

DOCTRINA

Responsabilidad penal adolescente y multiplicidad delictiva

Adolescent criminal responsibility and multiple offences

Gonzalo Bascur Retamal 

Universidad Austral de Chile

RESUMEN El texto aborda el estatuto de responsabilidad penal adolescente chileno en lo que dice relación con el fenómeno de la multiplicidad delictiva, a saber, concurso de delitos, imposición conjunta de más de una pena, concurso de infracciones relativas a regímenes diversos, unificación de condenas como adolescente y unificación de condenas de diversos regímenes; habida cuenta de su reciente regulación por la Ley 21.527, en tanto primera normativa orgánica sobre la materia.

PALABRAS CLAVE Concurso de delitos, derecho penal, multiplicidad de infracciones, reiteración delictiva, responsabilidad penal adolescente, sanciones penales.

ABSTRACT This text addresses the Chilean statute of adolescent criminal liability in relation to the phenomenon of multiple offenses, namely, concurrence of offenses, joint imposition of more than one penalty, concurrence of offenses related to different regimes, unification of sentences as an adolescent and unification of sentences from different regimes, taking into account its recent regulation by Law 21.527, as the first organic regulation on the matter.

KEYWORDS Concurrence of offences, criminal law, multiplicity of offences, repetition of offences, adolescent criminal responsibility, criminal sanctions.

Introducción

Conforme dispone el artículo 10 numeral 2 del Código Penal, la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se establece en un cuerpo normativo especial, el que corresponde a la Ley 20.084, publicada el 7 de diciembre de 2005. La especialidad sustantiva en el juzgamiento de adolescentes se traduce básicamente en tres principios: i) la especial consideración de la edad del adolescente al

enjuiciar sus delitos, tanto su culpabilidad como el injusto penal; ii) la especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal; y iii) la especial orientación del derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva (Couso, 2012: 286-318). En este sentido, una notoria falencia de la Ley 20.084 es que su normativa original no contempló expresamente la regulación del concurso de delitos e instituciones afines, como la unificación de penas, generando, además de un gravísimo vacío sustantivo conforme al referido principio de especialidad, múltiples problemas de aplicación práctica (Cillero, 2014: 17-18; Maldonado, 2011).

Sin embargo, junto a una reforma global que incide tanto en aspectos jurídicos como institucionales y operativos de la Ley 20.084, la Ley 21.527, publicada el 12 de enero de 2023, vino a regular por vez primera dicho apartado temático de forma orgánica en sus artículos 24, 25, 25 ter, 25 quáter, y 25 quinquies, todas disposiciones vigentes a lo largo de todo el territorio nacional desde el 12 de enero de 2024 (artículo sexto transitorio). Ejemplificativo es el diagnóstico efectuado por Francisco Maldonado sobre el sistema concursal originario:

Una de las dificultades de mayor entidad se deriva de la inexistencia de reglas de concursos de delitos y, por ende, si un menor debe ser condenado por más de un ilícito, se desconoce cuál será el criterio aplicable por los jueces, pese a que en la actualidad el dominante es la acumulación de condenas. Puso como ejemplo la situación de jóvenes que son sancionados a diversas libertades asistidas especiales, que se cumplen consecutivamente de forma descoordinada. Por otro lado, en el caso de personas que han delinquido como adolescentes y adultos, los tribunales, en aplicación del artículo 74 del Código Penal, decretan que primero cumpla la pena por el crimen perpetrado como mayor de edad para, posteriormente, se verifique la que obtuvo como adolescente, incluso cuando ya haya superado los treinta años. Ello resulta totalmente absurdo e influye negativamente en los procesos de reinserción de menores, por la contaminación criminógena que se puede suscitar (BCN, 2023: 425).

En lo que sigue, la referencia a disposiciones legales se comprende realizada hacia la Ley 21.527, salvo que se indique lo contrario. Se analizarán las reglas generales sobre concurso de delitos (artículo 24), de imposición conjunta de más de una pena (artículo 25), concurso de infracciones relativas a regímenes diversos (artículo 25 ter), unificación de condenas como adolescente (artículo 25 quáter) y unificación de condenas de diversos regímenes (artículo 25 quinquies).

Para esto, resulta fundamental caracterizar de manera sintetizada el contenido de las sanciones previstas en la Ley 20.084 que son consideradas en la regulación de la multiplicidad delictiva, que se desarrollarán de mayor a menor en atención a su nivel de afflictividad. En primer lugar, se contemplan dos sanciones privativas de libertad. La primera consiste en la «internación en régimen cerrado con programa de reinserción social» (IRC), fórmula equivalente a una privación efectiva de libertad y, por ende, la sanción de mayor gravedad del sistema, que se regula en los artículos 17, 18 y 41 bis.

Su duración mínima es de un año y sus límites máximos dependen de la edad del infractor: si es menor de dieciséis, será de cinco años, mientras que, si es mayor, de diez años (artículo 18 inciso primero), aunque este límite contempla una excepción, como se verá, en el artículo 25 quáter inciso tercero. La segunda corresponde a la «libertad asistida especial con internación parcial» (LAEIP), que involucra un período de encierro nocturno en combinación con actividades en el medio libre, regulada en los artículos 16 y 18. Su duración mínima es de seis meses y su máximo es de cinco años (artículo 18 inciso segundo). En segundo lugar, como sanciones no privativas de libertad, en lo que aquí interesa, destacan tres. La primera es la «libertad asistida especial» (LAE), que obliga al adolescente libre a someterse a un plan intensivo de actividades tendientes a su resocialización en sentido amplio, regulada en el artículo 14. Su duración mínima es de seis meses y su máximo de tres años. La segunda corresponde a la «libertad asistida simple» (LAS), modalidad simplificada del régimen anteriormente indicado, consistente en la sujeción al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal. Se regula en el artículo 13, y establece que su mínimo es de seis meses y su límite máximo es de dieciocho meses. La tercera sanción consiste en la «prestación de servicios en beneficio de la comunidad» (PSBC), cuyo mínimo consiste en treinta horas y su máximo en ciento veinte horas, no pudiendo exceder cada jornada las cuatro horas (artículo 11 inciso segundo).

Para la fijación de sanciones, es importante considerar las siguientes disposiciones. La primera es el artículo 26, donde el inciso primero establece: «La privación de libertad se utilizará solo como medida de último recurso». Añade el inciso segundo: «En ningún caso se podrá imponer en virtud de esta ley una pena que fuere más gravosa que aquella que hubiere de ser aplicada en forma efectiva a un adulto que hipotéticamente hubiese sido condenado por un hecho análogo y en equivalentes circunstancias. A dichos efectos se tendrá en cuenta su naturaleza y, cuando fuere equivalente, su extensión». Por su parte, el artículo 47 dispone: «Las sanciones privativas de libertad que contempla esta ley son de carácter excepcional. Solo podrán aplicarse en los casos expresamente previstos en ella y siempre como último recurso».

Concurso de delitos: sistema de pena única de absorción con exasperación

Por concurso de delitos se designan aquellos casos en los que un mismo individuo ha cometido dos o más hechos punibles —delitos— sin que haya recaído sentencia condenatoria firme sobre ninguno de ellos, lo que presupone que se haya constatado la satisfacción de los respectivos presupuestos de incriminación de dos o más tipos de infracción —concurso heterogéneo— o de una misma infracción en varias oportunidades —concurso homogéneo—, pues en dicho caso reclaman aplicabilidad dos o más reglas de sanción o reglas primarias (Maldonado, 2022: 14-19). Por lo mismo, se tematiza como un asunto concerniente a la determinación de la pena, vale decir, rela-

tivo exclusivamente a la aplicación de normas de sanción (Mañalich, 2005: 1023-1026).¹ Ahora bien, la Ley 20.084 ubica el tratamiento del problema inicialmente bajo la rúbrica «individualización de la pena», en el inciso tercero del artículo 24, estableciendo la regla general de sanción para el concurso de delitos en el caso de un interviniente adolescente (autor o partícipe). La disposición indica:

Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave debiendo, alternativamente, ampliar su extensión o imponer una más gravosa 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. En cualquier caso, la pena aplicable será impuesta con una mayor extensión o será sustituida por una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, respecto de quienes cometieren un crimen habiendo sido sancionado previamente por otro.

Si bien la disposición emplea el concepto «reiteración», resulta claro que este se considera en sentido amplio como sinónimo de concurso de infracciones y no como especie de concurso real, según las definiciones del régimen general.² Esto por cuanto en materia juvenil se ha prescindido de la subdistinción entre supuestos concursales (ideal, real y medial), en la medida que dicha configuración (tradicional) obedece solamente a una opción político criminal enteramente disponible para el legislador (Maldonado, 2011: 172).

Ahora bien, se ha consagrado un sistema concursal de pena única o unificada, que resulta conformada por una operación de absorción con exasperación (BCN, 2023). En este sentido, la regla de sanción consiste en que se debe tomar como base la pena que corresponda al hecho más grave, y posteriormente exasperarla o incrementar su nivel

1. Lo dicho resulta pacífico en torno al denominado concurso *efectivo* de delitos, esto es, en aquellos casos que no cabe duda alguna que se debe sancionar al infractor por todos y cada uno de los delitos realizados, más allá de la fórmula de castigo que resulte aplicable (concurso real, ideal, medial o reglas especiales). Empero, tratándose del denominado concurso *aparente*, esto es, aquellos supuestos en que se genera una superposición, a lo menos parcial, entre los contenidos de las infracciones concurrentes, bastando una sola norma de sanción para valorar proporcionalmente el suceso, algunos advierten tan solo un problema de interpretación, definiendo así ámbitos de exclusión entre las normas en juego. Por su parte, otro sector, que gana terreno en nuestra literatura, aprecia un verdadero concurso, donde se realizan todos y cada uno de los delitos convergentes, radicando la solución en una cuestión de suficiencia punitiva (cuál sanción debe elegir el aplicador para desvalorar de manera proporcionada el conjunto) (Maldonado, 2020: 494-519). Que el concurso aparente, a diferencia del concurso efectivo, no se encuentre regulado explícitamente en la normativa, se justifica en que se trata de una cuestión de la lógica de la aplicación judicial de la ley (Mañalich, 2011: 160).

2. En el estatuto de adultos, la *reiteración* se caracteriza por designar la realización de diversas infracciones en supuestos de pluralidad de hecho (Mañalich, 2005: 1034-1035), distinguiéndose entre aquel conjunto que afecte a un mismo bien jurídico, caso normado por el artículo 351 del Código Procesal Penal, y los restantes, regulados en el artículo 74 del Código Penal (Maldonado, 2016: 549-603).

de afflictividad mediante alguna de las dos alternativas jurídicas que ofrece el legislador: ampliar la extensión de la pena-base (incrementar su duración, manteniendo su naturaleza), o bien imponer una pena más gravosa dentro del tramo aplicable al hecho (reemplazarla por una de diversa naturaleza), según la ordenación de penas establecida en los cinco numerales del artículo 23. Esto de manera análoga a la regla sobre reiteración de delitos de la misma especie prevista en el artículo 351 del Código Procesal Penal, pero adaptada al sistema de penas de adolescentes en la medida que dicho estatuto no contempla una escala única gradual a recorrer, sino que sanciones de diferente naturaleza y duración, por ende, los delitos que no han sido considerados como base tendrían el efecto de elevar la extensión o la naturaleza de la pena (BCN, 2023: 449).

El fundamento de la unificación de pena se basa en que los procesos de intervención penal juvenil se deben ejecutar de manera expedita y tener un carácter mayormente estructurado y uniforme, lo que favorece la fijación de una sanción única que posibilite el desarrollo continuado de las específicas condiciones individuales de cumplimiento (BCN, 2023: 449). En este sentido, la pena-base se calcula, según la regla del artículo 21, en dos pasos sucesivos. En primer lugar, se debe rebajar un grado desde el marco penal mínimo legal (o abstracto) del respectivo delito, conformando un grado único de pena de adulto que corresponderá a la base de cómputo de la duración de la pena específica de adolescente. Luego, para la determinación de la duración de la pena concreta, se debe dar aplicación a las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del Código Penal, con excepción de lo previsto en el artículo 69 del mismo. En lo que interesa, se trata de las reglas sobre intervención delictiva y etapas imperfectas de realización de los artículos 50 a 54, y sobre incidencia de las circunstancias atenuantes o agravantes de efecto ordinario según los artículos 67 y 68 (excluyéndose todas las circunstancias agravantes o atenuantes específicas de la parte especial, así como sobre determinación de la pena en el Código Penal o previstas en leyes especiales), en la medida que, según la praxis generalizada, son las normas que pueden aumentar o rebajar el grado de pena resultante de la primera operación.

El objetivo del legislador es radicar la sanción en tramos o rangos de pena previstos en el artículo 23 bajo cinco numerales ordenados según la escala de adultos para la privación de libertad, cada uno de los cuales presenta alternativas de sanción especiales para adolescentes: i) penas inferiores a sesenta días, de diversa naturaleza o multa (numeral 5); ii) penas entre sesenta y un y quinientos cuarenta días (numeral 4); iii) penas entre quinientos cuarenta y un días y tres años (numeral 3); penas entre tres años y un día y cinco años (numeral 2); y iv) penas entre cinco años y un día y diez años (numeral 1).

Se ha debatido si la circunstancia de reincidencia (artículos 14, 15 y 16 del Código Penal) es compatible con la estructura de responsabilidad de personas adolescentes. Un punto de apoyo de texto positivo puede hallarse en el Decreto Ley 645 Sobre el registro general de condenas y el registro seccional de inhabilitaciones, el que dispone en su artículo 2 inciso cuarto que los «antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad» podrán ser consignados en los certificados que se emitan «para los fines

establecidos en el inciso primero» de la disposición, regla que dispone que «el Servicio de Registro Civil e Identificación comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados». Y un antecedente de peso para sostener lo dicho es que esta norma fue introducida por la propia Ley 20.084 en su artículo 59, para incorporar en el registro general de condenas las sentencias dictadas en contra de adolescentes (Maldonado, 2013: 177).³

Ahora bien, en casos de sanción única, se verifican dos operaciones: la determinación de la *duración* de la sanción y la determinación de la *naturaleza* de la sanción aplicable para dicho tramo, según los parámetros del artículo 23 (Reyes, 2019: 97-120). Como se advierte, a diferencia de lo anterior, para el tratamiento del concurso bien se puede mantener la naturaleza de la sanción (extendiéndola) o modificarla, reemplazándola por una de mayor aflictividad. En el primer caso, por ejemplo, si un autor, mayor de dieciséis años, es imputado por un homicidio simple (desde diez años y un día hasta veinte años de privación de libertad según el artículo 391 numeral 2 del Código Penal), un robo con violencia o intimidación en las personas (desde cinco años y un día hasta diez años según el artículo 436 inciso primero del Código Penal) y un delito de robo en lugar habitado (desde cinco años y un día hasta diez años según el artículo 440 del Código Penal), la pena-base debería localizarse inicialmente en el rango establecido en el numeral 1 del artículo 23 (por el homicidio), valorándose luego la situación concursal como ampliación de la duración de la sanción de IRC, esto es, extendiéndola desde su mínimo, dado por cinco años, hasta su máximo, esto es, diez años, en razón de los parámetros legalmente establecidos.

Para el segundo caso, si el autor es imputado por los delitos de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes (desde quinientos cuarenta y un días hasta cinco años de privación de libertad según el artículo 4 de la Ley 20.000), amenazas condicionales (desde sesenta y un días hasta tres años según el artículo 291 numeral 1 del Código Penal) y porte ilegal de arma permitida (desde tres años y un día hasta cinco años según el artículo 9 inciso primero de la Ley 17.798), la pena-base se ubicaría inicialmente en el tramo previsto en el numeral 3 del artículo 23 (porte ilegal), siendo aplicables las penas de LAEIP, libertad asistida en cualquiera de sus formas, vale decir, LAS y LAE (artículo 19 inciso segundo), como también PSBC. Luego, en razón de los parámetros de valoración concursal, se podría llegar a imponer la pena de mayor aflictividad del tramo: LAEIP.

Ahora bien, detallando lo anterior, para la valoración concursal, esto es, ampliar la extensión de una pena base (duración) o elegir una de mayor aflictividad (reemplazo), el legislador ha establecido tres parámetros: el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los cuatro numerales previstos en el artículo 24. Respecto del número de delitos,

3. Para argumentos en contra de esta interpretación, véase Maldonado (2013: 183-184) y Guzmán (2015: 99-106).

se trata de un criterio simplemente cuantitativo, especialmente útil para la exasperación en infracciones de menor gravedad. Por ejemplo, si un adolescente es imputado por cinco hurtos de cuantía superior a una pero inferior a cuatro unidades tributarias mensuales (desde sesenta y un hasta quinientos cuarenta días según el artículo 446 numeral 3 del Código Penal) y tres hurtos-falta (entre veintiún y sesenta días según el artículo 494 bis inciso primero del Código Penal), valorándose la cantidad de ilícitos como forma de imponer la sanción de mayor gravedad del tramo previsto en el numeral 5 del artículo 23, correspondería PSBC. Respecto a las relaciones o nexos existentes entre los delitos, el criterio habilita una consideración de contexto para enmarcar las realizaciones delictivas (criminalidad organizada, profesionalización, etcétera). En lo que concierne a la valoración de conjunto de los delitos conforme a los cuatro numerales del artículo 24, se trata de la especial individualización que requiere la sanción adolescente según los estándares internacionales (Maldonado, 2011: 182-183; Aguirrezabal, Lagos y Vargas 2009: 138-159), materializándose en los siguientes criterios: i) gravedad de los delitos cometidos (numeral 1); ii) los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo (numeral 2); iii) la edad y el desarrollo psicosocial del condenado (numeral 3); y iv) el comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particularmente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados (numeral 4).

Es relación al numeral 1, es importante recalcar que presenta cuatro literales para concretizar la valoración: i) el bien jurídico protegido, la modalidad escogida para su afectación y la extensión del daño causado con su comisión (literal a); ii) el empleo de la violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas (literal b); iii) la utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas (literal c); y iv) la calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho (literal d). En este punto es relevante lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 24, relativo a que en dicho proceso habrá de darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, en la medida que algunos factores de medición podrían resultar inherentes expresa o tácitamente a la realización típica. Sin embargo, como expresa Maldonado (2009: 11), la doble consideración no se traduce necesariamente en una duplicación del efecto atenuante o agravatorio, sino en una cuestión de precisión en fases o etapas distintas: el artículo 21 busca asegurar una adecuada proporcionalidad en reacción (sobre la base del estatuto de adultos) y el artículo 24 pretende alcanzar los fines propios de la intervención sobre el adolescente, propio del juzgamiento especial.

La especialidad del régimen se expresa en la obligación impuesta al juzgador en el inciso quinto del artículo 24: «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». La segunda oración del inciso tercero del artículo 24 establece una especial regulación para el caso de reincidencia en crímenes:

el hito de la recaída en un crimen, aunque se trate de un único hecho, implica que se debe siempre ampliar la duración de la pena o reemplazarla por una de mayor aflicción según la pena-base (inicial) de la infracción que funda la reincidencia (BCN, 2023: 452). La naturaleza de crimen del primer y segundo ilícito se determina, como se dirá, en abstracto. Finalmente, el inciso cuarto del artículo 24 establece una cláusula de proporcionalidad, aplicable a la regulación concursal:

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. 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 sobrepase los límites mínimos o máximos previstos para cada caso en la presente ley. En este último caso, el límite se ajustará a aquellos.⁴

Esta regla debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 22, referente exclusivamente a las penas privativas de libertad: «Si la sanción calculada en la forma dispuesta en el artículo precedente supera los límites máximos dispuestos en el artículo 18, su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites».

Es relevante destacar, en materia procedimental, que el inciso tercero del artículo 27 reconoce expresamente el origen del procedimiento abreviado en materia adolescente, con el máximo de pena requerida de cinco años de IRC o pena mixta equivalente.

Concurso de infracciones relativas a regímenes diversos: absorción versus exasperación

El artículo 25 ter regula la situación concursal donde convergen infracciones ejecutadas como adolescente y delitos perpetrados como adulto (concurso de sistemas). Se trata de corregir una situación jurídica deficientemente materializada en la praxis, ya que, como afirmó el representante del Ministerio de Justicia durante la tramitación legislativa, en el caso de concurso de sistemas

se evidencia actualmente la máxima discrecionalidad, puesto que hay jurisprudencia que aplica solamente la pena de adultos, en tanto que una posición mayoritaria se inclina por la aplicación de ambas penas. En esa última postura, acotó, se prefiere el cumplimiento primeramente de la sanción más grave, que generalmente es la de adulto, produciéndose la paradoja de que la pena de adolescente se cumple mucho tiempo después de alcanzada la mayoría de edad (BCN, 2023: 458).

Se establece, entonces, que prevalecerá la sanción como adulto; salvo que el ilícito juzgado como menor de edad sea más grave, caso en el cual se regula el concurso por las normas de adolescentes. De esta forma, el inciso primero del artículo 25 ter establece la regla general: «Si en un mismo proceso se debiera imponer condena por delitos

4. En este apartado, la referencia al artículo 9 no se encuentra vigente, ya que la sanción de multa fue derogada.

cometidos siendo menor y mayor de dieciocho años de edad se impondrá exclusivamente la pena aplicable a estos últimos», vale decir, se debe imponer exclusivamente la pena correspondiente a las infracciones como adulto, sea una o varias, bajo el régimen concursal común. Se trata de un régimen de completa absorción, donde los ilícitos como adolescente no son considerados en la operación y, por ende, no producen efecto alguno en la sanción como adulto, en línea con las disposiciones del derecho internacional (BCN, 2023).

Sin embargo, el inciso segundo del artículo 25 ter establece una excepción si «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». Esto quiere decir que se dictará una condena bajo el régimen de responsabilidad penal adolescente y se dará aplicación a la regla de absorción con exasperación del artículo 24 inciso tercero, vale decir, se debe realizar un juzgamiento conjunto (hipotético) y zanjar la concurrencia, incluyendo el delito ejecutado como adulto, pero valorado como infracción juvenil.

La determinación de la gravedad del delito es precisada en el inciso tercero:

A los efectos de este artículo y del siguiente se considerará más grave el delito o conjunto de ellos que tuviere asignada en la ley una 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 que fuere aplicable en concreto en uno y otro caso.

Esta última oración alude a la específica clase de sanción impuesta en uno u otro régimen, incluyendo el sistema de substitutivos penales (BCN, 2023: 458-459). El fundamento de esta regla consistió en evitar abusos por parte del imputado, en el sentido de cometer un delito de menor gravedad como adulto para sustraerse de la aplicación de la pena más gravosa como adolescente (BCN, 2023: 7). Como explicó Francisco Maldonado durante la tramitación legislativa:

La regla general es que se le juzgará como adulto. Se exceptúa de esa premisa el caso en el que el juzgamiento de los hechos como adolescente permita arribar a una pena más grave. De igual manera, si alguno de los hechos —particularmente el adolescente— es más grave, se le enjuiciará por ambos, pero bajo las reglas del sistema penal juvenil. Esas dos excepciones tienen como finalidad impedir que al adolescente le convenga posteriormente delinquir como adulto para tener un resultado más favorable (BCN, 2023: 458).

Por ejemplo, un imputado ha perpetrado un robo por sorpresa y un robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público como adolescente (ambos sancionados con quinientos cuarenta y un días hasta cinco años según el artículo 436 inciso segundo del Código Penal), y un robo con intimidación como adulto (desde cinco años y un día hasta quince años según el artículo 436 inciso primero del Código Penal). En este caso, para determinar si aplicar el inciso primero (absorción como adulto) o segundo (con-

curso adolescente) habrá que considerar todos y cada uno de los factores que inciden en la fijación de la duración y clase de pena exacta.

Por explorar posibilidades, si el robo ejecutado como adulto se juzga en un procedimiento abreviado, en la medida que el artículo 407 inciso quinto del Código Procesal Penal posibilita rebajar en un grado desde el mínimo la pena privativa de libertad, contando con irreprochable conducta anterior (artículo 11 numeral 6), el imputado podría ser condenado a tres años y un día de privación de libertad, sustituida por la pena de libertad vigilada intensiva (artículos 15 bis a 18 Ley 18.216). Al contrario, si se considera el concurso bajo las reglas adolescentes, el tramo del artículo 23 numeral 2 queda fijado como pena-base por el delito de robo con intimidación, y se podría considerar, como forma de exasperación, el reemplazo de la sanción menos gravosa (LAE) por las más aflictivas del segmento: LAEIP o IRC. En este último ejemplo, la sanción comparativamente más gravosa es la correspondiente al estatuto juvenil. Sin embargo, otra cosa sucedería si el robo con intimidación es conocido en un juicio oral, caso en el cual, por aplicación de la regla especial sobre determinación de la pena del artículo 449 numeral 1 del Código Penal, la sanción quedaría ubicada en el tramo de presidio mayor en su grado mínimo, debiendo cumplirse la privación de libertad en régimen efectivo de adulto, comparativamente más severo que el concurso de infracciones juveniles.

El inciso cuarto se hace cargo de los supuestos de unidad típica de acción en que la terminación del delito se halla disociada temporalmente de su consumación (generalmente: delito permanente), aplicando la regla del inciso primero «si la ejecución del delito se iniciare antes del cumplimiento de la mayoría de edad y terminare luego que esta se hubiere alcanzado». Dicho de otra forma, en esta clase de delitos, el momento de la terminación es el que determina el estatuto aplicable. El artículo 28, por su parte, regula el concurso de procedimientos, vale decir, el caso donde a una misma persona se le imputa una infracción como adolescente y un delito cometido siendo mayor de edad. Al respecto, los incisos primero y segundo distinguen que, si el delito más grave corresponde al estatuto juvenil (artículo 25 ter inciso segundo), se aplicarán las reglas de procedimiento acorde a la Ley 20.084, mientras que, al ser más grave el ilícito ejecutado como adulto, la investigación y juzgamiento se regirán por las normas del Código Procesal Penal.

Unificación de condenas de adolescente: absorción con exasperación

El artículo 25 quáter regula la unificación de condenas a título de responsabilidad penal adolescente sobre un mismo imputado, constituyendo el equivalente funcional de la regla del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, inaplicable en esta sede por disposición expresa del inciso cuarto (véase, además, incisos primero y segundo). El supuesto de hecho consiste en que, posteriormente a la acusación, al requerimiento o durante la ejecución de una pena de adolescente, el imputado resulta condenado por un delito —también como adolescente— diverso a los que fundan su estado procesal. Cabe destacar que tales ilícitos pueden haberse perpetrado con anterioridad o poste-

rrioridad a la condena ejecutoriada que se halle en cumplimiento. De ser así, el tribunal competente es el que juzgará el último caso, estableciéndose el deber de regular la pena correspondiente a todas las infracciones.

En el caso que la infracción sea un crimen o un simple delito de igual o mayor gravedad que los ilícitos que justifican el estado procesal (artículo 25 quáter inciso primero), el tribunal deberá considerar todos los ilícitos conjuntamente y someter la situación concursal a la regla de absorción con exasperación del artículo 24 inciso tercero, procediendo a determinar la sanción como si de un nuevo juicio se tratase (regulación conjunta de las penas). Vale decir, frente a la realización de un crimen, por regla general habrá que emplearse la fórmula concursal juvenil del artículo 24 inciso tercero, mientras que ante un simple delito, ello depende siempre de su gravedad, según se dirá respecto del inciso segundo.

La calificación del ilícito como *simple delito* o *crimen* está dada por la localización de la sanción en abstracto bajo las escalas graduales del estatuto general (BCN, 2023: 460), y no por la pena-base que resulta de la aplicación del artículo 21. Esto es una constante en el sistema de determinación de penas juveniles, que en su operación se estructura sobre la base de parámetros de proporcionalidad comparativa de afflictividad respecto del estatuto aplicable a los adultos, salvo que el legislador expresamente indique lo contrario.⁵ El concepto de mayor o menor gravedad es el mismo señalado en el artículo 25 ter inciso tercero: la pena conminada en abstracto de el o los delitos, o bien el ejercicio comparativo de su individualización y fijación de extensión y clase de pena en concreto.

Por ejemplo, un adolescente de dieciséis años condenado por abuso sexual a un mayor de catorce años simple (castigado con tres años y un día hasta cinco años por el artículo 366 inciso primero del Código Penal), que se encuentra cumpliendo la sanción de LAS, es nuevamente condenado ahora por un delito de violación de un menor de catorce años ejecutado anteriormente (de diez años y un día hasta veinte años según el artículo 326 del Código Penal). En tal caso, se considera la sanción del hecho más grave como pena-base (violación) y el abuso sexual es valorado como factor para extender la duración de la sanción de IRC, desde cinco años y un día hasta, por ejemplo, siete años.

En estos casos, la segunda oración del inciso primero del artículo 25 quáter dispone: «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) o f) del artículo 6», excluyéndose del abono las penas de PSBC y de reparación del daño causado. Vale decir, se abonan los períodos de cumplimiento de libertad asistida en cualquiera de sus modalidades y de IRC.

Por el contrario, se dispone de un tratamiento que privilegia la continuidad de la ejecución de la sanción adolescente en curso bajo dos supuestos (BCN, 2023: 7-8). El primero radica en que la nueva condena consista en uno o más simples delitos de menor

5. Esto sucede excepcionalmente en el artículo 35 inciso segundo que indica, para aplicar el principio de oportunidad, que «se tendrá como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la presente ley».

gravidad de aquellos que fundan su estado procesal (acusado, requerido o condenado), caso en el cual se considerarán los hechos como quebrantamiento de condena según el artículo 52. Ahora bien, el quebrantamiento de condena conlleva la imposición de sanciones de refuerzo previstas en los distintos numerales del artículo 52, asociando a cada pena en concreto que se encuentra en cumplimiento una determinada modificación de su clase y duración (Berríos, 2022: 100-101).

Se regulan cinco situaciones en el artículo 52: en primer lugar, en el caso de tratarse del cumplimiento alguna las penas accesorias de los literales a), c) o d) del artículo 6, la sanción en curso se sustituirá por PSBC por el mínimo legal (véase artículo 11 inciso segundo), salvo que el adolescente no consienta, caso en el cual se aplicará la libertad asistida en cualquiera de sus formas, también por el mínimo legal, subsistiendo las demás prohibiciones o restricciones previamente impuestas (numeral 1). En segundo lugar, en el caso de reparación del daño y PSBC, se aplicará la sanción de libertad asistida especial en cualquiera de sus formas por el mínimo legal (numeral 2).

En tercer lugar, tratándose de casos de cumplimiento de las sanciones de LAS o LAE, se podrá ampliar su plazo original —si no fueron impuestas en su máximo: dieciocho meses o tres años—, o bien sustituirlas por la sanción inmediatamente superior por el mínimo legal, esto es, LAEIP por seis meses (numeral 3). En cuarto lugar, en el caso de hallarse ejecutando esta pena recién mencionada, se podrá ampliar su plazo —si es inferior a cinco años— o bien sustituirla por IRC por el mínimo legal, esto es, por un año (numeral 4). Finalmente, en el caso del cumplimiento de las sanciones de LAS o LAE en su modalidad prevista en el artículo 19, se dará lugar a su reemplazo por la IRC por el tiempo restante de la condena (numeral 5). Como explica Reyes (2019: 91-96), el artículo 19 contempla la facultad judicial de combinar penas como mecanismo de reinserción en orden a motivar la cooperación del penado y la observancia de una conducta disciplinada, que se traduce en la imposición de una libertad asistida sujeta a la condición de intensificarse a IRC bajo ciertas circunstancias.

En este sentido, cobra importancia determinar el preciso sentido de la cláusula que habilita al tribunal para aplicar el artículo 52 «considerando los hechos, a estos efectos, como un quebrantamiento de condena». Esto por cuanto el inciso segundo del artículo 52 establece que el quebrantamiento que «no fuese grave o reiterado podrá dar lugar a una intensificación del correspondiente plan de intervención», y que el representante del Ministerio de Justicia durante la tramitación legislativa expuso lo siguiente:

En el caso de un simple delito, en que el nuevo ilícito posee la misma calificación, se regula esa circunstancia como si se tratase de un quebrantamiento de la condena, que propone, en una primera instancia, intensificar el plan de intervención. En tanto, ante una segunda infracción se aumenta la condena. Sostuvo que en el primer caso se atiende a que constituiría un incumplimiento de sus obligaciones durante la ejecución de la intervención, mientras que en la segunda situación de determina derechamente que dicho plan no dio resultados y, por tanto, es necesario elevar la condena (BCN, 2023: 459).

Ahora bien, lo anterior significa entonces, a nuestro juicio, que si el nuevo delito no es grave ni existe reiteración —en sentido amplio, tratarse de más de una infracción—, se intensificará el respectivo plan de intervención, mientras que, de lo contrario, el adolescente deberá cumplir de forma íntegra la sanción más aflictiva del respectivo tramo penal (BCN, 2023: 464). De esta forma, el tribunal podría, en virtud del referido inciso segundo del artículo 52, solo intensificar las condiciones del plan de intervención sin aplicar las consecuencias previstas en los cinco numerales de la misma disposición. Se trata de una remisión directa a la forma de operar de la institución frente al quebrantamiento de condena.

Por ejemplo, durante el cumplimiento de una condena por lesiones graves gravísimas de tres años y un día de LAEIP (desde cinco años y un día hasta diez años según el artículo 397 numeral 1 del Código Penal), se descubre la realización previa de un delito de lesiones menos graves (desde sesenta y un hasta quinientos cuarenta días según el artículo 399 del Código Penal), dicho hito será considerado bajo las reglas del quebrantamiento como factor para intensificar el plan de intervención y no para aumentar la duración de la sanción de LAEIP ni sustituirla por IRC. En cambio, si es condenado por tres delitos de lesiones simplemente graves (desde quinientos cuarenta y un días hasta tres años según el artículo 399 numeral 2 del Código Penal), en relación con la multiplicidad de delitos, se podrá aumentar cuantitativa (a cinco años) o cualitativamente (a IRC) la sanción de LAEIP decretada.

El segundo supuesto, según el inciso tercero, consiste en todos los casos en que el imputado se encuentre cumpliendo una condena por el máximo autorizado por ley para la sanción que se trate, situación donde también se considerarán los nuevos hechos como «quebrantamiento». Sin embargo, una interpretación armónica con el inciso primero introduce un matiz: no debe tratarse de un crimen, caso en el cual se debe aplicar el régimen concursal por defecto. Esto significa que, tratándose de simples delitos, y no pudiendo aumentarse la duración de la sanción original por hallarse en el límite máximo legal, se deberá proceder al reemplazo de la respectiva sanción por una de mayor aflictividad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52. En este se determina que: i) las penas accesorias del artículo 6 serán reemplazadas por PSBC o libertad asistida en cualquier de sus formas, en su mínimo, según corresponda (numeral 1); ii) en el caso de la PSBC, se sustituirá por libertad asistida, en cualquiera de sus formas, por el plazo de seis meses (numeral 2); iii) tratándose de LAS o LAE, serán reemplazadas por LAEIP por seis meses (numeral 3); iv) en el caso de LAEIP, se debe sustituir por IRC por un año (numeral 4); y v) tratándose del cumplimiento de LAS o LAE impuestas como pena mixta, se reemplazan por IRC por el tiempo restante (numeral 5).

Ahora bien, al tratarse de IRC, se presenta una excepción (véase inciso tercero). En tal supuesto, se debe realizar el juzgamiento conjunto de todas las infracciones, según indica el inciso primero, distinguiéndose: si el resultado de pena fuere superior a la situación actual, se aplicará dicha sanción, mientras que, si fuere equivalente, excepcionalmente se podrá aumentar la extensión del internamiento hasta por tres años adicionales, vale decir, podría llegar a decretarse una IRC de ocho o trece años de duración

(en el caso de adolescente menor de catorce años y mayor de dieciséis años, respectivamente). Se trata de una facultad del tribunal y no de un deber, en la medida que consideraciones de prevención especial positiva podrían conducir a una decisión diversa.

Por ejemplo, si un imputado de quince años se halla cumpliendo una sanción de cinco años de IRC por la ejecución de un incendio con resultado de muerte (desde quince años y un día hasta presidio perpetuo simple según el artículo 474 inciso primero del Código Penal), y posteriormente es condenado por un delito de mutilación de miembro importante (desde 3 años y un día hasta diez años según el artículo 396 inciso primero del Código Penal), en la medida que este se encuentra cumpliendo condena en el máximo legal de su respectivo tramo de sanción (artículo 22), se podría ampliar la duración de su internación hasta ocho años de IRC.

Unificación de condenas de diverso régimen: simple absorción

El artículo 25 quinquies regula la situación de unificación de condenas de régimen adolescente y adulto a la vez, esto es, tratándose de un imputado adulto. Al igual que en el supuesto anterior, el tribunal competente es el que juzgará el último caso, haya sido cometido anterior o posteriormente al cumplimiento de los dieciocho años, estableciéndose el deber de regular la pena correspondiente a todas las infracciones. Si el delito cometido como adulto es de mayor gravedad o debe recibir una sanción superior, se aplica la regla de absorción del artículo 25 ter inciso primero (concurso de sistemas): la pena por la o las realizaciones como adulto absorbe a las penas de adolescente «extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución».

Por ejemplo, si un imputado se encuentra cumpliendo una sanción de LAS por dieciocho meses por los delitos de receptación y robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, y ejecuta un robo con violencia una vez cumplidos los dieciocho años, la pena privativa de libertad de este último título de incriminación absorbería a la sanción juvenil, bastando en sí para valorar el conjunto de infracciones.

Por el contrario, si el delito es de menor gravedad o debe recibir menor pena, es decir, que los ilícitos como adolescente valorados en concurso arrojen mayor severidad (BCN, 2023: 465), se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 25 quáter, esto es, se comprenderán tales hechos como quebrantamiento de condena adolescente, adicionando o reemplazando la sanción por una de mayor aflictividad, según lo dicho respecto del artículo 52.

Por ejemplo, si un imputado que se encuentra cumpliendo una condena de 5 años de LAEIP por los delitos de homicidio frustrado y lesiones menos graves en contexto intrafamiliar, ejecutados a sus diecisiete años, es condenado posteriormente como adulto por el delito de desacato (desde quinientos cuarenta y un días hasta cinco años según el artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil), al consistir en un simple delito de menor gravedad, implica considerar dicho hito como quebrantamiento, y según el artículo 52 numeral 4, en la medida que no se estime como de bagatela el suceso (por falta de gravedad o reiteración), implicaría el reemplazo de la sanción de LAEIP por la sanción de IRC por un año (el mínimo legal).

Imposición conjunta de más de una pena

El artículo 25 inciso primero autoriza al tribunal para imponer conjuntamente dos penas que, debido a su naturaleza, puedan ser cumplidas simultáneamente. Para ello debe tratarse de aquellas previstas en los tramos establecidos en los numerales 3 y 4 del artículo 23, esto es, LAEIP, LAS, LAE y PSBC (numeral 4), por una parte, y estas mismas penas anteriores además de la reparación del daño causado (numeral 3), por otra. La justificación debe ser el mejor cumplimiento de las finalidades de la ley expresadas en el artículo 20: que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Consideraciones conclusivas

La regulación especial de la multiplicidad delictiva en adolescentes constituye un gran avance con relación a la normativa anterior. La gran dispersión jurisprudencial previa en el tratamiento del concurso efectivo de delitos generaba inseguridad jurídica, y no en pocos casos relativa incompatibilidad con el texto legal. Por ende, favorecemos su inclusión bajo el sistema de absorción con exasperación agravada (artículo 24 inciso tercero).

Por otra parte, el denominado concurso de sistemas (artículo 24 ter) termina con la asentada y poco razonable práctica de imponer sucesivamente, bajo el artículo 74 del Código Penal, penas correspondientes a regímenes diversos, con el sinsentido de hacer cumplir en último lugar una sanción con el contenido de especialidad adolescente a una persona ya adulta. Con todo, el grado de fineza que exige el examen comparativo de sanciones bajo el sistema adulto (completa absorción) y bajo el sistema adolescente (absorción con exasperación), es una cuestión que no estará exenta de dificultades (la prognosis cualitativa y cuantitativa de pena).


En lo que dice relación con la unificación de condenas de adolescente (artículo 25 quáter), el sistema de absorción con exasperación parece una respuesta adecuada ante casos de gravedad, mientras que la opción por el recurso a la lógica del quebrantamiento de condena para regular de unificación de ilícitos de menor gravedad favorece notoriamente la continuidad del tratamiento especial que el autor se encuentra cumpliendo, flexibilizando su configuración.

Finalmente, la unificación de condenas de diversos regímenes, en los casos en que la sanción como adulto prevalece por gravedad comparativa, ha optado por emplear la fórmula de absorción simple, mientras que, en el caso contrario, replica la consideración de la lógica del quebrantamiento de condena, otorgando prevalencia al sistema de determinación de pena adolescente.

Referencias

- AGUIRREZABAL, Maite, Gladys Lagos y Tatiana Vargas (2009). «Responsabilidad penal juvenil: Hacia una “justicia individualizada”». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 2: 137-159. Disponible en <https://tipg.link/NweJ>.
- BCN, Biblioteca del Congreso Nacional (2023). *Historia de la Ley 21.527*. Disponible en <https://tipg.link/Nwfo>.
- BERRÍOS, Gonzalo (2022). «El quebrantamiento de condena en la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente». *Política Criminal*, 17 (33): 86-109. Disponible en <https://tipg.link/Nwf4>.
- CILLERO, Miguel (2014). «Concurso de delitos, pluralidad de sanciones y adolescentes: Proposiciones para un tratamiento legal especializado en el derecho chileno». *Revista General de Derecho Penal*, 21: 1-43.
- COUSO, Jaime (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* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 38: 267-322.
- GUZMÁN, José Luis (2015). «El delito cometido por menores de edad y la reincidencia: Comentario a un fallo de la Corte Suprema». *Revista de Ciencias Penales*, 42 (4): 99-120. Disponible en <https://tipg.link/NwfA>.
- MALDONADO, FRANCISCO (2009). *Responsabilidad penal juvenil: Estado actual y perspectivas*. Santiago: Microjuris. Disponible en <http://www.microjuris.com>.
- . (2011). «Determinación de la pena y concurso de delitos en la Ley N° 20.084». *Informes en derecho: Estudios de derecho penal juvenil II* (pp. 169-237). Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- . (2013). «Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes». *Informes en derecho: Estudios de derecho penal juvenil IV* (pp. 169-212). Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- . (2016). «Reiteración y concurso de delitos. Consideraciones sobre el artículo 351 del Código Procesal Penal a partir de la teoría general del concurso de delitos en el derecho chileno». En Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman (editores), *El derecho penal como teoría y como práctica: Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (pp. 549-607). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2020). «Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales». *Política Criminal*, 15 (30): 493-525. Disponible en <https://tipg.link/Nwhn>.
- . (2022). «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos». *Revista de Ciencias Penales*, 48 (1): 13-48. Disponible en <https://tipg.link/Nwhp>.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2005). «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico». *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 74: 1021-1211.
- . (2011). «El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno». *Revista de Estudios de la Justicia*, 15: 139-159. Disponible en <https://tipg.link/Nwhr>.

Sobre el autor

GONZALO JAVIER BASCUR RETAMAL es abogado y magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca y la Universitat Pompeu Fabra. Es profesor en la Universidad Austral de Chile, sede Puerto Montt. Su correo electrónico es gonzalo_bascur@hotmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-1149-1012>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io