días y Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Ad-Hoc).
- HUERTA, Carla (2003): Conflictos Normativos (México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México).

- ITURRALDE SESMA, Victoria (1987): “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas”, en: Anuario de Filosofía del Derecho (nº4), pp. 331-354.
- JAKOBS, Günther (1997): Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2º ed. corregida (Madrid, Marcial Pons)
- JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas (2014): Tratado de Derecho Penal. Parte general, traducción de la quinta edición alemana (Trad. Miguel Olmedo, Lima, Instituto Pacífico)
- KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert (2005): Validez y Eficacia del Derecho (Buenos Aires, Astrea).
- KLUG, Ulrich (2002): “Sobre el concepto de concurso de leyes”, en: KLUG, Ulrich, Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho, reimpresión (México, Fontamara), pp. 57-75.
- LABATUT, Gustavo (1983): Derecho Penal, Tomo I, 7ª ed. Actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LIFANTE, Isabel (2015): “Interpretación y aplicación del derecho”, en: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (Coord.), Conceptos básicos del derecho (Barcelona, Marcial Pons), pp. 185-201.
- MANCINI, Matias (2016): Concursos aparentes de delitos (Buenos Aires, Hammurabi).
- MALDONADO, Francisco (2016 a): “Reiteración y reincidencia: conceptos y fundamento”, en: MALDONADO, Francisco (coord.), Reincidencia y concurso de delitos (Montevideo - Buenos Aires, BdeF), pp. 89-145.
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2016 b): "Reiteración y concurso de delitos. Consideraciones sobre el artículo 351 del Código Procesal Penal a partir de la teoría general del concurso de delitos en el Derecho chileno", en: CÁRDENAS, Claudia; FERDMAN, Jorge (Coord.), El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro Homenaje al Prof. Alfredo Etcheberry Orthusteguy (Santiago, Editorial Thomson Reuters Chile), pp. 549 - 607.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2015): “El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles”, en: CÁRDENAS, Claudia; FERDMAN, Jorge (Coord.), El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro Homenaje al Prof. Alfredo Etcheberry Orthusteguy (Santiago, Editorial Thomson Reuters Chile), pp. 501-547.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): "El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en: Revista Política criminal (Vol. 9, nº 18), pp. 543-563.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2005): “El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico”, en: Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico (nº74), pp. 1021-1211.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2004): “Asperación de la pena bajo el régimen del concurso real”, en: Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (nº 1), pp. 246-248.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (1993): “La determinación judicial de la pena en el código penal español”, en: V.V.A.A: Política criminal y Reforma penal: Homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal (Madrid, Edersa), pp. 811-831.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2015): “Conflictos normativos”, en: FABRA, JOSÉ Luis y NÚÑEZ, Álvaro (Coords.), Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Vol. 2 (México, Edit. Universidad Nacional Autónoma), pp. 1307-1347.

- MATUS, Jean Pierre (1999). “Aportando a la reforma penal chilena. Algunos problemas derivados de la técnica legislativa en la construcción de delitos impropios: el error y el concurso”, en *Ius et Praxis* (Vol. 5, N° 2), pp. 63-113.
- MATUS, Jean Pierre (2001): “La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte)”, en: *Revista Ius et Praxis* (vol 6, n°2), pp. 195-371.
- MATUS, Jean Pierre (2002), “La teoría del concurso aparente de leyes penales y el resurgimiento de la ley en principio desplazada”, en *Revista de la Universidad Católica del Norte* (n° 9), pp. 27-68.
- MATUS, Jean Pierre (2005): “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995” en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (vol. 58, n° 2), pp. 463-494.
- MATUS, Jean Pierre (1994): *La ley Penal y su Interpretación* (Santiago, Ediciones Jurídicas Congreso)
- MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz (1995): *Derecho Penal. Parte General, Tomo II* (Buenos Aires, Astrea).
- MIR PUIG, Santiago (2005): *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona, Edit. Reppertor).
- MORESO, José Juan (2010): “Condicionalidad, derrotabilidad y conflicto entre normas”, en Ortega Gomero (Edit.): *Interpretación y razonamiento jurídico, Volumen II* (Lima, Editores), pp. 109-132.
- MUÑOZ HORMENT, Humberto (1986): “Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 13), pp. 335-381.
- NAVARRO, Pablo y MORESO, José Juan (1996): “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en: *Isonomía* (n°5), pp. 125-139.
- NINO, Carlos Santiago (1995): *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª edición (Buenos Aires, Astrea).
- NINO, Carlos Santiago (1972): *El concurso en el derecho penal* (Buenos Aires, Astrea).
- NOVOA, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal chileno*, 3a Edición, T.II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ORTIZ, Luis; ARÉVALO, Javier (2013). *Las Consecuencias jurídicas del delito* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile)
- OSSANDON, Magdalena (2018): “El legislador y el Principio ne bis in ídem”, en: *Revista Política criminal* (vol. 13, n° 26), pp. 952-1002.
- PALMA, José Manuel (2004): *Los actos copenados* (Madrid, Dykinson).
- PEÑARANDA, Enrique (1991): *Concurso de leyes, error y participación en el delito* (Madrid, Civitas).
- PESSOA, Nelson (2018): *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Estudio del múltiple encuadre típico* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PRAMBS, Claudio (2010): “¿Es posible sancionar las lesiones y el homicidio en concurso ideal?”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° XXXIV), pp. 459-474.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel (2009): “Normas jurídicas, conflictos y derrotas: entre normas ad-hoc y sub specie aeternitatis”, en: *Revista Análisis e Derecho*, pp. 11-60.

- RATTI, Giovanni (2013): El gobierno de las normas (Barcelona, Marcial Pons).
- RATTI, Giovanni (2017): “Lógica de las normas, coherencia y Metodología jurídica” (Santiago, Ediciones Olejnik).
- RADBRUCH, Gustav (2011). El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal (Montevideo / Buenos Aires: Edit. BdeF).
- REDONDO, María Cristina (2010): “Razones y normas”, en ORTEGA GOMERO, Santiago (Edit.), Interpretación y razonamiento jurídico. Volumen II (Lima, Ara Editores), pp. 165-203.
- RETTIG, Mauricio (2017): Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. Tomo I (Santiago, Der ediciones).
- REYES ALVARADO, Yesid (1990): El concurso de delitos (Bogotá, Ediciones Reyes Echandía Abogados).
- RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús (2011): Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la hermenéutica jurídica” (Granada, Comares).
- RÓDENAS, Ángeles (2015): “Normas regulativas: principios y reglas”, en GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (Coord.), Conceptos básicos del Derecho, (Barcelona, Marcial Pons), pp. 15-25.
- ROXIN, Claus (1997): Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito (Madrid, Civitas).
- RUIZ MANERO, Juan (2015): “Sistema jurídico: lagunas y antinomias”, en GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (Coord.), Conceptos básicos del Derecho (Barcelona, Marcial Pons), pp. 47-64.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2018): “Las normas del concurso de normas: sentido y alcance”, en Gómez-Jara, Carlos (Coord.), Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín, Tomo II (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi), pp. 557-570.
- SANZ, Ángel (2012): Unidad y pluralidad de delitos: La teoría del concurso en Derecho Penal, serie Derecho Penal (México, Ubijus).
- SANZ, Ángel (1989): “Alternatividad de leyes penales” en: V.V.A.A., Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor (Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones), pp. 679 y ss.
- SANZ, Ángel (1986): El concurso de delitos: aspectos de política legislativa (Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid).
- STRATENWERTH, Günter (2005): Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible. Trad. 4º ed. totalmente reelaborada (Buenos Aires, Edit. Hammurabi).
- SERRANO GONÁZALEZ DE MURILLO, José (2017): El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código Penal (Barcelona, Edit. Marcial Pons).
- SOLER, Sebastián (2017): La interpretación de la Ley (Santiago, Edit. Olejnik).
- SUÁREZ LÓPEZ, José María (2001): El concurso real de delitos (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA).
- VIVES ANTÓN, Tomas Salvador (1981): La estructura de la teoría del concurso de infracciones (Valencia, Universitat de Valencia).
- WESSELS, Johannes, WERNER, Beulke, SATZGER, Helmut (2018): Derecho Penal. Parte general. El delito y su estructura, 46ª ed. Alemana (Lima, Edit. Instituto Pacífico).
- ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2002): Derecho Penal. Parte General, 2ª ed. (Buenos Aires, Ediar)

ZORZETTO, Silvia (2013): “La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio Lex specialis”, en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (n° 36) pp. 387-415.