

TALIÓN

TALIÓN

EL DERECHO DE DEFENSA PENAL PARA ADOLESCENTES

Por Gonzalo Berríos D.
Área de defensa penal juvenil y defensas especializadas
Defensoría Nacional

El derecho del adolescente a defenderse frente a las imputaciones de responsabilidad penal que le efectúen los órganos de persecución resulta de particular interés en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). En lo que sigue abordaremos someramente los rasgos principales del derecho de defensa, para continuar con el análisis del derecho de los niños a ser escuchados. Enseguida se tratarán las reglas especiales que contempla la CDN en materia de defensa penal, así como algunas consideraciones sobre el rol del defensor. Por último, se sintetizará el estudio previo en la noción de defensa especializada como concreción de los derechos humanos de los niños.

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE DEFENSA PENAL

En primer lugar, desde una perspectiva individual, el derecho de defensa penal puede ser concebido como un derecho fundamental de todas las personas -incluidos los adolescentes- que se encuentran sometidas de alguna forma al ejercicio del poder punitivo del Estado. A su vez, desde una perspectiva institucional, se ha sostenido correctamente que no es posible concebir el debido proceso sin garantizar adecuadamente el derecho de defensa¹.

En esa dirección, es muy clara la afirmación de Binder respecto de que este derecho es “la garantía que torna operativas

todas las demás”². El derecho de defensa es el que hace posible la realización de los otros derechos y garantías que se reconocen a las personas acusadas de un hecho delictivo.

En segundo término, se distinguen en el estudio del derecho de defensa dos manifestaciones en que se expresa el mismo: por un lado, el derecho de defensa material y, por el otro, el derecho de defensa técnica³.

El concepto de derecho de defensa material dice relación con una visión amplia de la defensa, entendida como el derecho a ser oído (escuchado) y a intervenir en el juicio⁴, concepción que puede ser desagregada, a su vez, en varios subcomponentes que la concretizan. De este modo, el derecho de defensa material debe garantizarse desde el inicio de la persecución penal y hasta la completa ejecución de la sentencia, e incluye el derecho a declarar como medio de defensa; el derecho a no auto-incriminarse; a conocer los cargos que se dirigen contra el sujeto y a contradecir la acusación; a presentar sus propias pruebas y a refutar las contrarias; y a preparar adecuadamente, en tiempo y medios, la defensa de su caso.

El derecho de defensa técnica o a una defensa letrada, en tanto, dice relación con el derecho de la persona a ser asistido

1 Sobre el derecho de defensa como garantía constitutiva del debido proceso, véase Alex Carocca, *La defensa penal pública*, Lexis Nexis, 2002, Santiago, pp. 49-50.

2 Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, 2002, Buenos Aires, p. 155.

3 Julio Maier, *Derecho procesal penal*, Tomo II, Editores del Puerto, 2003, Buenos Aires, pp. 256-257; y María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Santiago, pp. 226-248.

4 Alex Caroca (sic), *La defensa en el nuevo proceso penal*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N°2, 2002, Santiago, p. 283.

y a comunicarse libre y privadamente con un abogado defensor, profesional que cuenta con los conocimientos técnico-jurídicos necesarios para que la defensa sea efectiva, resguardándose de mejor forma la igualdad en el juicio y el equilibrio procesal entre las partes.

El abogado defensor tiene como tarea la representación exclusiva de los intereses de la persona que asesora, y es por ello que se reconoce el derecho preferente a que este abogado sea de confianza del defendido. En subsidio, en caso de que la persona no cuente con un abogado de confianza o, lo que es más común en el sistema penal, no tenga los recursos económicos necesarios para costearlo por sí mismo, el Estado deberá asignarle un defensor penal público para que realice su defensa técnica.

El carácter público de este abogado no implica en ningún caso que deje de ser un abogado centrado única y exclusivamente en los intereses personales del sujeto imputado. Entender otra cosa sobre la función de la defensa pública sería legitimar una discriminación inaceptable en contra de las personas socialmente excluidas, de menores recursos y poder, que no pueden pagar un abogado privado.

EL DERECHO DE LOS NIÑOS A SER ESCUCHADOS

Realizadas estas consideraciones generales acerca del derecho de defensa penal y su contenido, ahora pretendemos dar cuenta de las normas especiales relacionadas con estos asuntos que se reconocen en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención, en su artículo 12.2, reconoce el derecho de los niños a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte. Es tal la relevancia de este derecho, que ha sido identificado como uno de los cuatro principios generales de toda la Convención, de tanta relevancia como el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración primordial del interés superior del niño.

Consecuente con su importancia global, la Observación General N°10 del Comité de los Derechos del Niño –“Los derechos del niño en la justicia de menores⁵”– también ubica a este derecho dentro de aquellos que son básicos de una

5 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

política general de justicia de menores, destinando los párrafos 43 a 45 de dicha Observación a profundizar su contenido. Además, confirmando nuevamente la relevancia del derecho a ser escuchado en todo el sistema de derechos del niño, y considerando el hecho de que su observancia “sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas”, el Comité elaboró una nueva Observación General, destinada exclusivamente al análisis del alcance jurídico del derecho, sus relaciones con otros principios y las condiciones básicas para su observancia, entre otros aspectos⁶.

De lo señalado hasta ahora se puede concluir sin mayor dificultad que el derecho a ser escuchado está directamente vinculado con el contenido del derecho de defensa material⁷, siendo este último una manifestación específica de éste. Por lo mismo, resulta pertinente traer aquí la observación de Cillero en torno a que para la legitimidad del proceso, “es necesario hacer un análisis serio sobre las competencias del adolescente para participar activamente en el juicio y establecer un sistema de enjuiciamiento que favorezca que él pueda poner en ejercicio su capacidad de actuar en el juicio⁸”.

Si se trata, en el fondo, de que el niño tenga una posibilidad real de participación en el proceso (ser escuchado), lo señalado anteriormente cobra una significativa relevancia, pues es necesario que el niño comprenda la naturaleza y lo que está en juego en el proceso penal para que pueda, a su vez, tomar las decisiones claves de su defensa. Y el logro de este objetivo es esencial al momento de perfilar la relación del niño con el abogado defensor y definir su rol en el proceso. Volveremos sobre este asunto más adelante.

6 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009. El texto previamente citado se encuentra en su párrafo 4.

7 En el mismo sentido Gimol Pinto, La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, en Revista Justicia y Derechos del Niño N°3, UNICEF, 2001, Buenos Aires, p. 135; y Miguel Cillero, El derecho a la defensa penal de adolescentes, en Estudios de derecho penal juvenil I, Defensoría Penal Pública, 2009, Santiago, pp. 22-25.

8 Cillero, op.cit., p. 25 (cita suprimida).

NORMAS ESPECIALES PARA LOS NIÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

En la estructura de la CDN, los artículos 37 y 40 son fundamentales a la hora de referirse a la situación jurídica de los niños en conflicto con la ley penal, más aún cuando dichos artículos contienen algunas normas relativas al derecho de defensa que comentamos. En lo que sigue, por ende, nos abocaremos a un breve análisis de las mismas.

El artículo 37.d) establece que “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada”. Para los efectos de estas notas, nos interesa destacar que lo que se exige en este artículo es que la asistencia sea letrada, sin perjuicio de “otra asistencia” que, conjuntamente con la anterior, pueda brindarse al niño privado de libertad. Asimismo, coloca un énfasis particular en la oportunidad en que debe brindarse la asesoría jurídica, al exigir un “pronto acceso” a la misma.

Mientras, el artículo 40.2.b.ii) señala que a los niños se les debe garantizar que dispongan de “asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”, para más adelante, en el Art. 40.2.b.iii), exigir que la comparecencia en la audiencia respectiva se efectúe “en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado”. La CDN utiliza en estos casos una fórmula alternativa respecto del tipo de asistencia, distinta a la empleada en el artículo 37 ya mencionado.

Nos parece que la redacción de la CDN, salvo lo dispuesto en el artículo 37, es excesivamente ambigua en el ámbito del derecho a la asistencia letrada, pues no expresa que siempre se deba contar con una defensa técnica, aunque –en todo caso– siempre exige algún tipo de asistencia o asesor para el niño.

Reparando en esta debilidad, aunque sin decirlo expresamente, el Comité de los Derechos del Niño “recomienda que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos”.

Si pese a la recomendación la asistencia la brindan otro tipo de asesores, éstos –continúa el Comité– al menos “deberán tener un conocimiento y una comprensión suficientes de los aspectos jurídicos”⁹.

Pese a la crítica previa, no debe olvidarse que la CDN sólo establece un conjunto de derechos mínimos, “habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales” (artículo 40.2), por lo que nada de lo dispuesto en la Convención deberá afectar otras disposiciones “más conducentes a la realización de los derechos del niño”, recogidas en el derecho internacional vigente o en el derecho interno de un Estado Parte (artículo 41, reconociendo el principio de aplicación de la norma más favorable para la realización del derecho)¹⁰.

Considerando lo anterior, se debe tener presente que en el ámbito americano el derecho de defensa técnica de los niños se encuentra reconocido y protegido con un estándar más exigente que el establecido por la CDN, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en su artículo 8.2, letras d y e– establece que toda persona (también un niño, naturalmente) tiene el derecho “de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”, así como el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado”, si la persona no se autodefende o no cuenta con un defensor de confianza.

Ahora bien, Duce ha sostenido que en realidad “lo que hacen estas normas [de la CDN] es ampliar el ámbito de protección del derecho internacional, al establecer como obligatoria la asistencia al niño en todo caso allí donde –tratándose de los adultos– no exige una obligación para todo tipo de casos, incluso los penales, y menos que ésta sea gratuita a todo evento. En este contexto, la exigencia de asistencia apropiada asegura la presencia de un asesor idóneo a todo evento”¹¹. Entiendo que ello se refiere, por ejemplo, a las limitaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y del Convenio Europeo de Derechos Humanos), que sólo asegura

9 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10, párrafo 49.

10 Pinto, *ibidem*, habla de que tales instrumentos internacionales “deben completar los derechos del niño o niña”.

11 Mauricio Duce, El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil, en *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N°1, Talca, 2009, p. 99.

la defensa gratuita de oficio “cuando los intereses de la justicia lo exijan”. Así, como el Tratado de Derechos Humanos es de carácter universal, la CDN sería más exigente en esta materia que el Pacto, confirmando entonces la idea de que la CDN constituye un instrumento de protección especial de los derechos de los niños.

En definitiva, podemos concluir que la CDN reconoce y asegura en forma amplia el derecho de defensa material, aunque no en todos los casos exige una defensa técnica o letrada. Que, sin embargo, se debe considerar que la Convención establece sólo ciertos niveles mínimos de exigencia en el plano de los derechos de los niños y de las obligaciones de los Estados, ya que ella debe ser compatibilizada con otras normas jurídicas que determinan exigencias superiores y complementarias a las de la Convención.

Y, por lo tanto, que una lectura integrada de la CDN con las normas del Pacto de San José de Costa Rica debe llevar necesariamente a concluir que se ha de garantizar siempre, en toda circunstancia, el derecho de defensa jurídico-penal a todo niño al que se le impute responsabilidad por un hecho delictivo. Además, dadas las complejidades del proceso penal y las particularidades de la infancia, nos parece que en estos casos la defensa técnica es de carácter necesario o preceptivo.

ROL DEL ABOGADO DEFENSOR

En el siguiente nivel del análisis, retomaremos el tema del rol de defensor y las relaciones entre la dimensión material y técnica del derecho de defensa. Esto es, nos abocaremos a las relaciones entre el derecho del niño a ser escuchado y el derecho a la defensa técnica, que se materializa por medio de un tercero, el abogado defensor.

Como ya se adelantó, el abogado se ha de guiar siempre en su trabajo técnico-jurídico por los intereses y la voluntad de su defendido. El defensor representa exclusivamente un interés parcial. Se encuentra “obligado a la parcialidad. Ello significa que debe omitir toda acción que pueda perjudicar a su defendido, pero también incluye la obligación de llevar a cabo acciones que, conforme a una estrategia defensiva predeterminada, contribuyan a excluir o aminorar la imputación y su reproche¹²”.

12 Maier, op. cit., pp. 274-275 (citas suprimidas).

En lo sustancial, el nexo entre la dimensión material y técnica del derecho de defensa significa que, en su labor profesional, el defensor ha de cumplir un rol asesor y de colaboración¹³ en el proceso de toma de decisiones del niño, para que éste, como titular indiscutido del derecho de defensa, pueda optar de manera informada por la mejor alternativa respecto de sus derechos e intereses, frente a su particular situación jurídico-penal. El respeto del derecho de defensa trae consigo, por tanto, la necesaria erradicación de cualquier paternalismo y autoritarismo en el ejercicio profesional del abogado defensor.

Por ende, si se toma en consideración el contenido del artículo 12 de la Convención, no resulta concebible una idea distinta acerca del rol del defensor penal de niños que la anteriormente esbozada, ni menos puede dejar de aceptarse la sujeción obligatoria del abogado a los intereses y voluntad expresados por el niño. Ello implica la superación definitiva, desde la perspectiva de la Convención, de la antigua idea del defensor de “menores”, que vela por su supuesto bienestar¹⁴ y que asesora al tribunal más que al propio niño¹⁵.

De ahí que cobren especial fuerza los asuntos relacionados con la observancia de los deberes profesionales del abogado para con el niño, tales como el resguardo leal y permanente de la voluntad e intereses manifestados por el niño; el desarrollo de habilidades de comunicación; el desempeño competente de sus funciones y la debida diligencia en su ejercicio; el deber de mantenerlo informado de la marcha del proceso en todas sus facetas; el deber de confidencialidad (secreto profesional) y la obligación de mantener una relación sincera y de efectuar un adecuado manejo de las expectativas del niño sobre los posibles resultados del juicio.

13 Sobre el modelo colaborativo de defensa, aunque con un sentido no necesariamente coincidente con el que se emplea en el texto, véase Kristin Henning, Loyalty, paternalism, and rights: client counseling theory and the role of child's counsel in delinquency cases, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 81:1, 2005, en especial pp. 315-322.

14 Ricardo Pérez Manrique, Sobre el ejercicio de la defensa de menores infractores, en *Revista Justicia y Derechos del Niño* N°3, UNICEF, 2001, Buenos Aires, p. 166.

15 Cillero, op.cit., passim.

EL DERECHO DE LOS NIÑOS A UNA DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA

Ahora bien, las particularidades jurídicas, económico-sociales y culturales que presentan los niños, unidas al mandato general del artículo 40.3 de la CDN de establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños infractores de la ley penal (principio de especialidad), no pueden sino que influir en una especial configuración y calidad de su derecho a defensa técnica.

Además de ello, la necesidad de establecer una relación adecuada entre el defensor y el niño, que posibilite en términos reales y no meramente declarativos que el niño sea efectivamente quien tome las decisiones estratégicas acerca de su defensa, exige también la prestación de la defensa en forma especializada. Como se ha tenido oportunidad de expresar en otro momento, “el derecho que se ha de garantizar no es a cualquier defensa para que ésta pueda ser considerada como adecuada y efectiva: en el caso de los adolescentes, el derecho a defensa penal debe satisfacerse en forma ‘especializada’¹⁶”.

Lo anterior quiere decir que se debe organizar un sistema de defensa penal pública para niños que contemple una estructura de abogados cuya función exclusiva sea su defensa, y que cuenten con conocimientos y competencias especiales en asuntos como: psicología social y del desarrollo, criminología, culturas juveniles, técnicas de entrevistas, además de los conocimientos y competencias básicas con que debe contar todo defensor. Han de ser abogados que tengan una motivación especial para el trabajo con niños, de por sí una tarea más exigente profesionalmente, y que conozcan y manejen las redes sociales y estatales que puedan ser de utilidad para la defensa. Por último, han de contar con equipos de apoyo de carácter interdisciplinario, destinados a facilitar sus labores defensivas.

La puesta en marcha de defensorías especializadas tiene un impacto directo en la calidad de los servicios de defensa pública. En un estudio de carácter nacional, se indagó la opinión de los jueces sobre el impacto de la especialización

de los defensores. Dicho estudio arrojó que un 82,7 por ciento de los jueces considera que la especialización de la defensa incide “mucho o bastante” en las formas de término de un caso, redundando en un mejor resultado legal para el niño.

Además, en términos comparativos, los defensores penales juveniles fueron evaluados como el actor judicial más especializado de todo el sistema, superando a los jueces y a los fiscales. Así, un 72,6 por ciento de los jueces de garantía encuestados señalaron a los defensores juveniles como el actor más especializado, seguido por los propios jueces de garantía (56,8 por ciento) y los fiscales, con sólo 6,8 por ciento¹⁷.

CONSIDERACIONES FINALES

La relevancia del derecho de defensa penal de los niños para garantizar el debido proceso es una exigencia de justicia y una obligación que, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados deben no sólo respetar, sino que han de promover para lograr la efectividad de su ejercicio. Toda restricción, por acción u omisión, del derecho de defensa es -por tanto- una grave violación de los derechos humanos de los niños.

El respeto del derecho de defensa implica asegurar el derecho del niño a ser escuchado y a participar activamente en el juicio, lo que plantea exigencias profesionales especiales al abogado defensor y el cumplimiento celoso de sus deberes. Por ello, en el caso de los niños es necesario reconocer que lo que se debe garantizar es no sólo el derecho a defensa, sino el derecho a una defensa penal especializada. El desafío que se enfrenta, entonces, ya no es exclusivamente poner a disposición de los niños a abogados que los defiendan frente a la pretensión punitiva dirigida en su contra, sino construir y consolidar sistemas de defensa penal especializadas en la asistencia jurídica de niños y niñas. 

16 Gonzalo Berríos, Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia, en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Ministerio Público de la Defensa, 2008, Buenos Aires, p. 407.

17 Valoración de los actores del nuevo sistema de justicia penal adolescente acerca de la defensa penal juvenil, Informe final, CCI Ingeniería Económica, noviembre de 2009.