



**LA SITUACIÓN DE LOS MENORES EN EL NUEVO PROCESO PENAL Y
LUEGO DE LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE MENORES
INTRODUCIDAS POR LA LEY 18.806 DEL 31 DE MAYO 2002**

I ANTECEDENTES

En relación a la copia enviada por el Defensor Regional de la IV Región al Defensor Nacional de fecha 11 de julio de 2002, del ordinario dirigido al Presidente de la Corte de Apelaciones, que se refiere a instruir al juez de menores para que habiéndose pronunciado sobre el trámite de discernimiento, oficie al juez de garantía informando de lo resuelto, el Depto. de Estudios solicitó información a cada una de las regiones, las cuales informaron lo siguiente:

- Cuando el menor es declarado con discernimiento, la regla general es que sólo se notifica al Ministerio Público (II, IX, IV regiones), excepcionalmente se notifica al juez de garantía (III y VII regiones).
- Cuando el juez de menores declara que el menor actuó sin discernimiento, y existe una medida cautelar decretada por el juez de garantía en contra de éste, en cuanto a si el juez de menores resuelve dejar sin efecto la medida cautelar o por el contrario notifica al juez de garantía para que se pronuncie, según se informó ésta situación prácticamente no se ha dado aún en las regiones, pero consultado a los jueces de garantía estos estimaron que deben ser notificados (III y VII regiones). En la II Región se notificó al juez de garantía. En la IX se consultó a la jueza de menores de Lautaro, quién estimó que debía ser notificado el juez de garantía. En la IV región como respuesta al ordinario al que hicimos mención anteriormente, el tribunal en pleno de la Corte de Apelaciones acordó instruir a los jueces de menores para que ejecutoriada la resolución que resuelve el trámite de discernimiento, se ponga en conocimiento del juez de garantía.
- En cuanto a la comparecencia del Ministerio Público al trámite de discernimiento, la regla general es que soliciten el diligenciamiento por escrito (VII y IX regiones). En la III región comparecen, e incluso lo hacen frecuentemente ante la Corte de Apelaciones. En la II región no comparece.
- En relación a la comparecencia de los defensores locales al trámite de discernimiento ante el juez de menores, hasta la fecha no se ha dado esta situación en ninguna de las defensorías regionales.
- En cuanto a la notificación al defensor del menor por el juez de menores cuando se declara sin discernimiento, ésta se efectúa por regla general por escrito (Antofagasta, III, IX regiones), excepcionalmente en audiencia (Calama). En la VII región no se le notifica.

II ANALISIS DE LA NORMATIVA

El art. 37 de la Ley 19.806 introdujo modificaciones a la Ley de Menores N°



16.618, generando algunos problemas interpretativos que se tratarán en los puntos siguientes.

El nuevo art. 28 inc. 1° parte final de la Ley de Menores modificado por la Ley 18.806, que se refiere a la notificación del juez de menores de la resolución que se pronuncia sobre el trámite de discernimiento del menor de edad, establece:

"Esta notificación será notificada al Ministerio Público y al defensor en conformidad a los artículos 27 y 28 del Código Procesal Penal".

La manera de cómo y a quién se practica la notificación ha generado algunos problemas en la aplicación práctica.

1. El menor es declarado con discernimiento por el juez de menores

Según lo contemplado en el inciso 1° del artículo 28 antes descrito, el juez de menores habiendo declarado que el menor de edad actuó con discernimiento, deberá notificar esta resolución al defensor de éste y al Ministerio Público para que este último persiga penalmente al menor por los delitos que se le imputan. En la práctica según lo informado por las Defensorías Regionales, efectivamente el juez de menores notifica al Ministerio Público, y en alguna de las regiones el juez de menores además notifica vía oficio al juez de garantía.

En lo que se refiere a la notificación del defensor del menor, esta se practica por regla general, sin embargo en la VII región, según lo señalamos, esta notificación no se efectúa en lo absoluto, no dándose cumplimiento a lo contemplado por el art. 28 inc. 1° antes citado.

En el caso del menor de edad que se encuentre privado de libertad en los Centros de Observación y Diagnóstico, o en los establecimientos que determine el Presidente de la República, una vez que se encuentre firme la resolución que declara que éste actuó con discernimiento, deberá ser transferidos a los establecimientos penitenciarios correspondientes, según lo contemplado en el art. 16 de la Ley de Menores, una vez que se declare que han actuado con discernimiento. Entendemos que esta transferencia deberá ser instada por el Ministerio Público, una vez notificado de la resolución que declara que el menor actuó con discernimiento, y deberá contar con la autorización del juez de garantía.

2. El menor es declarado sin discernimiento por el juez de menores

Una vez que el juez de menores declara que el menor de edad actuó sin discernimiento, consideramos que queda absolutamente radicada la competencia en él, pudiendo decretar alguna de las medidas de protección que contempla la Ley de Menores, y revocar la prisión preventiva decretada por el juez de garantía.

En lo que se refiere a la competencia del juez de garantía en relación a la prisión preventiva, el nuevo art. 16 inc. 4 de la Ley de Menores, contempla que



sólo el juez de garantía podrá impartir órdenes para el ingreso de los menores a los Centros de Observación y Diagnóstico, o los que determine el Presidente de la República. Es decir, es sólo el juez de garantía quién podrá decretar la prisión preventiva de un menor una vez que sea formalizada la investigación en su contra.

Consideramos además, que es de competencia del juez de garantía resolver acerca de mantener o revocar la prisión preventiva del menor **mientras se encuentre pendiente el trámite de discernimiento**. Este presupuesto se deduce de la aplicación del 51 inc. 3° de la Ley de Menores que es concordante con el art. 144 inc. 1° del Código Procesal Penal. El art. 51 inc. 3° contempla: "Los Centros de Observación y Diagnóstico estarán destinados a acoger a los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, detenidos conforme al art. 16 de esta ley o que se encuentren en prisión preventiva **mientras se practica el examen de discernimiento**, los que permanecerán en ellos hasta que el juez de garantía adopte una resolución a su respecto...".

En efecto, el nuevo art. 51 de la Ley de Menores contempla que es sólo el juez de garantía quién determinará la permanencia del menor en los Centros de Observación, pero esto solo se extiende al período en que se encuentra pendiente el trámite de discernimiento. Por su parte, el nuevo art. 16 al cual hace mención el art. 51 es una norma de atribución de competencia del juez de garantía, en lo que dice relación con la detención y la prisión preventiva pendiente el examen de discernimiento. Este artículo no se refiere en ningún momento a la competencia del juez de garantía una vez que se ha decretado que el menor actuó sin discernimiento, ni siquiera en cuanto a la prisión preventiva decretada por éste mismo. Entendemos que esta norma inhibe de toda competencia al juez de garantía cuando se resuelve que el menor está exento de toda responsabilidad penal.

Más aún, en el nuevo art. 28 de la Ley de Menores, se contempla que una vez que el juez de garantía declare que el menor actuó sin discernimiento, en virtud de su competencia establecida, y encontrándose firme la resolución, la comunicará al juez de menores, a fin de que este último determine si corresponde la aplicación de alguna de las medidas contempladas en el art. 29 de la Ley de Menores.

Por tanto, consideramos que **una vez que el juez de menores declare que el menor actuó sin discernimiento**, la competencia para resolver acerca de la situación del menor queda automáticamente radicada en éste, quien podrá aplicar alguna de las medidas contempladas en el art. 29 de la Ley de Menores, sin que sea necesario notificar al juez de garantía, por cuanto este pierde toda competencia para pronunciarse respecto a la situación de menor, incluyendo la de decretar su libertad.

Así, el nuevo artículo 26 n°10 establece:

Que corresponderá a los jueces de letras de menores:

"Conocer de todos los asuntos en que se impute un hecho punible a menores de dieciséis años, o mayores de esa edad y menores de dieciocho que hayan obrado



sin discernimiento, y aplicar, cuando corresponda, las medidas contempladas en el art. 29”

Entre las medidas contempladas en el art. 29 se contempla la del n° 1 que se refiere: “Devolver al menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación.”, lo cual implicaría a nuestro parecer una revocación implícita de la privación de la libertad.

Por su parte, el art. 29 es concordante con el art. 56 de la Ley de Menores, que contempla la facultad del juez de menores de modificar o revocar las medidas decretadas referidas a la permanencia de los menores en los establecimientos de protección de menores y hogares sustitutivos.

Refuerza este planteamiento el hecho que la resolución del juez de menores que declara que el menor de edad actuó sin discernimiento, es una resolución que causa ejecutoria según la redacción del art. 28 inc. 3 de la Ley de Menores, según el cual dicha resolución sólo será susceptible de recurso de apelación, **que se concederá en el sólo efecto devolutivo.** Esto significa que esta resolución cumplirá todos sus efectos, mientras no se declare lo contrario por el tribunal de alzada. Además, una vez resuelto por este último la apelación, éste comunicará lo resuelto al juez de menores, lo que demuestra una vez más que es este el competente para conocer de la situación del menor declarado sin discernimiento.

Por lo demás, si se aceptara la posibilidad que el juez de menores deba notificar al juez de garantía para que este último revoque de oficio la prisión preventiva según el art. 144 del Código Procesal Penal, implicaría generar un procedimiento muy engorroso, por cuanto una vez revocada la prisión preventiva por el juez de garantía éste a su vez deberá notificar al juez de menores para que decrete alguna de las medidas de protección si es que fueran procedente.

En virtud de lo anteriormente señalado podemos establecer que, una vez que el juez de garantía o de menores declaren que el menor actuó sin discernimiento, es este último el competente para aplicar alguna de las medidas del art. 29, entre las que se contempla la de decretar su libertad, colocando al menor a disposición de sus padres. Por lo tanto cuando es el mismo juez de menores que declara la falta de discernimiento del menor, la notificación al juez de garantía no se justifica ya que éste queda inhabilitado para seguir conociendo.

No obstante lo anteriormente señalado, la opinión de los jueces de garantía, y la de algunos jueces de menores difiere de la nuestra, según lo informado por las Defensorías Regionales. En efecto, éstos afirman que al haber sido el juez de garantía quién ha decretado la prisión preventiva, es éste el que tiene que dejarla sin efecto. En este caso, el juez de menores debiera notificar inmediatamente al juez de garantía de su resolución, de manera que éste proceda en virtud del art. 144 del Código Procesal Penal ha revocar la prisión preventiva de oficio, sin necesidad de discutirlo en audiencia.

3. Comparecencia de los defensores penales públicos ante los tribunales de menores.

Los defensores penales públicos pueden comparecer ante los juzgados de menores en el trámite de discernimiento.

En efecto, el art. 28 inc. 1° de la Ley de Menores, establece que durante el trámite de discernimiento el juez de menores deberá oír a los intervinientes en el proceso penal respectivo y, en todo caso al defensor del menor.

Cuando la ley se refiere a "...y en todo caso al defensor del menor", pareciera estarse refiriéndose particularmente al defensor que normalmente es asignado por el SENAME. Por su parte, cuando se refiere a los intervinientes del proceso penal, parece no haber ninguna duda que la ley 18.806 se está refiriendo a los defensores penales públicos, esto ya que el art. 12 del Código Procesal Penal, señala que "*se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, **al defensor**, a la víctima y al querellante...*".

En definitiva, según la óptica de la ley 18.806, los defensores penales públicos pueden comparecer ante el juez de menores en el trámite de discernimiento. Sin embargo, nos queda por analizar lo que se establece en la Ley 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública.

El artículo 2° de la Ley 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública establece que: "*La Defensoría tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado*". Este artículo debe ser interpretado como una norma programática que permite interpretar las otras normas de la misma ley y del Código Procesal Penal. En efecto, esta norma se encuentra dentro del Título I sobre la naturaleza, objeto, función y sede de la Defensoría, y no es una norma de atribución de competencia, por cuanto es el Título II el que se refiere a las atribuciones de la Defensoría Penal Pública.

El artículo 25 del Título II, contempla que: "*Los defensores locales asumirán la defensa de los imputados que carezcan de abogado en la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra...*

*Asimismo, la asumirán siempre que, de conformidad al Código Procesal Penal, falte abogado defensor, por cualquier causa, **en cualquier etapa del procedimiento.***"

Esta norma interpretada en relación al Código Procesal Penal y las garantías constitucionales, permitiría a los defensores locales comparecer en el trámite del discernimiento ante el juez de menores, por cuanto ésta es una etapa esencial del procedimiento iniciado contra el menor de edad, y que va a determinar algo fundamental como es la imputabilidad e inimputabilidad de éste.

Un menor imputado que carezca de abogado durante ésta gestión podrá contar con la defensa de un defensor penal público. El trámite de discernimiento que se efectúa ante el juez de menores se enmarca dentro del ámbito de su competencia criminal. En este sentido, un defensor público debe estar presente toda vez que su representado, sea un imputado, al cual se le está persiguiendo penalmente. Es así, como el artículo 7° del Código Procesal Penal señala que el imputado puede hacer valer los derechos que le reconocen las leyes y la Constitución desde la primera actuación del procedimiento. El artículo continúa : ***“Se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.”***

Entre los derechos del imputado contemplados en la Constitución y las leyes se encuentra el de contar con un defensor técnico para asegurar su efectiva e igual participación en el proceso, lo que se traduce en el derecho a contar con un defensor público. De la norma citada, se colige que si el imputado tiene derecho a contar con un defensor público desde la primera actuación del procedimiento, con mayor razón podrá exigirlo ante una diligencia durante el procedimiento que se efectúa ante un juzgado que tenga competencia en lo criminal, como es el caso del Juzgado de Menores, considerando además que este trámite va a resolver algo tan fundamental como es la imputabilidad o inimputabilidad del mismo.

La competencia en lo criminal del Juez de Menores es evidente y queda claramente así establecido en la Ley de Menores N° 16.618 en sus distintos artículos. A título de ejemplo podemos citar el inc. 2° del art. 19 que señala que: ***“El primer juzgado de Letras de Menores de Santiago, conocerá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 28 de la presente ley, de todos los asuntos en que aparezcan menores inculcados de crímenes, simples delitos y faltas...”***

El defensor penal público podrá comparecer ante los juzgados de menores hasta la declaración de discernimiento dictada por el juez. Este no podrá comparecer una vez que se le notifique que el menor actuó sin discernimiento, puesto que la eximente de responsabilidad penal del menor lo inhabilita para seguir compareciendo ante este tribunal. Sin embargo, si la notificación se practicara en una audiencia el defensor penal público podrá comparecer e instar a la revocación inmediata de la prisión preventiva del menor, cuando sea el caso. Además podrá comparecer ante la Corte de Apelaciones respectiva, siempre que el Ministerio Público interponga apelación en contra de la resolución que declara sin discernimiento al menor, según lo contemplado por el art. 28 inc. 3 de la Ley de Menores.

No obstante la posibilidad de los defensores penales públicos de comparecer ante el juez de menores en el trámite de discernimiento, en la práctica y hasta la fecha los defensores locales no han comparecido, sea porque las Defensorías regionales se han coordinado con otras instituciones como el Sename para que



asuman la defensa o porque directamente los juzgados de menores comunican a estos últimos para que comparezcan.

4. No procedería la detención del menor cuando la imputación se refiere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, siempre que se señale previamente el domicilio, conforme al art. 16 inc. 5° de la Ley de Menores.

La norma antes citada establece que:

“Si el hecho imputado al menor fuere alguno de aquellos señalados en el art. 124 del Código Procesal Penal, Carabineros de Chile se limitará a citar al menor a la presencia del fiscal y lo dejará en libertad, previo señalamiento de domicilio en la forma prevista por el art. 26 del mismo Código”.

Por su parte el art. 124 del Código Procesal Penal, modificado por la ley 19.789 de 30 de enero de 2002, señala que:

“Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inc. 4 del art. 134 o cuando procediere al arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el art. 33”.

El art. 134 inc. 4 señala que:

“El imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233; 495 N° 21, y 496, N° 5 y 26”.

De acuerdo a lo expresado en las normas anteriores debemos entender entonces, que los menores de 18 y mayores de 16 años, no podrán ser detenidos por estas faltas, debiendo solamente ser citados a la Fiscalía por la policía, previa comprobación del domicilio. Ello ya que la Ley 18.806 que introdujo el art. 16 inc. 5° de la Ley de Menores tiene una aplicación preferente a la Ley 19.789, por cuanto fue dictada con posterioridad a esta última, entendiéndose que en atención a la protección del menor y en aplicación del art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño, que contempla la prisión preventiva del menor como medida de último recurso, se consideró que el menor no debía ser privado de libertad frente a estas faltas. Además, se suma a ello que el tenor literal de la norma de la Ley de Menores es muy claro y no merita interpretación en contrario.

5. En aplicación del artículo 16 inc. 3° de la Ley de Menores, el menor que solicita la revocación de la prisión preventiva por escrito y es denegada, tendría derecho a la apelación.



La norma antes citada contempla que el menor privado de libertad siempre podrá ejercer los derechos consagrados en los artículos 93 y 94 del Código Procesal Penal y en los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte el art. 40 establece que los Estados Partes garantizarán, en particular:

Letra b) V, que si se considerare que el niño ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley.

El art. 149 del Código Procesal Penal dispone que:

"La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno".

Esta norma contempla la posibilidad de solicitar la revocación de la prisión preventiva por escrito, no siendo apelable la resolución que no da lugar a ella.

No obstante lo establecido en este artículo, en aplicación de las normas contempladas en la Ley de Menores y en la Convención sobre los Derechos del Niño, podemos entender que el art. 16 inc. 3° vino a modificar el art. 149 del Código Procesal Penal en esta última parte.

En efecto, esta norma establece una aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin necesidad de entrar en una discusión acerca del rango constitucional de dicha convención en virtud del art. 5 inc. 2° de la Constitución Política de la República. Por tanto, la mención expresa de la ley a los artículos de dicha Convención, entre los cuales se establece que una medida impuesta en contra de un menor cuando se considerare que ha infringido las leyes penales, deberá ser sometida a un órgano judicial superior competente, vino a establecer la posibilidad de interponer el recurso de apelación en contra de la resolución que rechaza la solicitud de revocación de la prisión preventiva presentada por escrito por el menor.

Entendemos que la norma deja inaplicable el art. 149 última parte del Código Procesal Penal tratándose de los menores de edad, en consideración a las vulnerabilidades particulares de éste y a la protección adicional que requiere, lo cual dice relación directa con el art. 37 de la Convención en cuestión que señala que la prisión preventiva decretada contra el menor de edad debe ser una medida que se debe adoptar como último recurso.