



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**Reforma al régimen de determinación de penas en la Ley  
N°20.084, especialmente en casos de condenas como  
adolescente y como adulto**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

LUIS ARTURO SANDOVAL CORREA

JOSEFINA MARÍA TAMPIER VILLEGAS

Profesor Guía: Gonzalo Berríos Díaz

Santiago de Chile, 2019



## TABLA DE CONTENIDOS

<b>Resumen.....</b>	<b>7</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>I. La Reiteración Delictiva, el Concurso de Delitos y la Unificación de Condenas.....</b>	<b>15</b>
1.1. La Reiteración Delictiva.....	15
1.2. El Concurso de Delitos.....	17
1.2.1. El Concurso Real o Material de delitos.....	18
1.2.2. El Concurso Medial de delitos.....	21
1.2.3. El Concurso Ideal de delitos.....	22
1.2.4. Referencia al Concurso Aparente de leyes.....	23
1.3. La Unificación de Condenas.....	23
<b>II. Ley N° 20.084: Reiteración delictiva, concurso de delitos y determinación de la pena en el marco de la justicia penal adolescente.....</b>	<b>27</b>

2.1. La Ley N°	
20.084.....	27
2.2. La determinación de la pena en la Ley N°	
20.084.....	35
2.2.1. Reglas referidas a la duración de las penas.....	38
2.2.2. Reglas referidas la naturaleza de las penas.....	40
2.3. El concurso de delitos en la Ley N°	
20.084.....	43
2.3.1. Reglas de investigación y juzgamiento: el Concurso de Procedimientos.....	44
2.3.2. Reglas de determinación de la sanción en caso de acumulación.....	49
<b>III. El proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.....</b>	<b>57</b>
3.1. El trasfondo del proyecto: los objetivos de la justicia penal adolescente.....	57
3.2. Las críticas a la Ley N°20.084 en materia de concursos y determinación de la pena.....	61
3.3. Los antecedentes del proyecto de ley.....	65
3.4. Contenido del proyecto de ley: análisis general.....	67
3.4.1. La Determinación de la pena en el proyecto de ley: El Informe Técnico.....	68
3.4.2. La individualización de la sanción en el proyecto de ley.....	70

3.4.3. Los concursos de delitos en el proyecto de ley.....	77
3.4.4. El concurso de delitos de regímenes diversos en el Proyecto de ley.....	81
3.4.5. La unificación de condenas en el proyecto de ley.....	84
3.4.6. La unificación de condenas de distintos regímenes.....	87
3.4.7. El concurso de procedimientos en el proyecto de ley.....	88
<b>IV. Análisis y comentario de las modificaciones introducidas por el proyecto de ley.....</b>	<b>91</b>
4.1. El nuevo art. 24: La individualización de la pena y el concurso de delitos en la LRPA.....	92
4.2 El art. 25 ter: la regulación del concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos.....	103
4.3. El art. 25 quáter: Unificación de condenas y el art. 25 quinquies: Unificación en regímenes diversos.....	105
4.4. El art. 28: Concurso de procedimientos - Relación con el art. 25 ter.....	108
<b>Conclusiones.....</b>	<b>111</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>117</b>



## RESUMEN

El presente trabajo analiza el régimen de determinación de la pena y las instituciones jurídicas de la reiteración delictiva, el concurso de delitos y la unificación de condenas en el marco del derecho penal de adolescentes y la evolución que las mismas han tenido en nuestra legislación. Se examina primeramente dichas instituciones a la luz del derecho penal general, para luego observar su tratamiento en la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, reparando en las falencias y críticas que se han realizado a la misma, las cuales han servido de fundamento y base para la presentación de un proyecto de ley que propone la creación del nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil y modificaciones a la actual LRPA. Se hace especial énfasis en aquellos casos en los que deba sancionarse a una misma persona por delitos cometidos como adolescente y como adulto (el llamado concurso de delitos de regímenes diversos), contrastando la nueva regulación presentada con los principios y objetivos que la justicia penal adolescente debe perseguir, con el objetivo de determinar si la normativa propuesta significa o no una mejora sustancial al modelo en dichas materias. El resultado de este trabajo procura contribuir al debate en torno al mejoramiento de los derechos y garantías de los que debiesen ser titulares los adolescentes infractores de ley en nuestro país.



## INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante, LRPA), en junio de 2007, nuestra legislación cuenta con un sistema penal específico de responsabilidad juvenil para quienes cometan delitos siendo menores de edad, algo novedoso en nuestro sistema jurídico. Esta ley significó un avance importante para la protección de los derechos de los adolescentes infractores de ley, ajustando nuestro ordenamiento a los estándares internacionales en la materia, pero ha dejado dudas respecto a su tratamiento de la problemática de la reiteración delictiva y la regulación de los casos concursales, tanto en las hipótesis de varios delitos cometidos por un mismo adolescente, como en aquellos casos en los que deba sancionarse a una misma persona por delitos cometidos como adolescente y como adulto. Si bien en el proyecto original de la LRPA (Boletín N° 68-347) se contemplaba una regulación expresa de los concursos de delitos en materia adolescente, esta disposición fue suprimida durante la discusión del proyecto, sin que quedara en el articulado definitivo de la ley una norma que regulase esta materia. Esto ha causado una confusión en cuanto a la forma de determinar las sanciones aplicables a los adolescentes en casos de reiteración delictiva, y ha impulsado una serie de esfuerzos desde la doctrina para intentar determinar cuál sería la mejor solución posible para estos casos a falta de norma expresa. La situación es problemática ya que la inconsistencia en la aplicación de sanciones y choques entre la legislación penal propia de los adolescentes con las normas del Derecho Penal general han causado que en la actualidad, existan muchos jóvenes se encuentren cumpliendo condenas bajo la LRPA teniendo a la vez condenas como adultos por cumplir, lo cual incide negativamente en el sentido y motivación de la pena impuesta como adolescente, la cual debe enmarcarse en un programa de intervención y reinserción social, de acuerdo a las finalidades propias de las sanciones que se contemplan dentro de este régimen especial.

Es esto lo que ha llevado al Ejecutivo a proponerse declaradamente la tarea de llenar el vacío que existe en la materia, estableciendo un sistema concursal propio de la legislación penal de adolescentes. Es así como, al presentar el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil (Boletín N° 11.174-07), que tiene por propósito crear un nuevo servicio público encargado de administrar e implementar las medidas y sanciones contempladas en la LRPA (hasta ahora, atribución del Servicio Nacional de Menores), se introducen también modificaciones a la actual redacción de la Ley N° 20.084, dentro de las cuales se encuentra una nueva regulación de los concursos de delitos, tanto en casos de reiteración de delitos cometidos por un mismo adolescente, como en aquellos en los que deba sancionarse a un individuo por delitos cometidos como adolescente y como adulto.

El objetivo de este trabajo consiste en realizar un análisis de esta nueva regulación introducida por el Ejecutivo, con el fin de ilustrar cómo funciona el mecanismo propuesto para la solución de casos concursales, haciendo énfasis en su capacidad para determinar sanciones que sean concordantes con el principio de proporcionalidad de la pena, afectando en la menor medida posible los derechos y garantías que deben asistir en todo momento a los adolescentes mientras se desarrolla el proceso y durante la ejecución de las sanciones.

Para ello, en primer lugar, se analizarán las instituciones de la reiteración delictiva, los concursos de delitos en el marco de la Ley N° 20.084, los concursos de delitos de regímenes diversos y la unificación de condenas, presentando una caracterización general de cada una, con sus elementos más importantes y su regulación en el derecho penal general. Luego estudiaremos la actual LRPA, haciendo una breve referencia a su historia, principios y objetivos. Analizaremos el tratamiento de estas materias en la ley y la evolución que éste tuvo, así como las diversas críticas que ha recibido y ha llevado a que el Ejecutivo haya decidido proponerle cambios. Finalmente, se realiza un estudio crítico de los nuevos artículos 24, 25 ter, 25 quáter, 25 quinquies

y otros que el proyecto de ley pretende agregar al articulado actual de la LRPA para configurar el nuevo sistema de regulación de los casos concursales en materia adolescente.

Para cumplir este objetivo, se trabajó con los documentos emanados del Congreso Nacional, como son el Mensaje del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, sus informes e indicaciones. También con la legislación actualmente vigente en materia de responsabilidad penal juvenil, en particular la Ley N° 20.084. Asimismo, para el análisis valorativo del contenido del proyecto de ley se han tenido en consideración los objetivos de la LRPA y sus principios rectores, los estándares internacionales en la materia, contenidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y otros tratados internacionales, el desarrollo doctrinal y los objetivos propios del proyecto y que son mencionados en el Mensaje.

La exposición de los diversos temas se ha dividido en cuatro capítulos, a saber:

**Capítulo I.** Se hace una revisión general de las instituciones jurídicas que serán objeto de estudio del trabajo: la reiteración delictiva, el concurso de delitos y la unificación de condenas, y de su tratamiento a la luz del derecho penal general. Se analiza primeramente el concepto de reiteración delictiva y sus diferencias con la reincidencia; luego aborda la estructura del derecho concursal chileno y las figuras de concurso material, medial e ideal de delitos; y por último, se caracteriza la institución de la unificación de condenas del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

**Capítulo II.** Se centra en el tratamiento de la reiteración delictiva y los concursos de delitos en la Ley N° 20.084. En primer lugar, se analiza la historia de la ley, sus principios generales y su contenido. Luego, el análisis se centra en el sistema de determinación de la pena en la LRPA. Se hace especial énfasis en la evolución del

tratamiento de los casos concursales, los cuales se encontraban expresamente regulados en el proyecto original de la ley, pero que durante la discusión legislativa fueron dejados fuera del texto definitivo de la LRPA. Nos referiremos asimismo a la discusión doctrinaria causada por esta decisión.

**Capítulo III.** En él se hace un examen del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil y las modificaciones que introduce a la Ley N° 20.084 en materia de individualización de la sanción, reiteración delictiva y concursos de delitos correspondientes a regímenes diversos. En primer lugar, se exponen algunas de las críticas a la actual LRPA que dieron origen al proyecto. Seguidamente, se hace un análisis general del contenido del proyecto, su historia y objetivos, en lo relativo al contenido del trabajo. Luego nos dedicaremos a hacer una descripción exhaustiva del nuevo sistema de individualización de la pena y concursos que propone el proyecto, contenido en el nuevo artículo 24, que busca llenar el vacío dejado por la actual redacción de la LRPA, introduciendo una regulación expresa para los casos de reiteración delictiva en adolescentes. Finalmente analizaremos en detalle los nuevos artículos 25 ter, 25 quáter y 25 quinquies, que regulan: la determinación de la pena en caso de concurso de delitos cometidos como adolescente y como adulto, la unificación de condenas y la unificación de condenas de regímenes diversos, respectivamente. Además, se hará referencia a otros artículos relacionados con estas materias, tales como el artículo 26, que trata sobre los límites a la imposición de sanciones, y el artículo 28, que regula el denominado concurso de procedimientos.

**Capítulo IV.** En este último capítulo se analizan críticamente las innovaciones del proyecto de ley que fueron previamente explicadas y detalladas en el capítulo anterior, a fin de compararlas con la actual regulación en la materia y determinar si nos parecen un avance positivo respecto de la actual legislación para hacer valer la responsabilidad de los adolescentes por los ilícitos que cometan, sin afectar al mismo tiempo los objetivos de resocialización, proporcionalidad de la pena y personalización en la

determinación de las sanciones. Se valorarán las propuestas del proyecto a la luz de su correspondencia con los objetivos de la LRPA y sus principios rectores, los estándares internacionales contenidos en la Convención Internacional de los Derechos del niño y otros tratados internacionales y su utilidad para cumplir objetivos que el propio proyecto se propone para mejorar la actual legislación, poniendo el énfasis en la protección de los derechos fundamentales de los adolescentes procesados por esta ley.



## CAPÍTULO I

### La Reiteración Delictiva, el Concurso de Delitos y la Unificación de Condenas

Para empezar a analizar las distintas instituciones jurídicas que operan en materia de responsabilidad penal adolescente y que desarrollaremos en profundidad en este trabajo, es decir, la reiteración delictiva, el concurso de delitos y la unificación de condenas, nos parece necesario empezar haciendo una revisión general de las mismas, a la luz del Derecho Penal general.

#### 1.1 La reiteración delictiva

Para llevar adelante lo anterior, la primera cuestión que hay que dilucidar es qué entenderemos efectivamente por *“reiteración delictiva”*. En esta línea, comenzaremos por diferenciar el concepto recién señalado, del de *“reincidencia”*. Si bien ambos conceptos aluden a la repetición de hechos punibles por un mismo sujeto en un espacio de tiempo separado, existen entre ellos grandes diferencias. La primera de ellas dice relación con la concurrencia o no de una condena irrogada al sujeto activo de los delitos por parte del Estado o, en otras palabras, la principal diferencia radica en un aspecto de carácter procesal, entendiéndolo como la situación en que el sujeto activo de dos o más delitos, ha sido condenado por el primero de ellos de manera previa a perpetrar el segundo. Así, *“la diferencia específica entre ellas radica, tal y como ya se anticipara, en una variable procesal. En efecto: mientras la existencia de una situación de reincidencia depende de que la persona en cuestión ya haya sido condenada por uno o más de los hechos punibles que le son imputables al momento en que tiene lugar la perpetración de otro hecho punible que le es asimismo imputable, la existencia de una situación de una reiteración concursal (en cuanto situación de concurso real) presupone, por el contrario, que en contra de la persona en cuestión no*

*se registre una condena previa, por alguno de los hechos punibles que le son imputables al momento en que es perpetrado algún otro hecho punible que también le sea imputable" <sup>1</sup>.*

En ese sentido, *"sólo se puede considerar la reincidencia en el momento en que el Estado tiene plena certeza de que la acción desviada y penalizada por el derecho se ha realizado dos veces" <sup>2</sup>.* Por consiguiente, para hablar de reincidencia y no de mera reiteración delictiva, es necesario que el mismo sujeto haya sido condenado por la comisión de un delito determinado y que éste vuelva a cometer otra conducta típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, cuando hablamos de reiteración delictiva nos referimos a aquella situación en que un mismo sujeto ha cometido dos o más delitos, pero en ninguno de ellos ha recaído sentencia condenatoria. Es decir, en el espacio temporal existente entre las diversas acciones delictivas *"no existe un estímulo estatal como cancelación de algunos derechos para frenar las acciones delictivas" <sup>3</sup>.*

La segunda diferencia, consecuencia de la distinción anterior, dice relación con el tratamiento jurídico penal de una y otra situación, toda vez que de acuerdo a nuestro Código Penal y normas penales especiales, la reiteración no conlleva consecuencia jurídica alguna para el imputado, mientras que la figura de la reincidencia está contemplada como una situación modificatoria de la responsabilidad penal <sup>4</sup>, actuando

---

<sup>1</sup> MAÑALICH RAFFO, J.P. (2015). La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena. *Política Criminal*. 10 (2), p. 50.

<sup>2</sup> AEDO HENRÍQUEZ, A. (2010). Reincidencia: Crítica metodológica y propuesta de medición e interpretación para el Sistema Penal chileno. *Revista Derecho y Humanidades*. 1 (16), p. 295.

<sup>3</sup> Ídem, p. 296.

<sup>4</sup> Artículo 12, n°14, n°15 y n°16, Código Penal.

como agravante al momento de determinar la pena que corresponde al sujeto que vuelve a delinquir, existiendo una sentencia condenatoria previa a su respecto.

En resumen, la reiteración delictiva consiste en la comisión sucesiva de dos o más delitos, que pueden o no ser juzgados de manera conjunta, pero respecto de los cuales no ha existido condena en el tiempo transcurrido entre la perpetración de uno y otro, y que, por lo tanto, no constituye una situación que modifique la responsabilidad penal del autor.

## 1.2 El concurso de delitos

En relación con lo anterior, en aquellos casos en los que sí se juzguen conjuntamente una pluralidad de delitos imputados a un mismo autor, adquieren relevancia las normas que regulan el concurso de delitos. En este sentido, el problema del concurso de delitos *"se presenta cuando, en un mismo proceso, se puede imputar a una persona la realización del supuesto de hecho de varias normas penales"* <sup>5</sup>.

Dicho esto, es necesario preguntarnos cuándo nos encontramos ante una multiplicidad de delitos. Para efectuar esta determinación, no se debe tomar en cuenta el número de acciones en un sentido natural efectuadas por un mismo sujeto activo, que pueden ser entendidas como simples movimientos corporales dirigidos por la voluntad del individuo, sino que debe atenderse al número o cantidad de ejecuciones de los supuestos típicos. Por lo tanto, existirá *"unidad de delito cada vez que se realiza una sola descripción típica, con independencia del número de acciones (en sentido natural) ejecutadas"* <sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> POLITOFF S.; ORTIZ L.; MATUS, J.P. & BUSTOS, J. (2002) *Texto y comentario del Código Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 2.

<sup>6</sup> Ídem.

Dentro del régimen concursal chileno podemos encontrar distintas hipótesis de pluralidad de hechos punibles y existen distintas hipótesis de concurso de delitos, haciéndose necesario un breve análisis de cada uno de estos tipos y las reglas que los regulan para continuar.

### **1.2.1. El concurso real o material de delitos**

En primer lugar, la hipótesis del concurso real o material de delitos responde a la situación en que *"un mismo sujeto ha realizado dos o más acciones que constituyen, a su vez, uno o más delitos independientes no conectados entre sí y sin que en relación a ninguno de ellos se haya dictado sentencia condenatoria"*<sup>7</sup>. El concurso real o material, a su vez, se caracteriza por ser la regla general en materia de pluralidad de delitos. El concepto antes señalado nos permite extraer los elementos o presupuestos necesarios para que éste se configure. Siguiendo a GARRIDO MONTT<sup>8</sup>, podemos determinar que éstos son:

1. Unidad del sujeto activo. Lo que significa que existe una necesidad de que el mismo o los mismos individuos sean el sujeto activo de las acciones delictivas<sup>9</sup>;
2. Existencia de una pluralidad de hechos punibles. Esto es, debe existir más de una acción delictiva entre las cuales debe existir independencia; y
3. Ausencia de sentencia condenatoria ejecutoriada respecto de dichos delitos.

---

<sup>7</sup> GARRIDO MONTT, M. (2003), *Derecho Penal Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 344.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 544 y ss.

<sup>9</sup> Sin perjuicio de que puedan existir diversas formas de participación en la comisión de los hechos delictivos.

Este último presupuesto del concurso real o material se hace esencial para distinguir entre el concurso real de delitos y los casos de reincidencia delictual, toda vez que, como se señaló anteriormente, el concurso real requiera la ausencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada para ser aplicado, mientras que, en el caso de la reincidencia, ésta opera como una agravante de la responsabilidad penal del sujeto.

La regla general aplicable en materia de concurso real, la encontramos en el artículo 74 inciso 1° del Código Penal, siendo la regla de **acumulación material de penas**, al establecerse en dicho artículo que *"al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones"*. Es decir, la regla general que recibe aplicación en este caso se trata, básicamente, de una suma aritmética de todas las penas que corresponden a cada delito en particular perpetrado por el sujeto, siempre considerando que estos delitos no deben haber sido presupuesto necesario uno del otro, pues en ese caso nos encontraríamos en la situación conocida como "concurso medial", que se tratará más adelante.

Sin embargo, la regla general de la acumulación tiene algunas notables excepciones, siendo una de ellas la regla de la **asperación o exasperación**, la cual está regulada en el artículo 351 del Código Procesal Penal y que se refiere a la reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. Así, cuando exista pluralidad de delitos que afecten un mismo bien jurídico determinado, se debe aplicar esta regla, consistente en considerar las infracciones como un solo delito o, en caso de no ser posible aquello, considerar aquél delito que tuviere la pena mayor en concreto y, sobre ella, en ambos casos, aplicar un aumento en uno o dos grados. La regla de la asperación se fundamenta en el principio pro-reo y en criterios de humanidad, ya que el fundamento que subyace a ella dice relación con aplicar una norma que beneficie al imputado, debido a la penalidad mayor que puede significar la aplicación de la regla de la acumulación o suma aritmética de las penas. En resumen, se trata de: *"una regla de determinación de penas de los concursos de delitos propia del sistema de*

*acumulación jurídica, que conduce a la imposición de una sanción más severa que la correspondiente al delito más grave, pero inferior a la suma de las penas de todos los cometidos. Concretamente, con dicha denominación se alude al mecanismo consistente en agravar la sanción asignada a la figura más grave, por ejemplo, imponiendo la pena superior en un grado”* <sup>10</sup>.

Ahora bien, el inciso 3° de esta norma hace referencia a la posibilidad de aplicar, como contra-excepción, el artículo 74 del Código Penal en la hipótesis de que, aplicando las reglas de la acumulación material, hubiere de corresponderle al condenado una pena menor que la que recibiría al aplicársele el procedimiento de la asperación. Respecto a este inciso, señala OLIVER que, en primer lugar, el legislador incurre en error al utilizar el vocablo "podrá", ya que de la lectura de dicho término podría entenderse que lo que se estaría estableciendo es sólo la facultad para que el juez pueda decida aplicar o no esta contra excepción cuando sea más beneficiosa para el imputado, cuestión que es desacertada, toda vez que, a la luz del principio pro reo, se trataría de una norma de carácter imperativo para el juez de la instancia, debiendo aplicar, de manera absoluta y no facultativa, la norma que en el caso concreto sea más benigna o conveniente para el imputado.

La segunda excepción a la regla de la acumulación material de penas está establecida en el artículo 451 del Código Penal, correspondiendo a la regla de la **absorción de penas**. Se trata de una regla de carácter especialísimo respecto a la pluralidad del delito de hurto. Se entenderá que existe reiteración del delito de hurto *"si se comete por una misma persona más de un hurto en una misma casa a distintas personas, o a una misma persona en cualquier lugar"* <sup>11</sup>. Conforme a este precepto, se deberá sumar

---

<sup>10</sup> OLIVER CALDERON, G. (2013). La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 26 (2), pp.167-188.

<sup>11</sup> GARRIDO MONTT, M. (2003) cit., p. 347.

el importe total de todos los objetos hurtados por un mismo sujeto y aplicar la pena que corresponda a dicho valor, en su grado superior. La norma del artículo 451 del Código Penal es similar a la del artículo 75 del mismo cuerpo legal en sus efectos, regla que se analizará a continuación.

### **1.2.2. El concurso medial de delitos**

El concurso medial es una especie de concurso real y puede definirse como aquellas hipótesis en las que un mismo sujeto (o sujetos) ha cometido varios delitos, de los cuales al menos uno es condición necesaria para la perpetración del otro. Por ejemplo, aquél que, para apropiarse de los valores o el dinero contenidos en la correspondencia de otro sujeto, hace violación de ella previamente. Se trata de la concurrencia de delitos que pueden cometerse y concluirse de manera independiente, pero que, en el caso particular, uno sirve de medio necesario para la concreción del otro.

Para que se configure un concurso medial de delitos es requerida, en primer lugar, la existencia de una relación de necesidad entre ambos delitos, luego que esta relación sea de carácter objetiva y, a su vez, que esta conexión de necesidad exista de manera subjetiva en la persona del autor.

La solución al concurso medial de delitos está dada por el artículo 75 inciso 2° del Código Penal, al establecerse una regla de absorción, al señalando que *"se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave"*. Así, la solución consiste en imponer la pena mayor correspondiente al delito más grave. Es decir, se debe imponer una sola pena *"siempre que se trate de un concurso real donde uno de los delitos sea el medio necesario para cometer el otro"*.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 346.

### 1.2.3. El concurso ideal de delitos

Finalmente, al hablar de concurso ideal de delitos, nos referimos a aquella hipótesis en que *"una acción o un conjunto de acciones unitariamente consideradas, cumplen las exigencias de dos o más figuras penales; en otros términos, constituye coetáneamente dos o más delitos distintos"* <sup>13</sup>, sean estos delitos diferentes (concurso ideal heterogéneo) o un mismo delito repetido varias veces (concurso ideal homogéneo), siendo un ejemplo clásico aquél caso en que un padre viola a la hija, cometiendo el delito de incesto (artículo 375 Código Penal) y el de violación (artículo 361 Código Penal) al mismo tiempo, o el caso en que un sujeto, con un mismo disparo, mata a dos sujetos (doble homicidio del artículo 391 Código Penal). Para que se configure el concurso ideal de delitos deben concurrir diversos presupuestos, estos son:

1. Unidad de sujeto activo. Esto es, que el autor o autores sean los mismos individuos;
2. Unidad de acción; y
3. La acción debe ser objeto de pluralidad de valoración jurídica. Así, la acción debe *" encuadrarse al mismo tiempo en diversos tipos penales o en un mismo tipo más de una vez"* <sup>14</sup>

El concurso ideal se resuelve, de igual manera que el caso anterior, a través de la regla de absorción contemplada en el artículo 75 del Código Penal, que establece: *"La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito"*

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 347-348.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 350.

*más grave*". Es decir, se debe aplicar la pena de carácter mayor asociada al delito más grave, debiendo entenderse por tal, aquel delito que tiene aparejada la pena más elevada entre los distintos tipos penales en los que se encuadra la misma acción.

#### **1.2.4. Referencia al concurso aparente de leyes**

Para finalizar, el denominado "concurso aparente" es una construcción doctrinal aplicable a esas hipótesis *"en las cuales un hecho delictivo, aparentemente, podría adecuarse en distintas figuras penales, pero que, en realidad, atendida la naturaleza del injusto, lo es en una sola de ellas, quedando las demás totalmente desplazadas"*<sup>15</sup>. Respecto a estas hipótesis, *"la distinción entre las figuras concursales comunes y el concurso aparente de leyes se encuentra dada por la presencia o no de los requisitos de aplicabilidad de alguno de sus distintos principios de solución, esto es, de una relación de especialidad, de consunción, subsidiariedad, o alternatividad"*<sup>16</sup>, tratándose más bien de un problema de interpretación de las leyes penales que, de una figura concursal propiamente tal, siendo su denominación equívoca. En virtud de lo anterior, no desarrollaremos mayormente el concurso aparente ni sus particularidades en este trabajo.

### **1.3. La unificación de condenas**

Finalmente, se conoce como "unificación de condenas" a la institución regulada en el actual artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, cuyo antecedente es el derogado artículo 160 del mismo cuerpo normativo. Este artículo cumple un rol particular, al ser uno de sus objetivos *"evitar los efectos perniciosos de la acumulación"*

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 351.

<sup>16</sup> POLITOFF S.; ORTIZ L.; MATUS, J.P. & BUSTOS, J. (2002), *Op. cit.* pp. 2-5.

*real o material de las penas, que en nuestro país estatuye el artículo 164 del Código Penal como regla general para los casos de reiteración de delitos [...] [teniendo] una relación de utilidad y servicio con respecto a las disposiciones sustantivas de los artículos 75 y 451 del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal" <sup>17</sup>, al evitar que por razones de índole meramente procesal, de política criminal u otros motivos, se castigue de forma más severa al imputado, al decidir el juzgamiento separado de los diversos hechos delictivos cometidos por un mismo sujeto, siendo consecuencia de esto la no aplicación de las reglas concursales que constituyen la excepción al artículo 74 del Código Penal y a la regla de la acumulación material.*

Ahora bien, es necesario preguntarnos si acaso el vocablo "unificación de condenas" es actualmente una denominación correcta. En ese sentido, cabe señalar que, al tenor del antiguo artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, y al ser las diversas sentencias dictadas por un mismo Tribunal, la posibilidad de "unificar" las distintas condenas parecía correcta, toda vez que, si bien según el inciso primero de la disposición nombrada, la regla general era la acumulación de procesos, excepcionalmente, según el segundo inciso del mismo artículo, cuando tuviese lugar el juzgamiento separado de los diversos delitos cometidos o la desacumulación de los procesos seguidos en contra de un mismo imputado, al momento de dictar la última sentencia, el juez debía unificar las condenas, es decir, *"considerar los delitos como si se hubiesen juzgado en un solo proceso y se hubiese dictado a su respecto un solo fallo, y aplicar a todos ellos la regla de punición del concurso de delitos que fuera pertinente, siempre que ello resultara más favorable para el reo. Además, debía prescindir de las sentencias anteriores para apreciar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal" <sup>18</sup>.*

---

<sup>17</sup> MORALES ESPINOSA., E. (2011). La regulación de la pena en conformidad con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales. *Revista de Estudios de la Justicia*. (14), p. 201.

<sup>18</sup> OLIVER CALDERON, G. (2012). Aproximación a la unificación de penas. *Política Criminal*. 7 (14), p. 253.

Por otro lado, lo que ordena el actual artículo 164 COT es que el Tribunal debe, al momento de dictar su sentencia, tener en consideración las condenas anteriores que cumplan los requisitos para ser tomadas en cuenta según el mismo precepto. *"Por lo tanto, no puede unificar las penas anteriormente impuestas por otros tribunales con la que imponga él. Sólo puede, para ajustar su sentencia y no superar el límite que el precepto establece (a) disminuir la pena que va a imponer o que ya impuso; (b) condenar sin imponer pena alguna o modificar la sentencia condenatoria que ha dictado para no imponer pena (cuando el hacerlo implicaría exceder el máximo de pena que pudiera imponerse); (c) condenar, pero otorgar algún beneficio compatible con la pena que habría podido imponer en un eventual juzgamiento conjunto o modificar la sentencia condenatoria que ha dictado para otorgar un beneficio compatible con dicho juzgamiento, y (d) considerar atenuantes o descartar agravantes en la condena que dicte o modificar la sentencia condenatoria que ha dictado para considerarlas o descartarlas, respectivamente. En otras palabras, el tribunal nada tiene que unificar; sólo debe preocuparse de regular la pena que él impone, de modo que la suma de ella con las anteriores no exceda el mencionado límite"* <sup>19</sup>. Es decir, las posibilidades de actuación del órgano jurisdiccional, en la actualidad, son bastante menores a las que se tenían anteriormente. En este sentido, cabe concluir que el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, en su redacción actual, no atribuye al juez la facultad de modificar fallos anteriores para "unificar" las condenas, sino que sencillamente ordena tenerlos en consideración para efectos de regular la propia sentencia. En suma, *"el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales no manda acumular las penas sino modificar (reducir o incluso omitir) la pena posterior para que la suma de las sanciones impuestas en los distintos procesos, incluido el fallo posterior, no exceda de la sanción que debió aplicarse si se hubiesen apreciado en conjunto"*

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 255

*todos los hechos*"<sup>20</sup>, siendo erróneo entonces referirse actualmente a dicha institución como una "unificación" de condenas propiamente tal.

Como presupuestos o requisitos de esta figura<sup>21</sup>, en primer lugar, debe existir una pluralidad de sentencias condenatorias en contra de un mismo sujeto, exigencia que se desprende del tenor literal del artículo al señalar que la norma recibirá aplicación: "*Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias*". En segundo lugar, es necesario que sea plausible un juzgamiento conjunto de los distintos delitos, requisito que se desprende del mismo artículo "*...de haberse juzgado conjuntamente los delitos (...)*".

Por último, para que reciba aplicación esta norma, deben concurrir dos circunstancias más: por un lado, que se esté condenando al mismo sujeto por hechos distintos, y que la condena que habría correspondido imponer, en caso de haberse juzgado conjuntamente los diversos delitos, hubiese sido de intensidad menor a la suma de las penas que se hubieren impuesto de haberse juzgado en forma separada, por el otro, toda vez que, como se mencionó, la finalidad u objetivo de esta norma dice relación con morigerar los efectos negativos para los objetivos del proceso y los derechos del condenado, que puede conllevar la aplicación de la norma general de la acumulación material de las penas, regulada en el artículo 74 del Código Penal.

Ya analizadas estas instituciones en la esfera del derecho penal general, a continuación, revisaremos el sistema penal adolescente actualmente vigente en nuestro país y su regulación en la Ley N° 20.084 y como operan las mismas instituciones dentro de dicho ámbito.

---

<sup>20</sup> MORALES ESPINOSA, E. (2011). *Op. cit.* p. 3.

<sup>21</sup> OLIVER CALDERON, G. (2012). *Op. cit.* 256 y ss.

## CAPÍTULO II

### **Ley N° 20.084: Reiteración delictiva, concurso de delitos y determinación de la pena en el marco de la justicia penal adolescente**

#### **2.1. La Ley N° 20.084**

En el mes de agosto del año 2002 se inició por vez primera en la historia de Chile la discusión sobre un proyecto de ley destinado a establecer un sistema penal especialmente dirigido a los adolescentes, respecto de ilícitos cometidos entre los catorce y dieciocho años de edad. Nunca existió en nuestra legislación un sistema específico que abordase en forma íntegra el tema de la responsabilidad penal juvenil.

Luego de arduas discusiones parlamentarias, el 28 de noviembre del año 2005 fue promulgada la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, la cual entró en vigor en junio del 2007.

Con anterioridad a su entrada en vigencia, los jóvenes de entre 16 y 18 años de edad que infringiesen la ley penal quedaban bajo la jurisdicción de los antiguos Juzgados de Letras de Menores (que fueron reemplazados progresivamente por los actuales Tribunales de Familia luego de la promulgación de la Ley N°19.968<sup>22</sup>), donde eran sometidos a un examen de discernimiento por parte del juez. Este examen era el corazón del sistema: si el joven era declarado con discernimiento, era juzgado como un adulto, sometándose a las normas generales; por el contrario, si se consideraba

---

<sup>22</sup> TURNER SAELZER, S. (2002). Los Tribunales de Familia. *Revista Ius et Praxis*. 8 (2), pp. 413-443.

que no contaba con discernimiento suficiente, el propio juez dictaba a su respecto las medidas de protección que estimase necesarias, impuestas muchas veces sin sujeción a las normas básicas del debido proceso<sup>23</sup>.

Esta situación, vigente desde la dictación de la Ley N° 16.618 o “Ley de Menores”, en el año 1967, y basada en una visión de control de los niños en situación “irregular” o “de abandono” que no les reconocía su carácter de sujeto de derechos<sup>24</sup>, se mostraba en abierta discordancia con el progresivo avance de la legislación comparada y, en particular, con los Tratados Internacionales en la materia, especialmente desde la ratificación por parte de Chile de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1990 (en adelante CDN), lo cual exigía adecuar la legislación nacional hacia una nueva regulación de la responsabilidad penal adolescente. Este objetivo se encontraba expresado ya en el Mensaje del proyecto, donde el Ejecutivo señaló que la nueva ley buscaba lograr una *"completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia, de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile"*<sup>25</sup>. Finalmente, se consagró legalmente este objetivo en el artículo 2 inc. 2° de la LRPA, que reza: *"En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos*

---

<sup>23</sup> Cabe señalar en este respecto, que la mayoría de los adolescentes sometidos a este procedimiento eran declarados “con discernimiento” En el año 2002, cuando se presentó el proyecto a tramitación, del total de jóvenes de 16 y 17 años que eran sometidos al procedimiento de la Ley de Menores, el 67.4% era declarado con discernimiento y el 32,6% sin discernimiento. (Fuente: WERTH WAINER, F. (2005). Desafíos y Características del Nuevo Sistema de Justicia Juvenil Chileno, *Revista Paz Ciudadana*, pp. 11-15.)

<sup>24</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. (2007). *El Derecho Penal del Niño-Adolescente: Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 9.

<sup>25</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (2005). Historia de la Ley N° 20.084, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, p. 5.

*internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”, en especial aquellos principios reconocidos en los artículos 37 y 40 de la CDN.*

De acuerdo con COUSO<sup>26</sup>, entre esos principios especiales de la CDN se cuentan: “*la excepcionalidad del recurso a la privación de libertad –como último recurso y por el tiempo más breve que proceda–, la adecuación general de la reacción penal a la edad del adolescente, y la orientación especial de las sanciones y medidas a su reintegración con una función constructiva en la sociedad*”. Estos principios refuerzan la idea de especialidad del sistema de responsabilidad de adolescentes, distinto del sistema penal ordinario. El mismo autor considera que los principios básicos reconocidos por los tratados internacionales sirven para dar una orientación general a la política y al sistema de justicia penal juvenil hacia la especialidad, y que este mandato de especialidad en el juzgamiento de los adolescentes se sostiene en los siguientes principios básicos: “*i) responsabilidad penal especial: especial consideración de la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos (tanto su culpabilidad como -en ciertos casos- el injusto penal); ii) especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal, en general, y de la privación de libertad, en particular; y iii) especial orientación del Derecho Penal de adolescentes a la prevención especial positiva*”<sup>27</sup>.

Desde el mismo Mensaje del proyecto de ley, fue clara la voluntad del Ejecutivo de acabar con la informalidad del antiguo sistema tutelar de menores que permitió el surgimiento de un sistema punitivo/tutelar, que no se encontraba sometido a los controles constitucionales propios del sistema penal formal, y que posibilitó una sistemática vulneración de derechos constitucionales, tanto procesales como sustanciales<sup>28</sup>. Siguiendo ese objetivo, de dotar de contenido y derechos procesales y

---

<sup>26</sup> COUSO SALAS, J. (2012). La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (38), p. 269.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>28</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (2005). *Op. cit.*, p. 410.

sustanciales al nuevo sistema de responsabilidad penal de adolescentes, el proyecto original de la Ley N° 20.084 contemplaba explícitamente, en su Título I, un listado de Derechos y Garantías consistentes en: Igualdad (art.11), Interés superior del niño (art. 12), Integridad corporal (art. 13), Excepcionalidad de la privación de libertad (art. 15), Principio de separación (art. 16) y Habeas corpus (art.17)<sup>29</sup>. Finalmente, este articulado propuesto no fue el que acabó siendo aprobado, y no existe actualmente en la LRPA un catálogo de derechos como el del proyecto original. Aún así, dichos principios recogidos en el Título I del proyecto perviven en la actual versión de la ley, consagrados a través de todo su articulado.

Por otro lado, el contenido de la Ley N° 20.084 está fijado en su artículo 1°, que reza: *“La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas”*. Así, la LRPA pretende abarcar cabalmente el fenómeno delictivo en adolescentes, desde el establecimiento de responsabilidad, hasta la determinación y ejecución de las sanciones que resulten procedentes por el hecho cometido<sup>30</sup>. Señala además este artículo 1° que, siguiendo el estándar en nuestra legislación, en toda materia no prevista por esta ley especial, serán aplicables supletoriamente las disposiciones del Código Penal y demás leyes penales especiales. En este artículo se manifiesta, entonces, el principio de legalidad transversal a toda nuestra legislación, según el cual sólo podrán sancionarse las conductas expresamente señaladas con las penas previstas en la ley.

---

<sup>29</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>30</sup> Debe tenerse en cuenta en este punto que en el establecimiento de la responsabilidad y, en particular, en la determinación de la pena y su forma de ejecución deberán tenerse en cuenta factores de prevención, necesidad y proporcionalidad de la pena y sus repercusiones comunicacionales, debido a que se está tratando con personas en formación. A mayor abundamiento en este punto: AGUIRRÉZABAL, M.; LAGOS, G. & VARGAS, T. (2009). Responsabilidad Penal Juvenil: Hacia una justicia individualizada. *Revista de Derecho* 22 (2), p. 152 y ss.

La LRPA regula estrictamente la manera en que se determinará la pena y el uso de la privación de libertad, contemplando además diversas modalidades de penas alternativas o no privativas de libertad, con el fin de reservar estas últimas para los casos de mayor gravedad<sup>31</sup>. Estas son: la amonestación, las multas, la reparación del daño, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la libertad asistida, y la libertad asistida especial. Esta idea de la privación de libertad como *ultima ratio* se consagra en el artículo 26 de la ley, el cual establece que *“la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso. En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”*. Por su parte, el conocimiento y fallo de las infracciones que conlleven una pena no privativa de libertad, se sujetarán a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, según el caso, regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal. Este principio se encuentra consagrado igualmente en el artículo 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>32</sup>.

Las sanciones privativas de libertad contempladas en la LRPA son la internación en régimen cerrado o semicerrado. Ambas consisten en la privación de libertad del joven en un establecimiento administrado por el SENAME, con la diferencia que mientras en el centro cerrado los internos permanecen en su interior todo el día, en el semicerrado deben efectuar actividades de reinserción fuera del recinto, al menos 8 horas al día<sup>33</sup>.

Es transversal a las diferentes sanciones previstas por la ley el acento que debe tenerse en la reinserción social de los adolescentes infractores, y la aplicación del principio de proporcionalidad, de acuerdo al ilícito cometido y la edad del infractor. Por

---

<sup>31</sup> LANGER, M., & LILLO, R. (2014). Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate. *Política Criminal*, 9 (18), p. 719.

<sup>32</sup> CDN, artículo 37. b): *“La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*

<sup>33</sup> LANGER, M., & LILLO, R. (2014). *Op. cit.*, p. 719.

su parte, el criterio de proporcionalidad tiene también plena aplicación en materia de medidas cautelares, estableciéndose en el artículo 33 que “*en ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación a la sanción que resulte probable aplicar en caso de condena*”. Esto es, para COUSO<sup>34</sup>, lo que constituye *la esencia de la garantía*, que busca evitar medidas cautelares más graves que las penas que corresponderán, en definitiva. Además, la internación provisoria en régimen cerrado tiene una regulación restrictiva, debido a que el artículo 32 la permite sólo para casos de imputación de conductas que, de ser cometidas por mayores de dieciocho años, constituirían crímenes. Asimismo, para que esta regulación tenga aplicación práctica, es necesario que exista una oferta de calidad de medidas cautelares contempladas por la ley que puedan aplicarse, preferentemente, a la internación provisoria<sup>35</sup>.

El artículo 20, por su parte, señala expresamente que la finalidad de las sanciones que la LRPA establece “*tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social*”. Así, se consagra legalmente que las sanciones contempladas en este cuerpo normativo no tienen un carácter meramente retribucionista, sino que habrá que entenderlas también bajo el sentido de la prevención especial<sup>36</sup>. En este sentido, el artículo 20 establece expresamente la necesidad de que la pena tenga un fin preventivo especial positivo, consistente en proporcionar los medios para conseguir la plena integración social del adolescente.

---

<sup>34</sup> COUSO SALAS, J. (2009). La política criminal para Adolescentes y la Ley 20.084. *Estudios de Derecho Penal Juvenil I*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, pp. 27-28.

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> COUSO SALAS, J. (2007). Principio educativo y (re)socialización en el Derecho Penal Juvenil, *Justicia y Derechos del Niño* (9), p. 220.

Además de lo anterior, las normas establecidas en la LRPA deben apuntar a una tramitación breve del proceso, ya que en él se ven afectados los derechos de un sujeto en formación como es el adolescente, que tiene consideraciones particulares en aspectos clave de su desarrollo, y al cual una pena que se extiende en el tiempo tiene un impacto distinto al de un adulto. Aquí el énfasis es asegurar el cumplimiento de la finalidad educativa que los tratados internacionales exigen de los procesos penales de adolescentes<sup>37</sup>. En el mismo sentido, el artículo 48, dispone que los adolescentes que se encuentren privados de libertad por la aplicación de alguna de las sanciones previstas en la LRPA, sea en forma transitoria o permanente, en un lugar determinado o en tránsito, deberán permanecer siempre separadas de los adultos privados de libertad. Este principio se encuentra de igual forma recogido en el artículo 37 c) de la Convención de los Derechos del Niño<sup>38</sup>.

Asimismo, y como manifestación procesal del mandato de separación, el párrafo 2° del Título II: del Procedimiento, establece la especialización de la justicia penal para adolescentes. Señala el artículo 29 que *“Los jueces de garantía, los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, así como los fiscales adjuntos y los defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley”*. El artículo 30, por su parte, compele a las instituciones policiales a incorporar estos contenidos en sus programas de formación y perfeccionamiento. Esta disposición, que pudiese parecer secundaria, resulta en realidad relevante (en especial en los primeros años de vigencia de la ley), ya que una

---

<sup>37</sup> DUCE JULIO, M. (2009). El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. *Revista Ius et Praxis* 2009. 15 (1), p. 105.

<sup>38</sup> BERRÍOS DÍAZ, G. (2011). La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Política Criminal*, 6 (11), p. 171.

falta de especialización en las instituciones puede tener efectos negativos para los derechos del imputado, como la no aplicación de ciertas medidas alternativas<sup>39</sup>.

Finalmente, y como norma transversal que atraviesa toda la legislación sobre niños, niñas y adolescentes, sea en materia penal o no, debe tenerse en cuenta el *interés superior* del adolescente infractor. El artículo 3° núm. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Esta disposición, aunque aparentemente clara, ha generado controversia entre la doctrina sobre la manera en que debe entenderse este principio<sup>40</sup>. Sin embargo, si se considera que la Convención contempla este interés como uno de sus principios generales, y dada su ubicación dentro de su articulado, podemos desprender de éste una serie de características. Siguiendo a CILLERO, el interés superior del adolescente *“es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia”*<sup>41</sup>. Podemos sostener que la LRPA sigue esta línea interpretativa, al establecer en su artículo segundo que: *“En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”*, y que, en la

---

<sup>39</sup> Ibidem p. 178.

<sup>40</sup> A mayor abundamiento, BUSTOS RAMÍREZ, J (2007). *Op. cit.*, pp. 17-22.

<sup>41</sup> CILLERO BRUÑOL, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño* (9), p. 14.

aplicación de la ley, las autoridades deben tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

## **2.2. La determinación de la pena en la Ley N° 20.084**

El sistema de determinación de la pena en nuestro país consiste en un sistema que es, al mismo tiempo, un sistema de determinación legal de marcos, por un lado, y un sistema de determinación judicial de la pena concreta que se aplicará, por otro. Este último sistema, que se manifiesta en lo que se conoce también como proceso de individualización de la pena es, en la práctica, el proceso mediante el cual la conducta ilícita imputada a uno o más sujetos determinados se convierte en una pena concreta, mediante la aplicación de las normas legales contempladas para tal efecto en el Código Penal y otras leyes especiales, como la LRPA.<sup>42</sup>

Para efectos de este trabajo, más que ahondar en el sistema de determinación de la pena general establecido en el Código Penal, al cual se hará referencia solo para efectos de contrastar el sistema establecido en la LRPA, nos centraremos en analizar el sistema de determinación de las sanciones en la Ley N° 20.084, toda vez que es en ese momento en el que reciben aplicación las normas relativas a los concursos de delitos, estando las mismas tratadas en el Código Penal a propósito de las penas en general y su determinación, y es ahí cuando se producen sus efectos prácticos.

---

<sup>42</sup> MEDINA SCHULZ, G. (2009). Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. *Revista de Estudios de la Justicia*, p. 203 y ss.

El sistema de determinación de sanciones en la Ley N° 20.084 se puede caracterizar como uno de carácter legal, dependiente del contemplado en el Código Penal, mucho más amplio que el general para efectos de la individualización de la pena. En este sentido, cuenta con un marco bastante extenso de individualización judicial, más extenso que el del Código Penal, a pesar de tomar como criterio de partida las penas asignadas por dicho cuerpo normativo y demás leyes especiales para los delitos cometidos por sujetos adultos.

Para HORVITZ<sup>43</sup>, la LRPA establece el siguiente procedimiento individualizador: primero debe establecerse la duración o cuantía de la sanción, recurriendo a la extensión temporal de las penas asignadas a los diversos delitos contenidos en el Código Penal y, sólo una vez determinada aquélla, puede determinarse la naturaleza de ésta. MALDONADO<sup>44</sup>, por su parte, distingue dos procesos en la determinación de la pena, ambos regulados especialmente en dicho cuerpo normativo. El primero de ellos, que suele asociarse a lo que la ley denomina la extensión de la pena, se desarrolla en base a las reglas previstas en los arts. 21, 22 y 23 LRPA, y busca determinar un marco penal configurado con las sanciones propias de los adolescentes en base a los tramos establecidos por el art.23, por lo cual, señala el autor, equivale al proceso de determinación legal de la pena juvenil. El segundo proceso, que la ley regula nominalmente a propósito de la selección de la naturaleza de la pena pero que, argumenta el autor, técnicamente corresponde a la individualización de ésta, y es el que permite al juez escoger la sanción concreta que se deberá imponer a partir de las alternativas consideradas en el tramo respectivo, considerando tanto a la naturaleza de la pena como a su extensión (con excepción al primer tramo de sanciones). En esta fase *“se ponderan todos los elementos del delito, sus circunstancias y los*

---

<sup>43</sup> HORVITZ LENNON, M. I. (2006). Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. *Revista de Estudios de la Justicia* (7), p. 102 y ss.

<sup>44</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2011). Fundamentación y determinación de la pena en el derecho penal de adolescentes. A propósito del juicio seguido contra B. N. M. por delito de robo con intimidación (Ruc 0900505404-1) en la V Región. *Revista Ius et Praxis* 17 (2), pp. 512-516.

*antecedentes personales relevantes de considerar, para arribar a una condena precisa, proceso que se encuentra siempre y plenamente regido por valoraciones propias del régimen especial de adolescentes”*<sup>45</sup>.

En tanto, NÚÑEZ y VERA<sup>46</sup>, al contrastar este sistema con el sistema para adultos, hacen hincapié en la diferencia importante que tienen éstos en el orden que toman las distintas fases del proceso de determinación de la pena. Toda vez que *"mientras en el caso de los adultos, el proceso de determinación de la pena implica establecer, primero, la naturaleza de la sanción (título de castigo, marco penal) y, en segundo lugar, la cuantía de la sanción (ponderación de las etapas de desarrollo del delito, ponderación de las formas de intervención en el hecho, ponderación de las circunstancias modificatorias y fijación de la cuantía exacta de la pena). En el caso de los adolescentes se utiliza un orden inverso: se determina primero la cuantía de la sanción y luego su naturaleza"*<sup>47</sup>. Así, estos autores distinguen cuatro etapas en el sistema de determinación de la pena de la LRPA: a) determinación del título de castigo; b) determinación del marco penal; c) determinación de la duración de la pena y d) determinación de la naturaleza de la pena.

En primer lugar, en cuanto a la determinación del título de castigo, es necesario distinguir si se trata de un caso de unidad de título de castigo o si nos encontramos ante un caso de pluralidad de título de castigos, esto es, la concurrencia de los supuestos que hacen relevante la aplicación de las normas relativas a los concursos de delitos. Una vez determinado esto, es necesario proceder con la determinación del marco penal aplicable. Para estos efectos, es el artículo 21 de la LRPA la regla que adquiere relevancia, la cual establece que se entenderá que las penas asignadas a los

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 513.

<sup>46</sup> NÚÑEZ R. & VERA J. (2012). Determinación judicial de la pena, Motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno. *Política Criminal*. 7 (13), p. 181. Ibidem, pp. 179 - 185.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 181.

delitos cometidos por adolescentes es la pena inferior en un grado al mínimo de los que están establecidos por la ley para el ilícito de que se trate. Esta norma, a su vez, es la manifestación de una de las garantías establecidas en la CDN, en cuanto a que respecto a los adolescentes infractores siempre ha de afectarles penas cuantitativamente inferiores a las de adultos, que se manifiesta, por ejemplo, en la excepcionalidad del recurso a la privación de libertad (como último recurso y por el tiempo más breve que proceda, según establece el artículo 37, b)).

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, en cuanto a las dos etapas que siguen, la LRPA invirtió el orden de estas respecto al sistema contenido en el Código Penal, por lo que analizaremos primero las reglas referidas a la cuantía de las penas, por un lado, y las reglas referidas a la denominada naturaleza de las mismas, dentro de los marcos de duración de éstas, por otro.

### **2.2.1. Reglas referidas a la duración de las penas**

El artículo 21 de la LRPA, como se mencionó, hace referencia directa al sistema de penas establecido en el Código Penal, al establecer que "*Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código*". Debiendo en este punto el Tribunal considerar la etapa de desarrollo del delito y la forma de intervención del sujeto activo, así como las circunstancias modificatorias de responsabilidad que concurran en el caso.

Acto seguido, es necesario atender a lo establecido en los artículos 22 y 18 de la LRPA. El primero de ellos impone un límite a la cuantía de la pena que resulte de la aplicación

de la norma anterior, estableciendo que si la sanción calculada conforme al artículo 21 excede los límites máximos dispuestos por el artículo 18, su duración final deberá ajustarse a dichos límites. Por su parte, el límite máximo temporal establecido por el artículo 18 para las penas privativas de libertad que pudieren decretarse en virtud de la LRPA distingue dos cuantías según la edad del adolescente infractor. Así, las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, no podrán exceder de cinco años, si el infractor adolescente tuviere menos de dieciséis años, o de diez años, si aquél tuviere más de dicha edad. Esta rebaja opera de pleno derecho por la sola circunstancia de la edad del menor, e incluso si no concurre ninguna circunstancia atenuante. Este tratamiento punitivo más benigno tiene su base en la finalidad especial del derecho penal juvenil, ajustándose a las finalidades de fomentar el desarrollo y la plena integración social de los adolescentes infractores.

Por otro lado, existen otros límites temporales absolutos que establece la ley respecto a la duración de otro tipo de sanciones no privativas de libertad, reglas que, por su especialidad, tienen preferencia por sobre la cuantía que determinen las reglas anteriores, por ejemplo, aquella establecida en el inciso 2º del artículo 11 LRPA respecto de los servicios en beneficio de la comunidad, y la contenida en el inciso final de los artículos 13 y 14, con relación a la libertad asistida y libertad asistida especial, respectivamente, las cuales no podrán exceder los tres años.

En este respecto, cabe agregar que parte de la doctrina señala que el criterio fundamental que debe definir la extensión de las medidas es el ya mencionado interés superior del niño consagrado en el artículo 3.1 de la CDN, y el artículo 2º de la LRPA, ya que estas normas señalan que dicho interés se debe tener en consideración en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> En este sentido, NÚÑEZ R. & VERA J. (2012). *Op. cit.*, p. 183.

### 2.2.2. Reglas referidas la naturaleza de las penas

Ahora, solo una vez que el tribunal ha definido el marco penal aplicable, dando aplicación a las reglas de determinación de pena precedentemente estudiadas, corresponderá aplicar los artículos 23 y 24 de la LRPA.

En este sentido, el artículo 6° de la LRPA contiene la lista de sanciones que pueden aplicarse en virtud de esta ley, designado las penas de acuerdo a su naturaleza y ordenándolas en una escala de gravedad descendente, en la que la más grave es la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y la más leve es la sanción de amonestación. Por su parte, el artículo 23 LRPA contempla cinco marcos penales diferentes, asociando la gravedad a la extensión temporal de los mismos. Cada marco penal contempla dos o más sanciones de igual o diferente naturaleza, confiriéndose al tribunal la facultad de seleccionar una de ellas.

En este punto adquieren relevancia también otras normas, como el inciso final del artículo 26 LRPA, que estipula que *“en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”*. Establece, además, que la privación de libertad sólo puede usarse como medida de último recurso. A esto se le suma el artículo 41 LRPA, que autoriza al tribunal, en ciertos casos, para disponer la suspensión de la imposición de la condena que emita en su sentencia. En efecto, en los casos que *“hubiere mérito para aplicar sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días, pero concurrieren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable su imposición, el juez podrá dictar sentencia y disponer en ella suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses”*. El cumplimiento del plazo, sin que el imputado

sea objeto de un nuevo requerimiento o formalización de la investigación, dará lugar al sobreseimiento definitivo de la causa.

Por otro lado, el artículo 19 en su inc. 1° señala que, para el caso del numeral 1 del artículo 23, solo podrá imponerse complementariamente la sanción de internación en régimen semicerrado por parte del tribunal, después del segundo año del tiempo de condena. Asimismo, el artículo señala que en los casos en que fuere procedente la internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programa de reinserción social, el tribunal podrá imponer complementariamente una pena de libertad asistida en cualquiera de sus formas, por un máximo que no supere el tiempo de la condena principal. Esta facultad podrá ejercerse por el tribunal tanto previamente a la ejecución de la pena (con lo cual la pena principal queda en suspenso y en carácter condicional en caso de incumplimiento), como con posterioridad a ésta (siempre y cuando no se supere la duración máxima de ésta). Se aplicará en forma previa cuando la duración de la sanción se ubique en el tramo que contempla el numeral 4° del artículo 23 LRPA. En los demás tramos, la libertad asistida debiera aplicarse con posterioridad a la pena privativa de libertad<sup>49</sup>.

Finalmente, el artículo 25 señala que *“en las situaciones regladas en los numerales 3 y 4 del artículo 23, el tribunal podrá imponer conjuntamente dos de las penas que las mismas reglas señalan, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo”*. Es decir, en estos dos tramos punitivos el tribunal puede imponer sanciones combinadamente o en forma mixta, respetando el límite máximo de extensión de pena allí señalados, siempre y cuando ello permita el mejor cumplimiento de las finalidades preventivo-especiales que señala el artículo 20, y así se consigne circunstanciadamente en resolución fundada.

---

<sup>49</sup> HORVITZ LENNON, M. I. (2006). *Op. cit.*, p. 111.

Nos parece necesario mencionar que, a pesar de que el tribunal cuenta con márgenes decisorios bastante amplios en materia de determinación de la pena aplicable<sup>50</sup>, esta selección no es meramente discrecional por parte del órgano jurisdiccional. La ley impone al tribunal el deber de atender a los criterios señalados en el artículo 24 de la LRPA para decidir la naturaleza de la sanción que corresponda al caso concreto, debiendo dejar constancia de ello en su fallo. Tales criterios dicen relación, en parte, con aquellos que debieron considerarse ya antes, para la decisión acerca de la extensión temporal de la sanción, como los contenidos en las letras b) del artículo 24 LRPA, referido al grado de participación en el delito e *iter criminis* y c), referido a la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal. Sin embargo, dicha valoración tiene una función diferente en este caso, pues ya no opera para determinar la extensión de la pena, sino para seleccionar la naturaleza de esta. Hay que mencionar en este punto que existe en la doctrina la opinión que algunos de estos criterios no debieron establecerse como tales para determinar la clase de pena aplicable, por afectar el principio de prohibición de doble valoración y de *non bis in idem* y, especialmente porque, según esta postura, en la determinación de la naturaleza de la sanción aplicable sólo debe considerarse aquella más adecuada y efectiva al caso concreto desde la perspectiva del fin de prevención especial de la pena<sup>51</sup>.

Ya revisadas las normas generales y particulares relativas a la determinación de la pena en la LRPA., a continuación, examinaremos las reglas y el tratamiento que, en específico, se le da al concurso de delitos cometidos como adolescente y como adulto, así como otras normas relevantes y su evolución.

---

<sup>50</sup> MEDINA SCHULZ, G (2009). *Op. cit.*, p. 204.

<sup>51</sup> A mayor abundamiento en esta materia, HORVITZ LENNON, M. I. (2006). *Op. cit.*, pp. 122-115.

### 2.3. El concurso de delitos en la Ley N° 20.084

El tratamiento de los concursos en la Ley N° 20.084 sufrió una evolución importante desde los orígenes de ésta hasta su redacción final, existiendo sustanciales diferencias entre el Proyecto de Ley (en adelante, “Proyecto 2002”) contenido en el Mensaje enviado al Congreso por el presidente de la República (Boletín N° 68-347) y la actual versión de la ley, por lo cual se hace relevante repasar la historia de la misma para dar cuenta de dicha evolución.

En concreto, el Proyecto del 2002 trataba la materia relativa a los concursos en un artículo particular, el artículo 9, que rezaba:

*“Artículo 9. Concursos. El adolescente imputado de haber cometido una infracción a la ley penal será juzgado por los tribunales, en conformidad a los procedimientos especiales establecidos en esta Ley.*

*Si a una misma persona se le imputa una infracción sancionada por esta ley y un delito cometido siendo mayor de 18 años, la investigación y juzgamiento de estos hechos se regirá por las normas del Código Procesal Penal aplicable a los imputados mayores de edad. No obstante ello, la aplicación de medidas cautelares cuyo fundamento radica en una infracción regulada por la presente ley, se regirá por el párrafo 3 del Título III. En caso de condenarse a una persona por hechos cometidos como adolescente y como adulto, se estará a las siguientes reglas:*

*a) La sanción o pena correspondiente a cada uno de estos hechos será determinada conforme a las reglas de la ley que le sea aplicable, imponiéndose sólo aquella que sea de carácter privativo de libertad.*

- b) *En todo caso, si se impusiere más de una pena privativa de libertad, preferirá aquella que sea impuesta en razón del delito ejecutado como adulto, pudiendo ser aumentada hasta por un máximo de 2 años atendida la naturaleza y circunstancias de la infracción cometida como adolescente.*
- c) *Si no se impusieren penas privativas de libertad, preferirá la pena que se funda en el delito cometido como adulto. Para la aplicación de las reglas precedentes, en aquellos casos en que se hubiere concedido la remisión condicional de la pena establecida en la ley 18.216, se considerará que dicha pena no es privativa de libertad. Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del presente artículo se aplicará en caso de que se cometa una nueva infracción penal durante el período de cumplimiento de una condena impuesta en base a la presente ley.”*

Este artículo 9 regulaba entonces, dos ámbitos distintos. En primer lugar, determinaba las reglas que deberán seguirse en la investigación y juzgamiento de una persona a la cual se le imputa la comisión de un delito como adolescente y como adulto y, por otra parte, establecía criterios de determinación de la pena para el caso de ser condenado por delitos cometidos como adolescente y adulto conjuntamente, en atención a la naturaleza de ésta pena. Trataremos ambas reglas a continuación.

### **2.3.1. Reglas de investigación y juzgamiento: el concurso de procedimientos**

El artículo 9 inciso segundo del Proyecto 2002 señalaba que, si a una misma persona se le imputa una infracción sancionada por la LRPA y un delito cometido siendo mayor de 18 años, la investigación y juzgamiento de los hechos se regirá por las normas del Código Procesal Penal. Sin embargo, respecto a las medidas cautelares, si el fundamento de la aplicación de la medida cautelar radica en un ilícito regulado por la

LRPA, debía aplicarse la medida en virtud de las normas de ésta, contenidas (tanto en el proyecto como en la actualidad) en el Párrafo 3° del Título III de la Ley.

A medida que avanzó la tramitación de la ley, este artículo sufrió cambios relevantes. Los primeros se dieron en Primer Trámite Constitucional, en la Cámara de Diputados. Ahí, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (En adelante “Comisión de Constitución”) se propuso por medio de una indicación<sup>52</sup> aplicar las normas de adolescentes hasta los veinte años, en atención de que esta es una etapa de transición para los jóvenes, en la que aún se están adaptando a la vida independiente, lo que hacía recomendable, según estudios sociológicos y psicológicos, aplicarles las normas del proyecto y no las de la ley de adultos. La indicación fue aprobada por la Comisión de Constitución de la Cámara, estableciéndose que la norma aplicable en caso de cometerse delito como adolescente y adulto se tramitaría, hasta los veinte años, conforme a las reglas propias de adolescentes, luego de esa edad, se aplicarían las normas del Código Procesal Penal<sup>53</sup>.

En cuanto a las medidas cautelares, las cuales, de acuerdo al artículo 9 del Proyecto 2002, se regirían por las reglas de la ley de adolescentes cuando su fundamento recayere en una infracción regulada por ésta, también generaron controversia en la Cámara. El Ejecutivo fundamentó esta decisión en que la regla debía ser que la medida siguiese al delito, por lo que, si la medida se exigía respecto al delito cometido como adolescente, se debían aplicar las medidas cautelares del proyecto, en cambio, si se solicitaba por un hecho cometido como adulto, se aplicaría la medida cautelar de adulto.

---

<sup>52</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (2005). *Op. cit.*, pp. 81-82.

<sup>53</sup> Ídem.

Hubo diputados que se mostraron contrarios a esa redacción, argumentando que debían aplicarse las medidas cautelares para adultos, ya que, si estábamos en presencia de acumulación de causas, la cautelar lo era respecto de todos los delitos y no sólo de uno, y que, además, no correspondería que en esta disposición se hiciera referencia a las medidas cautelares. Se propuso suprimir en el segundo inciso, es decir, la disposición que hacía aplicable las medidas cautelares del proyecto, haciendo aplicables en su reemplazo las medidas cautelares establecidas en el CPP. Esta indicación fue aprobada por la Comisión de la Cámara de Diputados, suprimiendo cualquier mención a las medidas cautelares dentro de este artículo.

En el Senado, a diferencia de la Cámara de Diputados, la opinión mayoritaria era la de mantener la edad original de dieciocho años para aplicar las normas del CPP y no de veinte, como se había aprobado en primer trámite constitucional. Fue en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en donde se reconoció por primera vez que el artículo 9 en esta parte se refería en realidad a un concurso de procedimientos y no al concurso de delitos, por lo que toda regla en ese sentido debía regularse en las normas propias del procedimiento.

Finalmente, la Comisión del Senado llegó a la decisión de separar las reglas de procedimiento de las normas relativas a la determinación de la pena, estableciendo que, si a una misma persona se le imputa un ilícito sancionado por esta ley conjuntamente con un delito cometido siendo mayor de dieciocho años, la investigación y juzgamiento de estos hechos se hará por las normas del CPP aplicable a los imputados mayores de edad. Además, se decidió regular la situación, que se presenta con frecuencia en la práctica, en la que en un mismo hecho han participado conjuntamente adultos y adolescentes, decidiéndose que en estos casos tendría lugar la unión y separación de investigaciones, como también de acusaciones. En caso de optarse por la unión de investigación, se sustanciará conforme a las normas

establecidas en la LRPA<sup>54</sup>. El Ministerio Público se opuso a esta última medida, señalando que la solución propuesta por los senadores era demasiado rígida al imponer, una vez iniciada una investigación conjunta, que necesariamente debiesen aplicarse las reglas de la LRPA. Es decir, que impedía que una investigación iniciada en conjunto después pudiese separarse, como es la regla general y permanente. Además, hacía aplicables todas las normas del proyecto a los adultos, con lo cual éstos se verían favorecidos con los plazos y las sanciones especiales<sup>55</sup>. La Comisión tomó en consideración esta opinión y decidió, en caso de sustanciación conjunta, aplicar las disposiciones de la LRPA sólo respecto del menor de edad.

Finalmente, la regulación definitiva del concurso de procedimientos propiamente tal se materializó en un nuevo artículo: el actual artículo 28 LRPA, el que reza:

***“Artículo 28. Concurso de procedimientos. Si a una misma persona se le imputa una infracción sancionada por esta ley y un delito cometido siendo mayor de dieciocho años, la investigación y juzgamiento de estos hechos se regirá por las normas del Código Procesal Penal aplicable a los imputados mayores de edad.***

*Por su parte, si en un mismo procedimiento se investiga la participación punible de personas mayores y menores de edad, tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 185 y 274 del Código Procesal Penal. En todo caso, si se hubiere*

---

<sup>54</sup> En esta materia se había acogido la indicación N° 42 del Presidente de la República en el que se proponía intercalar a continuación del artículo 9° un artículo nuevo que rezaba: “*Concurso de procedimientos. Si a una misma persona se le imputa una infracción sancionada por esta ley y un delito cometido siendo mayor de 18 años, la investigación y juzgamiento de estos hechos se regirá por las normas del Código Procesal Penal aplicable a los imputados mayores de edad. Por su parte, si en un mismo procedimiento se investiga la participación punible de personas mayores y menores de edad, tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 185 y 274 del Código Procesal Penal. En todo caso, si se hubiere determinado la investigación conjunta de los procesos, se ajustará la sustanciación a las reglas previstas en la presente ley.*”

<sup>55</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (2005). *Op. cit.*, p. 653.

*determinado la sustanciación conjunta de los procesos, se dará cumplimiento, respecto del menor, de las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes”.*

Así, el actual artículo 28 regula dos situaciones: la primera, cuando a una cuando a una misma persona se le imputa un delito como adulto y otro como adolescente; y la segunda, cuando en un mismo procedimiento se investiga la participación en un hecho delictivo de personas mayores y menores de edad conjuntamente. En el primer caso, el legislador es claro al determinar que se aplicarán las normas del CPP. El inciso primero del artículo 28 se constituye entonces como una excepción -en lo relativo la investigación y juzgamiento- a lo dispuesto en el artículo 3° LRPA, que señala el ámbito de aplicación personal de la LRPA, determinado por la edad del imputado al momento de dar inicio a la ejecución del hecho punible en cuanto a la investigación y juzgamiento.

En cuanto a la segunda situación, regulada en el inciso 2° del artículo 28, se dispone que procederá la agrupación y separación de investigaciones por parte del Fiscal, a decisión de éste, o la unión o separación de acusaciones por parte del Juez de Garantía de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 185 y 274 del CPP, respectivamente. Además, y en todo caso, si se hubiere determinado la sustanciación conjunta de los procesos, se dará cumplimiento, respecto del imputado adolescente, a las normas especiales previstas en la LRPA. De esta forma quedó configurada la normativa actualmente vigente en lo relativo a las reglas de determinación y juzgamiento de una persona a la cual se le imputa la comisión de un delito como adolescente y como adulto.

### 2.3.2. Reglas de determinación de la sanción en caso de concursos

Ahora bien, respecto a la segunda situación contemplada en el original artículo 9 del Proyecto 2002, es decir, al caso en el que deba condenarse a una persona por hechos cometidos como adolescente y como adulto, el artículo establecía tres reglas para determinar la pena aplicable, en virtud de cuál fuese el carácter de ésta, sea privativo o no privativo de libertad.

La primera regla, contenida en la letra a), señalaba que, en caso de condenarse a una persona por hechos cometidos como adolescente y como adulto, *“la sanción o pena correspondiente a cada uno de estos hechos será determinada conforme a las reglas de la ley que le sea aplicable, imponiéndose sólo aquella que sea de carácter privativo de libertad.”* Es decir, en el caso de que sólo una de las penas sea privativa de libertad, se aplicaría un mecanismo de absorción, por la cual sólo ésta pena sería la impuesta.

La segunda regla, correspondiente a la letra b), determinaba que: *“En todo caso, si se impusiere más de una pena privativa de libertad, preferirá aquella que sea impuesta en razón del delito ejecutado como adulto, pudiendo ser aumentada hasta por un máximo de 2 años atendida la naturaleza y circunstancias de la infracción cometida como adolescente”.* Es decir, que se recurriría al mecanismo de la exasperación en el caso de que ambas penas (de adolescente y de adulto) tuviesen el carácter de privativas de libertad, estableciendo que se preferiría la aplicación de la pena de adultos, aumentada hasta en dos años según la naturaleza y circunstancias de la infracción cometida como adolescente.

Cabe señalar en este punto que el Proyecto 2002 en su artículo 28 contemplaba como sanciones privativas de libertad: el arresto domiciliario, el internamiento en régimen semicerrado y en el internamiento en régimen cerrado, las cuales sólo podían aplicarse

al adolescente que hubiese sido declarado responsable de alguna “infracción grave”, las cuales estaban contenidas en el artículo 6 Proyecto 2002<sup>56</sup>, o en caso de quebrantamiento de condena, contemplados en el artículo 76 del mismo proyecto. Asimismo, y para entender mejor cuáles eran las circunstancias de la infracción cometida como adolescente que podían aumentar la pena de adultos hasta en dos años, hay que señalar que el artículo 20 del proyecto establecía que para evaluar la gravedad de la infracción, el tribunal debía determinar, en primer lugar, si ésta correspondía a una infracción grave del artículo 6 Proyecto 2002, y además, debía considerar: a) La naturaleza y extensión de las penas; b) La calidad de participación y el grado de ejecución del ilícito; c) La concurrencia de circunstancias que den lugar a la formación de delitos calificados, agravados o especiales, en relación a la infracción a la ley penal que se le imputa; y d) La concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal.

Por último, la tercera regla, contenida en la letra c), establecía que: “*Si no se impusieren penas privativas de libertad, preferirá la pena que se funda en el delito cometido como adulto*”. Es decir, que en el caso de que ninguna de las sanciones, de adulto o de adolescente, tuviese carácter de privativa de libertad, se procedería a la absorción de la pena adolescente, aplicándose la de adultos. Agregaba el inciso final del artículo 9 Proyecto 2002 que en aquellos casos en que se hubiese concedido la remisión condicional de la pena (establecida en la Ley N° 18.216), se considerará que dicha pena no es privativa de libertad, y que lo dispuesto en los incisos segundo y

---

<sup>56</sup> Proyecto 2002, artículo 6. “*Infracciones graves. Para los efectos de esta ley, constituyen infracciones a la ley penal de carácter grave por parte de un adolescente, los siguientes delitos, sea que se encuentren consumados o frustrados: a) El homicidio; b) La violación, c) El secuestro y la sustracción de menores; d) Las mutilaciones y las lesiones graves tipificadas en el artículo 397 número 1 del Código Penal; y e) El robo con violencia en las personas*

*Constituyen, asimismo, infracciones graves los siguientes delitos consumados: a) Robo con intimidación en las personas, en que se amenace a la víctima con causarle la muerte, violación o un grave daño a su integridad física; y b) Robo con fuerza en las cosas en lugares habitados regulado en el artículo 440 del Código Penal. Lo dispuesto en este artículo será aplicable a las figuras calificadas o complejas que establece la ley tomando como base las conductas mencionadas en los incisos precedentes”.*

tercero del artículo se aplicará en caso de que se cometa una nueva infracción penal durante el período de cumplimiento de una condena impuesta en base a la ley de adolescentes.

Estas tres reglas se fundaban en la noción de que la lógica aplicable para la resolución de los concursos debía ser, en principio, la absorción de penas, tal como se presenta en el artículo 75 del Código Penal, argumentando que la acumulación material de penas del artículo 74 CP sería la excepción, que se aplica en aquellos casos en que resulta más beneficiosa que la regla de la absorción. Por lo tanto, si debiese aplicarse una pena privativa de libertad y otra que no lo es, se prefiere la privativa de libertad; y si ambas penas son privativas de libertad, prefiere la que corresponda al delito cometido como adulto.

Es importante señalar que en los tres casos regulados por el artículo 9 del Proyecto 2002, debía considerarse la pena en concreto y no en abstracto. Durante la tramitación del proyecto, se abrió debate por las complicaciones que podría presentar esta consideración *en concreto* en aquellos casos en que, tratándose de la sanción de adulto, se aplicara algunos de los beneficios de la Ley N° 18.216, haciendo que, para los efectos de la determinación de la sanción, ésta no se considerase como privativa de libertad. Los diputados consideraban que, si en la aplicación de la regla a) nos encontrásemos ante una sanción de adolescentes que fuese privativa de libertad y otra de adulto también privativa de libertad, pero que fuese remitida, se presentaría una situación desfavorable para el adolescente. El Ejecutivo, por su parte, sostenía que, por el contrario, esta sería una situación favorable para el menor, porque de no ser remitida la pena de adulto, se estaría ante dos penas privativas de libertad, por lo que debería aplicarse la regla de la letra b), que permite aplicar la pena de adulto, aumentada hasta en dos años. Esta discusión se zanjó a favor del criterio de los

Diputados en el sentido de considerar la remisión condicional como pena privativa y realizar algunas modificaciones a las reglas recogidas en la disposición<sup>57</sup>.

Una de las críticas que se hicieron a estas reglas del artículo 9 Proyecto 2002 en el Senado durante la tramitación del proyecto fue que éstas atentarían en alguna medida contra el principio in dubio pro reo, en especial en los casos en que ambas sanciones, la de adolescente y la de adulto, fuesen no privativas de libertad. En estos casos, el artículo ordenaba aplicar la pena correspondiente al adulto, siendo que en virtud del in dubio pro reo, correspondería aplicar la pena que fuese menos gravosa, según el caso.

Como señalamos anteriormente, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consideró que no correspondía regular estas materias juntamente con la acumulación de investigaciones, pues se trataba de reglas relativas a la determinación de la pena, referidas a la forma de sancionar cuando existía acumulación de hechos cometidos como adolescente y como adulto, por lo cual el concurso de procedimientos quedó regulado en el actual artículo 28. Pero no ocurrió lo mismo en el caso de los concursos de delitos.

En efecto, tal como se acuñó el actual artículo 28, en el Senado se formuló una propuesta en orden a incorporar un nuevo precepto con el nombre de *concurso*, que

---

<sup>57</sup> Recogiendo estas opiniones, se aprobó la siguiente regla por la Cámara de Diputados que regulaba los casos en que se condenara por delitos cometidos como adolescente y adulto, en el inciso segundo del artículo 9 Proyecto 2002 con la siguiente redacción: "*En caso de condenarse a una persona por hechos cometidos como adolescentes y como adulto, se estará a las siguientes reglas: 1.- La sanción se determinara de acuerdo a la ley que corresponde, aplicando sólo la pena privativa de libertad. Si corresponde en ambos una privativa, se impondrá la del delito cometido como adulto, pudiendo aumentarse por un máximo de 2 años atendida la naturaleza y circunstancias de la infracción cometida; 2.- Si no corresponde aplicar pena privativa de libertad, prefiere al pena imputada al delito cometido como adulto; 3.- Los casos de REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA se considerará que dicha pena es privativa de libertad Lo dispuesto en los incisos 1 y 2 se aplicará también en caso que se cometa una nueva infracción penal durante el periodo de cumplimiento de una condena impuesta en base a la presente ley.*

sería signada como artículo 25 bis, y que regularía la forma de sancionar los genuinos concursos de delitos, señalando que: *“el concurso de delitos se regirá por lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del CP y 351 del CPP, debiendo en todo caso, aplicarse el art. 164 del COT. Para la aplicación de esta regla se tendrá en consideración la sanción concreta que hubiese correspondido imponerse separadamente por cada delito”*. Este artículo hacía una referencia expresa a la fórmula usada en el régimen de adultos, que concreta y formalmente pasaba a quedar incluida dentro de la fase de individualización de la pena. Sin embargo, esta proposición fue desechada por la Comisión de Constitución del Senado, señalando en esa instancia que, en el contexto del proyecto de ley en estudio, para los efectos de los concursos, debían simplemente aplicarse las normas generales, no justificándose en opinión de la Comisión, hacer referencia a situaciones que ya se encuentran reguladas en normas como el artículo 74 y 75 del CP, 351 del CPP y 164 del COT, entre otras. Así, finalmente se decidió no incluir este artículo en la redacción final de la ley, sin volver a agregarse durante toda su tramitación ningún otro precepto que regulase esta materia expresamente.

Consecuentemente, actualmente no se encuentran en la LRPA disposiciones referentes a la determinación de la pena en caso de concursos de delitos, así como tampoco las hay para el caso que se presenta cuando un juez debe pronunciarse en una misma sentencia, sobre la sanción aplicable a la comisión de varios delitos cuando se cuentan entre ellos algunos sujetos al régimen general y otros regulados por la LRPA, lo cual resulta particularmente complejo debido a dos situaciones: primero, el hecho que, como vimos, no existe en nuestra legislación actual una normativa expresa que lo regule y, en segundo lugar, que ambos sistemas constituyen formas de reacción de naturaleza muy distinta, en atención a los sujetos a los cuales se aplican y a los principios y garantías especiales que la LRPA reconoce.

Cabe preguntarse entonces por los motivos que llevaron al legislador a tomar la decisión de no regular esta materia. Y resulta que no se encuentran en la historia de

la ley razones concretas para interpretar este vacío legal de alguna forma en particular, o que expliquen la razón de mantener la regulación del concurso de procedimientos (actualmente recogido en el artículo 28 de la LRPA), más no el caso de concurso de delitos cometidos como adolescente y como adulto. En efecto, el artículo 9 Proyecto 2002 regulaba en conjunto aspectos procesales y materiales, tomando la Comisión de Constitución del Senado la decisión de separar ambas cuestiones. El problema es que las discusiones atinentes al contenido de la regla de procedimiento (que fueron tratadas en primer lugar, de acuerdo con la forma en que estaba redactado el artículo) terminaron opacando las cuestiones materiales pendientes de resolución, las que en definitiva se omitieron, sin que quedara constancia del motivo<sup>58</sup> en la historia de la ley.

Todo lo anterior acaba en que, como evidencia MALDONADO<sup>59</sup>, se nos presenta una dificultad adicional de carácter práctico y material, ya que parece difícil concebir una solución concursal para estos casos, la posibilidad de ejecutar una condena prevista bajo los caracteres de especialidad del sistema penal de adolescente respecto de quien ya ha incurrido en una infracción penal como adulto pareciera perder sentido.

En esta materia, cabe señalar en primer lugar que la LRPA efectivamente sí permite que se reaccione frente a una persona que tiene más de 18 años en virtud de una responsabilidad que se ha detonado cuando era menor de edad. Podemos encontrar ejemplos de esto en el texto del artículo 56 inc. 1°, en la extensión que pueden abarcar las sanciones más gravosas (particularmente la privación de libertad) y en las reglas de prescripción que la LRPA contempla. Cierta parte de la doctrina propone como solución a estos casos, la imposición de las reglas propias del sistema penal de adultos. Siguiendo esta línea argumentativa, MATUS plantea que: “*como en el*

---

<sup>58</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (2005). *Op. cit.*, p. 650.

<sup>59</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2010). Determinación de la pena y concurso de delitos en la Ley 20.084. *Estudios de Derecho Penal Juvenil II*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, p. 227.

*juzgamiento de los mayores de edad les son aplicables las penas de los adultos, parece razonable asumir que, descontada la necesidad de la rebaja penológica obligatoria del art. 21 de la Ley N.º 20.084, en atención a la menor culpabilidad del autor al momento de los hechos, la regulación de las penas a imponer ha de hacerse conforme a las reglas de los adultos, conforme a lo visto en los apartados anteriores, particularmente en casos de concursos y reiteración de delitos”* <sup>60</sup>. Esta solución, sin embargo, parece chocar con la propia base diferenciada que define las sanciones previstas en la LRPA y resultaría atentatoria contra el principio de legalidad. Argumenta en este sentido MALDONADO que: *“a partir de ese supuesto se estaría directamente infringiendo el principio de legalidad penal (entre otras garantías) pues dicha aplicación implicaría imponer una condena que no se encuentra prevista en la ley. En efecto, también en este caso el art. 10 N.º 2 del Código Penal excluiría la posibilidad de entender que se aplicaría conforme al CP y el art. 1.º haría lo propio con el sistema especial previsto en la Ley N.º 20.084”* <sup>61</sup>.

Al día de hoy, la doctrina no está conteste en cuanto a la solución más adecuada para estas situaciones. Para MALDONADO, lo más razonable es que el concurso se resuelva a favor de una regla de absorción, asumiendo por principio la mayor gravedad asociada a la responsabilidad delictual de los adultos, aunque esta solución puede dar lugar a efectos contraproducentes, ya que permitir que quien ha delinquirido como adolescente incida determinadamente en el contenido de su sanción (por ejemplo, si se ha incurrido en un hecho de gravedad y se aprovecha la mayoría de edad para reiterar, esta vez, en un ilícito de menor gravedad). Por eso, sostiene que parece aconsejable atribuir algún efecto a la condena precedente, ajustándose en todo caso la sanción en el nivel de los contenidos, esto es, operando en base al modelo propio de los adultos, con el fin de evitar en términos prácticos la ejecución sin sentido de una

---

<sup>60</sup> MATUS ACUÑA, J. P. (2008). Propositiones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley N.º 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas. *Revista Ius et Praxis*. 14 (2), p. 553.

<sup>61</sup> MALDONADO FUENTES, F. (2010). *Op. cit.*, p. 228.

condena confeccionada para la responsabilidad penal adolescente. Sostiene este autor que *“los objetivos y problemáticas (todos) que confluyen en este caso parezcan mejor servidas si se complementa la regla de absorción con casos de exasperación de la pena aplicable conforme al régimen general de los adultos”*, por lo que, en su opinión, esa es la regla que deberíamos aplicar por defecto a falta de texto expreso.

En definitiva, la decisión legislativa de no contemplar en el texto final de la LRPA una regulación específica para los casos concursales ha suscitado críticas por parte de la doctrina y debate en torno a cuál sería la mejor solución posible para estos casos a falta de norma expresa. En dicho sentido, y como profundizaremos más adelante, ha sido la postura de parte importante de la doctrina que debería llenarse el vacío legal existente a través de la dictación de una nueva norma que la regule. Al parecer, estas opiniones han llegado a oídos del Ejecutivo, pues el 4 de abril de 2017 ingresó a tramitación el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084 (Boletín N° 11.174-07), el cual tiene por objeto principal modificar la Ley Orgánica del SENAME y la LRPA para establecer una nueva institucionalidad y un nuevo procedimiento para la aplicación de sanciones penales a los menores de edad, y dentro de las modificaciones contempladas en el proyecto se encuentran, justamente, normas que buscan regular en forma expresa los casos de concursos de delitos y concursos de infracciones cometidas como adolescente y adulto. Analizaremos en profundidad dicho proyecto de ley -actualmente en tramitación- y los cambios que introduce en esta materia a continuación.

## CAPÍTULO III

### **El proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil y modifica la Ley N°20.084**

#### **3.1. El trasfondo del proyecto: los objetivos de la justicia penal adolescente**

Como se ha señalado, la Ley N° 20.084 creó un sistema de responsabilidad penal adolescente diferenciado, estableciendo un régimen sancionatorio especial respecto del que le corresponde a los sujetos infractores adultos, cuestión que, a pesar de significar innegablemente un avance en términos de adecuar la legislación nacional a los principios internacionales en la materia, principalmente contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, no ha estado exenta de críticas y cuestionamientos en cuanto a la real consecución de los objetivos que la misma se propuso. En ese sentido, para poder entender los fundamentos que subyacen a dichas críticas, se hace necesario ahondar en los fines que debe pretender alcanzar la justicia penal adolescente.

En relación a esto, pero más concretamente, BERRÍOS<sup>62</sup> identifica una serie de objetivos de la justicia penal juvenil, a la luz de los cuales se puede analizar la necesidad (o no) de una nueva legislación en la materia, a saber:

En primer lugar, uno de los primeros fines que debe pretender alcanzar cualquier legislación en la materia es el establecer una verdadera diferenciación, en términos

---

<sup>62</sup> BERRÍOS DÍAZ, G. (2011). *Op. cit.*, p. 171.

tanto formales como sustanciales, del sistema penal de los adultos infractores. En ese sentido, es necesario subrayar que este primer propósito de la justicia penal adolescente es más bien un principio de carácter transversal a toda la legislación en la materia, y que dicha especialidad se encuentra consagrada en el artículo 40 N° 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que a los Estados Partes les asiste la obligación de *"tomar todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes"*.

El segundo objetivo identificado por el autor dice relación con la necesidad de privilegiar la des-judicialización de los conflictos que susciten la comisión de hechos punibles por parte de los jóvenes infractores, así como promover las alternativas a la sanción penal. Esta finalidad se encuentra también establecida en el artículo 40 N° 3 de la CDN, el cual establece que, en particular, los Estados Partes tendrán que promover, siempre que sea posible *"la adopción de medidas para tratar a esos niños [de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales"*.

Un tercer propósito, que se encuentra íntimamente relacionado con el anterior, halla su fundamento en el artículo 40 N° 4 de la CDN, el cual dice que *"se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones"*, lo anterior con la finalidad de que el tratamiento que se le dé a los jóvenes infractores tenga el menor impacto negativo en su desarrollo, atendiendo a la edad de los mismos. Es decir, establece la preferencia por una

reacción penal diversa a la privación de libertad del adolescente infractor. En este sentido, la actual legislación en la materia, establecida en la Ley N° 20.084 observa en su artículo 6° como sanciones diversas a la privación de libertad o internación en régimen cerrado o semicerrado con programa de reinserción social; la libertad asistida especial, la libertad asistida, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la reparación del daño causado, multas y amonestación, además de contemplar penas accesorias para casos particulares, como lo es la prohibición de conducir vehículos motorizados y el comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos, según las normas de los otros cuerpos legales como el Código Penal, Código Procesal Penal y otras leyes.

En cuarto lugar, encontramos la legalidad, excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad cautelar. En este sentido, el artículo 37 letra b) de la CDN. establece que los Estados Partes deben velar por que *"ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda"*. Si bien la privación de libertad se erige como último recurso, este artículo refuerza la idea de que cuando efectivamente se opte por dicha sanción, su establecimiento cumpla con los principios generales o criterios de legalidad, no arbitrariedad y brevedad.

En cuanto al fundamento común que subyace a los objetivos identificados por el autor, éste se puede hallar en la necesidad de soslayar o aminorar los efectos y consecuencias negativas que produce el contacto de cualquier sujeto con el sistema penal, efectos que se ven aumentados cuando se trata de infractores adolescentes, atendiendo a las características particulares de la etapa de desarrollo en la que se encuentran. La idea anterior encuentra sustento en la psicología del desarrollo, desde la cual se sostiene que *"antes de alcanzar la adultez, las personas pasan por una serie de fases evolutivas en sus procesos mentales operacionales, de razonamiento legal,*

*de internacionalización de expectativas sociales y legales, y de toma de decisiones éticas. Y si bien, desde esta misma perspectiva resulta que los adolescentes mayores de catorce años (que ya llegaron a la fase del "pensamiento operacional formal") ya han adquirido, siquiera en un nivel básico, los valores morales y legales, así como la capacidad para orientar su comportamiento, lo que, también en principio, legitima reconocerles responsabilidad penal por sus delitos, existen, sin embargo, un conjunto de diferencias relevantes entre sus capacidades y las de un adulto maduro*<sup>63</sup>. Postura que sirve de base para justificar el tratamiento diferenciado que se debe dar a los infractores adolescentes.

Asimismo, pero ahora desde los estudios de la criminología, se ha afirmado que *"la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad de los adolescentes está asociada al riesgo de reproducir la criminalidad, por el efecto estigmatizante que tendría la identificación de una persona joven con el rol social de delincuente"*.<sup>64</sup> Por otro lado, y de manera particular sobre los efectos negativos del contacto de adolescentes con penas privativas de libertad, *"Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe*

---

<sup>63</sup> COUSO SALAS, J. (2012). *Op. cit.*, p. 276.

<sup>64</sup> *Ibidem.* p. 282.

*duda de que tanto la pérdida de la libertad como el hecho de estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos".<sup>65</sup>*

Finalmente, el quinto objetivo dice relación con favorecer y promover la conducta conforme o ajustada a derecho de los jóvenes infractores, promoviendo, en ese sentido, la integración social del adolescente infractor, de manera en que se logre evitar la reincidencia delictiva por parte del mismo.

### **3.2. Las críticas a la Ley N°20.084 en materia de concursos y determinación de la pena**

El año 2015, a siete años de la entrada en vigencia de la LRPA, desde el Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados se realizó una investigación con el fin de examinar los resultados que ha traído la implementación de la ley, la cual recogió opiniones de una serie de expertos y representantes de las diversas instituciones públicas que operan en el sistema penal de adolescentes. Los resultados de esta investigación se plasmaron en un informe ejecutivo que contiene críticas a determinados aspectos problemáticos de la ley, así como también propuestas para abordar y resolver dichos aspectos, para hacer efectivo el compromiso de implementar un sistema de justicia juvenil especializado y acorde con los objetivos de la integración social y del respeto al interés superior del niño.

En concreto, en materia de multiplicidad de sanciones, varios expertos consultados evidenciaron la complejidad de no contar con una regulación expresa, se sumaron a

---

<sup>65</sup> ONU (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. Resolución 40/33. Comentario a la regla 19°, que establece el carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios, así como su carácter de último recurso y por el tiempo más breve posible.

las críticas provenientes de la doctrina<sup>66</sup>, considerando esto como una de las principales falencias del sistema. Desde el Ministerio Público, cuyos representantes fueron consultados sobre el punto en 2013, se dijo que *“la ley no contempló una regla de acumulación de sanciones, lo que ha provocado que los adolescentes reincidentes tengan pendiente el cumplimiento de una gran cantidad de medidas, algunas incompatibles entre sí o de difícil cumplimiento simultáneo, atendido que las reglas generales (...) no son suficientes para resolver los conflictos generados por la simultaneidad de sanciones”*<sup>67</sup>. Agregaron los representantes del organismo que, ante la falta de solución expresa en la Ley N° 20.084, en la práctica algunos jueces han resuelto este problema *“disponiendo el cumplimiento conjunto de sanciones que la ley, atendida su naturaleza, no permite, o bien, los jueces han dejado sin efecto sanciones sin sustento legal alguno”*<sup>68</sup>. Defensoría, por su parte, consideró que resultaría beneficioso el diseñar una norma de unificación de sanciones en materia de responsabilidad penal adolescente, insistiendo en la necesidad de establecer reglas claras para resguardar a todo efecto el principio de proporcionalidad. El Departamento Nacional de Justicia Juvenil de Sename también opinó en este sentido, poniendo el énfasis en el objetivo de reinserción de las sanciones de LRPA.

Por otro lado, en cuanto lo referente a la situación que tiene lugar en aquellos adolescentes que tienen condenas tanto de la Ley N°20.084 como de régimen de adulto, Gendarmería señaló que, a la fecha de la consulta, alrededor del 49% de los jóvenes que cumplían condena en las Secciones Juveniles, tenían sanciones además como adultos, lo cual es un factor que incide directa y negativamente en la motivación que pueda tener el adolescente que está siendo parte de un programa de intervención,

---

<sup>66</sup> En este sentido, MALDONADO FUENTES, F. (2010). *Op. cit.*, pp. 227- 228; MATUS ACUÑA, J. P. (2008). *Op. cit.* p. 553; NÚÑEZ R. & VERA J. (2012). *Op. cit.*, p. 183.

<sup>67</sup> FAURÉ, C., HENRÍQUEZ, M., LÓPEZ, P., MATURANA, P., FLORES, S., MANZI, R. & ARRAYET, R. (2015). *Evaluación de la Ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.* p. 70.

<sup>68</sup> Ídem.

ya que estas *“en la mayoría de los casos, son por delitos complicados, son sanciones de más de 5 años, incluso de hasta 10 años, todo el proceso de intervención que se realiza en la sección juvenil, pierde un poco el sentido”*<sup>69</sup>. Misma opinión surgió desde Defensoría, la cual cuestionó el sentido de cumplir, por ejemplo, una condena de adulto para luego pasar a una internación en régimen cerrado, perdiéndose el objetivo de la pena adolescente. El Ministerio de Justicia, en tanto, argumentó que existe la necesidad imperiosa de incorporar una norma concursal en la ley, por la cual se deje sin efecto la pena de adolescente cuando exista una condena como adulto que sea más grave. Se recalcó la importancia de esto último, ya que si se aplicara la ley de adulto también en el caso de que la pena de adolescente sea más grave, se estaría generando un incentivo para cometer un delito menos grave a sabiendas, buscando lograr una condena menor como adulto para evitar cumplir con la pena más grave.

En resumen, los representantes de los distintos órganos dieron cuenta de la complejidad de los casos en que un adolescente tenga varias sanciones simultáneas por la Ley N° 20.084 (salvo cuando se aplique el artículo 25) y la falta de coordinación para el cumplimiento de éstas, y en cuanto a las condenas por delitos de regímenes diversos, concuerdan en la inutilidad de sancionar bajo el sistema de responsabilidad penal adolescente a quien ya haya pasado por una cárcel de adultos cumpliendo condena.

Ante esta situación, en el Informe de Evaluación de la Ley N°20.084 recomendó<sup>70</sup>:

- *Explicitar soluciones legales considerando como posibilidad, la absorción de la pena de RPA por la condena efectiva de privación de libertad de adulto.*

---

<sup>69</sup> Ídem.

<sup>70</sup> Ibidem, p.143.

- *Incorporar una norma que permita unificar sanciones de RPA de modo de conseguir una intervención más eficaz, sin aplicar una mera suma de condenas. Dentro de esto, analizar el otorgar a jóvenes que estén privados de libertad la opción de cumplir sus sanciones pendientes desde el recinto.*

Además de las materias concursales, en la investigación también se aborda la problemática de la determinación de la idoneidad de la sanción. De acuerdo con el artículo 24 f) de la LRPA, la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social es uno de los criterios para determinar la pena aplicable. La mayoría de los entrevistados reparó en que este criterio en particular es muy relevante para definir una sanción de responsabilidad penal adolescente, considerándolo como un factor clave para el proceso de reinserción social el cual, sin embargo, no recibe una correcta aplicación en la práctica. Se señaló que muchas veces son criterios administrativos que más tienen que ver con las metas de cada órgano (como el Ministerio Público o la Defensoría) los que priman por sobre los objetivos de reinserción social para determinar la pena, y que por lo general no se realiza una correcta evaluación o diagnóstico que permita planificar una intervención correcta adecuada en cada caso.

Lo anterior evidencia una debilidad en la aplicación del criterio de idoneidad para determinar la sanción aplicable, debido a la falta de elementos técnicos a disposición del juez para configurarlo, lo cual lleva a los tribunales a prestarle más atención a consideraciones de carácter penal y legal que son propias del sistema de adultos. A esto se le suma la necesidad de avanzar en la especialización de los jueces en materias técnicas y psicosociales.

Sobre el criterio de idoneidad de la sanción en la determinación de la sanción, el Informe recomendó<sup>71</sup>:

- *“Dotar de mayor especialización técnica y psicosocial a los actores involucrados en el proceso judicial, especialmente a los jueces.*
- *Incorporar el criterio de idoneidad en la norma sobre quebrantamientos.*
- *Incluir criterios de evaluación psicosocial previa sentencia a cargo de un profesional del área”.*

### **3.3. Los antecedentes del proyecto de ley**

Teniendo en vista lo anterior, pasaremos a analizar las motivaciones expresas que llevaron al Ejecutivo a presentar el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084.

El mismo Mensaje del proyecto de ley da cuenta de los antecedentes que se tuvieron en consideración en su elaboración, refiriéndose a la actual LRPA y señalando que dicha normativa efectivamente significó un hito en la historia del ordenamiento jurídico de nuestro país, estableciendo expresamente que *“dicho hito fue, por ello, expresión del compromiso asumido en el año 1990 cuando nuestro país ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño, obligándonos, sobre sus méritos, principios y paradigmas, a adecuar nuestra institucionalidad a los postulados que fundan dicho instrumento internacional”* <sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>72</sup> Boletín N° 11.174-07, p.1.

Sin embargo, a pesar de dicho reconocimiento, seguidamente da cuenta de lo deficiente que dicha normativa ha resultado ser en su aplicación práctica, afirmando que la Ley N° 20.084 ha demostrado ser insuficiente para alcanzar los resultados esperados, haciendo énfasis en que *“El actual sistema penal de adolescentes no logra reinsertar ni se muestra eficaz en términos preventivos”*, cuestión que, como se señaló, es uno de los principios generales que nos entrega el derecho internacional de adolescentes para adecuar la legislación en la materia y uno de los objetivos que la misma debiese perseguir y, eventualmente, alcanzar.

A lo anterior, se suma el hecho que *“las condiciones que caracterizan a los centros privativos de libertad poco distan de la que muestra la realidad de nuestro sistema penitenciario común, a pesar de que se trata de menores de edad, en proceso de formación”*<sup>73</sup>. No cumpliéndose otro de los fines principales de la regulación en la materia, identificado como transversal, esto es, el establecimiento de una legislación verdaderamente diferenciada y especializada respecto al tratamiento que reciben los adultos infractores.

Por otro lado, podemos reconocer que el Ejecutivo considera que el diseño que nos ofrece la regulación actual de la responsabilidad penal adolescente no sirve para cumplir los fines que la justicia penal adolescente debe incorporar para ser entendida como adecuada y suficiente a la luz de los criterios y principios internacionales en la materia y, siguiendo esta misma idea, el Mensaje fundamenta su propuesta al señalar que *“parece evidente que el desafío en la actualidad no consiste en reformar o sustituir el modelo dispuesto en la legislación vigente. Su contenido parece más bien asociado a la necesidad de profundizar la implementación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”*, puntualizando que únicamente a través de ese camino se logrará

---

<sup>73</sup> Ibidem, p. 2.

alcanzar y cumplir los objetivos preventivos y de justicia que debiese perseguir una justicia penal especializada o diferenciada para adolescentes.<sup>74</sup>

### **3.4. Contenido del proyecto de ley: análisis general**

Concretamente, el proyecto de ley en comento pretende la creación de un nuevo servicio público descentralizado: el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, el cual asumiría la responsabilidad directa sobre todo el proceso de sanción y de la finalidad de reinserción, resocialización y reintegración social de los adolescentes infractores, tarea que hoy en día es parte de las atribuciones del Servicio Nacional de Menores (SENAME).

Dicha pretensión, según da cuenta el Mensaje, parte de la base de algunas afirmaciones y compromisos previos, como lo son el asumir una postura teórica de criminología evolutiva y del ciclo vital, esto es, el comprender el especial momento en el desarrollo como personas que tienen los adolescentes infractores, entendiendo que, como dice el Mensaje *“la mayor parte de los jóvenes infractores no se convertirán en adultos infractores”*, y el antecedente de que las intrusiones del sistema penal y sus reacciones no son un fin en sí mismas, buscando así evitar la normalización de la intervención penal y sus sanciones, estableciendo un enfoque integral y sistémico al respecto.

En cuanto al contenido mismo del proyecto de ley, este consta de 46 artículos permanentes y 9 artículos transitorios. Dentro de este esquema, el artículo 40 del artículo contempla una serie de modificaciones a la actual Ley N° 20.084, cuya implementación hace necesaria una serie ajustes normativos para su materialización

---

<sup>74</sup> Ibidem, p.3.

de las cuales cabe destacar las siguientes, según da cuenta el mismo proyecto: a) establecimiento de límites mínimos y máximos para las sanciones que lo requieran; b) Limitación a la aplicabilidad de la multa y de la amonestación; c) Regulación del concurso de delitos; d) Regulación de la reiteración delictiva; e) Tratamiento del concurso de delitos cometidos como adolescente y adulto y régimen de unificación; f) Determinación de la pena y otras consecuencias previstas en la normativa vigente; g) Individualización de la pena; h) Reformulación del sistema de quebrantamiento e incumplimiento de las condenas; i) Caso especial del tráfico de drogas; j) Sustitución de la pena de internamiento en régimen semicerrado; k) Plazos y condiciones para la ejecución de la suspensión condicional del procedimiento y la sujeción a la vigilancia de la autoridad como medida cautelar; l) Supresión del procedimiento monitorio; m) Formalización legal de la procedencia del procedimiento abreviado; y n) Algunas/Otras modificaciones específicas de carácter necesario.

Del listado anterior, sin restarle la debida importancia que cada una de estas reformas tiene para la materialización del nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, para efectos de este trabajo son especialmente relevantes aquellas contenidas en las letras a), c), d), e), f), g), esto es, todas aquellas que digan relación con la determinación de la pena que ha de proceder respecto de jóvenes infractores y especialmente la que apunta a un nuevo tratamiento del concurso de delitos cometidos como adolescente y como adulto y régimen de unificación. Nos referiremos al contenido de dichas modificaciones a la actual normativa a continuación.

#### **3.4.1. La Determinación de la pena en el proyecto de ley: El Informe Técnico**

En esta materia, el proyecto de ley propone un sistema de determinación de la pena que cuente con un soporte dado por un informe técnico que se elabore en forma coordinada con los diversos planes de intervención disponibles. Con esto, se busca *“focalizar la individualización de las sanciones en torno a las alternativas propuestas*

*por los modelos de intervención, asegurando una mayor precisión entre las necesidades que presenta el adolescente y la sanción que le corresponde sin alterar el papel que cumple la gravedad del hecho cometido”<sup>75</sup>.*

Para este respecto, el Ejecutivo propone la creación de una instancia específica y autónoma en la que se debatirá sobre cuál será la pena procedente, separada legalmente del debate sobre la culpabilidad del imputado en cuestión. Es decir, sólo cuando se haya llegado a un veredicto condenatorio respecto del imputado, se podrá solicitar por parte del Ministerio Público o la Defensa el informe referido a la pena determinada que es más recomendable en ese caso particular. Este sistema se extiende igualmente a todas las instancias donde se requiera de la intervención judicial para aprobar, modificar o precisar el contenido de los respectivos planes de intervención individualizados, con la intención de garantizar que exista coherencia entre la decisión que respalda la pena impuesta, su ejecución y eventual modificación, como las acciones que favorecen su cumplimiento.

Este Informe Técnico se encuentra regulado en un nuevo artículo 37 bis introducido el art. 40 N° 26) del proyecto, y reza:

*“Artículo 37 bis.- Informe técnico. El Ministerio Público o la Defensa podrán solicitar la emisión de un informe técnico en cualquier etapa del procedimiento, a ser evacuado por el Servicio de Reinserción social de adolescentes.*

*Dicho informe deberá referirse a los criterios señalados en los incisos segundo y tercero del artículo 24 y a las pertinencias de las condiciones de que trata el artículo 35 bis debiendo regirse por lo dispuesto en el artículo 335 del Código Procesal Penal, pudiendo ser utilizado, en exclusiva, en las siguientes actuaciones judiciales:*

*a. en aquellas en que se discuta una medida cautelar, si es invocado por la defensa, y, en aquello que sea citado por dicha parte.*

---

<sup>75</sup> Ibidem, p. 10.

*b. en aquellas en que se aprueban las condiciones de una suspensión condicional del procedimiento.*

*c. en aquellas destinadas a la determinación de la pena, una vez evacuado el veredicto condenatorio.*

*En los casos de que tratan las letras a. y b. del inciso precedente el juez que hubiere intervenido en la respectiva audiencia quedará inhabilitado para resolver en el futuro sobre la absolución o condena del imputado.*

*La infracción de la obligación de reserva se sancionará conforme a las reglas generales, produciendo además la nulidad de todas las actuaciones en las que se produjere, incluyendo el juicio oral, en su caso.”.*

### **3.4.2. La individualización de la sanción en el proyecto de ley**

Como señalamos anteriormente, durante la discusión legislativa que dio origen a la actual LRPA, se tomó la decisión de no incorporar a la ley una norma que regulase expresamente los casos de concursos de delitos cometidos por adolescentes. Esta decisión, como también hemos visto, ha provocado una serie de respuestas desde la doctrina, la cual en su mayoría ha visto esta situación como un vacío normativo problemático, y frente al cual diferentes autores han propuesto soluciones, reconociendo la necesidad de que el legislador regule estos casos.

Siguiendo estas opiniones, el proyecto se propone llenar dicho vacío, modificando la actual LRPA para agregarle un nuevo artículo que regule expresamente el concurso de delitos. Estas críticas a la actual redacción de la ley pueden encontrarse en el Mensaje del proyecto, donde se señala que:

*“Se ha tenido en cuenta que las evaluaciones hechas sobre el funcionamiento de la Ley 20.084 han reparado uniformemente en la necesidad de homogeneizar el tratamiento de los concursos de delitos. En particular, se ha criticado la inconveniencia de recurrir en él al mecanismo de la acumulación material de condenas. Y no sólo por el hecho de permitir el superar los rangos*

*máximos de sanción previstos en la ley, sino por materializar intervenciones que carecen por completo de sentido, por extensión y por razones de autor”.*

La propuesta del proyecto es introducir una norma que establezca expresamente un mecanismo de pena única fundada en un régimen de *absorción* en casos de concursos de delitos, que obliga a determinar una pena única para todos los ilícitos cometidos, la cual será la que corresponda al hecho que sea considerado como más grave en virtud de una serie de criterios que trataremos a continuación, todo ello en el marco de un proceso de individualización de la sanción, que determina tanto la naturaleza de la sanción aplicable, como también su extensión en el mismo acto. Sin embargo, el proyecto también introduce un mecanismo que podríamos denominar como de *asperación facultativa*<sup>76</sup>, en virtud del cual esta pena única podrá verse modificada con el incremento de su extensión o incluso producirse su sustitución por otra pena más aflictiva dentro del marco legal, en caso de que el número de delitos cometidos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto lo hagan conveniente. Haremos una revisión de éste nuevo sistema de individualización de la pena y del nuevo tratamiento del concurso de delitos en materia adolescente a continuación.

En concreto, el artículo 40 N° 13) del proyecto de ley propone modificar por completo el actual artículo 24 de la LRPA, que establece los criterios de determinación de la naturaleza de la pena<sup>77</sup>, reemplazándolo por un nuevo artículo, que individualiza conjuntamente la clase o naturaleza de la pena y la extensión de ésta en base a nuevos criterios legales, y que consagra expresamente la solución para los casos de

---

<sup>76</sup> BERRÍOS DÍAZ, G. (2018). Análisis del Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N°20.084. En: *Jornadas de Responsabilidad Penal Adolescente (Santiago, 20 de junio de 2018)*.

<sup>77</sup> El actual artículo 24 de la LRPA establece los criterios que el tribunal deberá tener en cuenta para determinar la naturaleza de las sanciones aplicables, siendo éstos: a) la gravedad del ilícito; b) la calidad de participación del imputado y el grado de ejecución del delito; c) la concurrencia de circunstancias agraviantes y atenuantes; d) la edad del adolescente infractor; e) la extensión del mal causado, y f) la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

reiteración de delitos cometidos por un adolescente. El nuevo artículo 24 introducido por el proyecto reza de la siguiente manera:

*“Artículo 24.- Individualización de la pena. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente el Tribunal impondrá una sola pena de entre las que fueren procedentes, cualquiera fuere el número de los delitos cometidos. En su caso, se tomará como base las sanciones aplicables al delito que merezca las de mayor gravedad.*

*La clase y la extensión de la pena a imponer se determinará considerando exclusivamente los siguientes criterios, debiendo, en cualquier caso, darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal:*

- 1. La gravedad del delito o delitos cometidos, considerando especialmente:
  - a. El bien jurídico protegido y la modalidad escogida para su afectación.*
  - b. El empleo de violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas.*
  - c. La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas.*
  - d. La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.**
- 2. Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo*
- 3. La edad, desarrollo psicosocial del condenado.*
- 4. El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, en lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.*

*Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave pudiendo ampliar su extensión o sustituirla por una más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes.*

*Las respectivas penas no se impondrán en caso alguno con una extensión inferior o superior a la prevista en los artículos 9, 11, 13, 14 o 18, respectivamente.*

*El tribunal deberá especificar y fundamentar en el fallo la forma como ha procedido a la fijación de la pena a partir de los criterios señalados indicando los hechos que los respaldan.”*

El nuevo artículo 24 propuesto por el proyecto comienza señalando en su primer inciso que el Tribunal deberá imponer una sola pena de entre las que fueren procedentes, cualquiera fuere el número de delitos cometidos, estableciendo que la sanción aplicable al delito de mayor gravedad será la que se tomará como base. Acto seguido, señala que la clase y extensión de la pena a imponer se determinará considerando exclusivamente una serie de criterios que pasaremos a repasar, teniendo siempre presentes los fines del artículo 20 y debiendo, en cualquier caso, darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal<sup>78</sup> en lo respectivo a las circunstancias agravantes.

En este punto es necesario mencionar que, durante la discusión del proyecto, en primer trámite constitucional, se formuló una indicación en la cual se incorporó al comienzo del inciso segundo de este nuevo artículo 24, la mención expresa de que “la

---

<sup>78</sup> El artículo 64 del Código Penal refiere al tratamiento de las circunstancias agravantes, señalando que éstas no aumentarán la pena cuando constituyan en sí mismas un delito especialmente penado por ley o si éstas circunstancias son tan inherentes al delito que sería imposible cometerlo sin su concurrencia.

*naturaleza y extensión de la pena a imponer se orientará por los objetivos señalados en el artículo 20*<sup>79</sup>. Esta referencia directa al artículo 20 refuerza la idea de que la sanción que resulte del proceso de individualización de la pena debe (en términos del mismo artículo, al cual el proyecto no contempla modificaciones), formar parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. Es decir, que deberá preferirse la sanción que fomente de mejor manera la reinserción social del adolescente, eligiendo una pena que contemple un nivel de intervención proporcional que haga efectiva la responsabilidad por el daño causado, pero cuidando siempre que su intensidad y extensión no resulten excesivas, lo cual significaría un obstáculo importante para el desarrollo psicosocial del adolescente (el cual, como desarrollaremos más adelante, es contemplado por la ley como un sujeto en formación, con necesidades propias de su edad que deben ser objeto de protección) y, especialmente, para la reintroducción de éste a la vida social una vez cumplida la pena. Así, los fines de la pena establecidos en el artículo 20 nos sirven también como criterios para determinar la real efectividad de la sanción escogida por el tribunal, una vez cumplida en toda su extensión.

El primer criterio escogido para determinar la clase y extensión de la pena es la *gravedad del delito o delitos cometidos*. En la legislación actual, para establecer la gravedad del delito debemos atender a la duración de la pena que lleva aparejada. El nuevo artículo 24 N°1 por su parte, agrega otros criterios a considerar en este punto, que son: a) el bien jurídico protegido y la modalidad escogida para su afectación; b) el empleo de violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas; c) La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas; d) La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.

Por su parte, el propuesto artículo 24 N°2 agrega un segundo criterio para determinar la naturaleza y duración de la pena, consistente en el análisis que el tribunal deberá

---

<sup>79</sup> Boletín N° 11.174-07. Indicaciones. 05.03.18. p. 26.

realizar de *los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo*. Esto constituye una innovación por parte del proyecto, ya que no se hace mención del estudio de los móviles en el actual artículo 24. El proyecto de ley propone entonces que será labor del tribunal estudiar las acciones del autor o autores y los antecedentes del hecho para determinar cuál fue el móvil o móviles que pudieran haber motivado principalmente la comisión del delito, dentro de este proceso de individualización de la pena.

El nuevo artículo 24 N°3 del proyecto contiene el siguiente elemento a considerar, que es la *edad y el desarrollo psicosocial* del adolescente. Si bien la edad del adolescente infractor ya es uno de los criterios contemplados en el actual art. 24 de la LRPA para determinar la naturaleza de la pena, resulta novedosa la inclusión del concepto de “desarrollo psicosocial” de éste. En este punto cabe remitirnos al Mensaje del proyecto, en el cual se dice que: *“Para la comprensión de la conducta infractora de ley, el modelo propuesto asume una postura teórica de criminología evolutiva y del ciclo vital. Así, la delincuencia juvenil se entiende como un aspecto de la trayectoria vital que debe comprenderse y tratarse en forma especializada con miras a la promoción del desarrollo del capital humano y social. Son consistentes con esta postura las prácticas derivadas de la perspectiva de la desistencia delictiva, psicoeducación, justicia restaurativa, entre otras.”*<sup>80</sup>. Puede deducirse entonces, que el tribunal deberá tomar en consideración el desarrollo psicosocial del adolescente ya no desde la estrecha óptica del examen de discernimiento como en el antiguo modelo pre-LRPA, ni tampoco se verá limitado exclusivamente por la edad del adolescente para determinar la pena aplicable, como en el actual artículo 24. Por el contrario, deberá entender al adolescente como un sujeto en formación situado en un contexto social y educativo específico que deberá considerarse caso a caso para arribar a la mejor respuesta por parte del ordenamiento jurídico ante el ilícito ocurrido.

---

<sup>80</sup> Boletín N° 11.174-07, p. 4.

Debe considerarse además en este punto que, como mencionamos anteriormente, el Mensaje del proyecto señala que *“la mayor parte de los jóvenes infractores no se convertirán en adultos infractores, por lo que junto con conocer los factores criminógenos (aquellos que aumentan la probabilidad de reiteración de conductas delictivas), es necesario conocer y promover los factores que hacen más probable que los jóvenes se alejen de la actividad delictiva<sup>81</sup>”*. Es decir, que la pena más favorable en este punto será no sólo la que se corresponda de mejor manera con el daño causado, sino que también la que mejor favorezca la reinserción social del adolescente infractor y que lesione en menor medida sus derechos y expectativas de desarrollo.

El último de los criterios para la individualización de la pena que introduce el proyecto se encuentra contemplado en el nuevo artículo 24 N°4, y consiste en el estudio del *comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, en lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados*. Este criterio, que también es una inclusión novedosa por parte del proyecto, concita varias dudas en relación con cómo se deberá hacerse la selección de los comportamientos considerados como “relevantes” para la valoración de los hechos y al peso que tendrán estos para la decisión punitiva del tribunal, en particular si consideramos que este examen implica tanto comportamientos anteriores como posteriores a la comisión del hecho. Profundizaremos sobre esta interrogante en el capítulo siguiente.

---

<sup>81</sup> Ídem.

### 3.4.3. Los concursos de delitos en el proyecto de ley

Una vez determinados los criterios que el tribunal utilizará para determinar la clase y extensión de la pena, el nuevo artículo 24 se hace cargo en su parte final de regular los casos de concursos de delitos en materia adolescente. Señala el artículo propuesto que: *“Tratándose de la reiteración de delitos, el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave pudiendo ampliar su extensión o sustituirla por una más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes”*. Así, como ya habíamos adelantado, el proyecto de ley consagra un sistema de pena única, fundado en un régimen de absorción en el cual se tomará como base la pena que corresponda al hecho que sea considerado como más grave en atención a los criterios contenidos en los numerales 1° al 4° del mismo artículo 24 y que revisamos en lo inmediatamente anterior. Es decir que, al encontrarse en presencia de una pluralidad de hechos ilícitos, el tribunal deberá imponer siempre sólo una pena única para todos ellos, que será la del hecho más grave.

Pero este mecanismo de absorción no es absoluto, ya que el artículo contempla la posibilidad de ampliar la extensión de esta pena única, o incluso de sustituirla por otra, en ciertos casos. Estas posibilidades de modificación de la pena dejan en evidencia que este régimen de absorción se ve complementado por un mecanismo que podríamos denominar como de asperación *facultativa*<sup>82</sup>, ya que permite al tribunal tomar la decisión de aumentar o sustituir la pena, según cual fuere el número de los delitos cometidos por el adolescente, las relaciones o nexos que haya entre estos hechos y la valoración de éstos en conjunto conforme a los criterios señalados en el

---

<sup>82</sup> BERRÍOS DÍAZ, G. (2018). Óp. Clt.

mismo artículo 24. Analizaremos este sistema de asperación facultativa y sus criterios de aplicación a continuación:

El primer criterio que el tribunal deberá atender estará dado por el número de delitos cometidos. Se puede deducir que, a mayor cantidad de delitos cometidos, mayor será el aumento que se hará a la extensión de la pena, pudiendo hipotéticamente también llegar a determinarse una pena mayor en caso de que estos sean muchos. Pero no sólo deberá atenderse al número de ilícitos, sino que a la forma en la que éstos se relacionan entre sí. Puede presentarse en este punto el caso en que al menos uno de los hechos cometidos sirva de medio necesario para la perpetración de otro, como ocurre en el ejemplo de quien viola la correspondencia de otra persona para apropiarse de dinero o valores contenidos en ella, que ya mencionamos a propósito del concurso medial. También puede presentarse la situación de que uno de los hechos sea cometido con la intención de encubrir un delito anterior, o alguna otra relación que permita determinar que existe una relación de tipo *principal-accesorio* entre los hechos. Por último, el artículo propuesto ordena que la valoración de los hechos deberá ser realizada siempre en conjunto por el tribunal, el cual deberá pronunciarse en un mismo acto sobre todos ellos, en base a los criterios de individualización de la pena señalados en los numerales del artículo 24 del proyecto. Es decir, deberán tenerse en cuenta en todo momento la gravedad de los delitos cometidos, los móviles y antecedentes de los hechos, la edad y desarrollo psicosocial del adolescente condenado y el comportamiento presentado por éste con anterioridad y posterioridad de la ocurrencia de los hechos. Así se configura el margen de acción que tendrá el tribunal para poder modificar la pena única seleccionada.

En cuanto a las formas de modificación de la pena única, la norma dice que se podrá *ampliar su extensión o sustituirla por una más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley*. En cuanto a la posibilidad de extender la duración de la pena, debemos tener en cuenta en primer lugar que en el proyecto se contemplan

sanciones con límites de extensión mínimos y máximos, proponiéndose para la libertad asistida un lapso que puede fluctuar entre los 6 y los 18 meses; para la libertad asistida especial, un lapso que va de los 6 meses a los 3 años; para la nueva sanción de libertad asistida especial con internación nocturna (que sustituye el rol que cumple en la actualidad el régimen semicerrado) un periodo que va de los 6 meses a los 5 años; y para el régimen cerrado un periodo mínimo de 6 meses, manteniendo los máximos actualmente vigentes<sup>83</sup>. Estos límites están garantizados a todo evento, incluyendo los casos concursales. En ese sentido, el artículo 40 N°15 del Proyecto de ley introduce una modificación al artículo 26 de la LRPA, que establece los límites a la imposición de sanciones, añadiéndole a éste un nuevo inciso segundo, el cual ordena que *“En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto que hipotéticamente hubiese sido condenado por un hecho análogo en equivalentes circunstancias no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza ni se podrá imponer una pena, de cualquier clase, cuya naturaleza o extensión fuere superior a aquella”*<sup>84</sup>  
<sup>85</sup>. Agrega también un nuevo inciso 4°, que señala que *“En caso alguno se podrá disponer el cumplimiento de sanciones que individual o copulativamente supongan una condena que supere los límites máximos previstos en los artículos 9, 11, 13, 14 o 18”*<sup>86</sup>. Es decir que, si el tribunal decide aumentar la extensión de la pena, sin importar el número de delitos cometidos y la naturaleza y relaciones entre éstos, no podrá nunca dictar una extensión que supere los límites máximos de los establecidos por la ley para cada sanción. Por ejemplo, si correspondiese imponer una pena de internación en régimen cerrado, esta no podrá extenderse por más allá de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad. Cabe agregar en este punto que, por indicación introducida el 5 de marzo de

---

<sup>83</sup> Estos lapsos se encuentran regulados en la nueva redacción de los artículos 9, 11, 13, 14 y 18 de la LRPA que propone el Proyecto de ley.

<sup>84</sup> Boletín N° 11.174-07, p. 43.

<sup>85</sup> Este nuevo inciso segundo del artículo 26 viene a reemplazar y profundizar en contenido sobre el actual, que reza: *“En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”*.

<sup>86</sup> Boletín N° 11.174-07, p. 43.

2018, se agregó a este inciso la siguiente disposición, referente a los límites en la extensión de las penas privativas de libertad en relación con la rebaja del artículo 21: *“Tratándose de las sanciones privativas de libertad éstas tampoco se podrán imponer con una extensión inferior o superior a la de la pena resultante de la aplicación del artículo 21, a no ser que supere los límites mínimos o máximos previstos para cada caso en la presente ley. En este último caso el límite se ajustará a aquellos”*.

Por otro lado, el artículo 24 propuesto también contempla la posibilidad de modificar la pena única sustituyéndola por otra más aflictiva dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley. Es decir, que si se configurase una situación en la cual el número y gravedad de los hechos cometidos sea tal que el tribunal estime que debe imponerse una pena superior a la que va aparejada al delito considerado como más gravoso, de acuerdo con la valoración realizada según los criterios anteriormente mencionados. Por ejemplo, si la comisión del hecho más grave conlleva una pena de libertad asistida especial, que puede extenderse entre los 6 meses a los 3 años, el tribunal podría imponer en sustitución de ésta una pena de libertad asistida especial con internación nocturna, que es la pena que el proyecto propone como reemplazo del actual régimen semicerrado, y que constituye una intervención penal más intensa para el adolescente infractor, ya que le impone la obligación adicional de la internación nocturna. En cualquier caso, recordemos, deberán respetarse los plazos mínimos y máximos establecidos para cada sanción.

De esta forma, hemos conocido la fórmula propuesta por el proyecto de ley para regular los concursos de delitos, llenando uno de los vacíos dejados por la LRPA, y hemos identificado las características más relevantes de este sistema, el cual más adelante analizaremos críticamente para valorar el impacto positivo o negativo que puede significar su aplicación. A continuación, nos referiremos al mecanismo que el proyecto propone para la solución de los concursos de infracciones correspondientes a regímenes diversos.

#### **3.4.4. El concurso de delitos de regímenes diversos en el Proyecto de ley**

De la misma manera que el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil se encarga de introducir modificaciones a la LRPA que regulen en forma expresa el concurso de delitos, también hace lo mismo con la regulación de aquellas situaciones en las que, en un mismo proceso, el tribunal deba imponer condena a un adolescente por delitos que cometió siendo menor de edad y por otros cometidos habiendo alcanzado ya los 18 años, por lo cual la condena quedaría potencialmente sujeta a dos normativas distintas: la propia de adolescentes, contenida en la Ley N° 20.084, o el régimen penal general aplicable a los adultos. Como hemos mencionado anteriormente, el Proyecto original de la LRPA (del año 2002) contenía en su artículo 9 titulado “**Concursos**” una fórmula de solución para los casos en que a una misma persona se le imputase una infracción sancionada por la ley adolescente y un delito cometido siendo mayor de 18 años, la cual determinaba que la investigación y juzgamiento de los hechos debía realizarse según las normas del Código Procesal Penal, y que la sanción correspondiente a cada uno de los hechos debía determinarse conforme a las reglas de la ley que le fuese aplicable, debiendo imponerse sólo aquella que fuese de carácter privativo de libertad, prefiriéndose aquella impuesta en razón del delito ejecutado como adulto (aumentada hasta en dos años según fuese la naturaleza y circunstancias del delito cometido como adolescente). Asimismo, debía preferirse según el Proyecto 2002 la pena correspondiente al régimen de adultos en aquellos casos en que no se impusieron penas privativas de libertad.

Pero, tal como explicamos anteriormente, ese artículo 9 contenido en el Proyecto 2002 fue modificado durante la tramitación de la Ley, quedando fuera de la redacción final de la Ley N° 20.084 cualquier mención a los concursos de delitos correspondientes a regímenes diversos. Esta falta de norma expresa ha causado controversia entre la doctrina, cuya opinión mayoritaria es que esta situación constituye un vacío legal muy

problemático que debería ser resuelto por el legislador. Siguiendo estas opiniones, el Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Juvenil contempla entre las modificaciones que propone a la actual LRPA, una norma expresa para estas hipótesis. La visión que inspira el proyecto queda en evidencia desde el Mensaje, en el cual se dice que:

*“(...) Se hace indispensable corregir la total ausencia de regla en la legislación vigente que se haga cargo en particular del caso en que un adolescente debe ser condenado o debe ejecutar, además, una condena fundada en el régimen penal general. Lo relevante es que carece de sentido imponer una pena “de adolescentes” a quien ya ha sido condenado como adulto, en atención al contenido especial que tiene la primera condena y las características de quien las recibe siendo un adulto convicto.*

*Sobre esa base, todo aconseja considerar una **regla de absorción que dé aplicación preferente de la condena fundada en el régimen de adultos**, considerando adicionalmente una excepción fundada en la necesidad de evitar abusos (la comisión de un delito como adulto que sea leve para sustraerse a la aplicación de la condena más gravosa, como adolescente)”<sup>87</sup>.*

En concreto, y como ya señalamos en el acápite anterior, el proyecto de ley contempla en su artículo 40 N°14, una serie de modificaciones a la actual LRPA, en este caso, agregándole unos nuevos artículos 25 bis, 25 ter, 25 quáter y 25 quinquies, que vienen a intercalarse dentro de la redacción actual de la Ley. El tratamiento de los concursos de delitos correspondientes a regímenes diversos se encuentra contemplado en el artículo 25 ter, que reza:

*“Artículo 25 ter. - **Concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos**. Si en un mismo proceso se debiera imponer condena por delitos cometidos siendo menor y mayor de dieciocho años de edad, se impondrá exclusivamente la pena aplicable a estos últimos.*

---

<sup>87</sup> Boletín N° 11.174-07, p. 10.

Se exceptúa el caso en que fuere más grave el delito cometido siendo menor de edad, en cuyo caso la pena aplicable a las diversas infracciones se impondrá de conformidad a las reglas previstas en el presente título.

A los efectos de este artículo y del siguiente se considerará más grave el delito o conjunto de ellos que tuviere asignada mayor pena de conformidad con las reglas generales. No obstante, el tribunal también podrá calificar su mayor gravedad teniendo en cuenta la naturaleza y extensión o cuantía de la sanción comparativa aplicable en uno y otro caso.

Lo dispuesto en el inciso primero también se aplicará si la ejecución del delito se iniciare antes del cumplimiento de la mayoría de edad y terminare luego que ésta se hubiere alcanzado”.

El inciso primero del artículo 25 ter establece una regla de absorción para la solución de estos casos al establecer que, cuando en el mismo proceso se debiera imponer condena conjuntamente a un adolescente por delitos cometidos antes y después de cumplir la mayoría de edad, deberá imponerse exclusivamente la pena aplicable a los adultos de acuerdo con las normas generales. Así, el proyecto propone una solución legal que resuelva el vacío legal existente en la materia. El inciso tercero, por su parte, hace extensible esa solución para los casos en que nos encontremos frente a un delito continuado en el tiempo, que se iniciare antes de que el autor cumpla la mayoría de edad, y que terminare cuando éste ya la hubiese cumplido.

Sin embargo, el inciso segundo agrega a este sistema una importante excepción: en caso de que sea considerado como *más grave* el delito que fue cometido siendo el infractor aún menor de edad, el tribunal deberá imponer también una única pena para los diversos delitos cometidos, pero según las normas propias del sistema de adolescentes, de conformidad a las reglas del Título I de la LRPA. En particular, el tribunal tendrá que aplicar los criterios del artículo 24 que ya hemos revisado, a fin de determinar cuál de los delitos cometidos pueda considerarse de mayor gravedad a la luz de las normas de la LRPA. No obstante, agrega el artículo, el tribunal también

podrá calificar la mayor gravedad del delito teniendo en cuenta la naturaleza y extensión o cuantía de la sanción comparativa aplicable en uno y otro caso.

### 3.4.5. La unificación de condenas en el proyecto de ley

Como adelantamos, en lo relativo al régimen de unificación de condenas, el proyecto de ley contempla la inclusión de otro nuevo artículo a la LRPA, el artículo 25 quáter, dirigido expresamente a regular aquellos casos en los que, durante la ejecución de una sanción, un adolescente fuese condenado por otro delito distinto del que motivó la sanción original. El Mensaje del proyecto adelanta la solución que se propone, al decir que:

*“En la misma línea de lo resuelto en los casos concursales se regula también el caso de delinquir durante la ejecución de una condena, privilegiándose las opciones que implican una continuidad en los planes de intervención. En este sentido se dispone inicialmente la aplicación de las reglas generales sobre concurso, a menos que se trate de un simple delito de menor entidad o que el condenado esté cumpliendo el máximo de las penas aplicables. Dichos casos quedan regulados como situaciones de quebrantamiento de condena”.*

De esta manera, la iniciativa del Ejecutivo contempla en su artículo 25 quáter una solución a esta hipótesis, que señala:

*“Artículo 25 quáter. - **Unificación de condenas.** Si durante la ejecución de una sanción el adolescente fuere condenado por la comisión de un delito diverso al que la justifica, el tribunal procederá a regular la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos en caso de que hubieren sido juzgados conjuntamente de conformidad con lo dispuesto en las demás reglas del presente título. En dicho caso el tiempo de ejecución que se hubiere satisfecho será abonado a la nueva condena, salvo que se trate de las penas previstas en las letras e), f) o g) del artículo 6.*

*Lo dispuesto precedentemente no tendrá lugar tratándose de la comisión de uno o más simples delitos de menor gravedad respecto de aquellos que fundan la condena en curso de ejecución y que hubieren sido cometidos con posterioridad al mismo. En dicho caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 52, considerando los hechos, a estos efectos, como un quebrantamiento de condena.*

*Lo dispuesto el inciso precedente también tendrá lugar respecto de todos aquellos que ya se encontraren cumpliendo una condena por el máximo de las penas que autoriza la ley para la sanción de los delitos de que se trate*

*A estos efectos no tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales”.*

En definitiva, para que la norma propuesta tenga lugar, deberán concurrir en el caso en particular los siguientes elementos:

- Que un adolescente fuese condenado por un delito y se encuentre cumpliendo alguna de las sanciones correspondientes.
- Que el adolescente cometiese un nuevo delito mientras aún se encontrase cumpliendo dicha condena.
- Que fuese condenado por este delito diverso.

Dándose esos supuestos, el tribunal procederá a regular la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos, en caso de que hubieren sido juzgados conjuntamente de conformidad con lo dispuesto en las demás reglas del presente Título I de la Ley N° 20.084. En esta situación, se abonará el tiempo de ejecución que el adolescente haya cumplido efectivamente a la nueva condena. Sin embargo, esta norma está sujeta a excepciones. La primera, contemplada en el inciso primero del artículo propuesto, dice que no podrá abonarse el tiempo de ejecución de pena cumplida si ésta es una de las previstas en las letras e), f) o g) del artículo 6°, esto es, en los supuestos de aplicación de una pena de prestación de servicios a la comunidad, de reparación del daño causado o de multa.

La segunda excepción, contenida en el inciso segundo, tiene relación con la gravedad de los delitos, estableciéndose que el sistema que se propone no tendrá lugar si el delito posterior es de menor gravedad y posterior en el tiempo al delito que funda la condena en ejecución, considerándose este caso como un quebrantamiento de condena, en los términos del artículo 52 de la LRPA. El inciso tercero del artículo señala que también se considerarán como quebrantamientos de condena aquellos casos en los que un adolescente ya se encontrase cumpliendo una pena que dure el plazo máximo establecido por la ley. Sin embargo, en una indicación introducida en primer trámite constitucional a fecha 5 de marzo de 2018, se le añadió a este inciso una contra excepción, que reza: *“Se exceptúa de esta regla el caso en que el condenado cumpliera una pena de internamiento en régimen cerrado por el máximo que autoriza la ley, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el inciso primero. Si en dicho caso el resultado fuese equivalente se podrá aumentar la extensión del internamiento hasta por un periodo de tres años adicionales<sup>88</sup>”*. Es decir, que en el caso de un adolescente que se encuentre cumpliendo una condena de internación en régimen cerrado -la sanción más grave de las contempladas por la LRPA- por el plazo máximo establecido por la ley (esto es, diez años si el infractor tuviese más de dieciséis años, o cinco si tuviese menos) el tribunal podría aplicar el mecanismo del inciso primero, y si esto da como resultado una pena equivalente al máximo, se le permitiría al juez aumentar la extensión de la pena hasta por tres años adicionales.

Finalmente, el artículo propuesto dispone expresamente que a estos efectos no se aplicará el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, según el cual, cuando diversos tribunales dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dicten los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que, de haberse acumulado los procesos, no hubiesen podido tomarse en cuenta, no pudiendo

---

<sup>88</sup> Boletín N° 11.174-07, Indicaciones. 05.03.18, p. 29.

exceder el conjunto de penas la extensión de aquella que hubiese correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.

#### **3.4.6. La unificación de condenas de distintos regímenes**

Tal como mencionamos anteriormente, la concurrencia de adultos y adolescentes en un mismo hecho delictivo provoca el problema de que ambas instrucciones y su respectivo juzgamiento se encuentran en una parte de sus contenidos sujetos a reglas diversas. El Proyecto de ley busca solucionar este problema introduciendo un nuevo artículo, el 25 quinquies, que contiene una regla que somete el juzgamiento a una gestión conjunta por defecto, demandando una decisión razonada para la gestión separada.

El texto propuesto señala:

*“Artículo 25 quinquies. - **Unificación de condenas de diversos regímenes.** Lo dispuesto en el artículo anterior también se aplicará si el nuevo delito ha sido cometido siendo el condenado mayor de 18 años, a menos que se trate de un delito de mayor gravedad o que deba recibir una sanción superior. En dicho caso tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 25 ter, extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución.”*

En concreto, el artículo 25 quinquies, regula una situación similar a la contemplada en el artículo 25 quáter, con la diferencia de que la persona que ha sido condenada y que vuelve a incurrir en un delito diverso posterior, ya ha alcanzado la mayoría de edad. En este caso, se aplicará la misma disposición que el artículo anterior, esto es, que el tribunal deberá regular la pena que hubiese correspondido aplicar a todos los delitos en caso de haber sido juzgados conjuntamente conforme a las normas del Título I de la LRPA.

La excepción a esta regla se dará cuando el delito posterior sea considerado como de “*mayor gravedad*”, es decir, siguiendo la interpretación del artículo 25 ter, el delito que lleve aparejado una pena superior. Señala el artículo que, en estos casos, se aplicará la norma contemplada en el artículo 25 ter, respecto al concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos, debiendo entonces imponerse exclusivamente la pena aplicable según el sistema penal de adultos, y extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución. El tribunal competente será el que sancione el nuevo delito.

### **3.4.7. El concurso de procedimientos en el proyecto de ley**

Como ya señalamos anteriormente, el actual artículo 28 regula el caso del denominado *concurso de procedimientos*, esto es, cuando a una misma persona se le imputan un delito sancionado por la LRPA. y un delito cometido siendo mayor de edad, resolviendo que deberán aplicarse las normas del Código Procesal Penal propias del sistema de adultos.

El artículo 40 N° 18) proyecto de ley contempla dos modificaciones al actual artículo:

*“Modifícase el artículo 28 en el siguiente sentido:*

- a) Intercálase un inciso segundo nuevo del siguiente tenor, pasando el actual inciso segundo a ser inciso tercero: “Lo dispuesto en el inciso precedente no tendrá lugar en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 25 ter, debiendo en dicho caso darse estricto cumplimiento a lo previsto en el presente título.”*
- b) Sustitúyese en el inciso segundo, que ha pasado a ser tercero, la frase “en los artículos 185 y 274 del Código Procesal Penal. En todo caso, si se hubiere determinado la sustanciación conjunta de los procesos, se dará cumplimiento, respecto del menor, de las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes”, por la siguiente: “en el*

*artículo 185 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de ello se procederá a la acusación conjunta de todos los delitos y responsabilidades, debiendo en todo caso darse estricto cumplimiento a las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes, debiendo conocer del asunto el Juzgado o Tribunal que ejerciere competencia en materia penal de adolescentes. Sólo podrán dictarse diversos autos de apertura del juicio oral si se trata estrictamente de alguno de los casos de que trata el inciso segundo del artículo 274 del Código Procesal Penal”.*

En definitiva, el proyecto modifica el artículo, adecuándolo a la nueva normativa propuesta, agregando el criterio de gravedad del delito contenida en el artículo 25 ter, inciso segundo. Además, se señala que si en un mismo procedimiento se investiga la participación de adolescentes y de adultos, tendrán aplicación las normas del artículo 185 del Código Procesal Penal referentes a la agrupación y separación de investigaciones, quedando la decisión de investigar conjunta o separadamente en manos del fiscal. Pero en cuanto a la acusación, ésta deberá realizarse en forma conjunta para todos los delitos y responsabilidades, debiendo aplicarse las normas propias del sistema penal de adolescentes. La salvedad que se hace en este punto, consiste en que el juez de garantía sólo podrá dictar autos de apertura de juicio oral en forma separada si la acusación conjunta provocase graves dificultades en la organización o desarrollo del juicio o un detrimento al derecho de defensa, y siempre que eso no implique el riesgo de caer en decisiones contradictorias.



## CAPÍTULO IV

### **Análisis y comentario de las modificaciones introducidas por el proyecto de ley**

A continuación, y habiendo ya presentado las modificaciones más importantes que el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil en materia de concursos nos dedicaremos a realizar un análisis valorativo de la regulación propuesta y contenida en los artículos presentados anteriormente, con el fin de compararla a la actual regulación en materia de concurso de delitos, tanto dentro del ámbito de la responsabilidad penal adolescente propiamente tal, así como del concurso de delitos de regímenes diversos (entre la LRPA y la legislación penal de adultos), del concurso de procedimientos, la unificación de condenas y determinación de la pena en la actual Ley N° 20.084.

En este sentido, consideraremos las propuestas del proyecto de ley a la luz de su mayor o menor correspondencia con los objetivos de la LRPA y sus principios rectores, los estándares internacionales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, el desarrollo doctrinal en la materia y los objetivos que el propio proyecto se propone para mejorar la actual legislación. Nos centraremos especialmente en los objetivos de resocialización, proporcionalidad de la pena y personalización en la determinación de las sanciones, con énfasis en la búsqueda de la mejor protección de los derechos fundamentales y procesales de los adolescentes infractores de ley, en atención a su condición de sujetos en desarrollo que demandan un tratamiento adecuado por parte de la legislación.

En específico, en este capítulo nos centraremos en el análisis de las normas contenidas en los números 13), 14) y 15) del artículo 40 del proyecto de ley, los cuales introducen modificaciones a los actuales artículos 24, 25, 26 y 28 de la LRPA, que

tratan las materias de individualización de la pena y reiteración de delitos; concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos y unificación de condena; y límites a la imposición de sanciones, respectivamente.

#### **4.1. El nuevo art. 24: La individualización de la pena y el concurso de delitos**

En cuanto a las innovaciones propuestas por el artículo 40 N°13) del Proyecto, cabe señalar en primer lugar que éste propone reemplazar el actual artículo 24 de la LRPA, que trata los *criterios de determinación de la pena*, por uno nuevo, que tiene dos objetivos: en primer lugar, introduce un nuevo catálogo de criterios para la individualización de la sanción aplicable a un adolescente condenado, que consideren tanto los aspectos específicos del delito y las condicionales personales relevantes del autor; y por el otro, busca darle regulación expresa a los casos de concursos de delitos dentro del marco de la legislación penal adolescente, los cuales, como sabemos, no se encuentran regulados expresamente en nuestra actual legislación.

En primer lugar, nos referiremos a los nuevos criterios de *individualización de la pena* contemplados en este nuevo artículo 24 y cómo se comparan estos con los criterios actualmente vigentes. El Mensaje del proyecto de ley arguye que “*La reglamentación actualmente vigente ofrece una serie de contenidos que no resultan adecuados para individualizar la sanción aplicable. Se trata de criterios genéricos que no discriminan ni tienen en cuenta las particularidades relevantes de considerar en el comportamiento adolescente*”<sup>89</sup>. Estos “criterios genéricos” del actual art. 24 a los que hace referencia el Mensaje son, en concreto: la gravedad del ilícito; la calidad de participación del autor y el grado de consumación del delito; la concurrencia de circunstancias atenuantes o

---

<sup>89</sup> Boletín N° 11.174-07, p.11.

agravantes; la edad del adolescente infractor; la extensión del mal causado por el ilícito y la *idoneidad* de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. El Mensaje hace hincapié en que el proyecto busca “(...) *suprimir la referencia genérica a la sanción idónea, aportando pautas que favorecen precisamente la mayor individualización (pena personalizada) que se pretende fortalecer*<sup>90</sup>”. Cabe entonces, preguntarse en primer lugar si estos criterios propuestos logran el objetivo que el mismo proyecto se auto impone en su Mensaje. La intención declarada del Ejecutivo en este punto es favorecer la mayor individualización de la pena a aplicar. Se busca la aplicación de una pena personalizada que tome en cuenta “*además de lo específico del delito (bien jurídico y modo de comisión) y de los condicionantes personales relevantes (edad, etc.); la violencia, el uso de armas, los móviles, etc.*”<sup>91</sup>.

Como señalamos en el capítulo anterior, los criterios que el nuevo artículo 24 contempla serían: 1) la gravedad del delito o delitos cometidos (considerando especialmente el bien jurídico afectado y su modalidad de afectación; la presencia de violencia física o ensañamiento; el uso de armas o la o la provocación de un riesgo grave para las víctimas; la calidad de intervención del autor y el grado de ejecución del hecho), 2) los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo; 3) la edad y desarrollo psicosocial del condenado, y 4) el comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, en lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.

El proyecto mantiene el criterio de *gravedad del delito* del actual artículo 24, y le aporta, además, una serie de elementos que sirven para especificarlo. Estos son: a) el bien

---

<sup>90</sup> Ídem.

<sup>91</sup> Ídem.

jurídico protegido y la modalidad escogida para su afectación. De esta forma, y si bien existen en doctrina distintas teorías que intentan explicar cuáles son los bienes jurídicos que merecen mayor protección por parte de la legislación<sup>92</sup>, podemos entender a grandes rasgos que aquellas violaciones de mayor impacto social (como aquellas que afecten la vida y la integridad física), se considerarán más graves y que, dentro de esas violaciones, se atenderá a la intensidad de esa afectación, para la determinación de gravedad, pudiendo ir desde una violación directa, una perturbación o una mera amenaza al bien jurídico que se trate; b) relacionado con lo anterior, también se contemplan la presencia o no de violencia física o de ensañamiento, así como la naturaleza y entidad de ellas para el examen de gravedad del ilícito. El actual artículo 24 no hace mención expresa de ninguna de estas materias. De esta forma, será considerado más grave el delito en el que se haya infringido un daño corporal a la víctima, pues esto atenta directamente contra el bien jurídico de la integridad física. El ensañamiento, por su parte, es un concepto que nuestra legislación general define a propósito del delito de homicidio calificado del art. 391 del Código Penal, donde se le conceptualiza como el aumento *deliberado e inhumano* del dolor del ofendido. Haciendo uso de esa definición, podemos prever que aquellos delitos en los que el autor cause un sufrimiento a la víctima deliberadamente y que va más allá que el meramente necesario para la concreción del ilícito conllevarán una gravedad mayor, aunque aún pueda discutirse sobre los alcances de lo que será considerado o no como ensañamiento; c) la utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas. En este esquema, resulta lógico pensar que conllevará una gravedad mayor el empleo de armas de fuego por parte del autor, en oposición a un arma blanca, por ejemplo, por ser éstas un elemento más lesivo. Esto es verdad incluso si las armas se usaron con el sólo fin de amedrentar a las víctimas, ya que la sola manipulación del arma por parte del autor conlleva un riesgo grave para la vida de los afectados. Por último; d) la calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho. Estos criterios serán considerados

---

<sup>92</sup> SZCZARANSKI VARGAS, F. (2012). Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Política criminal*, 7 (14), pp. 378-453.

siguiendo las normas generales del Título I del Código Penal, por aplicación supletoria de acuerdo con el artículo 1° de la LRPA.

De esta manera, se configura el nuevo sistema para determinar la gravedad del delito o delitos cometidos, el cual será uno de los elementos a los que el tribunal deberá ceñirse exclusivamente para determinar la naturaleza y extensión de la pena.

A nuestro juicio, la inclusión de estos cuatro elementos para especificar el contenido del criterio de gravedad por parte del proyecto es positiva, ya que dota al juez de un marco específico, pero no taxativo, al cual ceñirse en su sentencia. Además, el juez deberá mencionarlos en lo considerativo del fallo, para fundamentar su decisión. Esto resulta favorable para los fines de la socialización de la sentencia y la obligación del juez de fundar el fallo.

Por otra parte, cabe referirnos a la mención que hace el nuevo artículo 24 a la finalidad de las sanciones contenidas en el artículo 20 de la LRPA. Al momento de presentarse el proyecto de ley, el artículo no hacía mención expresa de estos artículos. Fue mediante una indicación introducida durante la discusión en general del proyecto de ley en primer trámite constitucional, que se introdujo la expresión: *“La naturaleza y la extensión de la pena a imponer se orientará por los objetivos señalados en el artículo 20”*. Esta inclusión posterior nos parece un cambio positivo a la redacción original del artículo, ya que refuerza la idea de que la sanción que resulte del proceso de individualización de la pena debe (en términos del mismo artículo, al cual el proyecto no contempla modificaciones), formar parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. Es decir, que deberá preferirse la sanción que fomenta de mejor manera la reinserción social del adolescente, eligiendo una pena que contemple un nivel de intervención proporcional que haga efectiva la responsabilidad por el daño causado, pero cuidando siempre que su intensidad y

extensión no resulten excesivas, lo cual significaría un obstáculo importante para el desarrollo psicosocial del adolescente y, especialmente, para la reintroducción de éste a la vida social una vez cumplida la pena. Así, los fines de la pena establecidos en el artículo 20 nos sirven también como criterios para determinar la real efectividad de la sanción escogida por el tribunal, una vez cumplida en toda su extensión.

Habiendo dicho esto, nos parece necesario tratar algunos puntos dudosos del nuevo sistema de individualización de la pena que propone el Ejecutivo. En primer lugar, cabe referirse a la redacción del inciso segundo del propuesto artículo 24, en relación con el nuevo artículo 26, en el marco de la determinación de la pena. En efecto, la iniciativa mantiene la estructura general del régimen vigente, que comienza –al igual que en el sistema anterior a esta ley- con una disminución general de la extensión máxima de las penas aplicables a los adolescentes en comparación con las de un adulto: la pena inferior en un grado al mínimo señalado por la ley. Sin embargo, considerando la redacción del proyecto, de la lectura conjunta del inc. 2° del nuevo artículo 24 con el artículo 26, donde se dice que: *“en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto que hipotéticamente hubiese sido condenado por un hecho análogo en equivalentes circunstancias no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza ni se podrá imponer una pena, de cualquier clase, cuya naturaleza o extensión fuere superior a aquella”*, pareciera posible entender que adultos y adolescentes podrían llegar a tener penas iguales en su duración concreta, quedando solo prohibido imponerles penas superiores<sup>93</sup>. Esto resulta contradictorio con el sistema antes descrito, en donde la pena concreta debe ser siempre menos severa para un adolescente que para un adulto. Consultado sobre en este punto por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en Primer Trámite Constitucional, el profesor BERRÍOS señaló que: *“Por lo mismo, se debe revisar la*

---

<sup>93</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica, p 165.

*redacción de ambos artículos para evitar un nuevo problema interpretativo del régimen. En cualquier caso, buena parte de los especialistas afirman que el origen de problemas como los anteriores surgen de la mantención de un sistema de determinación de la pena dependiente y no autónomo del sistema general previsto en el Código Penal, cuya solución requeriría de un cambio mayor”<sup>94</sup>.*

Además de lo anterior, también nos parece necesario abordar críticamente el nuevo catálogo de criterios para la individualización de la pena del nuevo art. 24. Empezaremos por cuestionar la importancia que le da el legislador al *comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, en lo que fuere relevante para la valoración de los hechos*. Podemos observar que en la norma no se determinan cuáles serán los comportamientos anteriores que se tomarán en consideración para la determinación de la pena, pudiendo -al menos en teoría- consistir este examen en la revisión de posibles condenas anteriores del autor o autores del hecho, o a un ámbito más amplio, que pudiera considerar también las circunstancias de la detención del adolescente y su comportamiento durante el desarrollo del proceso mismo, los cuales podrían afectar la determinación de la pena a aplicar.

Esto nos lleva a la pregunta de fondo, sobre la posibilidad de considerar criterios que son ajenos al hecho punible para determinar la pena que éste conlleva, los cuales obligan a realizar un análisis de la persona del autor y de su forma de vida, en vez de considerar solamente el acto ilícito en sí mismo y sus características. Sobre este tema, el profesor BERRÍOS propuso ante la Comisión de Constitución del Senado en Primer Trámite Constitucional el establecer expresamente la prohibición de emplear

---

<sup>94</sup> Ibidem, p. 166.

antecedentes personales, familiares y sociales en perjuicio del adolescente, esto es, como fundamento para agravar la sanción penal.<sup>95</sup>

En este sentido, cabe señalar que en el informe realizado al proyecto de ley por parte de la Corte Suprema, elaborado por requerimiento del Senado y remitido mediante de 9 de agosto de 2017, mediante el Oficio N.º 125-2017, dos de los Ministros del tribunal supremo hicieron las siguientes consideraciones sobre éste tema: *“Por de pronto, cabe señalar que el comportamiento del adolescente durante el juicio no puede, en caso alguno, ser un elemento idóneo para conmensurar la pena aplicable, ya que, de acuerdo al mismo precepto, es la conducta posterior al delito un elemento a considerar para la determinación de la pena; en consecuencia, comprende sin duda el comportamiento durante la instrucción del proceso y no puede volverse a tomar en cuenta, como algo separado del comportamiento post-delito. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe preguntarse si acaso las faltas de respeto al tribunal que lo juzga o las alteraciones del orden de las audiencias –conducta durante el proceso- ¿podrán representar una circunstancia tan gravitante en la determinación de la pena?”*<sup>96</sup>

Los Ministros mencionados anteriormente también tuvieron la siguiente consideración respecto de la valoración del empleo de *violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas*. Cuestionan la elección de los criterios por parte del Ejecutivo, señalando que: *“En cuanto al ensañamiento y empleo de la violencia física, de ordinario constituirán circunstancias pertenecientes al delito de que se trate y no podrán influir en la penalidad y, en todo caso, no se divisa la razón por la cual se ha*

---

<sup>95</sup> Recordemos que, en virtud del artículo 59 de la LRPA (al cual el Proyecto no propone modificaciones), que modifica el artículo 2º del Decreto Ley N° 645 que crea el Registro Nacional de Condenas, los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas y de Orden o comprobar la reincidencia de los imputados.

<sup>96</sup> Opinión de los Ministros Künsemüller y Aránguiz contenida en Oficio N.º 125-2017, emitido por la Excma. Corte Suprema con fecha 9 de agosto de 2017, pp. 10-11.

escogido –del catálogo de agravantes genéricas- el ensañamiento y se han dejado de lado otras, como la alevosía, por ejemplo. Parece algo arbitrario la selección de estas circunstancias, lo que pone de manifiesto la improcedencia de su consideración”<sup>97</sup>. Es por ello que a estos Ministros les parece más conveniente mantener el artículo 24 vigente de la Ley N° 20.084, ya que consideran que éste contempla de mejor manera los factores aceptables para la determinación de la pena.

Se abre además una interrogante de relevancia sobre el peso específico que se le dará al desarrollo psicosocial dentro del proceso de individualización de la sanción a aplicar. A favor de la inclusión de aspectos psicosociales en esta materia, cierta parte de la doctrina ha señalado que *"La evidencia empírica y clínica ha demostrado que la psicoeducación es efectiva al momento de incidir favorablemente en el clima social experimentado por los usuarios de los programas de intervención, favoreciendo así la adherencia a los mismos. Incide ésta además en la reducción del riesgo de reincidencia, relevando la propia resiliencia y factores protectores (elementos que en otros modelos o enfoques son considerados tangencialmente). Lo anterior se logra mejorando el desempeño a nivel psicosocial de los jóvenes infractores"*<sup>98</sup>. Pero por otro lado, una sobrestimación de éste puede llevar a soluciones injustas, en casos de adolescentes imputados que provengan de contextos de mayor integración social y redes de asistencia, los cuales podrían verse más fácilmente beneficiados con la imposición de penas sustitutivas que aquellos adolescentes que no cuenten con estos elementos en su ámbito socioeducativo y familiar.

---

<sup>97</sup> Ídem.

<sup>98</sup> ALARCÓN, P., PÉREZ-LUCO, R., SALVO, S., VARGAS, M., WENGER, L., CHESTA, S. & LAGOS, L. (2013). *"Propuesta de un modelo de evaluación con adolescentes infractores de ley"*, en VIII Congreso Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia, Vol. II, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, p. 332.

En el mismo sentido, cabe preguntarse sobre la introducción del nuevo artículo 37 bis, mediante el cual se propone la consideración, por parte del juez, de un informe de carácter técnico que el Ministerio Público o la Defensa podrán solicitar en cualquier etapa del procedimiento, a ser evacuado por el Servicio de Reinserción Social Juvenil, el cual deberá referirse a los criterios señalados en los incisos segundo y tercero del artículo 24 y podrá usarse exclusivamente en las actuaciones judiciales en que se discuta una medida cautelar, si es invocado por la defensa, en aquellas en que se aprueban las condiciones de una suspensión condicional del procedimiento y en aquellas destinadas a la determinación de la pena, ya habiéndose dictado veredicto condenatorio. Es opinión de diversos académicos que *"no hay claridad acerca de la información que deberá contener (el informe técnico), cuál será su uso e implicancias, ni quiénes tendrán acceso al mismo"*<sup>99</sup>, y podría darse el caso de que se abra un espacio para penas discriminatorias, en las que pese más el ámbito social, familiar y económico del adolescente condenado que el hecho delictivo mismo.

Ahora bien, en lo referente a la reiteración de delitos, el proyecto se propone, como hemos desarrollado anteriormente, suplir el actual vacío legal existente en la materia, estableciendo una regla de pena única basada en un régimen de absorción, con asperación facultativa, en caso de cumplirse ciertos criterios legales. En este sistema, se tomará como base la pena que corresponda al hecho que sea considerado como más grave en atención a los criterios contenidos en el mismo artículo 24, pero también se contempla la posibilidad de ampliar la extensión de esta pena única, o incluso de sustituirla por otra, según cual fuere el número de los delitos cometidos por el adolescente, las relaciones o nexos que haya entre estos hechos y la valoración de éstos en conjunto, es por esto que decimos que la asperación es facultativa en esta materia.

---

<sup>99</sup> PIÑA, E., LARA, G., & LETELIER, M (Editoras), (2018). Centro de Políticas Públicas UC, Observatorio Legislativo N° 36 *"Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil: Análisis del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica"*, p. 11.

Al respecto, compartimos la visión de parte importante de la doctrina y los diversos órganos intervinientes en el sistema penal de adolescentes que consideran que la falta de regulación expresa en materia de concurso de delitos ha sido una de las grandes falencias y nudos críticos de la Ley N° 20.084 y que, por tanto, la inclusión de una norma que homogeniza el tratamiento de los concursos de delitos y las penas aplicables a dichas hipótesis nos parece un avance positivo en términos de protección de los derechos de los adolescentes infractores, dotando a la regulación de las sanciones aplicables a adolescentes de mayor coherencia con los propios fines de la pena, esto es, los fines de resocialización o reinserción de los jóvenes infractores en la sociedad. Ya que si tomamos en cuenta dicha finalidad particular, así como la consideración de los jóvenes como sujetos que se encuentran en pleno proceso de desarrollo y formación de su personalidad, el mecanismo de solución basado en la mera acumulación material de las condenas no parece idóneo ya que, según consta en el mismo Mensaje del proyecto de ley, la aplicación de dicha solución lleva a imponer sanciones e intervenciones que escasean de sentido, *"En efecto, la aplicación de estas condenas, especialmente concebidas para ser ejecutadas sobre adolescentes, carecen de sentido si terminan siendo aplicadas a adultos que han pasado la barrera de la juventud, lo que sucede con todas aquellas que se impongan con una duración demasiado extensa. Otro tanto sucede en la coordinación de la intervención, la que carece de sentido sobre acumulaciones parciales con planes e instituciones encargadas de la ejecución igualmente distintas".*<sup>100</sup>

En este punto, estamos de acuerdo con varias de las opiniones expresadas por distintos expertos y actores especializados en la materia al ser invitados a exponer ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en Primer Trámite Constitucional, en cuanto a considerar que la carencia de un régimen

---

<sup>100</sup> Boletín N° 11.174-07, p. 9.

de concursos en el sistema vigente ha generado una serie de efectos distorsionadores en la aplicación de las penas, por lo cual la inclusión por parte del proyecto de una normativa unificada y regulada expresamente en el texto legal para los casos de concursos de delitos nos parece positiva<sup>101</sup>. En el mismo sentido se han manifestado representantes de diversos órganos que intervienen en el proceso penal adolescente<sup>102</sup>. Al introducir una norma de expresa de solución se homogeniza la regulación de los casos de reiteración de delitos, simplificando la labor de los tribunales, por un lado, y sentando las bases para un tratamiento uniforme e igualitario en el juzgamiento de estas situaciones, lo cual va en beneficio de los derechos y garantías de los adolescentes infractores de ley. El hecho de contar con una pena única facilita el control de la ejecución de estas por parte de los órganos intervinientes, y evita situaciones problemáticas como las que se dan actualmente, en que hay casos de adolescentes con multiplicidad de condenas, donde existen jóvenes condenados hasta a tres programas de libertad asistida al mismo tiempo y en distintos centros de cumplimiento<sup>103</sup>.

Por su parte, la introducción de un mecanismo de asperación facultativa para los casos de mayor gravedad parece resultar beneficiosa a efectos de hacer efectiva la responsabilidad penal de los adolescentes, al permitir intervenir más intensamente en aquellos casos en que el número y naturaleza de ilícitos perpetrados así lo requieran. En este punto también resulta positiva la consagración expresa en el artículo de un límite temporal a la aplicación de estas penas, producto de la exigencia de respetar los

---

<sup>101</sup> Similares opiniones fueron expuestas ante la Comisión por parte del profesor MALDONADO (en Informe de la Comisión, *Op. cit.*, p. 27.) y del profesor BERRÍOS (Ibidem, p. 163).

<sup>102</sup> Pueden destacarse en este punto las opiniones del Defensor Nacional de la Defensoría Penal Pública, Andrés Mahnke, quien consideró que la unificación de las sanciones que se impongan al adolescente facilita un mayor control de las mismas, y a la reinserción social del adolescente (en Informe de la Comisión, *Op. cit.*, p. 56), y del Coordinador Técnico de la Corporación Opción, Osvaldo Vásquez, quien se mostró partidario de la incorporación de disposiciones que modifiquen las normas relativas a la situación concursal de los delitos y también a la presencia de un mecanismo de exasperación, que permita determinar la pena en base a la condena más gravosa. (Ibidem, p. 144).

<sup>103</sup> Ibidem, p. 27.

plazos mínimos y máximos legales asociados a la duración de las condenas que reciben los jóvenes infractores, reafirmando que éstos rigen inclusive en las hipótesis concursales, lo cual se condice con los objetivos de resocialización y proporcionalidad de las condenas que informan al derecho penal de adolescentes en general y a la LRPA en específico.

#### **4.2. El art. 25 ter: la regulación del concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos**

Respecto a la regulación del concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos, nos parece relevante, en primer lugar, el hecho de contar ahora con una norma que regule de manera expresa y clara la hipótesis en cuestión, nos parece un avance positivo, y que el proyecto de ley afronta de manera efectiva los concursos de delitos, toda vez que en la actual redacción de la Ley N° 20.084 este aspecto no contaba con una solución explícita, cuestión que ha significado complicaciones en la aplicación de las sanciones.

Por otro lado, la solución contemplada, esto es, la resolución de la cuestión con la imposición de una única pena que, por regla general, se tratará de aquella contemplada para el sujeto infractor adulto mediante la aplicación de una regla de absorción nos parece también positiva, considerando la falta de sentido que revestía el imponer una pena especial, proveniente de la Ley N°20.084, respecto a aquellos sujetos que ya habían sido condenados según las normas generales para adultos. Asimismo, nos parece que la situación actual, en que muchos jóvenes que se encuentran cumpliendo condenas bajo la LRPA teniendo a la vez condenas como adultos por cumplir, incide directa y negativamente en el sentido y motivación de la pena impuesta como adolescente, si tomamos en cuenta que ésta se encuentra dentro del marco de un programa de intervención y reinserción social, finalidades propias de

las sanciones que se contemplan dentro de este régimen especial, establecidas en el artículo 20 de la misma ley, el cual, recordemos, establece que el objeto de las sanciones establecidas en ella buscan, a la vez de hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes infractores, que *"la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social"*. A la misma conclusión ha llegado parte de la doctrina en esta materia, señalando que *"Las modificaciones anteriores resuelven una serie de deficiencias técnico - jurídicas de la ley actual. Estas buscan, en efecto, regular el problema que surge de tener sanciones meramente nominales y reiterativas, sobre todo en aquellos casos, frecuentes en la práctica, en que se ordena el cumplimiento de varias sanciones de diversa o de igual naturaleza al mismo tiempo. Así, estas modificaciones propuestas ayudan a tener un sistema de justicia juvenil más fiel con los objetivos de la reinserción social de niñas, niños y adolescentes"*.<sup>104</sup>

Esta regla de absorción que implicaría la imposición únicamente de la pena correspondiente al delito cometido como adulto como regla general, cuyo efecto es que no se valora el delito sancionado por la LRPA., contempla una excepción en su inciso segundo, según la cual se impondrá la pena correspondiente a la LRPA. cuando el delito (y no la pena) cometido como adolescente sea considerado más grave, cuestión que se valorará según la pena que, en abstracto, sea más grave. No obstante, también se contempla que el juez correspondiente tenga la potestad de recalificar dicha gravedad, analizando la mayor gravedad según la pena probable para cada delito. En los casos en que se proceda según esta excepción, como se ha dicho, el efecto será que reciba aplicación el concurso de delitos ahora previsto en el Título I de la Ley N° 20.084.

La justificación y fundamento que subyace a esta excepción dice relación, como se consigna en el Mensaje del proyecto de ley en comentario *"en la necesidad de evitar*

---

<sup>104</sup> PIÑA, E., LARA, G., & LETELIER, M (Editoras), (2018). *Op. cit. p. 11.*

*abusos (la comisión de un delito como adulto que sea leve para sustraerse a la aplicación de la condena más gravosa, como adolescente).*" En concreto, busca evitar que un sujeto que haya cumplido ya los dieciocho años pretenda cometer un delito que lleve aparejada una baja pena con la intención de evitar que se le aplique una sanción de mayor extensión propia del sistema de adolescentes por un ilícito más grave cometido anteriormente. Dicho fundamento nos parece razonable y coherente con la finalidad contemplada en el artículo 20 de la LRPA de hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes infractores.

Finalmente, para aquellas hipótesis delictuales en que un mismo delito iniciare su ejecución siendo el sujeto activo menor de edad y *terminare* una vez alcanzada la mayoría de edad, por ejemplo, en el caso de un delito de secuestro, el inciso tercero del artículo establece que recibirá aplicación lo dispuesto en el inciso primero el mismo, es decir, la regla de absorción que implica la aplicación de la pena correspondiente a los adultos. Resulta extraña en este punto la utilización del vocablo "*terminare*" en vez de "*consumación*", ya que la consumación en términos formales correspondería con la realización de todos los elementos del tipo, mientras que la terminación o consumación material va más allá de la realización de los elementos típicos del delito, siendo normalmente de menor relevancia jurídico-penal.<sup>105</sup>

#### **4.3. El art. 25 quáter: Unificación de condenas y el art. 25 quinquies: Unificación en regímenes diversos**

En materia de unificación de condenas, el proyecto contempla la inclusión de dos nuevos artículos, el artículo 25 quáter y 25 quinquies. El primero de éstos regula el caso de unificación de condenas cuando ambas pertenecen al régimen penal

---

<sup>105</sup> MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General, 8va Edición*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 412.

adolescente y se enmarcan en la Ley N°20.084, mientras que el artículo 25 quinquies se hace cargo de la hipótesis en que el adolescente que se encuentra cumpliendo una sanción bajo la LRPA, sea condenado a una pena correspondiente al régimen general de adultos.

Para el primer caso, la regla contemplada consiste en regular la pena como si se tratase de un juzgamiento conjunto de ambos delitos, contemplando dos excepciones que, a modo de recuerdo, consisten en el caso que el o los simples delitos cometidos durante la ejecución de una condena fueran de menor gravedad y cometidos con posterioridad al delito que funda la condena y el caso en que, al momento de ser condenado por un nuevo delito, el adolescente ya se encontrase cumpliendo una condena de internamiento en régimen cerrado por el máximo de las penas contempladas por la ley, en cuya ocurrencia el tratamiento que se le dará será el de un quebrantamiento de condena (recibiendo aplicación lo dispuesto en el artículo 52).

Como ya se dijo, para la hipótesis contemplada en la segunda excepción, durante la tramitación del proyecto, en una indicación introducida en primer trámite constitucional a fecha 5 de marzo de 2018, se le añadió a este inciso una contra excepción, que reza: *“Se exceptúa de esta regla el caso en que el condenado cumpliera una pena de internamiento en régimen cerrado por el máximo que autoriza la ley, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el inciso primero. Si en dicho caso el resultado fuese equivalente se podrá aumentar la extensión del internamiento hasta por un periodo de tres años adicionales<sup>106</sup>”*. Puede inferirse que la inclusión de esta contra excepción, busca hacer efectiva la responsabilidad del adolescente por haber cometido un nuevo acto ilícito a pesar de encontrarse cumpliendo con la sanción más dura del catálogo de la LRPA. Aún así, a nuestro parecer la solución propuesta es criticable, toda vez que va en contra de los objetivos propios de la responsabilidad penal adolescente en general y de los criterios que la misma Ley N°20.084 y proyecto en comento

---

<sup>106</sup> Boletín N ° 11.174-07, Indicaciones. 05.03.18, p. 29.

contemplan, ya que extiende la duración máxima de la pena más grave del catálogo de sanciones contempladas por la LRPA., sin respetar los límites máximos contemplados por la misma (5 o 10 años, según sea el caso). Cuestión que, además, parece poco congruente con el principio de excepcionalidad del recurso a la privación de libertad, la cual, como se ha mencionado anteriormente, debe recibir aplicación como último recurso y por el tiempo más breve que proceda, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 37 letra b) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Así como poco coherente con las finalidades de las sanciones establecidas en el artículo 20 ya mencionadas. Debemos recordar en este punto que los adolescentes son personas que se encuentran en proceso de formación y que el impacto negativo (psicológico, educativo y especialmente en lo relativo a su resocialización) que tiene el agregar más tiempo a su condena es aún más significativo que en el caso de un adulto.

Ahora bien, en cuanto a la unificación de condenas de regímenes diversos, de acuerdo con el artículo 25 quinquies anteriormente transcrito, se extendería la solución contemplada en el inciso primero del artículo precedente, esto es, la aplicación de la pena que hubiere correspondido aplicar a todos los delitos juzgados en forma conjunta, con el abono del tiempo ya cumplido, a los casos en que el infractor ya haya alcanzado la mayoría de edad al momento de cometer el nuevo delito, y siempre que éste sea considerado de menor gravedad según los criterios del artículo 24 desarrollado anteriormente. Por el contrario, de considerarse de superior gravedad el delito cometido siendo mayor de edad, el tribunal deberá dar aplicación a las normas propias del concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos contempladas en el artículo 25 ter recién analizado, imponiendo las penas propias del sistema de adultos y extinguiendo de pleno derecho la condena de adolescentes que se encontrare en ejecución (regla de absorción).

Al respecto, nos parece correcto el tratamiento separado que se le da a estas hipótesis según se trate de condenas pertenecientes únicamente a la LRPA o de condenas

correspondientes a regímenes diversos y, para este último caso, nos resulta congruente la solución contemplada, toda vez que busca hacer aplicables las penas de adultos a los condenados mayores de edad, simplificando la legislación en esta materia.

#### **4.4. El art. 28: Concurso de procedimientos - relación con el artículo 25 ter**

Respecto al artículo 28, primero cabe recordar que éste regula dos situaciones: en primer lugar, se hace cargo de la situación del sujeto al que se le imputa un ilícito sancionado por la propia LRPA y otro delito cometido siendo ya mayor de 18 años, señalando que la investigación y juzgamiento de dichos hechos se regirá por las normas generales del Código Procesal Penal. En este punto, el proyecto agrega que dichas reglas no recibirán aplicación en la hipótesis prevista en el inciso segundo del propuesto artículo 25 ter, esto es, en aquellos casos en que se considere más grave el delito cometido siendo menor de edad, de acuerdo con los criterios de gravedad dados por el artículo 24, aplicándose, por el contrario, las normas de la Ley N° 20.084.

Este cambio resulta, en nuestra opinión, como positivo para el mejor cumplimiento de los objetivos de la LRPA., ya que hace aplicables las normas especializadas en la materia, sus principios y objetivos de intervención, en aquellos casos en que el delito de mayor relevancia jurídica es el cometido mientras el imputado es menor de edad, toda vez que, como se ha señalado, la nueva redacción del artículo 24 especifica cuáles criterios se tomarán en cuenta para determinar la gravedad del delito, lo cual se relaciona, además, con la obligación que le asiste al juez de justificar y fundar correctamente la valoración que hace de dichos criterios al tomar su decisión.

Por su parte, el inciso segundo regula la situación que se da cuando en el mismo procedimiento se investiga la participación de personas mayores y menores de edad. En estos casos, dice la ley que se aplicarán las normas de agrupación y separación

de investigaciones y acusaciones, contenidas en los artículos 185 y 274 del Código Procesal Penal, respectivamente. En todo caso, señala el artículo que: *“si se hubiere determinado la sustanciación conjunta de los procesos, se dará cumplimiento, respecto del menor, de las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes”*. De esta manera, si el fiscal decide proceder en forma conjunta, deberá aplicar en estas materias las normas de la Ley N° 20.084.

El Mensaje del proyecto reconoce la problemática que suponen estas situaciones, señalando que: *“La concurrencia de adultos y adolescentes en un mismo hecho delictivo provoca el problema de que ambas instrucciones y el respectivo juzgamiento se encuentran en una parte de sus contenidos sujetos a reglas diversas<sup>107</sup>”*. Este problema se traduce en que, en la práctica, se ha dado la situación de que: *“debido a la diversidad de plazos de instrucción y otros factores relevantes hacen que sea común la gestión separada, lo que ofrece problemas asociados a la compatibilidad e incidencia mutua de las diversas resoluciones<sup>108</sup>”*. Es por esto que en el proyecto de ley se prefirió introducir una regla que limita la facultad de optar por la gestión conjunta o separada, permitiendo al Ministerio Público investigar los hechos conjunta o separadamente, pero señalando que: *“Sin perjuicio de ello, se procederá a la acusación conjunta de todos los delitos y responsabilidades, debiendo en todo caso darse estricto cumplimiento a las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes, debiendo conocer del asunto el Juzgado o Tribunal que ejerciere competencia en materia penal de adolescentes. Sólo podrán dictarse diversos autos de apertura del juicio oral si se trata estrictamente de alguno de los casos de que trata el inciso segundo del artículo 274 del Código Procesal Penal<sup>109</sup>”*. En definitiva, el juzgamiento conjunto se convierte en la solución que debe adoptarse por defecto, y el Juez de Garantía sólo podrá dictar diversos autos de apertura del

---

<sup>107</sup> Boletín N° 11.174-07, p. 12.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 44.

Juicio Oral en el caso de que el conocimiento conjunto pueda resultar perjudicial para el desarrollo del juicio o sea atentatorio contra el derecho a defensa, y cuidando además que ello no implique el riesgo de arribar a decisiones contradictorias.

Este nuevo requisito arriba, a nuestro juicio, a una solución favorable para los derechos de los imputados, ya que al establecer la sustanciación conjunta de los procesos como la regla general y determinar que debe ser el Tribunal con competencia en materia penal de adolescentes el que conozca el asunto se están protegiendo de mejor manera los derechos de los adolescentes infractores de ley, ya que, de acuerdo al artículo 29 de la LRPA, los jueces que compongan este tribunal deberán estar correctamente capacitados en cuanto a las particularidades de la etapa adolescente y a los derechos fundamentales de los adolescentes.

## CONCLUSIONES

La iniciativa del Ejecutivo analizada en el presente trabajo busca hacerse cargo de la evidente necesidad en nuestra legislación de contar con un nuevo tratamiento del régimen concursal en el ámbito de la responsabilidad penal adolescente, tanto para el caso de los concursos de delitos "internos", es decir, dentro del mismo ámbito de la Ley N° 20.084, como para el concurso de delitos de carácter "externo", esto es, pertenecientes a regímenes diversos.

En ese sentido, consideramos que los principales avances en esta materia contenidos en el Proyecto de ley son los siguientes:

1. En materia de determinación de la pena, se especifica el contenido del criterio de gravedad, al establecer un listado específico, pero no taxativo de elementos que el tribunal deberá considerar para determinar la gravedad del delito. También se consagra expresamente que la sanción escogida deberá cumplir con los objetivos consagrados en el artículo 20 LRPA, formando parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.
2. En cuanto al concurso de delitos "interno", se resuelve el actual vacío legal existente en la materia, estableciendo una regla de pena única basada en un régimen de absorción, con asperación facultativa. La pena única homogeniza la regulación de los casos de reiteración de delitos, simplificando la labor de los tribunales y facilitando el control de la ejecución de las sanciones por parte de los órganos intervinientes, lo cual permite establecer planes de intervención más efectivos para cada adolescente, y que tengan sentido en pos de fomentar su reinserción social. Por su parte, la introducción de un mecanismo de asperación facultativa para los casos de mayor gravedad parece resultar

beneficiosa a efectos de hacer efectiva la responsabilidad penal de los adolescentes. Resulta positivo también que se consagre la aplicación de los límites temporales inferiores y superiores de las penas también a los casos concursales, lo cual se condice con los objetivos de resocialización y proporcionalidad de las condenas.

3. En lo relativo al concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos, la iniciativa del Ejecutivo introduce una regla de absorción para la solución de estos casos, estableciendo que, cuando en el mismo proceso se debiera imponer condena conjuntamente a un adolescente por delitos cometidos antes y después de cumplir la mayoría de edad, deberá imponerse exclusivamente la pena aplicable a los adultos de acuerdo con las normas generales, salvo que el delito cometido siendo menor de edad sea considerado más grave, en cuyo caso la pena aplicable se impondrá según las normas de la LRPA. Esta solución significa un avance respecto de la situación actual, considerando la falta de sentido que reviste el imponer una pena de adolescentes a quien ya ha sido condenado según las normas generales para adultos.
4. La iniciativa también contempla soluciones para el caso que se presenta cuando, durante la ejecución de una sanción del catálogo de la LRPA, un adolescente es condenado por otro delito distinto del que motivó la sanción original. Se propone que el tribunal determine la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos como si hubiesen sido juzgados conjuntamente (abonando el tiempo de ejecución ya cumplido efectivamente a la nueva condena), salvo que el delito posterior sea de menor gravedad al que funda la condena en ejecución, considerándose este caso como un quebrantamiento de condena.
5. Se propone una regla para los casos en los que la persona que ha sido condenada y que vuelve a incurrir en un delito diverso posterior, ya ha alcanzado la mayoría de edad. El tribunal deberá regular la pena que hubiese

correspondido aplicar a todos los delitos en caso de haber sido juzgados conjuntamente conforme a las normas de la LRPA. También se contempla una excepción para el caso en que el delito posterior se considere más grave, haciendo aplicable la misma solución que en los casos de concursos de regímenes diversos, debiendo imponerse exclusivamente la pena aplicable según el sistema penal de adultos, y extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución.

Ahora bien, a pesar de los avances expuestos, se pueden reconocer en el articulado del proyecto de ley varios puntos críticos que requieren atención, en especial en materias de determinación de la pena:

1. La redacción del proyecto hace que de la lectura en conjunto de los nuevos artículos 24 y 26 en el marco de la determinación de la pena, pareciera posible entender que adultos y adolescentes podrían llegar a recibir condenas de igual duración, solo prohibiéndose imponerles penas superiores, lo cual resulta contradictorio con el espíritu de la legislación, en donde la pena concreta debe ser siempre menos severa para un adolescente que para un adulto. A modo de propuesta para la solución del problema de este problema, estimamos que bastaría con introducir –mediante una indicación– una nueva redacción en donde se diga que en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto puesto en equivalentes circunstancias no debiere cumplir una sanción de esa naturaleza ni se podrá imponer una pena, de cualquier clase, cuya naturaleza o extensión fuere superior, o igual a aquella.
2. En el nuevo sistema de individualización de la pena que propone el Ejecutivo se deberá atender, entre otros criterios, al *comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso* para determinar la clase y la extensión de la pena a imponer, elemento no considerado en la actual redacción del art. 24. La

inclusión de este criterio es problemática, ya que obliga al juez a considerar el comportamiento post-delito (como el comportamiento durante el desarrollo de la audiencia, por ejemplo) para determinar la sanción a interponer. Se reconocen dos caminos que pueden tomarse para solucionar los problemas identificados. El primero de éstos consistiría en realizar una revisión total del listado de criterios actualmente contemplados en el artículo, eliminando la referencia a aquellos criterios que hacen referencia a elementos ajenos al hecho punible como el comportamiento demostrado durante el proceso o los móviles y demás antecedentes que expliquen el comportamiento delictivo. La otra opción consiste en darle aplicación al principio pro-reo en esta materia, incorporando una norma que limite los alcances de la aplicación de estos criterios, prohibiendo utilizar los antecedentes personales, familiares y sociales del adolescente dentro del proceso para intentar imponerle una sanción más severa.

3. Existe poca claridad respecto a la implementación del Informe Técnico del nuevo art. 37 bis como herramienta para determinar la pena. Existe el riesgo de que esta medida abra un espacio para afectar derechos y garantías de los adolescentes procesados y para la dictación de penas discriminatorias, en las que termine pesando más el ámbito social, familiar y económico del adolescente condenado que el hecho delictivo mismo para determinar el modelo de intervención a imponer por parte del tribunal. Buena parte de los peligros potenciales en materia de protección de los derechos fundamentales que pueden resultar de la incorporación del Informe al sistema provienen de su inclusión por parte del Ejecutivo como una herramienta para determinar la pena a imponer una vez evacuado el veredicto condenatorio. Debido a esto, una posible solución en este punto consistiría en restringir el uso del Informe a las otras materias para las cuales se contempla, es decir, para la dictación de alguna medida cautelar o para aprobar las condiciones para una suspensión condicional del procedimiento, y en general, para la definición del contenido del

plan de intervención más efectivo para cada adolescente en particular, pero no utilizarlo para efectos de determinación de la pena.

4. Mediante una indicación introducida en primer trámite constitucional en marzo de 2018, se incorporó un inciso al nuevo artículo 25 quáter, relativo al caso de los adolescentes que se encuentren cumpliendo una condena de internación en régimen cerrado por el plazo máximo establecido por la ley y que sean condenados por un delito posterior, caso en el cual se le permitiría al juez aumentar la extensión de la pena hasta por tres años adicionales. Esta solución, que extiende la duración de la pena más grave de la LRPA más allá de los límites máximos contemplados por la misma, parece poco congruente con el principio de excepcionalidad del recurso a la privación de libertad del art. 37 letra b) de la CDN, y resulta atentatorio en contra del propio objetivo de reinserción social que se propone el Ejecutivo, ya que mientras más tiempo pase el adolescente dentro del sistema, más difícil se hace su resocialización. A modo de propuesta, parece más recomendable mantener la redacción original del artículo, eliminando la referencia a ésta regla.

En definitiva, el Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil se hace cargo de uno de los nudos problemáticos más significativos de la Ley N° 20.084, y la inclusión de reglas específicas para resolver las hipótesis de unificación de condenas, tanto para las sanciones de la propia LRPA, como para el caso de condenas pertenecientes a regímenes diversos demuestra ser un avance en pos de reafirmar el principio de especialidad, diferenciando aún más la legislación penal general o común, aplicable a los infractores adultos, de la legislación aplicable a los adolescentes. Y si bien hemos identificado puntos críticos en su contenido, esta iniciativa acierta en su propósito de perfeccionar la LRPA, dotándola de un sistema concursal propio, que obedezca a los principios y objetivos de la legislación penal de adolescentes. Esperamos que durante la discusión parlamentaria que seguirá desarrollándose sobre este tema se avance en la resolución de los aspectos dudosos

del proyecto, en la línea de las soluciones propuestas en este trabajo, para poder contar con un sistema que realmente encarne los objetivos de reinserción social para los adolescentes infractores de ley, interviniendo en cada caso de manera proporcional y adecuada para que los adolescentes condenados de hoy no se conviertan en los adulto condenados del mañana.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AEDO HENRÍQUEZ, A. (2010). Reincidencia: Crítica metodológica y propuesta de medición e interpretación para el Sistema Penal chileno. *Revista Derecho y Humanidades*. 1 (16).
2. AGUIRRÉZABAL, M.; LAGOS, G. & VARGAS, T. (2009). Responsabilidad Penal Juvenil: Hacia una justicia individualizada. *Revista de Derecho (Valdivia)* 22 (2).
3. ALARCÓN, P., PÉREZ-LUCO, R., SALVO, S., VARGAS, M., WENGER, L., CHESTA; S. & LAGOS, L. (2013). "Propuesta de un modelo de evaluación con adolescentes infractores de ley", en VIII Congreso Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia, Vol. II, Fundación Paz Ciudadana, Santiago.
4. BERRÍOS DÍAZ, G. (2011). La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Política Criminal*, 6 (11).
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (2005). Historia de la Ley N° 20.084, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.
6. BUSTOS RAMÍREZ, J. (2007). *El Derecho Penal del Niño-Adolescente: Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
7. CILLERO BRUÑOL, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño* (9).
8. CORTE SUPREMA DE CHILE Oficio N.º 125-2017, emitido por la Excm. Corte Suprema con fecha 9 de agosto de 2017.

9. COUSO SALAS, J. (2007). Principio educativo y (re)socialización en el Derecho Penal Juvenil, *Justicia y Derechos del Niño* (9).
10. COUSO SALAS, J. (2009). La política criminal para Adolescentes y la Ley 20.084, en AAVV, *Estudios de Derecho Penal Juvenil I*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
11. COUSO SALAS, J. (2012). La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (38).
12. DUCE JULIO, M. (2009). El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. *Revista Ius et Praxis* 2009. 15 (1).
13. FAURÉ, C., HENRÍQUEZ, M., LÓPEZ, P., MATURANA, P., FLORES, S., MANZI, R. & ARRAYET, R. (2015). *Evaluación de la Ley N° 20.084. Que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal*. Depto. de Evaluación de la Ley, Cámara de Diputados.
14. GARRIDO MONTT, M. (2003), *Derecho Penal Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
15. HORVITZ LENNON, M. I. (2006). Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. *Revista de Estudios de la Justicia* (7).
16. LANGER, M., & LILLO, R. (2014). Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate. *Política Criminal*, 9 (18).

17. MALDONADO FUENTES, F. (2010). Determinación de la pena y concurso de delitos en la Ley 20.084. en AAVV, *Estudios de Derecho Penal Juvenil II*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
18. MALDONADO FUENTES, F. (2011). Fundamentación y determinación de la pena en el derecho penal de adolescentes. A propósito del juicio seguido contra B. N. M. por delito de robo con intimidación (Ruc 0900505404-1) en la V Región. *Revista Ius et Praxis* 17 (2).
19. MAÑALICH RAFFO, J.P. (2015). La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la comensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena. *Política Criminal*. 10 (2).
20. MATUS ACUÑA, J. P. (2008). Propositiones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley N°20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas. *Revista Ius et Praxis*. 14 (2).
21. MEDINA SCHULZ, G. (2009). Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. *Revista de Estudios de la Justicia*. 11.
22. MORALES ESPINOSA., E. (2011). La regulación de la pena en conformidad con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales. *Revista de Estudios de la Justicia*. (14).
23. MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General, 8va Edición*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
24. NÚÑEZ R. & VERA J. (2012). Determinación judicial de la pena, Motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno. *Política Criminal*. 7 (13).
25. OLIVER CALDERON, G. (2012). Aproximación a la unificación de penas. *Política Criminal*. 7 (14).

26. OLIVER CALDERON, G. (2013). La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 26 (2).
27. ONU (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33. Comentario a la regla 19°, que establece el carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios, así como su carácter de último recurso y por el tiempo más breve posible.
28. PIÑA, E., LARA, G., & LETELIER, M (Editoras), (2018). Centro de Políticas Públicas UC, Observatorio Legislativo N° 36 "*Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil: Análisis del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica*".
29. POLITOFF S.; ORTIZ L.; MATUS, J.P. & BUSTOS, J. (2002) *Texto y comentario del Código Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
30. SENADO DE CHILE (2018). Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica.
31. SZCZARANSKI VARGAS, F. (2012). Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Política criminal*, 7 (14).
32. TURNER SAELZER, S. (2002). Los Tribunales de Familia. *Revista Ius et Praxis*. 8 (2).
33. WERTH WAINER, F. (2005). Desafíos y Características del Nuevo Sistema de Justicia Juvenil Chileno, *Revista Paz Ciudadana*.