



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

DOCUMENTO DE TRABAJO N°6/2006

## Notas Sobre el Derecho a la Defensa Penal de Adolescentes

Miguel Cillero Bruñol

Diciembre 2006

Consulta sobre este documento a:  
[udpj@defensoriapenal.cl](mailto:udpj@defensoriapenal.cl)

**Unidad de Defensa Penal Juvenil**

## NOTAS SOBRE EL DERECHO A LA DEFENSA PENAL DE ADOLESCENTES

Miguel Cillero Bruñol\*

**SUMARIO.** I. Introducción.- II. El Derecho a la Defensa en el Marco de los Nuevos Sistemas Penales de Adolescentes. III La Experiencia de La Defensa Jurídica en el Marco del Sistema Vigente.- III.1. La Cultura Inquisitiva y el Modelo Tutelar como Obstáculos al Derecho a la Defensa Jurídica. IV. Rol del Abogado Defensor en Atención a las Particularidades del Adolescente. V. Competencias Básicas del Abogado Defensor. VI. Algunas Consideraciones Finales sobre los Valores Profesionales y la Defensa Penal de Adolescentes. VII. Conclusiones.

### I. Introducción.

Este trabajo forma parte de una investigación multidisciplinaria sobre la defensa penal de adolescentes, realizada durante el primer semestre de 2006 por investigadores del Instituto de Investigaciones en Ciencias Sociales y el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales<sup>1</sup>; su propósito es aportar antecedentes para la implementación de un sistema de defensa jurídica especializada para adolescentes infractores de la ley penal.

La investigación consta de dos partes: un estudio empírico, dirigido a indagar en profundidad las características de las experiencias de defensa penal de adolescentes desarrolladas en Chile, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes<sup>2</sup>; y un análisis jurídico de los hallazgos de este estudio y de otras investigaciones nacionales, así como de la literatura especializada de otros países, con el objeto de evaluar si algunas de estas experiencias pueden servir para el desarrollo de estándares del nuevo sistema de defensa que la Defensoría Penal Pública se encuentra estructurando. Este informe de investigación corresponde a la segunda parte del estudio mencionado.

La investigación asume como perspectiva metodológica que las prácticas concretas de la defensa jurídica se encuentran influidas tanto por factores normativos e institucionales, como por aspectos culturales generales y de la profesión, que dicen relación con consideraciones del contexto social en que se desarrollan y la propia evolución de la praxis jurídica. Para ello, se rescatan las prácticas desarrolladas en nuestro país por instituciones y abogados dedicados a la defensa jurídica de niños

---

\* Profesor investigador Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, candidato a Doctor Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

<sup>1</sup> "Experiencias de Defensa Penal Adolescentes, CERDA, A. RAMM, A. y CILLERO, M., Septiembre 2006, en adelante la "investigación empírica UDP/2006". Esta investigación fue hecha en el marco de un convenio con la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública.

<sup>2</sup> Ley N°20.084 cuya entrada en vigencia luego de la vacancia de 6 meses, se postergó desde Junio de 2006 a Junio de 2007.

y adolescentes (específicamente en el ámbito de los juzgados del crimen y de menores) en los últimos años, así como los aportes de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.

En síntesis, este estudio pretende indagar sobre las condiciones necesarias para lograr la vigencia efectiva de la normativa destinada a garantizar los derechos de los adolescentes imputados en los procesos judiciales. Se parte del supuesto que no basta con establecer el derecho a la defensa de adolescentes, sino que es necesario remover prácticas arraigadas que lo han desconocido y construir nuevos criterios informadores de la cultura jurídica. La experiencia de Estados Unidos revela que después del caso Gault -que reconoció expresamente al adolescente el derecho a la defensa y las garantías del debido proceso- persistieron, al interior del nuevo contexto jurídico, las prácticas *no adversariales*, evidenciando que el desarrollo de la defensa encuentra resistencias en los propios defensores y en otros actores sociales, quienes siguen viendo a los abogados como meros consejeros del niño y del Tribunal. Incluso, en los años sesenta, la opinión era aún más cruda: los defensores constituyen un estorbo o, en el mejor de los casos, una función inútil, puesto que existen otros profesionales que la pueden desempeñar mejor<sup>3</sup>.

Asimismo, en Alemania, pese a la vigencia de un Derecho Penal especial para jóvenes, persistieron visiones que consideran al abogado como un “perturbador de la paz” en un proceso que tiene por finalidad la “educación” del imputado y la determinación de la medida que mejor se ajuste a las necesidades de desarrollo del adolescente. Se promueve, entonces, un modelo de “abogado pedagogo” que acuerde con el fiscal lo “mejor” para el joven, criticando al abogado que pretendiere sólo la “absolución o un castigo suave para el acusado”<sup>4</sup>.

Sobreviniendo a estas situaciones, la cultura jurídica centrada en un rol de protección integral de los derechos de los adolescentes recibe un nuevo impulso a fines de los años ochenta, con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños (en adelante CDN) que obliga a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y dar una prioridad relativa a sus derechos al establecer que el interés superior del niño, que se identifica con la vigencia de sus derechos, ha de ser un principio rector de todas las medidas que se tomen respecto de ellos<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase PLATT, A., *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia juvenil*. Editorial Siglo XXI, Ciudad de México, 1982, pp. 177-183 y 188-189.

<sup>4</sup> Véase críticamente ALBRECHT, P.A.: *El Derecho Penal de Menores*, Traducción de Juan Bustos Ramírez, Barcelona, Ed. PPU, 1990, pp. 475-477.

<sup>5</sup> Véase un tratamiento más general en CILLERO, M.: “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M.: *Infancia, Ley y Democracia*, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, Coedición Ed. Temis y Depalma, 2ª. Ed., aumentada, corregida y actualizada, 1999.

Siguiendo la terminología española, el desafío actual para los programas de defensa jurídica –y para los abogados que la ejerzan- consiste en hacer efectivo el “derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”<sup>6</sup>, asunto que en el Derecho Penal de adolescentes tiene particularidades que pueden agruparse en: *conocimientos especializados, relación con el cliente* (el adolescente imputado), *destrezas específicas de litigación y respeto a los deberes relativos al ejercicio de la profesión*, considerando las características propias que presente su defendido.

En este documento procuro identificar y analizar estos conflictos a la luz de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia y la experiencia de las reformas penales de adolescentes, desarrolladas en un contexto general de instalación de nuevos sistemas de justicia criminal de adultos en América Latina<sup>7</sup>; pretendo, además, entregar algunas consideraciones teóricas que permitan guiar prácticas concretas que partan del reconocimiento del adolescente como un sujeto de derecho competente para participar en su defensa.

En las siguientes secciones se abordarán, el derecho a la defensa en el derecho comparado; el contexto en que se ha desarrollado la defensa penal de adolescentes en Chile; el rol del abogado; sus competencias y sus deberes profesionales en la relación con el cliente.

## **II. El Derecho a la Defensa en el Marco de los Nuevos Sistemas Penales de Adolescentes.**

Uno de los aspectos básicos de un Derecho Penal respetuoso del Estado de Derecho es el llamado principio de jurisdiccionalidad, que se encuentra en estrecha relación con la garantía a la defensa jurídica. Para comprender sus alcances seguiremos la explicación sistemática de FERRAJOLI. Para este autor, el principio se expresa, de un modo lato, en el axioma no hay pena, crimen, ni culpabilidad sin juicio<sup>8</sup>. Estas tres tesis se exigen para cualquier modelo procesal – sea inquisitivo o acusatorio-, pero si además a este principio se le unen las garantías procesales expresadas en las tesis no hay juicio sin acusación, prueba y defensa, se estará frente a lo que FERRAJOLI denomina principio de jurisdiccionalidad en

---

<sup>6</sup> AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las Garantías del Menor Infractor*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 218.

<sup>7</sup> Una visión general sobre los procesos de reforma en RIEGO RAMÍREZ, C.: “Informe Comparativo Proyecto Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina” en *Revista Sistemas Judiciales*, N° 3, CEJA, 2002, [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

<sup>8</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid 1ª ed. 1995 pp. 537- 539. Esta formulación corresponde al principio de jurisdiccionalidad en sentido lato.

sentido estricto que es propio del sistema acusatorio y de los Estados de Derecho constitucionales<sup>9</sup>.

El derecho a defensa en materia penal, se manifiesta en dos dimensiones: la defensa material y la defensa técnica. La defensa material es entendida como el derecho del imputado a entregar en el juicio su propia versión de los hechos, proponer y presentar prueba y, en general, estar habilitado para realizar todas las actuaciones conducentes a defenderse de los cargos que se le imputan. La **defensa técnica**, por su parte, es una garantía para el cumplimiento efectivo de la defensa material, que consiste específicamente en el derecho a contar con la asesoría de un abogado que represente los intereses jurídicos del imputado. Pero la importancia de la defensa no acaba aquí. Como sostiene RIEGO, en un sistema de garantías aquélla es, "además de un derecho específico, un mecanismo que torna operativas el resto de las garantías"<sup>10</sup>.

Sin embargo, estas garantías no siempre les fueron reconocidas a los menores de edad; a nivel internacional sólo una vez que en Estados Unidos se dio inicio al proceso de *constitucionalización de la Justicia Juvenil* - llevado a cabo por la Corte Suprema en la década de los sesenta<sup>11</sup> - se expandió la necesidad de asegurar el debido proceso en los procedimientos seguidos contra personas menores de edad. Este proceso influiría en la evolución de otros ordenamientos jurídicos y en las orientaciones adoptadas por la propia Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

El punto de inflexión lo constituyó el ya citado caso *In re Gault* (1967), en el cual la Corte Suprema norteamericana decidió que el confinamiento como medida de tratamiento y/o rehabilitación, sin importar el **motivo** de su imposición, constituían en los hechos una privación de libertad que causaba un **impacto** severo en los derechos del adolescente. La Corte dictaminó que un hogar para jóvenes era "una institución de confinamiento en la que el niño era encarcelado por un tiempo largo o corto"<sup>12</sup>, por lo que su eventual aplicación exigía las mismas garantías que supone el procedimiento criminal establecido para los mayores de edad. En el

<sup>9</sup> Ídem, p. 539. La suma del axioma y estas garantías corresponde - para FERRAJOLI - a un sistema cognoscitivista que se describe como un sistema de garantías aún más estricto que el modelo acusatorio.

<sup>10</sup> RIEGO RAMÍREZ, C.: "El Sistema Procesal Penal Chileno Frente a las Normas Internacionales de Derechos Humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Medina, C. y Mera, J., editores, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 251-252.

<sup>11</sup> Véase una completa relación de este proceso con referencia a los fallos más relevantes en PARRY, D.: "*Essential Readings in Juvenile Justice*", Pearson Education, NJ, 2005. pp. 72- 120.

<sup>12</sup> *In re Gault*, 287 U.S. 1, 27 (1967) citado en FLETCHER, G. P., *Basic concepts of criminal law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, p. 26. Hay una versión en castellano "Conceptos Básicos de Derecho Penal, Traducción y prólogo de Muñoz Conde, F. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Véase un completo análisis de este fallo en NEIGHER, A.: "The Gault Decision: Due Process and The Juvenile Courts" contenido en Cavan Ruth, *Readings in Juvenile Delinquency*, Ed. J.B. Lippincott company, 2ª ed. Philadelphia and New York, 1969, pp. 394 – 412.

fondo, la contribución de *In re Gault* fue extender las garantías del debido proceso a los acusados ante las cortes juveniles; entre ellas, que “reciban la asistencia de un abogado”<sup>13</sup>.

En este marco, la defensa penal pasa a ser considerada como un asunto crucial para el desarrollo de los sistemas de justicia especializados para adolescentes<sup>14</sup>. Son numerosos los estudios que señalan que la legitimidad de la justicia penal juvenil, y su eficacia preventiva, dependen directamente de la correcta satisfacción del derecho a la defensa, entre otras condiciones<sup>15</sup>.

La importancia atribuida a la defensa jurídica en los procesos de adolescentes, radica en la necesidad de hacer efectivos dos aspectos fundamentales para asegurar el debido proceso: *la participación del imputado y la igualdad de armas entre defensa y acusación*. En el ámbito de la justicia de adolescentes, estos dos elementos tienen cierta especialidad que ha de ser considerada en el diseño de las leyes y de los sistemas de defensa que se pongan en funcionamiento, siendo particularmente relevante el primero de ellos.

Ya que el sistema penal de adolescentes se justifica en ciertas características del sujeto que lo diferencian del adulto, y que estas particularidades hacen necesario una regulación penal sustantiva diferenciada, se colige también la exigencia que las características especiales del imputado deban considerarse en el diseño del proceso penal, así como en las funciones y el modo de trabajar de los intervinientes. Dicho de otro modo, el diseño del proceso penal de adolescentes debe permitir que se desplieguen en plenitud, y con todas sus particularidades, la actividad acusatoria, defensiva y de valoración y disposición que la ley encarga a los distintos actores. Es por ello que, si bien en este trabajo se aborda sólo la especialidad de la defensa, para que ésta sea de hecho efectiva, se requiere un sistema especializado en que todos los actores posean niveles equivalentes de expertizaje en la materia.

Todo esto se deriva de la constatación que las diferencias entre el Derecho Penal de Adolescentes y el de adultos se marcan, básicamente, en lo cualitativo; no se

---

<sup>13</sup> FLETCHER, ob. cit., p. 26.

<sup>14</sup> El hecho que en diversos países se destinen fondos públicos a esta materia es indicativo que el interés no es meramente académico, sino que tiene incidencia práctica. Un ejemplo es la asignación de fondos de investigación por parte de la Oficina Federal de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia (en adelante, OJJDP) en el marco de su proyecto “Due Process Advocacy Project” a diversas organizaciones para dar efectividad al Derecho a la Defensa de jóvenes. En Chile a este estudio de la defensoría se le suma uno desarrollado en el 2005 por encargo del SENAME al que se aludirá más adelante y a diversas iniciativas que contaron con el apoyo financiero de UNICEF, durante la década de los noventa.

<sup>15</sup> Véase entre otros, PURITZ, BURRELL, SCHWARTZ, SOLER y WARBOYS: “A call for Justice: An assessment of Access to Counsel and Quality of Representation in Delinquency Proceedings” ABA, Washington DC, 1995, una síntesis de este trabajo autorizada por los autores en PARRY, David: ob.cit., pp. 316-324 de donde se cita.

reducen a la mera intensidad de la respuesta punitiva. Existen fundamentos constitucionales, político-criminales y criminológicos que sostienen la necesidad de especialidad. Adicionalmente, también hay argumentos dogmáticos, en particular referidos a consideraciones culpabilísticas, que exigen que el Derecho Penal de adolescentes se estructure como un Derecho Penal limitado y especializado y no como un mero Derecho Penal de adultos atenuado<sup>16</sup>.

### **III. La Experiencia de la Defensa Jurídica en el Marco del Sistema Vigente en Chile: aspectos teóricos y empíricos.**

En esta sección se analiza la evolución de la defensa jurídica de adolescentes en el país, las razones para su escaso desarrollo y la posibilidad de que algunas de estas prácticas puedan servir para el diseño de estándares para el nuevo sistema. Un rasgo distintivo de la legislación chilena relativa a las personas menores de edad, fue atribuirle un carácter no penal a la justicia que debía resolver sobre los conflictos jurídicos en que ellos se vieran involucrados. Esta característica explica que sea posible identificar, en las pasadas experiencias de defensa jurídica, dos tendencias o dimensiones complementarias que son útiles para los efectos del diseño de políticas destinadas a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la defensa.

En primer lugar, resaltan aquellas intervenciones que se corresponden con una defensa técnica penal, la que se ejerce fundamentalmente a partir de la relación entre el adolescente imputado y su abogado en un procedimiento específico. Es el clásico ejemplo del abogado que patrocina causas judiciales, representando los intereses de su cliente menor de edad. Esta práctica, como se verá, se encontraba fuertemente limitada por el sistema de juzgamiento de los menores de edad en Chile.

En otra dimensión, las acciones de defensa se canalizaron en la protección general de los derechos humanos de los adolescentes, particularmente ante la pretensión punitiva, socioeducativa o tutelar que el Estado reclama, mediante el obrar de la administración de justicia, respecto de un niño o un adolescente determinado. En el ámbito penal, estas acciones se centraron en la defensa de la libertad

---

<sup>16</sup> Una completa exposición de la justificación de la especialidad del Derecho Penal de adolescentes en MALDONADO FUENTES, F.: "La Especialidad del Sistema de responsabilidad Penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado" en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 6, UNICEF, pp. 103 – 160. Específicamente sobre el problema de la culpabilidad CILLERO, M.: "*Nulla Poena sine Culpa: un límite necesario al castigo penal de los adolescentes*" en GARCÍA MÉNDEZ comp. *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, Ed. Ad – Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 71 – 85. Sobre la necesidad de diferenciar el proceso penal de adolescentes, DUCE, M.: "El Proceso Establecido en el Proyecto de Ley que Crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal: Avances y Problemas", en *Revista de Derechos del Niño* N° 2, UDP/UNICEF, 2004, pp. 99-113.

ambulatoria y en requerir la protección jurídica frente a los tratos crueles, inhumanos o degradantes que pudiese sufrir el adolescente, o sufra, en instituciones donde se encuentre privado de libertad o los que reciba de la actuación de los agentes policiales. Para lograr estos objetivos, se utilizaban tanto los mecanismos penales como aquellos que contemplaba el Derecho de Menores o, en ocasiones, se recurría directamente a la protección constitucional principalmente a través de la presentación de recursos de amparo.

Los defensores especializados de las organizaciones no gubernamentales, según queda de manifiesto de la investigación empírica UDP/2006 y el estudio de CILLERO y BERNALES<sup>17</sup>, transitaban por los dos carriles señalados; su accionar se encontraba vinculado con un amplio movimiento de reforma, destinado a fortalecer los derechos humanos de los niños y adolescentes. Su ejercicio profesional se insertaba dentro de las acciones de organizaciones que específicamente trataban de influir en la reforma legislativa, las políticas públicas o prestaban servicios directos de protección y promoción de derechos de los niños y adolescentes<sup>18</sup>.

El diseño del nuevo sistema de defensa penal, entonces, deberá hacerse cargo de las notas distintivas de ambas vertientes, pero es evidente que, a nivel de la actividad de cada defensor penal público o privado, el énfasis ha de ser puesto en la defensa individual en juicio. Asimismo, se deberá incentivar la adquisición de conocimientos y destrezas específicas para desarrollar una defensa de calidad, de acuerdo con las especiales características de su defendido.

Sin embargo, esta orientación al caso individual se puede relativizar, si se atiende a la perspectiva de la Defensoría Penal Pública en su conjunto o, más aún, si se define la actividad de defensa penal – pública o privada- de un modo más amplio, como una garantía relativa a la protección de los derechos fundamentales ante la pretensión punitiva o socioeducativa del Estado, que se despliega no sólo en el sistema penal formal, sino que también, con especial fuerza, en el informal y, particularmente, en el problema de las relaciones entre los adolescentes y la policía<sup>19</sup>. Para ello, no basta con la defensa penal individual, según lo muestran las entrevistas a defensores, cobrando mayor importancia la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública, como un centro de desarrollo de una política de defensa de los adolescentes cuya incidencia en el sistema supere los casos particulares, así como las actividades que puedan realizar asociaciones

---

<sup>17</sup> CILLERO, M y BERNALES, M.: *"Derechos Humanos de la Infancia/Adolescencia en la justicia penal de menores" de Chile: evaluación y perspectivas* en *Revista de Derechos del Niño No.1*, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, Chile, 2002, pp. 9 – 40.

<sup>18</sup> Un ejemplo es el trabajo de instituciones como el Hogar de Cristo o de la Corporación Opción.

<sup>19</sup> Los estudios de PLATT nuevamente ilustran que estos problemas permanecieron en el sistema americano y que no se alentó el desarrollo de programas jurídicos destinados a atacarlos desde organizaciones de la comunidad. Más aún, se afirmaba que este tipo de actividades no correspondía a los "roles y competencias de los abogados", PLATT, A.: ob. cit. p. 189.



privadas y académicas de defensa de los derechos fundamentales de los adolescentes para incidir sobre el funcionamiento global del sistema.

Ambas dimensiones de la experiencia revelan que el núcleo del problema que se debe resolver al diseñar un sistema de defensa jurídica es, como se dijo, evitar la indefensión de los niños, niñas y adolescentes, garantía cardinal para la protección jurisdiccional de sus derechos fundamentales.

### **III.1 La Cultura Inquisitiva y el Modelo Tutelar como Obstáculos al Derecho a la Defensa Jurídica.**

Como se encuentra suficientemente documentado, la Justicia de Menores nace en Chile con la ley N° 4.447 de 1928, en pleno período de efervescencia de la cuestión social. Con esta ley se da origen a un sistema tutelar de menores que pretendía entregar una respuesta judicial y administrativa a la situación de los niños *abandonados e infractores de la ley penal*. En el plano procesal, la legislación de menores se distinguía por una absoluta discrecionalidad e informalidad que se opone a los principios garantistas que inspiran a la doctrina de protección de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia aplicados a la Justicia Penal.

La legislación especial era el complemento de la antigua Justicia Penal inquisitiva. Estos dos sistemas se comunicaban entre sí o, mejor dicho, permitían la transferencia de causas judiciales del uno al otro, en virtud de la declaración que hacía el juez de menores sobre el “discernimiento” con que habría actuado el adolescente en el caso concreto. El traspaso operaba en ciertos tramos de edad, que fueron variando en el tiempo<sup>20</sup>.

El análisis y la crítica de la forma de justicia inquisitiva son abundantes, pero poco se ha analizado su vínculo con los procedimientos especiales para menores y su relación con el derecho a la defensa. FERRAJOLI señala, luego de realizar una serie de precisiones conceptuales sobre la validez instrumental o valor crítico de los *modelos de justicia penal*, que la “dicotomía acusatorio/inquisitivo” resulta útil para caracterizar dos “métodos contrapuestos de averiguación judicial” que dan origen a dos “tipos de juicio”<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Véase CILLERO BRUÑOL, M.: “Comentario al Artículo 10 N°s 2 y 3 del Código Penal”, en Politoff, Sergio; Ortiz, Luis (directores) y Matus, Jean Pierre (coordinador), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 109- 126. Una completa visión sobre la transferencia de adolescentes al sistema penal de adultos en Estados Unidos en FAGAN, J. Y ZIMRING, F. ed. *The Changing Borders of Juvenile Justice*, University of Chicago press, 2000.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, L.: ob.cit. p. 564. Un análisis del sentido de la dicotomía entre sistema inquisitivo y acusatorio desde la perspectiva chilena y Latinoamericana en DUCE, M. y RIEGO, C.: *Introducción al Nuevo Sistema Penal*, Vol. I, Ed. Universidad Diego Portales, 2002, pp. 38-43.

De este modo, los modelos procesales resultan determinantes para explicar el diseño de los roles y facultades de los distintos actores en el proceso penal. El sistema inquisitivo, según FERRAJOLI, se caracteriza por radicar en el juez las actuaciones relativas “a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la **contradicción y el derecho a la defensa**”<sup>22</sup>.

La justicia de menores, por su parte, a diferencia de la más que centenaria forma inquisitiva, es un producto del siglo XX. Surgió mediante leyes que contemplaban la creación y funcionamiento de tribunales especiales para el conocimiento de todos aquellos asuntos o conflictos que afectasen a menores de edad y que requiriesen de tutela especial del Estado.

Vistas las condiciones socioeconómicas de la infancia pobre como una situación irregular, se formuló la doctrina legal que inspiró a la *nueva justicia de menores nacida en 1899 en Estados Unidos de Norteamérica*<sup>23</sup>. La situación irregular justificaba un modelo de intervención paternalista y asistencialista del Estado, a través del poder judicial, que se orientaba hacia la protección de los niños y adolescentes sin diferenciar en el ámbito del tratamiento legal entre aquellos que sufrían el abandono, u otros flagelos derivados de la pobreza y la marginación social, de aquellos que infringían la ley penal. Estos últimos también eran sometidos a la competencia y el control del Juez de Menores.

La cultura tutelar tuvo hondas repercusiones en el sistema de juzgamiento penal de los menores, imponiendo un nuevo *deber ser* que desacreditaba el valor de las garantías procesales y el rol del abogado. Para graficar la doctrina dominante, como una síntesis de las ideas inquisitivas y tutelares, pueden examinarse los postulados de un reputado autor, de gran influencia en América, como fue Luis Jiménez de Asúa:

“No tenemos, pues, ningún reparo en afirmar, de la forma más rotunda y contundente, que debe abolirse toda solemnidad y publicidad en el proceso... como no se trata de una litis no hay intervención de abogados, no cabe aquello de que haya un defensor, de que exista un juez que oiga a ambas partes. Allí no hay más que un hombre que estudia a los menores y que trata de ayudarles (al que) debe darse el más amplio arbitrio () para determinar la forma en que haga las investigaciones. (El Juez) no va a investigar hechos, no va a dilucidar si el crimen se cometió en tal

---

<sup>22</sup> *Loc. Cit.*, el destacado es nuestro.

<sup>23</sup> Una completa visión de este proceso en la obra colectiva de ROSSENHEIM, M. et al: *A Century of Juvenile Justice*, The University of Chicago Press, Chicago, 2002. En Chile, resultan ilustrativas de esa tendencia las diversas publicaciones del primer Juez de Menores de Chile, Samuel Gajardo, particularmente su obra *Justicia con Alma*, Imprenta Dirección Nacional de Prisiones, Santiago, 1936.

o cual forma, si existía esta o aquella otra causa de justificación, si habían circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor<sup>24</sup>.

Esta orientación hacia el *bien del menor*, que supuestamente inspiraba a los procedimientos judiciales, era contradicha en los hechos por el uso reiterado y permanente de medidas que se reservan al poder punitivo del Estado, tales como la privación de libertad en recintos penales o en aquéllos destinados a darle protección al niño<sup>25</sup>.

De esta manera, mientras la cultura inquisitiva consideraba al abogado como un *auxiliar de la administración de justicia*, la doctrina tutelar le restaba importancia a su función en el juzgamiento de las personas menores de edad, reduciendo significativamente las instancias previstas para la intervención formal de los abogados en los procedimientos legales.

El procedimiento ante los Juzgados de Menores compartía las características burocráticas y escritas del sistema inquisitivo, extremándolas. El rol del juez concentraba una preponderancia máxima por sobre las facultades de los intervinientes y sus abogados, que eran desde un punto de vista procesal irrelevantes. Las medidas restrictivas de los derechos fundamentales se aplicaban a los adolescentes infractores sin forma de juicio, esto es, sin observar las reglas del debido proceso, sin siquiera estar sujeto a la obligación legal de comprobar la efectividad de la imputación. Los abogados defensores, en el caso de intervenir, limitaban su ejercicio a una defensa mínima, con el agravante de que el abanico de recursos defensivos con que contaban era en extremo reducido.

En los tribunales de menores, la declaración de discernimiento constituía el principal objeto de la defensa técnica. Es más, una vez puesta en marcha la reforma procesal penal la situación no cambió radicalmente, manteniéndose el criterio de centrar la defensa técnica en dos áreas: procurar una declaración negativa sobre el discernimiento del adolescente imputado y, dos, representar en juicio los intereses de aquellos menores declarados con discernimiento, en el marco de un proceso penal cuya única diferencia era que la pena impuesta era atenuada en relación a la aplicable al adulto<sup>26</sup>. La subsistencia del discernimiento en el proceso penal chileno, por tanto, afectó las posibilidades de crear un efectivo sistema de defensa penal para adolescentes.

---

<sup>24</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Cuestiones de Derecho Penal*, Talleres Gráficos Nacionales, Quito, 1953, p. 85.

<sup>25</sup> Véase GARCÍA MÉNDEZ E.: "Para un Historia del Control Penal de la Infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social", en EL MISMO: *Infancia de los Derechos y la Justicia*, ed. Del Puerto, 2ª. Edición actualizada, Buenos Aires, 2004 pp. 17-44. Para Chile la investigación de CILLERO, M y BERNALES, M.: ob. cit. passim.

<sup>26</sup> Así se desprende del reporte de los abogados entrevistados en la investigación empírica UDP/2006.

De los antecedentes aportados por la investigación empírica UDP/2006 -y por la doctrina nacional-, es posible desprender que nuestros tribunales conciben al discernimiento de dos formas: i) como capacidad de entender y querer, y ii) como una consideración de utilidad social, entendida ésta como presencia o ausencia de peligrosidad o capacidad de rehabilitación<sup>27</sup>.

Aunque opuestos, ambos criterios comparten una característica: corresponden a lo que FERRAJOLI denominó modelo *sustancialista y decisionista*, que basa sus juicios en la subjetividad del autor del delito y en las valoraciones que les son reservadas al Juez. El modelo se dirige al "descubrimiento de una verdad sustancial y global fundada esencialmente sobre valoraciones... verdades éticas o políticas que van más allá de la prueba"<sup>28</sup>, que, en consecuencia, terminan por limitar severamente las posibilidades de la defensa.

En este contexto normativo, no es de extrañar que sólo a mediados de la década de los 80 surgieran iniciativas residuales y aisladas, en el seno de la sociedad civil, destinadas a la representación jurídica de los menores de edad, inspiradas más bien en una práctica en pro de la defensa de los derechos humanos de los niños y adolescentes, que en la defensa profesional especializada en lo penal. Los programas de representación jurídica eran de alcance limitado, abarcando a una pequeña proporción de los adolescentes sometidos a la justicia penal de menores<sup>29</sup>.

A partir de 1990, con el retorno a la democracia y la ratificación de la CDN, se toma conciencia progresiva de la importancia de la representación judicial de los niños y adolescentes, prestándose apoyo y financiamiento estatal a las organizaciones que ejercían la defensa judicial, promoviéndose incluso su generalización<sup>30</sup>. Sin embargo, de acuerdo a la investigación citada, la *praxis* desplegada por los proyectos de defensa era limitada y se centraba en aspectos relacionados con el acceso a la defensa jurídica profesional (abogados y procuradores), la información y asesoría que se debía brindar al detenido y a su

---

<sup>27</sup> Esta caracterización es el resultado del relevante estudio empírico y la revisión bibliográfica y jurisprudencial realizada por BASCUÑAN VALDÉS, A. y colaboradores: "La Responsabilidad Penal del Menor", Instituto de Docencia e Investigación Jurídica, U. de Chile, Santiago, 1974. Pese a su relativa antigüedad, la descripción del sistema se encuentra perfectamente vigente.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, L.: ob. cit. p. 540.

<sup>29</sup> La excepción la constituían los menores declarados con discernimiento, quienes eran representados en juicio por los precarios sistemas para la defensa de personas sin recursos económicos.

<sup>30</sup> Al pionero programa de la Fundación Hogar de Cristo, iniciado en la segunda mitad de los ochenta con fondos privados, le siguió una breve etapa de un servicio centralizado en el SENAME y luego la apertura de una línea de financiamiento de proyectos de defensa jurídica, ejecutados por organizaciones de la sociedad civil, bajo supervisión de dicho servicio. Véase sobre esto CILLERO, M. y BERNALES, M.: ob. cit.. Se ha tenido también a la vista la "*Sistematización de los Resultados Obtenidos en el Taller de Experiencias en Atención a los Proyectos de Defensa Jurídica Para Adolescentes*", realizada por BARROS, P. y COUSO, J. Universidad Diego Portales, SENAME, 2005.

familia, la obtención de la libertad provisional, la fiscalización de las condiciones de privación de libertad (que en su origen eran complementados con un proyecto de trabajo psicosocial al interior de los recintos de privación de libertad) y, particularmente, la asistencia legal durante el trámite del discernimiento.

En este marco no resulta errado que algunos de los abogados defensores entrevistados en la investigación empírica UDP/2006, que tenían experiencia en la defensa de menores en el ámbito de organizaciones no gubernamentales durante los años noventa, identificaran su quehacer profesional con un rol general de *control del poder punitivo del Estado*. Esta forma de entender su función era no sólo adecuada a las circunstancias sociales y jurídicas, sino que también era constitutiva de una práctica que tendía a asimilarse más con una defensa de derechos fundamentales que con la *defensa técnica penal*, ya que esta última no encontraba posibilidades de desplegarse en el sistema tutelar.

Estas razones –primacía del sistema inquisitivo, tutelarismo y subsistencia del discernimiento- justifican por qué la evidencia histórica nos muestra que en el marco jurídico referido a la defensa penal especializada de menores en juicio, ésta fue prácticamente inexistente o reducida a un papel muy secundario. Ello se refleja en las conclusiones de la investigación empírica UDP/2006, que no arroja mayores diferencias en la práctica concreta de los abogados defensores con experiencia anterior a la reforma procesal penal, por una parte, en relación a aquellos que han tenido que asumir esos casos con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal sin ningún tipo de capacitación previa, por la otra.

La relevancia de los principios que subyacen a los sistemas de justicia, sin embargo, no deben llevar a pensar que el sólo cambio de “modelo legal” asegurará la efectividad del derecho a la defensa. Como ejemplo se pueden examinar las conclusiones de la investigación de los procesos de reforma de justicia penal de adultos en América Latina que revelan: *“que la actuación de los defensores no se extiende más allá de ese hecho (la presencia), esto es, salvo excepciones muy limitadas en cuanto a su cobertura, los sistemas de defensa pública no cuentan con la posibilidad de realizar investigaciones paralelas. Tampoco existen sistemas que permitan la efectiva presencia de los defensores públicos en los cuarteles policiales. Estos intervienen siempre ante órganos jurisdiccionales o ante el Ministerio Público, en instancias relativamente formalizadas. También se observa, en algunos casos, una cierta debilidad en las actuaciones concretas de la defensa frente a los órganos de persecución, es decir, hay defensores en cada una de las actuaciones fundamentales del procedimiento pero existen algunas dudas acerca de la efectividad de su actuación. Sin duda no contamos con información para evaluar esto de manera más precisa, o cabe consignar que en todo caso pareciera ser que el objetivo de cada uno de los países ha sido el de procurar un defensor en*

*cada caso, sin que haya existido todavía una política explícita por potenciar las actuaciones de esos defensores<sup>31</sup>”.*

En conclusión, si bien un adecuado diseño legal es una condición para el efectivo ejercicio del derecho a la defensa, el sólo paso de un sistema tutelar inquisitivo a uno de responsabilidad penal de adolescentes y adversarial a nivel normativo, no lo garantiza. La efectividad del sistema se juzgará, como en toda reforma judicial de envergadura, en el trabajo continuado de instalación, monitoreo y evaluación de prácticas y razonamientos judiciales que apunten hacia la efectiva vigencia de los principios que inspiran la reforma.

#### **IV. Rol del Abogado Defensor en Atención a las Particularidades del Adolescente.**

Una vez delineado el derecho a la defensa de adolescentes, es necesario, considerar que su ejercicio en sede penal tiene como presupuestos la posibilidad del imputado de **conocer los cargos**, la de ser **oído** en juicio y la de **comunicarse libremente** con su abogado. Tres asuntos que resultan problemáticos en el Derecho Penal de adolescentes, por lo que requieren un abordaje especializado, diferente al del adulto. La identificación de las funciones del abogado no es para nada un tema pacífico en la doctrina. Ya sea porque existen resabios de tutelarismo (por el que se pretende proteger a costa de la libertad y los deseos del defendido), o porque hay una cierta incapacidad para entender las particularidades del proceso penal de adolescentes y su relación con los demás derechos que le asisten al imputado.

En este informe se sostiene la idea que el rol del defensor juvenil no difiere esencialmente del que se le atribuye al abogado del adulto, no obstante que para ejecutarlo se requiera adecuar, intensificar o fortalecer ciertas garantías relativas a las características de su defendido. La prioridad del interés del niño consiste en representar *su voluntad e intereses* y no en estructurar una defensa limitada y negociada para perseguir un hipotético interés que lo beneficie definido por personas adultas, sean los padres, el fiscal, el juez, los servicios sociales o el propio abogado del imputado.

La intensificación o *plus de protección* de sus derechos constitucionales y legales es lo que podemos identificar como característica constitutiva de la defensa jurídica especializada de los adolescentes<sup>32</sup>. Las habilidades específicas para llevar

---

<sup>31</sup> RIEGO RAMÍREZ C.: “Informe...” *ob.cit.* p.7.

<sup>32</sup> Una explicación de esta protección adicional o complementaria de los derechos de los niños como sujetos en desarrollo en BELOFF, M.: “Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos”, *en Justicia y Derechos del Niño* N° 2, UNICEF, p. 81, CILLERO BRUÑOL, M.: “Leyes De Menores,

a cabo esta representación jurídica, constituirían el perfil de competencias de los defensores, el que deberá incluir conocimientos, destrezas y una especial capacidad para tomar decisiones en interés de su cliente.

Por su parte, las *consideraciones culpabilísticas*, relacionadas con el estado de desarrollo del adolescente, también afectan al proceso penal. La participación del adolescente imputado en el proceso penal ha de ser examinada atendiendo a las particularidades del desarrollo y de su derecho a ser oído en todos los procedimientos judiciales, consideraciones que están reconocidas expresamente en la CDN, en sus artículos 40 y 12 respectivamente.

El análisis de experiencias comparadas revela que la praxis en **Estados Unidos** ha transitado desde considerar un rol amplio del defensor, en el que, además de su cometido como abogado, debe servir como tutor del menor y auxiliar del Tribunal, hacia una consideración más estricta e independiente del rol del abogado como representante de los intereses del niño.

En ambos polos, sin embargo, se parte de un punto común. Siempre se deben tener presente las circunstancias connaturales del adolescente, tales como su madurez física y psíquica, sus condicionamientos emocionales, su salud (mental y física) y su situación o identidad social<sup>33</sup>.

ISAACS, en un enfoque tradicional, describe en 1963 – antes de Gault - tres roles para el abogado: *defensor, tutor y auxiliar del tribunal*. Como defensor “debe defender ardientemente los derechos constitucionales y legales de su cliente”; como tutor debe tener en consideración “el bien general del menor”; y en la de agente del tribunal “tiene que asumir la obligación de interpretar y transmitir los objetivos del tribunal tanto al niño como a sus padres, impedir el falseamiento y el perjurio en la descripción de los hechos, y revelar a la corte todos los hechos de que tiene conocimiento relativos a la debida solución del caso”. LEMERT, analizando específicamente la justicia juvenil post GAULT, llega a la conclusión que, pese al nuevo marco, primaba en el defensor la “función del abogado como negociador e intérprete entre el Juez y la Familia”<sup>34</sup>.

La doctrina norteamericana, como se dijo, ha evolucionado, afirmándose en la actualidad que el abogado que representa al adolescente debe tener la misma

---

Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos”, en Medina, C. y Mera, J. ob. cit. p. 528.

<sup>33</sup> Aspecto este último que es reportado en los resultados de la investigación empírica UDP/2006 y que también aparece relevado en el informe de BARROS, P y COUSO, J. ob. cit., p. 10.

<sup>34</sup> Las referencias están tomadas de PLATT, A., ob. cit., p. 177 y corresponden a ISAACS, J.: “The Role of the Lawyer in Representing Minors in the New York Family Court”, *Buffalo Law Review*, 12, 1963, 501-521 y LEMERT, E.: “Juvenile Justice - Quest and Reality”, *Trans-action*, 4, July 1967, 30-40. Nótese que estas funciones de intérprete o informante y negociador fueron relevadas como de alta importancia por los defensores entrevistados.

consideración profesional y deberes que se le exigen respecto de un cliente adulto. No es, por tanto, “un tutor de su defendido ni un consejero del tribunal; tampoco le compete el rol de protector de la comunidad”<sup>35</sup>, ni menos el de un “salvador del niño”<sup>36</sup>.

En **Alemania** la situación también es compleja, ya que se mantuvo en parte la visión del rol del defensor juvenil como un coadyuvante de la justicia penal. Esta interpretación se enmarcó dentro de una concepción general sobre la posición jurídica del defensor. ROXIN nos señala que la tesis dominante en la jurisprudencia y la doctrina alemanas no veía en el abogado defensor “un representante exclusivo de los intereses del imputado, sino “un órgano independiente de la administración de justicia” (...) que se encuentra junto a él como “asistencia” y que también se encuentra obligado por los intereses de una administración de justicia penal funcionalmente capaz”<sup>37</sup>.

Siguiendo este argumento y dado que las propias leyes penales juveniles declaran que las sanciones poseen una naturaleza socioeducativa, orientada a la reintegración social del condenado, el abogado defensor debería cumplir su rol en consonancia con esa finalidad. En consecuencia, hasta mediados de los años 80 se defendía explícitamente la concepción de que el defensor no debería exigir para el adolescente imputado una absolución injustificada, pues ésta “podría perjudicar enormemente al menor”<sup>38</sup>. El abogado defensor era mirado muchas veces por jueces y fiscales, “como un factor perturbador del procedimiento penal de menores”. Esta tesis ha sido rebatida por ALBRECHT, quien señala que, como “el Derecho Penal de Menores es Derecho Penal”<sup>39</sup>, “el defensor tiene, básicamente, en el procedimiento penal de menores los mismos derechos y deberes que en el procedimiento penal general”<sup>40</sup>.

En la experiencia de **Italia** aparece otro aspecto crítico de la defensa penal de adolescentes, consistente en una mal entendida necesidad de especialización y

---

<sup>35</sup> CALVIN, E.M. et al: “Washington: An Assesment of Access to Counsel and Quality Representation in Juvenile Offender Matters”, AMERICAN BAR ASSOCIATION JUVENILE JUSTICE CENTER ET AL, 2003, p. 22. En [http://www.soros.org/initiatives/justice/articles\\_publications/publications/juvenile\\_indigent\\_defense\\_20031001/wareport.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/publications/juvenile_indigent_defense_20031001/wareport.pdf)

<sup>36</sup> Una completa evaluación de los sistemas de defensa penal de adolescentes puede encontrarse en “An Assessment of Access to Counsel and Quality of Representation in Delinquency Proceedings”, American Bar Association Juvenile Justice Center desarrollados en diferentes Estados de USA.

<sup>37</sup> ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 133. En un sentido similar TIEDEMAN, K., *El Derecho Procesal Penal*, en ROXIN, ARZT y TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 183-188.

<sup>38</sup> ALBRECHT, P.A.: “El Derecho Penal de Menores”, Traducción de Juan Bustos Ramírez, Barcelona, Ed. PPU, 1990, p. 475.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 475 – 476.



diferenciación del rol de la defensa en los procedimientos penales. Como señala críticamente PANSERI, el defensor “temiendo aparecer inadecuado al comprender la propia actividad como una defensa técnica, reduce sus intervenciones a superficiales y extemporáneos énfasis de los aspectos de la personalidad de su asistido, terminando –paradójicamente- por acomodarse en una función de *acompañante* del menor durante el transcurso del proceso”<sup>41</sup>. Se omite así realizar una defensa jurídica competente respecto de “la verdad del imputado y de sus derechos (teniendo en consideración, también, ayudarlo a aprovechar todas las oportunidades y explotar las diversas soluciones que el proceso propone)”<sup>42</sup>.

En **España**, HERNÁNDEZ GALILEA, refiriéndose a la exigencia de especialización contenida en la LORPM, sostiene que ésta: “sólo estará justificada si se admite que la función que debe llevar a cabo el abogado en el proceso de menores exige unos conocimientos extrajurídicos específicos”<sup>43</sup>. Para este autor, la defensa jurídica exige las mismas habilidades que los adultos, salvo en relación a la determinación de la sanción en que ella “adquiere singularidades entre las que cabe destacar la valoración que el propio abogado debe hacer de la situación del menor, pues la finalidad educativa del proceso le obliga a hacer un difícil y delicado análisis de las posibilidades que proporciona la norma y los intereses del menor”<sup>44</sup>.

En el caso español la doctrina mayoritaria sobre la LORPM (5/2000) entienden que el defensor es un abogado de parte – el menor imputado<sup>45</sup>-, constituyendo un rol distinto de la función de auxiliar de la justicia, no obstante se controvierta la necesidad de especialización exigida por la Ley.

En América Latina, lentamente, se ha venido imponiendo la tesis - tal como se dispone en **Costa Rica**- que el abogado debe actuar en el proceso “en defensa de las garantías constitucionales que protegen al adolescente”<sup>46</sup>. De esta manera, el nuevo paradigma conlleva abandonar el modelo del abogado funcional al sistema tutelar, reemplazándolo por otro cuyo núcleo son los derechos e intereses del adolescente, enmarcados en la CDN (arts. 12, 37 y 40) y las garantías constitucionales, dentro de un sistema penal adversarial regido por la presunción de inocencia.

---

<sup>41</sup> PANSERI, C., “Aspetti deontologici del ruolo del giudice, del Pubblico Ministero, del difensore e del perito nel processo penale minorile” en *Difendere, valutare e giudicare il minore*, Giuffrè Editore, Milán, 2001, p. 280.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> HERNÁNDEZ GALILEA, J.M.: *El Sistema Español de Justicia Juvenil*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 140

<sup>44</sup> *Ídem*.

<sup>45</sup> Véase RODRIGUEZ TIRADO, A.M.: “Elementos Objetivos y Subjetivos”, en el capítulo sobre proceso penal en RUIZ RODRIGUEZ, L. y NAVARRO GUZMÁN, J.: *Menores. Responsabilidad Penal y atención psicosocial*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 324.

<sup>46</sup> ARMIJO SANCHO: Gilbert, *Manual de Derecho procesal juvenil*, San José de Costa Rica, 1998, p. 257, comentando los artículos 22 y 37 de la Ley de Justicia penal Juvenil.

En relación a las características del adolescente como sujeto en proceso de desarrollo, la literatura comparada ha tratado este tema como un asunto de *capacidades o competencias*, lo que ha dado origen a una viva polémica sobre la relación entre los intereses del adolescente en el proceso penal y su capacidad para identificarlos y expresarlos, por un lado, y el rol del defensor, por el otro. Como en casi todas las materias relativas a los derechos fundamentales de los niños, esta polémica ha reeditado la polarización entre visiones *paternalistas* y *libertarias*, o *autonomistas*, de los derechos de los niños<sup>47</sup>.

Por ejemplo, se sostiene que la salvaguardia de los intereses del adolescente aconseja también hacer uso de otras instituciones del ordenamiento jurídico, como el curador ad litem, para situaciones de extrema inmadurez, o de déficit cognitivos que acusen los adolescentes imputados, y que les impidan realizar una evaluación sobre sus intereses.

Pienso, sin embargo, que esta perspectiva no es correcta, porque en el ámbito penal, la participación del imputado en el proceso, incluyendo su capacidad de aportar a la defensa técnica del caso, es un requisito ineludible. Este no es un asunto que se pueda resolver únicamente en base a ponderación de intereses – el interés manifestado por el adolescente *versus* su supuesto interés genuino representado por un adulto – sino que exige un razonamiento más estricto y acorde con el cumplimiento de los límites y garantías que son un requisito inexcusable de la persecución penal en un Estado de Derecho.

La razón de esta toma de posición es que la legitimidad y validez del proceso penal debe ceñirse estrictamente al principio de legalidad y a las garantías que de él se desprenden. Por ello es necesario hacer un análisis serio sobre las competencias del adolescente para participar activamente en el juicio<sup>48</sup> y establecer un sistema de enjuiciamiento que favorezca que él pueda poner en ejercicio su capacidad de actuar en el juicio. Este criterio se encuentra reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como el derecho a ser oído en todo procedimiento judicial en el que tenga interés, derecho fundamental que los abogados que representan sus intereses permiten hacer efectivo.

Esto exigirá, entonces, organizar el proceso penal de un modo particular, que entregue las oportunidades para que el joven comprenda la imputación que le afecta, sus derechos y las posibles decisiones que pueda tomar para resguardar sus intereses. No es suficiente con replicar el proceso penal de adultos, sino que,

---

<sup>47</sup> Sobre esta polémica en general, véase los excelentes artículos contenidos en FANLO, I. compiladora: *Derechos de los Niños. Una Contribución Teórica*. Ed. Fontamara, México DF, 2004.

<sup>48</sup> Véase en este sentido la investigación de TOBEY, GRISSO Y SCHWARTZ: “*Youths’ Trial Participation as Seen by Youths and their Attorneys: An exploration of competence-Based Issues*”, en GRISSO, TH. & SCHWARTZ, R. *Youth on Trial. Developmental Perspective on Juvenile Justice*, University of Chicago Press, 2000, pp. 225-242.

manteniendo todas las garantías, estructurar su secuencia y temporalidad para favorecer la participación del adolescente en el juicio.

Asimismo, se deben desarrollar estándares específicos de la relación del adolescente con el defensor, que permitan su participación en la defensa; el rol del abogado no es sustituir la voluntad del adolescente, sino que, por el contrario, favorecer que su voluntad se exprese adecuadamente en el proceso, para lo cual ha de informar, explicar y orientar al adolescente sobre sus derechos y posibilidades en el juicio; en síntesis, la función del abogado defensor puede caracterizarse como **promover la capacidad de intervención del adolescente en el proceso**<sup>49</sup> **y garantizar sus derechos.**

En consecuencia, las mediciones psicosociales que se realicen deberán determinar ya no sólo casos de eventual inmadurez que afecten la culpabilidad, sino también si el cliente adolescente es competente para entender el juicio y tomar decisiones relativas a su defensa<sup>50</sup>, pudiendo sugerir garantías especiales que permitan asegurar la participación activa del adolescente imputado en juicio, como por ejemplo evitar su contacto con la prensa, limitar el acceso de ciertas personas a la sala de audiencias o dirigir las preguntas de una determinada forma.

Si, pese a este diseño especializado y a la labor de la defensa, el imputado no logra poner en práctica las mínimas capacidades para participar del juicio y dirigir su defensa, el juicio no podrá realizarse o deberá anularse. Así lo resolvió en su momento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso V contra Reino Unido<sup>51</sup>: “es esencial tratar a un niño acusado de una infracción, de una manera que tenga en cuenta su edad, su madurez y sus capacidades en el plano intelectual y emocional, y tomar medidas para favorecer la comprensión del procedimiento y su participación en él”. Este es el estándar normativo general y que llevó a la anulación del juicio en el caso particular (una acusación por secuestro y homicidio recaída sobre un niño de 10 años que fue juzgado a los once en un procedimiento de alta exposición pública).

---

<sup>49</sup> En este sentido, BUSS, EMILY: “The role of Lawyers in Promoting Juvenile’s Competences as Defendant” en GRISSO, TH. & SCHWARTZ, R. ob. cit. pp. 243- 265. La mayoría de la doctrina americana entiende de este modo el estándar de *in re Gault*, aunque todavía persisten cortes que resuelven según el criterio de identificar el rol de la defensa con la persecución del interés superior del niño al margen de su voluntad. BUSS, E. ob. cit. pp. 64 y 265 (note 4) haciendo referencia *In Interest of K.M.B.* 462 N.E. 2d 1271 (III App. 1984).

<sup>50</sup> Véase HOWELL A. et al, “Representing the whole child: a juvenile defender training manual”, p. 15 en <http://www.childwelfare.net/SJDC/wholechild.pdf>. Los autores proponen, en algunos casos, recurrir a Institutos como el curador ad-litem o la representación judicial por un adulto como vías jurídicas idóneas para salvaguardar el derecho a defensa.

<sup>51</sup> Los estándares de participación en el juicio fueron establecidos en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 16 diciembre 1999, *Caso V. contra Reino Unido* relativa a la bullada sentencia que afectaba a dos niños de corta edad condenados por el secuestro y posterior asesinato de otro niño.

Para resolver el caso, se pidieron informes periciales que identifican los estándares fácticos que permiten al Tribunal evaluar si se cumplió o no con el estándar de comprensión y participación del acusado en el juicio y su defensa.

El doctor Bentovim, que compareció como perito en este juicio observa:

«En mi opinión, en base a su inmadurez y su edad en el momento de los hechos y del proceso, (V.) era incapaz de comprender perfectamente el desarrollo del procedimiento, con la excepción de los principales actos en los que él era responsable. (...) (Vista) su inmadurez, me parecía muy dudoso que él comprendiera suficientemente la situación para dar instrucciones claras a su abogado para representarle (...). Aunque, hablando en propiedad, él tenía más de diez años en el momento de los hechos, estoy convencido que él no tenía la madurez psicológica o afectiva de su edad».

En la misma línea el fallo cita la opinión de Sir Michael Rutter, profesor de psiquiatría infantil del Instituto de psiquiatría de la Universidad de Londres:

«Así mismo, se me ha invitado a pronunciarme sobre los efectos que puede tener un largo proceso público sobre los niños en general, y (sobre V.) en particular, desde el punto de vista mental y emocional. En mi opinión, el procedimiento de juicio tal y como se aplica a niños de la edad de (V.) presenta dos aspectos negativos. En primer lugar, una de las graves consecuencias de un largo proceso es el retraso inevitable que supone en la asistencia psicológica y terapéutica necesaria. A la edad de diez años, un niño está en una fase en la que su desarrollo psicológico va a proseguir aún durante muchos años y es importante en grado sumo no interrumpir este desarrollo de manera prolongada por un procedimiento de juicio. Especialmente, cuando un niño comete un acto grave, como el asesinato de otro niño, es esencial que pueda hacer frente a la realidad de su acto y a todo lo que de éste se deriva. Esto es imposible mientras dura el proceso, cuando el Tribunal no se ha pronunciado todavía sobre la culpabilidad. Concluyo, por lo tanto, que el largo procedimiento de juicio es inevitablemente perjudicial para un niño de solamente diez u once años (incluso mayor) ».

Del análisis de esta sentencia, y de los instrumentos internacionales que garantizan un juzgamiento especializado para los adolescentes, se desprende que en la Justicia penal de adolescentes no es posible *sustituir la voluntad del imputado* que no puede participar del juicio, por carecer de la madurez suficiente o de la asesoría letrada adecuada para comprender el contenido del proceso; tampoco es válida una condena en que, debido a la forma en que se ha llevado el proceso, la voluntad del adolescente ha quedado anulada o si se ha impedido, de cualquier forma voluntaria o involuntaria, que el adolescente participe en él.

En el ámbito nacional, la investigación empírica UDP/2006, deja de manifiesto que existen una serie de interferencias y problemas que, sin duda, afectarán la relación entre el adolescente y su abogado. Los defensores y los adolescentes señalan que existen pocas posibilidades de comunicación especialmente antes de la primera audiencia, que es difícil establecer relaciones de confianza, que los adolescentes no entienden el lenguaje utilizado por los intervinientes en las audiencias y que los defensores tienen problemas para comprender los informes técnicos. Todas estas situaciones corren el riesgo de repetirse en el marco de la nueva ley dado que

ésta, hace aplicables, con pocas excepciones, las normas del actual proceso penal de adultos<sup>52</sup>.

## V. Competencias Básicas del Abogado Defensor.

Clarificado el rol y las funciones del abogado defensor, corresponde describir las principales competencias profesionales que éste debe poseer para realizar una defensa de calidad. Cabe señalar que las competencias específicas pueden ser reforzadas y desarrolladas mediante capacitaciones, talleres y cursos teóricos, en aquello que se refiere principalmente a los aspectos estratégicos, los conocimientos normativos, las características de los adolescentes y las destrezas de litigación.

La noción de competencias alude a “la puesta en práctica integrada de aptitudes, habilidades, conocimientos y rasgos de personalidad para cumplir una misión compleja”<sup>53</sup>. Las competencias profesionales “son una categoría específica de características individuales que tienen también lazos estrechos con los valores y con los conocimientos adquiridos”<sup>54</sup>, que permiten obtener “rendimientos eficaces y/o superiores en un trabajo o una situación concreta”<sup>55</sup>.

Este enfoque es útil porque nos permite unir dos puntos de vista que suelen oponerse de manera artificial. Por un lado, el enfoque de las habilidades y motivaciones personales del abogado que ejerce la defensa penal de adolescentes, y por el otro, la que enfatiza el entrenamiento en las destrezas de litigación. Se trata de evitar caer en las siguientes afirmaciones extremas: *sólo un abogado carismático y comprometido puede realizar una defensa penal de calidad*, o bien, *es suficiente para ejercer la defensa conocer la ley y entrenar las destrezas de litigación*. Por el contrario, una defensa de calidad exige conjuntamente un núcleo de habilidades y motivaciones básicas para relacionarse con el conflicto penal del adolescente, y también el *entrenamiento*<sup>56</sup> en destrezas de litigación específicas que supone el conocimiento de las normas pertinentes.

Por otra parte, la noción de competencias supone fijar criterios o estándares para medirlas y evaluarlas. En este sentido, los “*Estándares Básicos Para el Ejercicio de*

<sup>52</sup> Véase DUCE, M: ob. cit.

<sup>53</sup> LEVY-LEBOYER, C., *Gestión de las competencias*, Ed. Gestión 2000, Barcelona, 1997, p. 39.

<sup>54</sup> SPENCER L. y SPENCER, S., “Competencia en el trabajo, modelos para un rendimiento superior”, *Papers de Formació Municipal*, N° 57, Barcelona, 1999, p.5.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Véase DUCE, M. y BAYTELMAN, A.: *Litigación penal, juicio oral y prueba*, UDP, Santiago, 2004, p. 38.

*la Defensa Penal Pública*<sup>57</sup> constituyen un referente ineludible para el ejercicio de la defensa en el ámbito de los adolescentes en Chile<sup>58</sup>.

En consecuencia, los principales criterios que deberían componer el perfil del abogado defensor, además de su idoneidad personal y motivación, son los siguientes: i) conocimientos jurídicos; ii) capacidad de litigación; iii) conocimiento de las particularidades de los adolescentes y iv) comprensión de su rol y de las orientaciones éticas de la profesión.

Como señala Albrecht, “si la tarea del defensor en el procedimiento penal de menores es especial y necesita de una cierta especialización, ello es por la necesidad de conocer bien las particularidades jurídico penales de la LTM [ley de tribunales de menores], su aplicación y su plasmación en la praxis”<sup>59</sup>. En el mismo sentido se pronuncian los abogados y jueces entrevistados.

Adicionalmente, los defensores entrevistados en el estudio -y en la literatura comparada- reportan la necesidad de considerar las circunstancias especiales del caso, relativas al injusto, las características de las víctimas, la alarma social e incidencia en la comunidad producida por el delito. Estos factores, advierten los defensores, han de ser tomados en cuenta en función de la estrategia defensiva del caso.

Una especial atención ha de ponerse en los casos que son reportados a través de los medios de comunicación social. Los defensores deben preocuparse de la vulnerabilidad de los adolescentes –sus representados- y sus familias ante los efectos devastadores que la exposición pública produce en sus vidas, así como en las estrategias judiciales defensivas<sup>60</sup>.

Dar cuenta de los criterios teóricos que inciden en la construcción del modelo de competencias para los abogados defensores de adolescentes excede los objetivos de este trabajo. No obstante, sí corresponde hacerse cargo de las pautas profesionales que se requieren para un correcto ejercicio profesional, en función de la defensa jurídica de los intereses y derechos del adolescente imputado penalmente:

---

<sup>57</sup> Resolución Exenta 1307 del Ministerio de Justicia del 23 de Junio de 2006.

<sup>58</sup> En el ámbito específico, las orientaciones técnicas de los proyectos de defensa jurídica del Servicio Nacional de Menores pueden servir como complemento, en cuanto señalan que los profesionales han de tener “vocación por el trabajo con adolescentes inculcados de infringir la ley penal, experiencia y conocimiento sobre el tema, competencia técnica, compromiso ético en la intervención, disposición al trabajo en equipo y valoración del trabajo intersectorial o de redes”. Citadas por BARROS, P. y COUSO, J. ob. cit., p. 33.

<sup>59</sup> ALBRECHT, P., ob. cit., p. 477.

<sup>60</sup> Ver *supra*, sentencia del TEDH en el caso *V. contra Reino Unido*.

**a. Acompañar al cliente desde la primera audiencia:**

La mayoría de los derechos de los adolescentes involucrados en los procedimientos seguidos ante los Tribunales sólo pueden ser protegidos por una intervención oportuna del defensor. Los abogados deberán estar familiarizados con esto y con poder explicar al cliente la naturaleza de las audiencias, los procedimientos que sobrevendrán, las opciones posibles y sus probables consecuencias, así como los derechos que le asisten a su cliente. El abogado deberá estar preparado para hacer alegaciones de hecho como consideraciones de derecho respecto de las resoluciones (contrarias) que probablemente se dicten. Si su cliente es detenido, el abogado defensor debe estar preparado para presentar los argumentos y pruebas relativas a la primera audiencia y a la procedencia de medidas que pueden afectar su libertad<sup>61</sup>.

El contenido de esta recomendación es evidente. Compete a la responsabilidad profesional como a las destrezas de litigación y a la comprensión del rol del abogado defensor. Muchas cuestiones relativas tanto a la libertad del adolescente como a los rumbos que tomará el caso, se resuelven, sino en la propia comisaría, en la primera audiencia del procedimiento. En los casos de flagrancia, el art. 31 de la LRPA es perentorio al exigir la presencia del imputado ante el Juez de Garantía de manera inmediata o dentro de las 12 horas siguientes a la detención. A mayor abundamiento, el mismo art. 31 señala que el adolescente sólo puede declarar ante el fiscal en presencia de su abogado. Por esto, debe tener las destrezas para desarrollar argumentos que favorezcan las pretensiones de su cliente y definan positivamente su estatuto de libertad. Esta capacidad de litigación se une a una visión estratégica del caso, que le permita vislumbrar las salidas alternativas del mismo, particularmente considerar las posibilidades de desestimación y acordar con el fiscal todas las acciones que resulten convenientes a los intereses de su cliente. Además, el abogado debe saber transmitir a su cliente cada una de las actuaciones del proceso, así como las consecuencias que ellas tendrán sobre sus derechos.

**b. Desarrollar adecuadamente la teoría del caso:**

Esta exigencia es básica para toda aquella defensa que aspire a ser exitosa. Como señalan BAYTELMAN Y DUCE, "litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico"<sup>62</sup> y ello exige desarrollar y seguir una teoría del caso que permita confrontar visiones contrapuestas. Ser fieles a esta visión

<sup>61</sup> IJA/ABA *Juvenile Justice Standards*. Standards Relating to Counsel for Private Parties, summary of parts 4.1, 6.2 and 6.4. (1996). Citado en CALVIN, E, ob. cit. p. 29.

<sup>62</sup> BAYTELMAN, A. y DUCE, M., ob. cit. p. 77.

estratégica requiere considerar todos los aspectos propios del Derecho Penal de adolescentes, como son:

- i. Aspectos jurídicos sustantivos (capacidad de culpabilidad, existencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, reglas de determinación de las consecuencias jurídicas, jurisprudencia);
- ii. Manejo de salidas alternativas al juicio o a la sentencia condenatoria, que no supongan un gravamen contrario a los intereses o derechos del niño.
- iii. Visión panóptica del caso, que le permita comprender y evaluar las distintas alternativas de resolución del conflicto penal.
- iv. Fines de la intervención penal en atención a las circunstancias del hecho y del sujeto.

En síntesis, el abogado debe desarrollar la capacidad de comprender que la defensa jurídica es un **ejercicio de comunicación**, guiada por una **finalidad estratégica** específica: la defensa de los derechos del adolescente que se identifica con limitar al máximo la respuesta punitiva. Para ello debe:

- i. Recolectar, rendir y examinar la prueba.
- ii. Identificar el conflicto jurídico y sus participantes (víctimas, comunidad, relevancia pública, entorno del adolescente, etc.)
- iii. Ser capaz de abogar por su cliente no sólo ante el Tribunal sino que, cuando corresponda, con los otros actores del sistema de justicia (Jueces y Fiscales) y con la comunidad.
- iv. Conocer las redes comunitarias, servicios sociales y las sanciones del sistema penal juvenil, que puedan ser útiles a su estrategia de defensa.

### c. Preparar al cliente para su comparecencia:

Una manera útil de iniciar la preparación del cliente es explicarle durante la entrevista inicial los aspectos medulares de los tribunales y las fiscalías, como los procedimientos que se siguen ante ellos. Explicarle de manera realista su caso facilita que el adolescente no se haga falsas expectativas y lo ayuda a bajar la ansiedad, lo que facilita su disposición para colaborar con su propia defensa. Conviene ser claros y buscar que el cliente entienda los significados y consecuencias de la aceptación o negación de responsabilidad penal. Es fundamental, según la experiencia comparada, que el abogado instruya al cliente y a sus padres que no comenten el caso con nadie cuando él no esté presente<sup>63</sup>.

Tal como se señala en el informe por los defensores, es común aconsejar al cliente cómo vestir el día en que deba comparecer ante el tribunal, qué ropa es

---

<sup>63</sup> HOWELL, A. et al., ob. cit., p. 26.



apropiada y cuál no, qué lenguaje usar, etc. y sobre el uso de accesorios que puedan ser mal vistos en el tribunal y puedan redundar en una predisposición negativa (aros, pendientes).

Estos “consejos” sin embargo, deben cuidarse de reproducir visiones estereotipadas negativamente de la cultura juvenil, por lo que el defensor ha de ser cuidadoso y, junto con pretender evitar que el eventual prejuicio pueda afectar a su cliente, hacer una visibilización positiva de la identidad juvenil que se expresa en sus manifestaciones culturales, estéticas, formas de vestir, etc.

Especialmente, en aquellos casos en que los prejuicios pueden jugar un rol relevante para la decisión de los intervinientes, ya sea porque se pretenda probar que el imputado está imbuido en una “cultura” delictual o que su “forma de vida” lo lleva a delinquir, o bien porque el conflicto jurídico penal específico pueda revestir ribetes “culturales, étnicos, generacionales o de grupos”, es deseable que el defensor incorpore decididamente estos elementos a su estrategia defensiva, en lugar de tratar de ocultarlos con consejos relativos a la apariencia física o vestimenta. En síntesis, el defensor debe tratar de evitar que su cliente *aliente* la discriminación, pero si ésta ya se encuentra presente, debe enfrentarla directamente.

Esto que puede resultar relativamente sencillo para adultos o adolescentes regidos por criterios de cálculo, puede representar un problema respecto de adolescentes en que el delito tiene fuertes componentes simbólicos, de identificación o comunicativos, con lo que estas sencillas instrucciones del defensor pueden dar origen a dilemas éticos relativas a los límites de los poderes y deberes de la profesión.

Finalmente, controlar que la voluntad del cliente de admitir responsabilidad o aceptar los antecedentes de la investigación no se preste bajo presión de los padres, haciéndole ver las consecuencias que ello podría traer. Es decir, señalándole las distintas alternativas que se producen admitiendo la acusación o no haciéndolo. El abogado es siempre representante del adolescente, no de los padres.

El tercer elemento fundamental es la consideración de las **circunstancias especiales de los adolescentes**. El abogado se debe a su cliente, asumiéndolo integralmente como persona más allá del delito que se le imputa; como señala HOWELL, un abogado competente no puede “confundir su estrategia de defensa con sus juicios personales sobre su cliente”<sup>64</sup>.

Al analizar con este criterio los resultados de la investigación empírica UDP/2006, se desprende que la relación entre los adolescentes y el sistema de justicia –

---

<sup>64</sup> Ibidem., p. 5.

incluidos los defensores – es conflictiva y que los operadores del sistema tienden a considerar a los imputados adolescentes como sujetos más complejos que los adultos.

La percepción de los adolescentes que tienen los defensores y jueces entrevistados está marcada por una doble visión: por una parte su extrema vulnerabilidad social, y por otra, su conflictividad.

Una Juez de Garantía los caracteriza como *pobres sin posibilidades ni oportunidades...en la sociedad, sin ninguna cobertura emocional de contención, desprotegidos absolutamente*. Algunos defensores remarcan el carácter selectivo (*discriminatorio*) del sistema de justicia; el poco apoyo familiar (*familias disfuncionales en cuanto no cumplen con sus roles, independientemente de su estructura*) y el consumo de drogas.

Por su parte, los propios adolescentes se perciben como conflictivos, influidos por el grupo de pares e inclinados a demostrar su autonomía y valor a través de actos agresivos o transgresores<sup>65</sup>. En relación al sistema de justicia, se muestran desconfiados, asustados (especialmente en su primer contacto con el sistema) y desorientados. Particularmente se sienten desprotegidos ante las actuaciones policiales, que se encuentran marcadas – según afirmaron en la entrevista- por el conflicto y la agresión (*me pegaron, pero yo igual les he pegado, no dejo que me peguen porque no pueden pegarme, después les pego yo y me pegan más...*). En general, se percibe que la experiencia por el sistema penal es una experiencia de *confrontación*, en que la agresión, incluso contra sí mismos, es parte de los recursos disponibles para obtener sus objetivos<sup>66</sup>.

Del conjunto de testimonios recabados se puede desprender que los adolescentes entrevistados (imputados) no cuentan con herramientas suficientes para interactuar con los órganos del sistema de justicia penal (por lo que recurren a la violencia y la descalificación) y que la respuesta penal tiene dificultades para hacerse cargo de ese problema.

Los defensores chilenos relevan este punto como muy relevante y manifiestan sus dificultades para interactuar con los adolescentes, la que se ve agravada por los problemas que se le presentan al defensor para entender los informes

---

<sup>65</sup> Estudio empírico UDP/2006, sección 1 “percepciones sobre las características de los adolescentes imputados”. Un operador de SENAME señala: *“son adolescentes, los adolescentes en general son refractarios, es una característica esta cosa de transgredir, pero además son infractores de las normas convencionales (sic) y no les gusta el control”*.

<sup>66</sup> Un defensor lo señala con crudeza: *“hay que tener mucho tino porque a veces te dicen me voy a cortar, ellos quiebran vidrios, comen vidrios, se cosen la boca, se cortan los brazos es su manera de protestar, de llamar la atención, de que sus demandas sean satisfechas, así es que hay que tener bastante tino con los cabros, sobretodo cuando son chorizos*.

psicosociales relativos a las facultades mentales y el desarrollo de su defendido, particularmente, los que se refieren a los exámenes de discernimiento<sup>67</sup>.

**d. Consideración de las circunstancias especiales del adolescente:**

Existe un cúmulo de circunstancias que no se deben desatender cuando se representa judicialmente a los adolescentes. Ellos dicen relación con sus factores psicosociales y de salud, entre otras, que complejizan la defensa jurídica.

**Factores médicos:** En lo que se refiere a la salud psíquica, se ha definido un *estándar de competencias mentales*, compuesto de 3 factores:

1. Entender la naturaleza y objetivos del proceso.
2. Comprender, por parte del adolescente, su situación en relación con el procedimiento.
3. Prestar ayuda y cooperación a su defensor en la preparación del caso y su exposición ante el tribunal<sup>68</sup>.

Existe un conjunto de estados o enfermedades que afectan estos factores y que pueden embarazar la defensa jurídica. Según un estudio norteamericano, tales desórdenes lo constituyen:

1. Déficit atencional o hiperactividad
2. Trastorno bipolar
3. Depresión
4. Trastornos de aprendizaje
5. Retardo mental
6. Trastorno de la personalidad
7. Stress post traumático<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> "Estos informes de discernimiento tienen un idioma súper poco amigable para los abogados, dicen acá a este señor se le aplicó la prueba quinética HTP, el Test Weiss abreviado, el Test de Colores, el Roschard... ¿qué es eso? Es difícil poder establecer si este cabro obró o no con discernimiento según los antecedentes que plantea el mismo informe de discernimiento. Te dice [lee] 'contaría con nivel escolar correspondiente a sexto año de enseñanza básica sin acreditar, habilidad de aprendizaje formal, se observa un dominio que le permitiría continuar resolviendo problemas académicos en el área escolar siendo necesario para ello un trabajo de motivación. Es egocéntrico, posee un débil desarrollo de la capacidad de empatía y sí una alta necesidad de dependencia y su mundo interno tiende a ser pobre'. ¿Tú cómo defendí esto? (Defensor Público A) "Cuando viene en el informe integral de discernimiento en el aspecto psicológico que dice que es derechamente limitrofe. O sea ya cuando es limitrofe nosotros le sacamos el jugo a esa parte, porque a lo mejor desde un punto de vista psicológico limitrofe no es tonto, pero generalmente nosotros lo abogados y los jueces no distinguimos eso.(Defensor Público D)

<sup>68</sup> HOWELL, A. et al., ob. cit., p. 35.

<sup>69</sup> Elemento que fue decisivo en las consideraciones del TEDH en el caso *V. contra Reino Unido*, ver *supra* 51.

**Factores socio económicos:** El nivel socioeconómico, sin duda, es un factor preponderante que influye fuertemente en la relación con el profesional, por lo que este aspecto no debe ser desatendido. Aquí se evalúan aspectos tales como el nivel de escolaridad del imputado y de sus padres; la existencia de redes sociales que puedan darle apoyo y soporte al adolescente mientras se ventila su causa. Además, dichas redes pueden colaborar con la defensa, aunque sea tangencialmente. Un dato relevante respecto de este punto es que la mayor incidencia porcentual en la comisión de delitos corresponde a adolescentes cuya situación socioeconómica es precaria. Asimismo, este grupo de jóvenes son los que sufren con mayor acritud los efectos de la estigmatización social.

Recapitulando, elementos relevantes son, de manera ejemplar.

1. Nivel de escolaridad
2. Existencia de redes sociales
3. Nivel de ingreso de los padres
4. Ha realizado abandono escolar
5. Desempeña trabajos remunerados
6. Tiene cargas familiares (hijos)
7. Situación psicoafectiva al interior de la familia

**Factores culturales:** En este sentido se deben considerar con especial atención las consideraciones en relaciones a la etnia del imputado y a los crecientes procesos migratorios. El defensor no puede ser insensible a aquellas características que distinguen y hacen única a una cultura o raza. El abogado debe ser culturalmente competente, entonces, para captar las diferencias culturales y construir una relación que las incorpore. Debe estar atento a la trama de significados que su cliente le ofrece, saber traducirlas (con ayuda de otras personas si es necesario) y poder transmitir cabalmente la situación legal que afecta al joven.

**Factores de género:** Hasta hace pocos años el problema del género constituía un aspecto poco relevante. Si bien no se puede decir que la situación ha cambiado ostensiblemente, al menos se va tomando conciencia por los operadores jurídicos de este factor. Implica, por una parte, dirigir las acciones ante los tribunales que consideren las necesidades diferentes que las o los adolescentes tienen. En USA, la literatura aboga para que se adecuen los programas a las necesidades de las adolescentes<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> HOWELL, A. et al., ob. cit., p. 37.

El abogado, por tanto, deberá tener en cuenta este factor a la hora de planificar su estrategia así como al momento de negociar salidas al juicio o solicitar medidas específicas.

También este factor es relevante cuando el cliente tenga una orientación sexual distinta. Si él es homosexual o ella lesbiana, o son bisexuales, es necesario prestar atención a los posibles factores que indiquen discriminación por parte de los otros operadores del sistema de justicia penal (jueces y fiscales).

***Factores de la comparecencia en el proceso:*** Por otra parte, otras complejidades que deben tenerse en cuenta de la defensa penal de adolescente, se refieren a factores propios de la ritualidad del proceso penal:

1. Su experiencia en estrados afecta su capacidad de entender el proceso de información y toma de decisiones.
2. Los adolescentes comienzan recién a tomar sus propias decisiones con poca experiencia para evaluar la cuestión y adoptar decisiones bien razonadas.
3. Generalmente, los adolescentes se sienten intimidados por abogados en posición de poder (como su propio abogado).
4. Muchas veces provienen de circunstancias difíciles que apabullan su capacidad para tomar decisiones racionales.
5. Pueden sufrir trastornos del conocimiento, de personalidad o del ánimo que afectan el proceso de toma de decisiones.
6. A menudo tienen problemas por no contar con la ayuda o guía de un adulto responsable.

Como señala un defensor penal juvenil, "la responsabilidad es mucho más grande porque tu capacidad para influenciar sobre tu cliente adolescente es mucho más grande".<sup>71</sup>

#### **e. Habilidades específicas para la relación con el adolescente**

En atención a las especiales características del adolescente es necesario que el defensor:

1. Desarrolle habilidades y capacidades para *comunicarse con el adolescente y de oírlo*.
2. Desarrolle habilidades para ponerse en el lugar del adolescente.
3. Se relacione adecuadamente con la familia y el entorno del adolescente.

***La mayoría de los abogados que trabajan con adolescentes reciben una preparación especial,*** respecto al desarrollo del adolescente, problemas

---

<sup>71</sup> CALVIN, E. et al., ob. cit., p.23.

de salud mental, o bien, simples técnicas de comunicación con adolescentes<sup>72</sup> (ej: Washington State).

## VI. Algunas Consideraciones Finales sobre los Valores Profesionales y la Defensa Penal de Adolescentes.

Una máxima en el ejercicio de la profesión de abogado es que los intereses del cliente son predominantes. El principal deber de los abogados es la representación de los legítimos intereses de su cliente, pero, el cliente definirá sus intereses después de una consulta completa con su abogado<sup>73</sup>. Sin embargo, ¿qué pasa cuando el cliente es un adolescente?

La literatura especializada en defensa penal juvenil, así como los reportes de la investigación, remarcan que los *aspectos éticos* constituyen una dimensión problemática en la práctica de la defensa penal de adolescentes<sup>74</sup>. Se trata de establecer los estándares relativos al *deber ser* de la actividad *de abogado defensor*. Sin embargo, pareciera que la categoría *aspectos éticos* es demasiado general y difusa, siendo necesario proceder a su especificación y delimitación precisa para diferenciarla de otras obligaciones legales<sup>75</sup>.

Como señala PEÑA, “la profesión de abogado se configura, por decirlo así, en medio de dos tensiones: un conflicto de lealtades entre los intereses del cliente y los valores subyacentes al sistema legal, por una parte, y una cierta inconsistencia entre la necesidad de describir un sistema normativo y la necesidad de optimizarlo, por la otra”<sup>76</sup>.

Estas tensiones, son particularmente agudas en el caso del defensor penal, debido a la intensidad de los conflictos que resultan inherentes a la colisión de intereses: los del defendido – cliente – y los fines del sistema penal. Es necesario, entonces,

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Estos elementos están contenidos en los “Estándares Básicos...” *ob. cit.* y por el Código Deontológico del Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad Europea. Específicamente sobre adolescentes, véase, específicamente, IJA/ABA *Juvenile Justice Standards. Standards Relating to Counsel for Private Parties, summary of 3.1.* (1996), citado en CALVIN. E., *ob. cit.*, p. 22.

<sup>74</sup> Véanse, entre otros, CALVIN, E. et al.: *ob. cit.*, PEÑA, C.: “*Notas sobre abogados y educación legal*”, en <http://islandia.law.yale.edu.sela.penas.pdf>, HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, LIBORIO.: “*Deontología. Aproximación A los Problemas Éticos el Ejercicio Profesional*”, en URRRA PORTILLO, JAVIER compilador, *Tratado de Psicología Forense*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2002.

<sup>75</sup> El riesgo en este punto es doble, por una parte degradar las obligaciones legales a enunciados éticos, y por otra, agotar todas las obligaciones profesionales en las normas legales. Al respecto, véase APARISI MIRALLES, A.: *Ética y Deontología para juristas*, Ed. U. de Navarra 2006, p.174, autora que hace una exposición desde un enfoque cercano al iusnaturalismo. Una forma de reglar esta materia es a través de los “códigos de conducta profesional”, usuales en el sistema norteamericano y europeo.

<sup>76</sup> PEÑA, C., *ob. cit.*, p. 7.

una cuidadosa y estricta definición y distinción de los roles institucionales. Así, la legitimidad de la actuación profesional no viene dada por los *principios valorativos formalizados*<sup>77</sup> que justifican la intervención penal, sino que por la conformidad a los valores y roles colectivamente reconocidos de la profesión y que se encuentran jurídicamente refrendados.

Lo peculiar de la deontología de las profesiones es que la corrección de la conducta profesional depende de su adecuación “al rol que le corresponde a la profesión determinada”<sup>78</sup>. Se trata, entonces, de pautas de tipo instrumental, orientadas al cumplimiento de los fines de la profesión y a los *roles* que le corresponden en una situación determinada<sup>79</sup>.

En el caso de la defensa jurídico-penal de los adolescentes, esto se especifica, tal como señaló un defensor entrevistado en la investigación, “en el objetivo de representar los derechos de imputados, garantizando su genuina participación en el proceso y defendiendo sus derechos ante la pretensión punitiva del Estado”, problemas que se hacen aún más complejos por dos razones. La primera remite a que al adolescente se le reconoce una posición jurídica especial en el ámbito de su autonomía. La segunda consiste en que el sistema penal de adolescentes incorpora de un modo particularmente intenso el fin preventivo especial positivo de la pena, entendido como favorecimiento de la integración social o, en palabras de otros autores, como *responsabilización*.

En consecuencia, el defensor penal de adolescentes se encuentra, por una parte, frente a conflictos que derivan de la naturaleza del conflicto penal y de los mecanismos de persecución de la responsabilidad y, de otra, ante las especiales características del adolescente como sujeto en desarrollo y de las consecuencias jurídicas (penas, sanciones o medidas) de un carácter, al menos nominal, *resocializador*.

Dada esta particularidad de contenido, es conveniente delimitar las normas relativas a los conflictos de deberes éticos inherentes a la función de defensor penal, de aquellas obligaciones legales ineludibles para el ejercicio de la defensa jurídica<sup>80</sup>. Examinemos esta diferencia a partir de un ejemplo.

---

<sup>77</sup> Véase HASSEMER W., “Derecho Penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania”, en el MISMO, *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 17-38, específicamente pp. 24-35.

<sup>78</sup> HIERRO SÁNCHEZ- PESCADOR, Liborio, ob. cit. p. 595.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 595. La bibliografía sobre este punto es abundante. Véanse KIPNIS, K.: “Ethics and the Professional Responsibility of Lawyers”, *Journal of Business Ethics*, vol 10, Agosto de 1991 y KAUFMAN, A.L y WILKINS, D.B.: *Problems in Professional Responsibility for a Changing Profession*, Carolina Academic Press, 4ª. Ed., Durham, 2002, en especial el capítulo “Professional Responsibility and the Judicial System”, pp. 721-750.

<sup>80</sup> Como señala HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “hemos de asumir que se trata de normas de contenido ético, es decir, normas morales en razón de su contenido, y por lo tanto claramente

La norma que sanciona con nulidad la ausencia del abogado defensor en una audiencia determinada, no puede ser considerada como un estándar perteneciente a la ética profesional, sino que es una exigencia legal de validez de las actuaciones procesales, que se relaciona con elementos *técnicos* de la defensa, esto es, con el deber legal de representar los intereses del adolescente y erigirse en garantía de sus derecho constitucionales y legales<sup>81</sup>.

En el ejemplo, no existe un conflicto *ético* que pueda interferir con el cumplimiento de la obligación legal de asistir a las audiencias o que pueda esgrimirse como causal que valide la actuación pese a la inasistencia. Lo mismo ocurre con las actuaciones policiales que se encuentran restringidas por la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Estas prohibiciones son absolutas y no pueden aducirse en contra de ellas *dilemas o conflictos éticos*, como tampoco ningún cálculo de bienestar colectivo para eludir su cumplimiento.

En cambio, se presentan problemas más complejos en situaciones en que pueda existir oposición o conflicto entre deberes profesionales, que han de ser resueltos por el defensor. En este sentido, es común encontrarse en la literatura con el problema que tiene el abogado para determinar o considerar la competencia de su *cliente adolescente* para efectos de participar activamente en su propia defensa, lo que puede llevar a soluciones de corte paternalista que terminen por sustituir al adolescente a través del ya criticado recurso a figuras como el curador *ad litem*.

Otras situaciones complejas pueden describirse ante la exigencia de voluntariedad del adolescente para ejecutar ciertas sanciones, como trabajos en beneficio de la comunidad, o la participación en tratamientos de deshabitación o desintoxicación de drogas, oposición entre intereses de los padres y de los adolescentes, etc., que pueden entrar en conflicto con la *estrategia* del defensor para obtener una condena que cause las menores limitaciones al adolescente. Representémonos el siguiente ejemplo: el defensor *negocia con el fiscal*<sup>82</sup> la aceptación de una sanción de reparación del daño con una prestación directa a la víctima para evitar la eventual imposición de una sanción privativa de libertad, pero el imputado no otorga su consentimiento.

En síntesis, muchas veces habrá un *conflicto entre lo que el adolescente estima que es su interés y lo que el defensor considera como tal*. Es evidente que en asuntos de índole puramente técnica – presentar un recurso, por ejemplo – la

---

diferenciables de las normas técnicas de cualquier profesión”. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., ob. cit., p. 593.

<sup>81</sup> CALVIN, E., ob. cit., p. 22.

<sup>82</sup> La *negociación* con el fiscal es una de las actividades más reportadas por los defensores en la investigación empírica UDP/2006 y que presenta mayores dilemas para el abogado defensor en la medida que se realiza en un contexto altamente desformalizado. Sobre los alcances e importancia de la negociación en el proceso penal véase COX, F.: “El Ejercicio de la Profesión en un Sistema Acusatorio”, *Sistemas Judiciales*, N° 9, Ceja, 2005 [www.cejaamericas.org](http://www.cejaamericas.org)



balanza se inclinará del lado del saber técnico, pero en los casos en que existen otras consideraciones para determinar el interés puede existir la tendencia a descalificar la opinión del adolescente e intervenir de un modo paternalista respecto de él. No es posible proteger los intereses del adolescente a costa de su autonomía y participación en un proceso penal en que él es el imputado, siendo necesario, entonces, recurrir a pautas estandarizadas para resolver este tipo de conflictos entre el defensor y su cliente.

Sin embargo, no basta el contenido para identificar las normas éticas que rigen la actividad del defensor, es necesario, además, examinar sus fuentes y los consecuentes niveles de obligatoriedad. Las normas deontológicas que rigen la profesión son, como toda norma, el resultado de procesos intersubjetivos. Ellas no radican exclusivamente en la conciencia del actor, su origen es heterónomo y se puede situar en los usos profesionales, en prácticas corporativas, la costumbre, normas administrativas o la ley.

Los aspectos deontológicos de la defensa de adolescentes deben distinguirse de la discrecionalidad propia de la cultura tutelar que primó en el pasado. No se trata que los abogados resuelvan *en conciencia* sobre el interés de su cliente, sino que sigan pautas preestablecidas para resolver situaciones en que entran en conflicto valores asociados al ejercicio de la defensa y, particularmente, casos en que se produce una colisión entre los intereses del *cliente* y los fines del sistema penal de adolescentes, los intereses corporativos o de los padres.

Pese a la existencia de estas normas, siempre quedará un espacio de conflictos, en los cuales el defensor no podrá guiarse por una pauta preestablecida y deberá resolver por sí mismo el camino a seguir. El único caso que analizaremos aquí es aquél en que el interés manifestado por el adolescente, a juicio del defensor, resulta inconveniente para su defendido y no existe una norma jurídica o de los valores de la profesión que pueda resolver este conflicto particular. Adicionalmente, la solución que se propone podría ser discutida como la forma de razonar y argumentar para la elaboración de normas legales, administrativas o profesionales que puedan dictarse sobre la materia.

En estos casos, el defensor tiene a primera vista dos posibilidades: i) apelar simplemente a su autoridad como defensor, actuando de acuerdo a lo que él considere como interés del adolescente independientemente de sus preferencias, fundando su actuación en su propia autoridad<sup>83</sup>; ii) asumir que en caso de conflicto debe primar *siempre* el interés manifestado por el adolescente, por sobre la opinión de los padres o las supuestas ventajas jurídicas de tomar una posición diferente.

---

<sup>83</sup> A esto es lo que FERRAJOLI llama el carácter potestativo del juicio, que lleva a decisiones que se fundan exclusivamente en el poder de la autoridad que las dicta. ob. cit. p.43.

La primera solución puede ser rechazada, *prima facie*, porque significa directamente vulnerar la autonomía del defendido. No obstante, podría argumentarse a su favor que, por tratarse de adolescentes, su opinión no puede ser considerada igualmente que la de un adulto, lo que autorizaría una intervención paternalista que se justificaría en su falta de *competencia*<sup>84</sup>.

Esta interpretación adolece de tres defectos que invalidarían la tesis de estar frente a una intervención paternalista justificada. El primero es la inconsistencia entre atribuir a un sujeto responsabilidad penal -aunque sea especial- para luego negarle competencia respecto a la dirección de su defensa.

La segunda objeción viene dada por el hecho que el Derecho Penal de Adolescentes, por expresa disposición de la CDN, ha de asegurar al adolescente un **trato que fortalezca su sentido de la dignidad y del valor** (artículo 40.1). Esta obligación incumbe especialmente al defensor del adolescente en tres sentidos:

- i. ha de defenderlo ante cualquier vulneración a su dignidad personal;
- ii. ha de *asegurar* con la defensa que en todas las actuaciones del sistema de justicia no sólo no se menoscabe su dignidad, sino que se fortalezca;
- iii. ha de promover que su relación con el defendido fortalezca su sentido de la dignidad y del valor como persona.

El abogado se encuentra especialmente obligado a respetar y fortalecer la dignidad, valor e intereses del adolescente, ya no sólo por cumplimiento de sus deberes profesionales, sino que por expreso mandato de la CDN.

Resulta entonces imperioso que el abogado defensor no resuelva el conflicto de intereses, relativos a la opción más beneficiosa para su cliente, recurriendo a un paternalismo basado en una posición de superioridad, fundada en su rol profesional y en su calidad de adulto que representa los intereses del adolescente.

El tercer problema de la solución paternalista es de índole diferente. Radica en la imposibilidad del defensor de ponerse plenamente en el lugar del adolescente como para poder determinar en conciencia qué le conviene a su defendido, o incluso, dicho de un modo *minimalista*, qué le causa menos daño.

Como señala VON HIRSCH, no es fácil determinar objetivamente el nivel de aflicción o restricción que desde el punto de vista de la dignidad personal pueden provocar las consecuencias jurídicopenales. Esto es relativamente sencillo respecto

---

<sup>84</sup> Un caso de paternalismo jurídico justificado, según la categoría de GARZÓN VALDÉS, y que encontraría fundamento normativo en el artículo 12 de la CDN que relativiza el valor de la opinión del niño. Véase GARZÓN VALDES, E.: ¿Es éticamente justificable el paternalismo?, en EL MISMO: *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 361 – 378, *pássim*.

de la intensidad de las penas equivalentes, pero se hace muy complejo al comparar penas de naturaleza diversa, como puede ser una privación breve de libertad frente a los trabajos en beneficio de la comunidad o la reparación del daño previa petición de disculpas al ofendido, situación que puede resultar particularmente menoscabaste y aflictiva bajo ciertas circunstancias<sup>85</sup>.

La opción de atender siempre a las preferencias del adolescente resulta por lo general acertada, aunque pueden existir situaciones en que asumirla constituiría un fuerte daño a los **derechos del propio adolescente**, que lo dejarían en situación de indefensión en el juicio – por ejemplo autoinculparse de un hecho para proteger a algún miembro de su familia – o cuando la voluntad del adolescente se encuentra fuertemente influida por sus padres.

Para estos casos excepcionales, una propuesta de solución sería que el defensor desarrolle un argumento que fundamente su decisión, distinta a la expresada por el adolescente, basado en un ejercicio de ponderación entre la defensa de la autonomía del adolescente y el daño efectivo que podría producir a sus derechos seguir sus preferencias.

Esta argumentación puede partir de tres principios fundamentales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño: el interés superior del niño, el fortalecimiento de su sentido de la dignidad y el valor y el principio de protección o de interdicción de daño. El abogado defensor debe encontrar una justificación de su actuar que satisfaga en la mayor medida posible estos tres principios.

Ciertamente, quien sostenga esta posición, señalaría para acotar más sus razones que estos casos son absolutamente excepcionales y que la primera *carga* argumental del defensor que se aleja de las instrucciones dadas por su cliente es demostrar convincentemente que se está frente a un conflicto irresoluble, según los criterios generales, situación que no es fácil dirimir.

Pese a que este tipo de argumentos podrían justificarse a partir de la idea del paternalismo orientado a la autonomía desarrollada por FREEMAN, parecen demasiado peligrosos para ser utilizados en el ámbito penal. Por ello, creo que una salida más adecuada podría ser que el abogado insista en fortalecer la comunicación con su defendido de modo de evitar que su actuación termine por provocar su indefensión en el proceso.

Indaguemos esta segunda posibilidad. Como señala BUSS, los problemas de *competencia o capacidad* de los adolescentes dicen relación con: i) capacidad para entender sus derechos; ii) capacidad para entender los procesos de atribución de

---

<sup>85</sup> VON HIRSCH, A.: *Censure and Sanctions*, 1993, traducida al español por E. Larrauri, *Censurar y Castigar*, Trotta, Madrid, 1998, edición que se cita, pp. 66-69.

responsabilidad penal y el rol de los intervinientes; y iii) su capacidad para tomar decisiones en el proceso que favorezcan sus intereses, especialmente, los de largo plazo.

Estas tres manifestaciones del problema de la capacidad pueden ser superadas en la medida que el abogado defensor, según se dijo, entienda su tarea, también, como la "promoción de la competencia de los jóvenes para actuar en juicio". Propongo, entonces, asumir como un deber propio del abogado de los adolescentes aspectos que sin mucho orden ni reflexión teórica, fueron expresados por los abogados entrevistados: favorecer que el adolescente esté siempre informado y comprenda sus derechos; explicarle el rol de los intervinientes y las consecuencias de las decisiones judiciales y, finalmente, pero tal vez lo más relevante, establecer una relación que permita que el adolescente desarrolle su capacidad de tomar decisiones por sí mismo de acuerdo a su interés, con el fin de dar cumplimiento al estándar de la dignidad del imputado<sup>86</sup>.

Sin embargo, para que el abogado pueda cumplir estos deberes se requiere, que el proceso penal se adecue a estas necesidades y derechos del adolescente y que fiscales, jueces y abogados fortalezcan sus capacidades de comunicación con los imputados menores de edad. Las opiniones de los adolescentes y de los defensores vertidas en la investigación empírica UDP/2006, revelan por el contrario dos grandes dificultades para favorecer la comunicación: la desconfianza y desconocimiento entre adolescentes y abogados y que la estructura del procedimiento no habilitaría para establecerla<sup>87</sup>.

Si los procesos y las actuaciones de los intervinientes no logran satisfacer estos estándares, o pese a los esfuerzos el adolescente carece de la competencia suficiente, el derecho a la defensa se habrá visto denegado, por lo cual, tal como resolvió el TEDH en el caso V contra Reino Unido citado, el proceso, y las resoluciones dictadas, deberán anularse.

---

<sup>86</sup> Todos estos criterios se encuentran contenidos en los "Estándares Básicos...", ob. Cit, de Chile, y en el Código Deontológico del Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad Europea, lo que corresponde hacer es adecuarlos a las características de los adolescentes.

<sup>87</sup> En palabras de un adolescente: "*yo lo conocí minutos antes de la audiencia y me dijo: soy tu defensor, firma acá este papel que me acepta como defensor... yo firmé el papel y después lo vi arriba (en la audiencia) y ni se negó a la prisión preventiva...*" o de otro: "*lo vi una vez no más, cuando me llevaron al juzgado de garantía y ahí no lo vi más... no hablamos nada, llegó a la audiencia y chao.*"

## VII. Conclusión.

Recapitulando, las experiencias de defensa jurídica indagadas en la investigación empírica UDP/2006, se encuentran fuertemente determinadas por las profundas limitaciones que la Justicia de Menores y la Justicia penal presentaban para su ejercicio. Dadas estas restricciones, se puede afirmar que en Chile no ha sido posible desarrollar una óptima defensa profesional -especializada en los casos de los jóvenes imputados de haber infringido la ley penal-, puesto que no ha existido todavía un marco jurídico mínimo que garantice efectivamente el cabal despliegue del derecho a la defensa de los menores de edad.

Por tanto, la experiencia acumulada en materia de defensa jurídica abarca un lapso de tiempo no superior a los 20 años, constituyendo su parte medular la que comenzó a desarrollarse desde que retornó la democracia a Chile. Este estado de cosas es el que recibe la reforma de la justicia de menores. La escasa sistematización y carencia de conocimientos prácticos en la defensa judicial de adolescentes es el contexto del cambio.

De este modo, pese a que es indudable el valor de la experiencia anterior si se la examina desde el punto de vista de un movimiento y una práctica a favor del respeto por los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, es difícil encontrar en ella todos los elementos necesarios para *modelar* un sistema de defensa penal especializada como el que se requiere en el nuevo marco legal. No obstante, muchos de los antecedentes entregados por la investigación empírica UDP/2006, tanto desde el punto de vista de los adolescentes como de los abogados y operadores del sistema, pueden resultar de gran utilidad para este objetivo.

La reciente aprobación de la LRPA presenta, entonces, un desafío de gran envergadura para el ejercicio de la abogacía. La defensa jurídica del adolescente, junto con desarrollarse en un procedimiento acusatorio, ágil, oral y desformalizado, que implica nuevas destrezas de litigación, debe dar cuenta de un conjunto de conocimientos legales sustantivos, así como de las habilidades que se requieren para una óptima relación entre el defensor y su cliente, en este caso, un sujeto en desarrollo.

Estos conocimientos y destrezas son, en general, similares a los exigidos para los adultos pero deben adecuarse a las particularidades de la Justicia Penal de Adolescentes. El hecho que el defendido sea menor de edad no transforma el rol del defensor: la función es siempre la misma; representar los intereses de su cliente, lo que cambia es el contexto y algunas estrategias defensivas. Por ello, el defensor, sea público o privado, siempre debe ser un leal representante del adolescente, como su abogado de confianza. No existen fundamentos suficientes para actuar bajo el pretexto de un supuesto bien del adolescente, en contra de sus

preferencias y de las instrucciones expresadas en el marco de una buena relación de comunicación e información con el defensor.

Estas exigencias conllevan reconocer que el abogado actúa para garantizar la participación del imputado en el proceso y hacer efectivo su derecho a ser oído en el juicio. En el caso de los sujetos en desarrollo el defensor tiene una obligación adicional de *promover* esa participación, efecto que logrará fortaleciendo sus garantías procesales y desarrollando la comunicación con su cliente.

En conclusión, según se dijo, el paso de un sistema tutelar inquisitivo a uno de responsabilidad penal de adolescentes y adversarial exigirá un trabajo continuado de instalación, monitoreo y evaluación de prácticas y razonamientos judiciales, que apunten hacia la efectiva vigencia de los principios que inspiran la reforma y a la concreción de su derecho a ser juzgados por un sistema de justicia especializado en que la defensa jurídica es una pieza imprescindible.