

# La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile

**Jaime Pacheco Quezada**

Profesor de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

## Introducción

Se suele caracterizar al derecho penal de menores como un sistema especial del derecho penal, especialidad que, a nuestro juicio, radica al menos sobre tres aspectos fundamentales: los especiales sujetos a quienes se aplica; las especiales consecuencias jurídicas que se contemplan como reacción por las infracciones penales cometidas por dichos sujetos; y la finalidad preventiva especial que se asigna a dichas reacciones.

Ahora bien, si asumimos que la determinación o la individualización judicial de la pena no es más que una concreción de los fines de la pena,<sup>1</sup> ello nos conduce a aceptar que si las consecuencias jurídicas previstas como reacción a las infracciones a la ley penal cometidas por sujetos mayores de 14 años, pero menores de edad, persiguen un fin eminentemente preventivo especial, dicha individualización judicial ha de estar revestida de la suficiente flexibilidad en aras a alcanzar dicho objetivo.

La flexibilidad en el proceso de determinación de la sanción o medida juvenil<sup>2</sup> viene dada en primer término por el criterio rector que ha de regir en todo

<sup>1</sup> FEIJOO SÁNCHEZ B. *Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 767.

<sup>2</sup> Sobre la controversia en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas previstas en los sistemas penales juveniles, véase, entre otros, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. / FEIJOO SÁNCHEZ, B. / POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 110 y ss.

momento dicho proceso, constituido por el interés superior del menor<sup>3</sup> y además por la circunstancia que el legislador no suele asociar en forma automática, como ocurre en el derecho penal de adultos, una determinada consecuencia para determinada infracción, sino que contempla un catálogo de medidas, muchas de ellas de diversa naturaleza, cuya aplicación a un supuesto de hecho concreto se deja entregada a la discrecionalidad del sentenciador.

Con lo anteriormente expuesto, no pretendemos desconocer que a través de las sanciones juveniles no se persigan también fines preventivos generales e incluso retributivos,<sup>4</sup> si no tan sólo resaltar que en la fase de individualización judicial de la medida, al menos a nivel de diseño ideal del sistema, han de primar como criterio guía en la labor discrecional del sentenciador los fines preventivos especiales.

Sin embargo, la referida flexibilidad en la actividad de individualización judicial de la sanción reconoce algunos límites, en los cuales el legislador establece una mayor rigidez o un menor espacio de juego para la discrecionalidad judicial,<sup>5</sup> fijándole a priori no sólo el empleo de determinados criterios de individualización de la medida, sino que la medida misma a aplicar, con lo que se da pie a que en no pocas ocasiones el logro de los fines preventivos especiales desaparezca, o al menos se desdibuje, como finalidad prioritaria de la actividad de determinación judicial de la pena juvenil.

En el presente trabajo aludiremos a una de esas situaciones que operan como límites a la discrecionalidad judicial, como es el concurso o pluralidad de infracciones, a la luz de los ordenamientos penales de menores tanto español como chileno.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Sobre el concepto y reconocimiento normativo del interés superior del menor, véase: ALTAVA LAVALL M. G. "Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española", en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, González Cussac/Cuerda Arnau (coord.), Universitat Jaume I, 2006, pp. 25 y ss. CILLERO BRUÑOL M. "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño", en *Justicia y Derechos del Niño* N° 9, Unicef, Santiago, 2007, p. 243.

<sup>4</sup> En el mismo sentido, véase entre otros: GARCÍA PÉREZ O. "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho penal de Menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal I*, Madrid, 2002, p. 713.

<sup>5</sup> Sobre la cada vez mayor merma al principio de flexibilidad en la determinación de las sanciones juveniles, véase entre otros: BOLDOVA PASAMAR M. A. "El sistema de aplicación de las sanciones en el derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre", en *Nuevo Derecho Penal Juvenil: Una perspectiva interdisciplinaria. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Agustín Jorge Barreiro/Bernardo Feijoo Sánchez (eds.), Barcelona, 2007, pp. 93 y ss.

<sup>6</sup> La pertinencia del estudio del ordenamiento jurídico español viene dada por el reconocimiento expreso de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor de España como fuente normativa de nuestra Ley 20.084, contenida en el Mensaje del Presidente de la República cuando envía el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, de 2 de agosto de 2002.

## **I. La pluralidad o concurso de infracciones en el ordenamiento jurídico español. LO 5/2000.**

En el contexto de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LRPM), el proceso de individualización judicial de la medida puede reconducirse a dos etapas.

La primera, tiene por objeto establecer el máximo de sanción que le puede corresponder a un menor de edad por la realización de un hecho delictivo, debiendo tomar para ello en consideración el juez tanto la gravedad como las circunstancias del hecho, así como los límites contemplados en el art. 8 de la LRPM.<sup>7</sup> Esta primera fase permite dar cauce a ciertos efectos simbólicos y preventivos generales, donde lo determinante son los datos vinculados al momento de la infracción.<sup>8</sup>

La segunda etapa del proceso de individualización judicial de la medida a imponer tiene por objeto determinar la medida más adecuada o idónea en el caso concreto para alcanzar la finalidad preventiva especial. Dichos fines preventivos especiales nunca pueden conducir a una sanción superior a la correspondiente al hecho cometido, pero tampoco imponen un límite mínimo, es decir, el sentenciador sólo tiene límites máximos, no mínimos, salvo los casos contemplados en el art.10 de la LRPM. En esta fase sólo son relevantes los datos o factores que tengan que ver con la situación del menor en el momento de determinar la medida o de dictar sentencia.<sup>9</sup>

Sin embargo, como ya anunciábamos, este régimen de libertad judicial para determinar la medida y su duración tiene algunas limitaciones, entre otras, aquella que dice relación con la concurrencia de una pluralidad de infracciones.

El tratamiento normativo de la pluralidad de infracciones en la LRPM ha sufrido una sustancial modificación en virtud de la dictación de la LO 8/2006.<sup>10</sup> Con la actual redacción del art. 11 de la LRPM se pretende asegurar que los hechos

<sup>7</sup> El art. 8 de la LRPM establece que no se podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. Asimismo tampoco podrá exceder la duración de las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana, del tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto por el mismo hecho si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

<sup>8</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit. p. 162.

<sup>9</sup> *Ibídem*, p. 164.

<sup>10</sup> Sobre el tratamiento que originalmente brindaba la LO 5/2000 al concurso de infracciones, véase BOLDOVA PASAMAR, M. A. "Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español", en *El nuevo Derecho penal juvenil español (jornadas sobre la nueva ley Penal del menor celebradas en la*

conexos o vinculados queden valorados en su conjunto mediante la imposición de una única medida o, en su caso, si es necesario, de varias medidas de diferente clase que los valoren y abarquen en su totalidad, incluso cuando hayan sido objeto de enjuiciamientos en procedimientos separados.<sup>11</sup>

El referido art.11 de la LRPM distingue, como supuestos de su aplicación, entre: i) pluralidad de infracciones conexas, continuadas o relacionadas normativamente, y ii) las restantes situaciones de concurrencia de pluralidad de infracciones. En todo caso, la clave para entender la nueva regulación del problema concursal reside en lo previsto en el art. 7.4 de la LRPM, en el sentido que el juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en la LRPM con independencia de que se trate de uno o más hechos.<sup>12</sup>

### **i. Pluralidad de infracciones conexas, continuadas o relacionadas normativamente**

En primer término y a falta de definición expresa en la LRPM, debemos entender por infracciones conexas a aquellas a las que se refiere el art. 76.2 del CP;<sup>13</sup> por delito continuado al previsto en el art. 74.1 CP;<sup>14</sup> y por infracciones normativamente relacionadas estamos aludiendo a aquellos supuestos en que un solo hecho constituya dos o más infracciones, es decir, al concurso ideal (art. 77.1 CP).<sup>15</sup>

*Universidad de Zaragoza, los días 4,10 y 11 de mayo de 2001)* Miguel Boldova Pasamar Ed. Zaragoza, 2002, pp. 62 y ss.

<sup>11</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit. p. 214.

<sup>12</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A. "El sistema de...", cit. p. 111.

<sup>13</sup> El art. 76.2 del CP se refiere a hechos que por su conexión o el momento de su comisión pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso. Cabe, asimismo, indicar si en el derecho penal de adultos, la jurisprudencia suele poner énfasis en un criterio de orden temporal para establecer la conexidad, dicho criterio e incluso con mayor intensidad ha de aplicarse tratándose de menores, así la AAP Madrid (sección 4º) 14/2004 sostuvo: "En el procedimiento de menores no se contempla ninguna regla especial para la conexidad, pues el invocado art. 20.3 LOPPM lo que establece es una norma específica para determinar la competencia territorial cuando los delitos imputados al mismo menor se hubieran cometidos en diferentes territorios, siempre que los mismos fueran conexos. No obstante, teniendo en cuenta la singularidad que en el procedimiento de menores tiene el interés superior del menor y que el enjuiciamiento conjunto de los distintos ilícitos atribuidos a un mismo menor permite un mejor conocimiento de su evolución, que indudablemente repercute en la adecuación de la hipotética respuesta que pueda dársele en caso de condena, debe hacerse una interpretación flexible de la analogía". Para la Fiscalía General del Estado, el criterio determinante para establecer la conexidad en el caso de menores es el "temporal", es decir, que los hechos pudiesen haber sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Circular 1/2007 de 26 de noviembre III.7.1.

<sup>14</sup> El art 74.1 del CP considera autor de delito continuado al que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza. Sobre los requisitos del delito continuado, véase MAPELLI CAFFARENA B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005. p. 277.

<sup>15</sup> Sobre concurso ideal, véase, entre otros, SANZ MORAN, A. J. "El concurso de delitos en la reforma penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Unidad y pluralidad de delitos*. CGPJ, Madrid, 1995, pp. 189 y ss.

Dentro de este grupo se debe a su vez distinguir si se trata de hechos que quedan comprendidos en los supuestos previstos en los arts. 9 y 10.1 de la LRPM, o de hechos que quedan comprendidos en los casos previstos en el art.10.2 de la LRPM.

Respecto del primer grupo, esto es, cuando estamos frente a una pluralidad de delitos que quedan comprendidos en los arts. 9 y 10.1 de la LRPM, el apartado primero del art. 11 de dicha ley dispone que se aplicarán los límites a la duración de las medidas contemplados en dichos artículos,<sup>16</sup> fijados de acuerdo a los criterios generales contenidos en los apartados 3 y 4 del art. 7 de la LRPM, debiendo el juez tener en cuenta para determinar la clase y duración de la medida o medidas, además del interés del menor, la naturaleza y el número de infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.

Es decir, en este caso, el legislador español opta por el sistema de absorción para determinar la clase y extensión de la medida, pero también admite alguna forma de exasperación, si bien dentro de los límites máximos genéricos previstos en los arts. 9 y 10 LRPM, al imponer al juez la consideración de la naturaleza y el número de infracciones concurrentes, pudiendo en virtud de ello aplicar el juez más de una medida.<sup>17</sup>

Se bien la disposición en comento pareciera aludir a la infracción más grave, de lo que se trata es de comparar la medida más grave que le correspondería al menor conforme a los límites previstos en los arts. 9 y 10.1 de la LRPM y como tales disposiciones contemplan medidas de naturaleza diversa, el ítem

<sup>16</sup> El art. 9 LRPM fija como límite general a la medida de internamiento en régimen cerrado el de dos años, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas y la medida de permanencia de fin semana no podrá superar las ocho semanas, ello cuando se trata de delitos graves, o menos grave si en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado un grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, o bien se trate de delitos cometidos en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Por su parte, el art 10.1 LRPM relativiza dichos límites, disponiendo que si se trata de un menor de 14 ó 15 años, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá durar tres años, las prestaciones en servicio de la comunidad podrán tener un máximo de ciento cincuenta horas y la permanencia de fin de semana podrá alcanzar las doce semanas y si se trata de un menor de dieciséis o diecisiete años, la duración se puede extender a seis años para la internación en régimen cerrado, a doscientas horas para las prestaciones en beneficio de la comunidad y a dieciséis fines de semana en el caso de la permanencia de fin de semana.

<sup>17</sup> A partir de la dictación de la LO 8/2006 se puso término a la discusión en torno a si era posible aplicar a una infracción más de una medida. Conforme al texto original de la LRPM, partidario de la opción hoy expresamente recogida, era entre otros, Mapelli, quien sostenía, que la aplicación de más de una medida resultaba más coherente con la finalidad resocializadora/aseguradora del conjunto de las medidas, de forma que su combinación independientemente de las infracciones es prueba de la flexibilidad y versatilidad del sistema: MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Junta de Andalucía IAAP, Sevilla, 2002, p.116.

de comparación no debe aludir a un aspecto cuantitativo referido a la duración de la medida, sino a uno cualitativo que se expresa en la mayor restricción de derechos que conlleva la medida y en ese sentido, una medida de internamiento siempre será más grave que una medida no privativa de libertad con independencia de su duración.

Por otra parte, el artículo 11 apartado primero retoma la nomenclatura recogida en el CP (art. 77.1) para referirse al concurso ideal, estructurándolo sobre el concepto de unidad de acción, con lo cual recobran vida las discusiones en orden a encuadrar en este tipo de concursos aquellos casos en los que existiendo un solo plan del autor y una sola voluntad criminal se aprecia una pluralidad de acciones.<sup>18</sup>

A diferencia de lo que sucedía en la antigua redacción, el art. 11 LRPM al referirse al concurso ideal no alude expresamente al concurso medial, por lo cual podría pensarse que el legislador español teniendo presente que en el llamado concurso medial, al no estarse en propiedad frente a una sola conducta, ha optado por dar a este tipo de concurso el mismo tratamiento que al concurso real. Igual conclusión podría plantearse respecto del concurso ideal homogéneo, al cual tampoco se refiere expresamente este apartado del art. 11. de la LRPM y en el cual se ha entendido que tampoco existe una sola infracción, lo que justificaría un tratamiento similar al concurso real.<sup>19</sup> La observación planteada en todo caso no tiene mayor relevancia práctica, al menos tratándose de delitos conexos, por cuanto la actual regulación del art. 11.1 LRPM, ha equiparado el tratamiento para uno u otro tipo de concursos, si podría tenerla para el concurso real de delitos no conexos que si bien pudieron juzgarse en un mismo procedimiento no lo fueron, caso en el cual, no siguen el régimen de acumulación jurídica previsto en el art. 11, sino el de refundición de medidas que se contempla en el art. 47 de la LRPM.<sup>20</sup>

En cuanto al delito continuado, como el art. 11.1 LRPM sólo hace referencia expresa a la infracción continuada, se entiende que por tal se alude al concepto de delito continuado contemplado en el art. 74.1 del CP,<sup>21</sup> sin que sea posible extender su ámbito de aplicación al delito masa a que se refiere el apartado segundo del art. 74, toda vez que no hay una referencia genérica a todo el art. 74 CP, pues como ya se indicó se alude exclusivamente a la infracción continuada.

<sup>18</sup> Sobre el concepto de unidad de acción, véase entre otros: SANZ MORÁN, A. J. "El concurso de...", cit., pp. 189 y ss.

<sup>19</sup> MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la...*, cit., p. 120.

<sup>20</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A. "El sistema de aplicación...", cit., p. 113.

<sup>21</sup> En ese sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A. "Principales aspectos sustantivos...", cit., p. 64.

Esta falta de una referencia genérica al art. 74 CP puede llevar a sostener, por otra parte, que al no haber determinado el legislador la naturaleza de los delitos a los que es aplicable la fórmula del delito continuado, ella resulta aplicable a cualquier clase de delitos.<sup>22</sup>

En nuestra opinión, en este primer apartado del art.11 de la LRPM, expresamente el legislador español renuncia a la consideración del interés superior del menor como fin prioritario y excluyente para determinar la medida a imponer, por cuanto, junto o en un mismo nivel que dicho interés, impone al sentenciador la valoración de fines preventivos generales, que vienen dados por la consideración de la naturaleza y número de infracciones concurrentes, es decir, se impone una valoración retrospectiva que mira a la gravedad de los hechos cometidos, imponiendo una relación de proporcionalidad de la medida en función de dicha valoración, lo cual es más bien propio de una finalidad preventiva general y no especial, cuya mirada es más bien prospectiva.

En relación con el segundo grupo de delitos, esto es, cuando se trata de una pluralidad de hechos que quedan comprendidos en los casos previstos en el art. 10.2<sup>23</sup> de la LRPM, el apartado segundo del art. 11 dispone la ampliación de los límites máximos de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado contemplada en dicho artículo, pudiendo alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad, sin perjuicio de la medida de libertad vigilada que en forma complementaria se puede imponer.

Como primera apreciación cabe destacar la deficiente redacción del precepto, toda vez que alude a los mayores de dieciséis años y a los menores de esa edad, con lo cual pudiese estimarse que dicha disposición no les es aplicable a quienes al momento de comisión de los hechos cuenten con dieciséis años, a quienes habrá que seguir aplicando el máximo general de 8 años contemplado en el art. 10.2.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> En el mismo sentido y en base al texto anterior a la LO 8/2006 MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la...*, cit., p. 120.

<sup>23</sup> Dicha disposición establece que tratándose de delitos contemplados en los arts. 138,139, 179,180 y 571 a 580 del CP o de cualquier otro delito que tenga asignada en el CP o en leyes especiales una pena igual o superior a quince años, se deberá imponer la medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada con una medida de libertad vigilada de hasta tres años, si al tiempo de comisión de los hechos el menor tuviere catorce o quince años y si tuviere dieciséis o diecisiete años, la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado se extenderá de uno a ocho años, complementada por otra de libertad vigilada de hasta cinco años, en este caso, además sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta cuando hayan transcurrido a lo menos la mitad de la duración de la medida impuesta.

<sup>24</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 216.

En estos supuestos, el legislador español sí da cabida en forma clara, aunque de forma facultativa para el juez, a la exasperación, al elevar los límites máximos genéricos de duración de la medida de internación en régimen cerrado. En este caso estimamos que el legislador directamente ha supeditado el interés superior del menor al logro de fines preventivos generales.

La expresa alusión contenida en el apartado segundo del art. 11 de la LRPM a que si alguno o algunos de los hechos a que se refiere el apartado anterior fueren de los mencionados en el art. 10.2 de la LRPM, deja en evidencia, por una parte, que se alude a los casos de infracciones conexas, continuadas o normativamente vinculadas, y por otra, que basta para su aplicación que se trate de una pluralidad de infracciones, siendo indiferente que concurra uno o varios delitos de los contemplados en el art. 10.2.<sup>25</sup>

Sobre esta disposición ha sostenido la Fiscalía General del Estado<sup>26</sup> que para imponer el régimen cerrado por sobre los límites del art. 10.2 es necesario que además del delito de extrema gravedad a que se refiere dicha disposición, concurra otro hecho de los que autorizan a aplicar el internamiento en régimen cerrado, de acuerdo al art. 9.2 de la LRPM, ya que de lo contrario se daría lugar a una exasperación injustificada que superaría la suma aritmética de las medidas a imponer por separado.

## **ii. Situaciones de concurrencia de pluralidad de infracciones, sin relación de conexidad, ni continuadas, ni normativamente vinculadas.**

En tales casos el apartado tercero del art. 11 LRPM remite para su solución a lo dispuesto en el art. 47 de la LRPM, que regula la refundición de medidas y cuyo texto también fue introducido por la LO 8/2006.

Si bien al apartado tercero del art.11 LRPM remite al art. 47, cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado primero del art 11, se debe entender que también se comprende la comisión de las infracciones más graves a que alude el apartado segundo, puesto que éstas no son más que una especialidad de los supuestos de conexidad previstos en el apartado primero de dicha disposición.<sup>27</sup>

El art. 47 LRPM se refiere a los supuestos de hecho que han sido enjuiciados separadamente y que además no pueden ser enjuiciados en el mismo procedimiento, porque no se trata de infracciones conexas, ni de una infracción

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>26</sup> Fiscalía General del Estado, Circular N° 1/2007 de 26 de noviembre. III.7.1.

<sup>27</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A. "El sistema de...", cit., p. 113.

continuada, ni de un solo hecho que constituye dos o más infracciones, delimitando el período máximo de cumplimiento y evitando los efectos de una acumulación aritmética de las medidas impuestas a un mismo sujeto en diversos procedimientos cuando no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo. El objetivo es que tras la refundición no quede por ejecutar más de una medida de la misma clase.<sup>28</sup>

La regla general contenida en el art. 47 LRPM es el cumplimiento simultáneo de las medidas impuestas, siempre que ello sea posible. En caso de no ser posible dicho cumplimiento simultáneo,<sup>29</sup> éste deberá ser sucesivo, teniendo presente los criterios de orden de cumplimiento previstos en el apartado quinto del art. 47,<sup>30</sup> orden de cumplimiento que, por lo demás, puede el juez alterar en atención al interés del menor. Igual regla rige para el caso de la imposición de varias medidas de distinta naturaleza en diferentes resoluciones judiciales (art. 47.1).

Cabe indicar que la doctrina ha entendido que el concepto de medida de distinta naturaleza es más amplio que el de medida de distinta clase utilizado en el art. 7.4 de la LRPM, disposición esta última que alude a un concepto más bien formal en función de como están organizadas las medidas en el apartado primero del art. 7 LRPM, en cambio, la referencia a la naturaleza de la medida parece estar orientada básicamente a la restricción de derechos que conlleva la medida.<sup>31</sup>

Ahora bien, cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no conexas habrá de estarse a la regla de acuerdo con la cual, si se hubiesen impuesto al menor en diversas resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el juez competente para la ejecución refundirá todas las

<sup>28</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 462.

<sup>29</sup> Como la LRPM no señala expresamente las causas de incumplimiento simultáneo, deberá entenderse aplicando supletoriamente el CP (art. 73) que serán tales, la identidad de naturaleza o de efectos de las medidas en cuestión. MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la...*, cit., p. 122.

<sup>30</sup> De acuerdo a lo previsto en el art 47.5 de la LRPM, la medida de internamiento terapéutico se ejecutará con preferencia a cualquier otra; la medida de internamiento en régimen cerrado se ejecutará con preferencia al resto de las medidas de internamiento; la medida de internamiento se cumplirá antes que las no privativas de libertad, y en su caso interrumpirá la ejecución de éstas; y las medidas de libertad vigilada contempladas en el artículo 10 se ejecutarán una vez finalizado el internamiento en régimen cerrado que se prevé en el mismo artículo. Sin embargo, tratándose de delitos de terrorismo el art 54.1 LRPM y art. 11.5 del Reglamento establecen que la ejecución de las medidas impuestas por el Juez Central de Menores o por la sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas por otros jueces o salas de menores.

<sup>31</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 464.

medidas en una sola, mediante el proceso de sumar las mismas con la limitación que la medida resultante no puede ser superior al límite del doble de la medida más grave de las refundidas. Y habrá de procederse de este modo respecto de cada grupo de medidas de la misma naturaleza que hayan sido impuestas al menor.

El juez competente para efectuar la refundición de las medidas conforme al art 47 es, según lo previsto en el art. 11.1 y 12 LRPM, aquel que haya dictado la primera sentencia firme.<sup>32</sup> Se ha entendido que dicho límite va referido a la medida concreta contemplada en la sentencia y no a las posibilidades máximas de duración que contempla la ley.<sup>33</sup>

Se sostiene por algunos,<sup>34</sup> que tratándose de las infracciones no conexas podrían superarse los toques máximos previstos en los arts. 9 y 10 de la LRPM, así en los casos a que se refiere el apartado segundo del art.11 LRPM, pero sin relación de conexidad, el límite máximo de la medida no serían seis o diez años, según corresponda de acuerdo con la edad de los menores, sino el doble de la medida más grave refundida.<sup>35</sup> Sin embargo somos de opinión que dichos límites máximos genéricos previstos en los arts. 9 y 10 de la LRPM operan como límites absolutos y por ende si el doble de la medida impuesta por la infracción más grave los supera, habrá de ajustarse su extensión a ellos, pues de lo contrario se burlaría el efecto que se persigue con las normas de acumulación, cual es corregir las penas excesivamente largas.

Asimismo, se ha estimado que aun cuando se trate de delitos conexos, si son enjuiciados en distintos procedimientos, el límite establecido en el art. 47.2 también les resulta aplicable, ello por cuanto, dicha norma no limita expresamente su aplicación a los delitos no conexos y por otra parte, su no aplicación a estos casos podría llevar al absurdo de otorgar un régimen más severo a la acumulación de delitos conexos que a la de los no conexos, así por ejemplo, en el caso de un menor de 17 años condenado en tres procedimientos distintos por tres homicidios conexos a la medida de cuatro años de internamiento cerrado en cada uno de ellos, al límite máximo de 10 años de internamiento (art.10.2 y 11.2 LRPM) habrá de añadirse el límite previsto en el art. 47.2 LRPM y en definitiva la medida acumulada a imponer no podrá superar los ocho años de internamiento.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Con anterioridad a la LO 8/2006, era competente el juez que hubiese dictado la última sentencia.

<sup>33</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 464.

<sup>34</sup> Fiscalía General Estado, Circular 1/2007 II.7.2 de 26 de noviembre.

<sup>35</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 218.

<sup>36</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 1/2007 de 26 de noviembre. III.7.1.

Finalmente el art. 47.3 de la LRPM extiende la aplicación de la reglas anteriores a aquellos casos en que estando en ejecución una medida, el menor cometiere un nuevo delito. Se estima por algunos que en este caso si ya se hubiera procedido a la refundición de medidas, si la medida a imponer no es más grave que alguna de las impuestas, carecerá de relevancia,<sup>37</sup> es decir, operaría la absorción. En cambio, si la nueva medida impuesta fuere más grave que las impuestas, se estima por algunos que podría variar la duración de la medida impuesta en virtud de la refundición.<sup>38</sup>

## **II. La pluralidad o concurso de infracciones en el ordenamiento jurídico chileno. Ley N° 20.084.**

La Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (en adelante LRPA), no contiene en su articulado referencia alguna al sistema de regulación de la concurrencia de infracciones, razón por la cual, en virtud de la aplicación supletoria de las normas del Código Penal y Procesal Penal,<sup>39</sup> dicha materia queda regulada por esos cuerpos normativos.

Sin embargo, en atención al complejo sistema de determinación de sanciones<sup>40</sup> que contempla la LRPA y a las particulares finalidades que a las mismas se asignan en dicha ley, la aplicación de la normativa de adultos, que responde obviamente a finalidades distintas, da lugar a dificultades que ponen en jaque tanto la coherencia sistemática de las normas concursales, como el logro de los fines que la LRPA asigna a las sanciones.

La regla general y subsidiaria que contempla el ordenamiento jurídico chileno para regular la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de uno mismo, está contenida en el art. 74 del CP, en virtud de la cual al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, es decir, la regla general, es la de la acumulación material de penas, debiendo en consecuencia determinarse en concreto la pena correspondiente a cada delito por separado.

<sup>37</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 465.

<sup>38</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 1/2007 de 26 de noviembre III.7.3.3.1.

<sup>39</sup> Los arts. 1 y 27 de la LRPA disponen que en lo no previsto en ella se aplicara supletoriamente lo dispuesto en el CP y CPP.

<sup>40</sup> A diferencia de la legislación española, la LRPA denomina expresamente a las consecuencias jurídicas previstas por la comisión de un hecho punible por una persona menor de edad, como sanciones.

En cuanto al orden de cumplimiento de las penas impuestas, el inciso 2° del art. 74 del CP establece que la regla general es el cumplimiento simultáneo de todas las penas impuestas, si ello es posible, y no se hace ilusoria alguna de las penas y si ello no fuere posible, se procederá a su cumplimiento en orden sucesivo principiando por las más graves.

Sin embargo, junto a la regla antes dicha el ordenamiento jurídico contempla una serie de situaciones especiales o que hacen excepción a ella y que tienen por objeto atemperar los efectos excesivos que pudiesen resultar de la aplicación de dicha regla general. Entre tales situaciones especiales, destaca la relativa a la reiteración de delitos de la misma especie contemplada en el art. 351 del CPP,<sup>41</sup> norma que condiciona su aplicación al evento de que la pena resultante sea más ventajosa para el condenado que la que resultaría de aplicar la regla general del art. 74 CP, ya que si así fuese se debe aplicar dicha regla general.

Decíamos que el art. 351 del CPP se aplica al supuesto de reiteración de delitos de la misma especie,<sup>42</sup> resolviendo dicho supuesto por medio del criterio de la acumulación jurídica o exasperación. Se distinguen en la referida disposición dos supuestos. Primero: si las diversas infracciones pueden estimarse como un solo delito,<sup>43</sup> caso en el cual se aumentará la pena en uno o dos grados; y segundo: si las infracciones no pueden estimarse como un solo delito, se aplica la pena de aquella que considerada aisladamente con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentada en uno o dos grados. Como es de advertir, ambos supuestos importan un aumento obligatorio de la pena, siendo lo facultativo la extensión de dicho incremento, el que deberá efectuarse a partir de la pena concreta que se hubiese determinado.<sup>44</sup>

Sin embargo, como ya indicábamos, sólo se aplicarán las reglas del art. 351 CPP cuando la pena así determinada sea menor que la que resultaría de aplicar el art. 74 CP, valoración que requiere entonces de la comparación de la pena

<sup>41</sup> Para más detalles en relación con las situaciones que hacen excepción a la regla general en materia concursal, véase MATUS ACUÑA J. P. "Comentario preliminar a los arts. 74 y 75. Régimen concursal en la ley chilena". en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, T. I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 383 y ss.

<sup>42</sup> Según dicha disposición, son tales aquellos que afectan a un mismo bien jurídico.

<sup>43</sup> Novoa, sostiene que es posible estimar como un solo delito aquellos tipos que pueden ser medidos en magnitudes o cuya caracterización o penas toman en cuenta ciertas cuantías pecuniarias. NOVOA MONREAL, E. *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, T. II, Ed. Jurídica de Chile, 3° edición, Santiago, 2005, p. 227. En sentido contrario, Garrido, para quien esta suma de cuantías sería una aplicación analógica *in malam parte*, por lo que para él sólo deben estimarse como un solo delito los casos de reiteración del mismo delito. GARRIDO MONTT M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 346.

<sup>44</sup> POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Chileno. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 2003, p. 464.

única concreta determinada conforme al art. 351 CPP, con las penas concretas determinadas conforme al art. 74 CP.

Ahora bien, el proceso de determinación de la sanción contemplado en la LRPA, si bien en principio otorga una mayor discrecionalidad al juez, es dependiente del contemplado en el CP para la determinación de pena de adultos, pues en una primera fase reciben aplicación fundamentalmente normas provenientes de dicho ordenamiento general.

En efecto, el sistema de determinación de la sanción contemplado en la LRPA<sup>45</sup> se desarrolla en dos fases:

Primero: Se debe establecer la duración máxima de la sanción, para ello se deberá aplicar a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito correspondiente, las reglas previstas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con la sola excepción de lo dispuesto en el art. 69 CP (art. 21 LRPA). Es decir, a partir de la rebaja de grado, se aplicarán las reglas relativas al grado de desarrollo del ilícito, formas de participación, circunstancias atenuantes y agravantes y las reglas del concurso real e ideal, en su caso (arts. 74 y 75 CP).

La extensión máxima de la sanción establecida de conformidad a este procedimiento no podrá sobrepasar los límites establecidos en el art.18 LRPA para la sanción de internación en régimen cerrado y semicerrado, esto es, no podrá ser superior a cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, ni de diez años si tuviere más de esa edad (art. 22 LRPA).

Segundo: efectuado lo anterior, se deberá determinar la naturaleza y extensión definitiva de la sanción conforme a lo establecido en los arts. 23 y 24 de la LRPA.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Con detalle sobre el sistema de determinación de penas en la Ley 20.084, véase: HORTVTZ LENNON, M. I. "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2006, pp. 97 y ss.

<sup>46</sup> Artículo 23. Reglas de determinación de la naturaleza de la pena; la determinación de la naturaleza de la pena que debe imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.
3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un día y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días,

Esta segunda fase está orientada a concretar los fines preventivos especiales reconocidos a estas sanciones (art. 20 LRPA).

Ahora bien, el complejo sistema de determinación de las sanciones establecido en la LRPA ofrece no pocas dificultades para la aplicación de los arts. 74 del CP y 351 CPP, como asimismo para efectuar la valoración comparativa entre ambas normas, en orden a establecer cuál de ellas conlleva a una pena menor para el infractor, por cuanto, como veíamos, tanto en su aplicación como en su comparación, ambas normas requieren que estemos frente a una sanción concreta, la cual en el sistema de determinación de las sanciones de la LRPA sólo se puede establecer en su naturaleza y extensión definitiva al concluir el proceso de individualización de la sanción, por lo que la aplicación en forma previa a la conclusión de dicho proceso individualizador de los arts. 74 CP y 351 CPP, como pareciera disponerlo el tenor del art. 21 de la LRPA, no nos permite satisfacer la exigencia que la valoración comparativa entre ambos regímenes concursales lo sea en función de sanciones concretas.

En efecto, conforme al orden establecido en el art.21 de la LRPA, la aplicación de los arts. 74 CP y 351 CPP se efectúa en la primera fase, pero dicho proceso no nos conduce a una sanción concreta, ni en su naturaleza ni en su extensión, pues la duración máxima de la sanción resultante de esta primera fase sólo nos deja frente a una serie de tramos contemplados en el art. 23 de la LRPA, cuya finalidad es ofrecer al sentenciador un catálogo de sanciones diversas en su naturaleza y con una extensión sólo determinada en su límite superior, pues los fines preventivos especiales de las sanciones juveniles permiten rebasar hacia abajo los límites de las sanciones.

La dificultad denunciada no ha recibido mayor atención ni por parte de nuestra doctrina, ni de nuestra jurisprudencia, la cual no obstante verse enfrentada a

---

el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas; prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado

5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

Artículo 24. Criterios de determinación de la pena. Para determinar la naturaleza de las sanciones dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

- a) La gravedad del ilícito de que se trate;
- b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
- c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
- d) La edad del adolescente infractor;
- e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, 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.

diario con esta problemática, por lo general omite pronunciamientos expresos sobre el particular, efectuando más bien una aplicación intuitiva de las normas en comento.

Hace excepción al silencio de nuestra doctrina el profesor Matus,<sup>47</sup> quien parte reconociendo que antes de determinar la naturaleza y extensión definitiva de la sanción juvenil, no es posible estar frente a una sanción concreta, toda vez que en la primera etapa del proceso de determinación de la sanción previsto en LRPA se ha excluido expresamente la aplicación del art. 69 CP,<sup>48</sup> precepto que en su concepto, tratándose de adultos, establece el modo de determinar la cuantía concreta de la pena dentro del grado correspondiente, privándose con ello al tribunal de los parámetros para determinar en el caso de adolescentes la pena concreta, determinación que a su juicio, en el caso de pluralidad de infracciones, debiera efectuarse antes de su sustitución por las sanciones del art. 6 de la LRPA, para hacer posible dicha sustitución.

No obstante lo anterior, estima este autor que es posible argumentar para los efectos de LRPA, que en ella existe un principio manifestado a efectos de determinación de pena en sus artículos 18, 20, 21 y 26, según el cual para que el adolescente sea adecuadamente responsabilizado de sus actos y sometido a una intervención educativa con sentido, no necesita sufrir una pena de duración igual o superior a la que correspondería a un adulto en casos similares.<sup>49</sup>

De esta forma, según Matus, "a falta de los criterios que en el art. 69 CP se establecen para la concreción de la pena en el régimen de adultos, el tribunal en el caso de los menores, sólo podrá concretar éstas una vez aplicadas las reglas de los arts. 50 a 55 y 67 del CP, en el mínimo correspondiente, esto es, en la mínima extensión del grado aplicable o en la mínima extensión de su *máximum*, según corresponda, pues con ello se logra suficientemente "responsabilizar" al menor y permitir la imposición de la sanción reintegradora que corresponda(...) Sólo sobre esta base sería posible luego realizar las operaciones necesarias para determinar hipotéticamente cuál régimen concursal supone la imposición de la pena menor, si el de la reiteración del art. 351 CPP o el del concurso real del art. 74 CP, en el caso que ambos sean aplicables, o sólo la

<sup>47</sup> MATUS ACUÑA, J. P. "Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 14, N° 2, Talca, 2008, pp. 525 y ss.

<sup>48</sup> El art. 69 CP dispone que dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito

<sup>49</sup> MATUS ACUÑA, J. P. "Proposiciones respecto de...", cit., p. 548.

“suma hipotética” de las penas que corresponderían conforme a esta última disposición en los restantes”.<sup>50</sup>

Estimamos, sin embargo, que la propuesta antes vista para permitir la comparación entre los arts. 74 CP y 351 CPP no está exenta de reparos, pues ella en algunos casos colisiona con las características y finalidades de las sanciones en la LRPA y con las propias exigencias de las reglas concursales, lo que hace necesario explorar otras alternativas de interpretación.

En primer término, si partimos de la base que a través del régimen concursal se procura brindar un tratamiento más benigno para el condenado, cabe también admitir que la forma de apreciar esa mayor benignidad es a través de la comprobación de la incidencia material, no hipotética, de la sanción impuesta en los derechos del condenado, por eso es que tratándose de adultos se requiere sin discusión que la valoración de tal incidencia lo sea en función de la pena concreta que se ha determinado.

La propuesta que se analiza conlleva el riesgo, expresamente prohibido en la LRPA, de tratar en forma más desventajosa a un menor de edad que a un adulto,<sup>51</sup> pues si sólo bastara, para la elección del régimen concursal en el caso de menores, con la comparación en base a sanciones hipotéticas, de marcos penales abstractos, bien puede resultar que una vez concretada la sanción, le fuese más favorable el régimen desechado, riesgo que nunca existiría en el caso de adultos.

No permite superar dicho riesgo lo sostenido en el sentido que los principios de la LRPA permitirían tomar como base a partir de la cual ha de hacerse la comparación, la sanción hipotética resultante en el mínimo del grado respectivo o en la mínima extensión de su máximo, para luego efectuar su sustitución por la sanción juvenil, pues junto con seguir comparando sanciones no concretas, con ello se desconoce que, tratándose del proceso de determinación de las sanciones de la LRPA, no se trata de sustituir automáticamente penas de adultos por sanciones equivalentes de adolescentes.

En efecto, el art. 6 de la LRPA, ubicado en el párrafo de las sanciones en general (párrafo 1 LRPA), ha reemplazado en forma previa y con carácter general todas las penas de adultos, por sanciones propias para los adolescentes, distintas en naturaleza, contenido y finalidad, y cuya aplicación, a diferencia de lo que

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 548 y 549.

<sup>51</sup> El art. 26 inc. 2° de la LRPA señala 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.

ocurre en adultos, no viene asociada linealmente a la comisión de un determinado delito y a la que por lo demás se asigna una finalidad preventiva especial preferente durante todo su proceso de individualización. Por tanto, la sanción que se está determinando en todo el proceso de individualización contemplado en la LRPA es una sanción juvenil, y no primero se determina una sanción de adulto para luego transformarla en juvenil, ya que con ello se restringiría el ámbito de comparación exclusivamente a las sanciones privativas de libertad del sistema juvenil, por ser las únicas que presentarían alguna equivalencia de contenido con las privativas de libertad del sistema de adultos, lo que si bien podría eventualmente permitir efectuar algún tipo de comparación relativa a su mayor o menor intensidad, impediría, por otra parte, la comparación con el resto de las sanciones de la LRPA, que, no podemos olvidar, son la mayoría y la regla general.

Por otra parte, las sanciones de la LRPA no constan de grados con extensión mínima, lo que se demuestra por la circunstancia que la primera fase de individualización judicial de la sanción juvenil, efectuada conforme a las reglas del CP, sólo tiene por finalidad conducir al sentenciador frente a tramos que le ofrecen un amplio catálogo de sanciones, de la más diversa naturaleza y contenido, fijando al mismo tiempo sólo la extensión máxima, pero no impidiendo la aplicación de una extensión menor a ese mínimo hipotético predeterminado, si así lo autorizaran los fines preventivos especiales.<sup>52</sup>

De esta forma y teniendo en cuenta además que en la mayoría de las sanciones previstas en la LRPA por propio mandato de ella sólo se podrá determinar su extensión definitiva, es decir, su carácter de sanción concreta, al final del proceso de individualización de la misma,<sup>53</sup> una posible alternativa de interpretación de la valoración del régimen concursal más favorable sería que ésta se efectúe una vez finalizado dicho proceso de determinación, ya que con ello se permite valorar efectivamente cuál régimen concursal conduce efectiva y materialmente a una sanción menor, concepto que atendida la diversa naturaleza de las sanciones contempladas en la LRPA, sólo puede efectuarse con criterios cualitativos y no meramente cuantitativos, como en adultos.

<sup>52</sup> Así también lo ha estimado nuestra Corte Suprema al resolver: *"En este predicamento, el magistrado del grado siguiendo paso a paso las etapas que contempla la ley respectiva, y dejando constancia de los parámetros que tuvo en consideración para fijar la pena definitiva, estando legalmente facultado para imponerla dentro del grado en que la determinó, es soberano para definir la extensión que estime conveniente, según las particulares condiciones de cada caso, toda vez que, la ley nacional, tal como la mayoría de la legislación extranjera consultada en su establecimiento, no establece un mínimo en cada sanción sino tan sólo el máximo. Esta es la única manera de darle contenido y coherencia a las diversas normas citadas, y a todo el nuevo régimen que establece la Ley de Responsabilidad Juvenil, desde que se trata de un todo orgánico como sistema de establecimiento de sanciones"*. C.S. Rol 316-08, de 14 de julio de 2008.

<sup>53</sup> Así ocurre con Libertad Asistida (arts. 13 y 14); Reparación del daño (art. 10); Servicios en Beneficio de la Comunidad (art. 11).

Esta interpretación, por otra parte, podría explicar la expresa exclusión que efectúa la LRPA en la primera etapa del proceso de determinación de la sanción del art. 69 CP, que contiene los criterios para establecer la cuantía concreta de la sanción en el caso de adultos, contemplando y reservando la LRPA expresamente la aplicación de esos criterios para la fase final del proceso de individualización judicial de la sanción, a través de la aplicación de los criterios contenidos en el art. 24, para con ello asegurar la orientación de esa sanción concreta a los fines resocializadores previstos en la ley.

De entre las dos alternativas interpretativas antes vistas, cabe señalar, que nuestra jurisprudencia, por lo general, aun cuando sin explicitar su razonamiento, aplica los arts. 74 CP y 351 CPP en la primera fase del proceso de individualización de la sanción juvenil, efectuando la comparación en base a la extensión de penas abstractas, así ocurrió en el caso de un adolescente de 17 años juzgado por dos delitos de robo con violencia y respecto de quien concurría la atenuante de imputabilidad disminuida.<sup>54</sup> En dicho caso, el tribunal estimó que, por aplicación del art. 21 de la LRPA, la sanción para cada delito quedaba fijada en el rango de tres años y un día a cinco años, y como le favorecía la atenuante de imputabilidad disminuida, correspondía rebajar dicho rango en un grado, por lo que la sanción quedaba ahora en el rango de quinientos cuarenta y un día a tres años. Llegado a ese instante del proceso de determinación judicial, se estimó que le era más favorable al condenado el régimen del art. 351 CPP, por lo cual se aumentó la pena un grado, volviendo al rango de tres años y un día a cinco años, para posteriormente al fijar la pena concreta conforme a los criterios de los arts. 23 y 24 LRPA, condenar al infractor por los dos delitos, a tres años y un día de régimen cerrado.

Pues bien, de haberse efectuado la comparación entre el art. 74 CP y el art. 351 CPP, una vez establecida la pena concreta (sanción privativa de libertad en la mínima extensión del tramo respectivo), se llega a la conclusión que resultaba una pena menor para el infractor si se hubiese aplicado el art. 74 CP, por cuanto, le hubiesen correspondido dos penas de quinientos cuarenta y un día de régimen semicerrado (la única sanción privativa de libertad contemplada en el tramo tercero del art. 23 de la LRPA), que sumadas no sobrepasan la extensión de los tres años y un día a los que se le condenó.

El referido ejemplo deja de manifiesto lo complejo que resulta efectuar la comparación entre los regímenes concursales –diseñados para el sistema de adultos– en el contexto de la LRPA, toda vez que el tener que comparar en

---

<sup>54</sup> Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, sentencia de fecha 5 de mayo de 2009, en causa Rit N° 149-09.

ésta última sanciones de naturaleza y contenido diverso, sin límites mínimos preestablecidos, conlleva que la decisión del momento en que se debe efectuar la comparación de los regímenes concursales, pueda conducir a resultados que frustren el logro de las finalidades que precisamente se persiguen con dichos regímenes.

En efecto, como hemos visto si optamos por efectuar la valoración comparativa con anterioridad a la determinación del contenido y extensión concreta de la sanción, nos puede llevar a desestimar un régimen concursal que en definitiva resultaba más favorable, como en el caso propuesto, o bien, nos puede llevar a excluir en forma anticipada tramos que contemplan alternativas de sanción siempre menos gravosas, como también ocurría en el caso propuesto, ya que por la aplicación del art. 351 CPP se llegó a un tramo (el art. 23 N° 2 de la LRPA) que contempla entre sus alternativas, como sanción más gravosa la internación en régimen cerrado, la que nunca hubiese podido aplicarse de haberse optado por el régimen del art. 74 CP, que conducía al tramo N° 3 del art. 23 de la LRPA, que no contempla dicha sanción.<sup>55</sup>

Para salvar esta última observación, podría plantearse que si la comparación se efectúa con anterioridad a la determinación de la pena concreta, ella se debe efectuar no en base a extensiones mínimas hipotéticas, sino en relación con las alternativas de sanción que ofrece cada tramo del art. 23 de la LRPA, optando entonces por aquel régimen concursal que conduzca a un tramo que siempre ofrezca la posibilidad de aplicar sanciones menos gravosas en su naturaleza que las contempladas en otro de los tramos, con lo cual de paso se cumpliría con el orden formal de aplicación de los arts. 74 CP y 351 CPP que establece el art. 21 de la LRPA.

Sin embargo, dicha opción tampoco elimina el riesgo que al fijarse el tipo y cuantía precisa de sanción, nuevamente se compruebe que se ha desechado el régimen menos gravoso, así en nuestro ejemplo, si se hubiese optado antes de determinar la naturaleza y extensión concreta de la sanción por el art. 74 CP, ya que en virtud de ello se aplicaba el tramo que ofrecía penas abstractas menos gravosas, esto es, el art. 23 N° 3 de la LRPA, en el cual, por una parte, no se contempla la internación en régimen cerrado (la que sí figura en el N° 2 del art. 23) y además se contempla como sanción la prestación de servicios en beneficio de la comunidad (la que no se contempla en el N° 2 del art. 23),

<sup>55</sup> Así por lo demás lo estimó la Corte de Apelaciones de Concepción, que en el caso analizado acogió recurso de nulidad interpuesto por la defensa, estimando que se había efectuado una errónea aplicación del derecho al haberse optado por la aplicación del art. 351 del CPP. Sentencia Corte Apelaciones de Concepción Rol N° 228-2009, de 26 de junio de 2009. En el mismo sentido, Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 391-2009, de 29 de mayo de 2009.

dicha opción, inicialmente más favorable, puede verse desvirtuada si en la determinación concreta de la sanción se hubiesen aplicado dos sanciones de tres años de libertad asistida especial, en circunstancias que de haberse optado por el régimen del art. 351 CPP, le habría correspondido por los dos delitos una sanción única de libertad asistida especial con un máximo de tres años.

No obstante lo anterior, hemos de reconocer que la opción de efectuar la comparación entre los regímenes concursales una vez concluido el proceso de individualización de la sanción tampoco asegura que ello siempre nos va a conducir a la aplicación del régimen más favorable, así se demuestra una vez más en nuestro ejemplo, si el infractor fuese acusado por tres robos con violencia y la pena concreta fuese régimen semicerrado en la extensión mínima del tramo respectivo, en tal caso le habría resultado más conveniente efectuar la comparación en base a extensiones hipotéticas, en la primera fase del proceso de determinación de la sanción, ya que la comparación habría sido entre tres años y un día de régimen semicerrado de haberse optado por el art. 351 CPP (art. 23 N° 2 LRPA) versus tres sanciones, cada una de ellas de quinientos cuarenta y un días (art. 22 N° 2 LRPA) de haberse optado por dar aplicación al art. 74 CP.

Ante el panorama descrito, una segunda alternativa de interpretación, sin duda más radical, pero tal vez más coherente con la sistemática del régimen de reiteración delictiva previsto en el art. 351 CPP, sería sostener su inaplicabilidad en el contexto de la LRPA, por cuanto dicha disposición requiere como presupuesto de su aplicación que se trate de delitos cuyas penas puedan graduarse en límites mínimos y máximos fijados en forma previa, a partir de los cuales se debería efectuar el aumento de al menos un grado, graduación que en el caso de la LRPA, no es tal, o al menos no para todas las sanciones que ella contempla.

En suma, de lo expuesto no podemos sino concluir que estamos frente a una materia que requiere de una pronta reforma legislativa que procure con seguridad y claridad, garantizar que cuando estamos frente a una pluralidad de infracciones, también se sigue valorando prioritariamente el interés superior del menor.

## Bibliografía

ALTAVA LAVALL, M. G. "Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española", en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, González Cussac/Cuerda Arnau (coords.), Universitat Jaume I, 2006.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. "El sistema de aplicación de las sanciones en el derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre", en *Nuevo Derecho Penal Juvenil: Una perspectiva interdisciplinaria. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Agustín Jorge Barreiro/Bernardo Feijoo Sánchez (eds.), Barcelona, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. "Principales aspectos sustantivo del nuevo Derecho penal juvenil español", en *El nuevo Derecho penal Juvenil español (jornadas sobre la nueva ley Penal del menor celebradas en la Universidad de Zaragoza, los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)* Miguel Boldovar Pasamar. Ed. Zaragoza, 2002.

CILLERO, B. M. "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Unicef, Santiago 2007, p. 243.

CURY URZÚA, E. *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Ed. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007.

GARCÍA PÉREZ, O. "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho penal de menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal I*, Madrid, 2002.

GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

HORTVTZ LENNON, M. I. "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2006.

MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Junta de Andalucía IAAP, Sevilla, 2002.

MATUS ACUÑA, J. P. "Comentario preliminar a los arts. 74 y 75 Régimen concursal en la ley chilena", en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, T. I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

MATUS ACUÑA, J. P. "Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 14, N° 2, Talca, 2008.

NOVOA MONREAL, E. *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, T. II, Ed. Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 2005.

POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

SANZ MORAN, A. J. "El concurso de delitos en la reforma penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Unidad y pluralidad de delitos*. CGPJ, Madrid, 1995.