

¿Puede un adolescente designar abogado en el procedimiento proteccional?

Francisco Estrada V.

Documento de Trabajo Infajus N° 1

¿Puede un adolescente designar abogado en el procedimiento proteccional? *Documento de Trabajo Infajus* N° 1 Edición electrónica

© Es propiedad del autor

Francisco Estrada Vásquez

1ª Edición, agosto 2020

INFAJUS Ediciones ®

Citación sugerida:

Estrada, Francisco (2020). “¿Puede un adolescente designar abogado en el procedimiento proteccional?” *Documento de Trabajo Infajus* N° 1. Santiago: Infajus

Francisco Estrada es abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magister en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia por la Universidad Diego Portales. Ex Director Nacional de SENAME. Actual litigante en derechos del niño, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile y Director Ejecutivo de la Corporación INFAJUS.

Nuestra Constitución establece en el art. 19 N° 3 la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Para nuestra doctrina constitucional, se consagra aquí la denominada igualdad ante la justicia.

A su turno, el N° 3, inciso 5°, estatuye la garantía del debido proceso en los términos que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”*. Y añade que *“corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos,”*

El N° 3 en su inciso 2° consagra el derecho a la defensa al disponer que:

toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida

(...) La Ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Por su parte, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula lo siguiente:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en **consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional**.

En derecho comparado, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció en 1967 en el emblemático caso *Gault (In re Gault, 387 U.S. 1, 1967)*, la aplicación de garantías del debido proceso a la niñez tutelada, con singular elocuencia:

la verborrea (...), cliché [y] retórica del tribunal de menores han servido para oscurecer la real naturaleza y ramificaciones de las acciones del tribunal de menores (...) El hecho es que, sin embargo del título eufemístico, un “hogar de acogida” o una “escuela industrial” es una institución de confinamiento en la que el niño es encarcelado por un tiempo largo o corto (29-30)

Como sabemos, la defensa técnica constituye una garantía para el cumplimiento efectivo de la defensa material, y se expresa en el derecho a contar con asesoría jurídica, un abogado, que represente los intereses jurídicos del imputado. Riego (1996), anota que constituye “además de un derecho específico, un mecanismo que torna operativas el resto de las garantías.”

García Méndez, Núñez y Rodríguez (2015: 89) aciertan al plantear que

la defensa técnica es una garantía frente al poder del Estado y, por lo tanto, como toda garantía, representa una limitación al poder estatal, cualquiera sea su manifestación. Es importante señalar que, aunque esta garantía ha tenido mayor análisis doctrinario desde el ángulo del proceso penal y así está plasmado en la mayoría de los instrumentos internacionales, no se refiere exclusivamente al poder penal del Estado, sino que remite a todo ámbito donde se ejerce poder estatal.

A su turno, Cillero (2006), refiriéndose a la defensa técnica de adolescentes en sede penal, argumenta:

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.

Así, entonces, el derecho a defensa hace operativo el acceso a la justicia, se vincula y puede ser expresivo del ejercicio del derecho a ser oído del niño, y constituye un elemento central del debido proceso.

Un fallo bastante inédito de hace un par de años relevó el rol del debido proceso en procedimientos de medidas de protección. Una jueza del Centro de Medidas Cautelares dictó sentencia sin hacer ninguna audiencia, sólo con el llamado telefónico de la consejera al requirente (el padre del niño que denunciaba maltrato de la madre) y ordenando como medida de protección el “ingreso a DAM” (que es en verdad la realización de un diagnóstico, no un programa que haga intervención alguna). Ante eso interpuse recurso de apelación (la curadora designada jamás se apareció a alegar por la Corte y no entrevistó al niño). La Corte señaló

Que la adecuada exégesis y aplicación de la preceptiva procesal y substancial vigente exigía, de cualquier modo, que en la etapa en que se dictó la sentencia definitiva que acogió la medida de protección solicitada mediante denuncia de 15 de octubre de este año, el magistrado del tribunal a quo dispusiera la práctica de una audiencia preparatoria, a la

luz de lo prevenido en el artículo 72 de la Ley 19.968, en orden a permitir a los involucrados en este tipo de acusación acreditar las justificaciones de sus conductas, procedimiento legal que fue alterado incorrectamente mediante la dictación de un pronunciamiento absolutamente extemporáneo, atendida la etapa procesal de la causa, situación que debe considerarse como un desvío inaceptable del principio constitucional del debido proceso, que garantiza la práctica de diligencias probatorias por quienes a raíz de un conflicto de relevancia jurídica, son sometidos o someten aquél al conocimiento de un órgano jurisdiccional y del deber de éste último de adoptar todas las medidas que fuesen necesarias y conducentes a efectos de asegurar la vida e integridad física y psíquica de los miembros de la familia.

A mayor abundamiento, aparece pertinente razonar que en el orden substancial corresponde interpretar las normas de procedimiento con el objeto de permitir el efectivo ejercicio de las garantías procesales, puesto que, de lo contrario, se afecta el principio de igualdad ante la ley -cuya finalidad última no es sino la consecución de la justicia-, el cual ciertamente se ha visto conculcado a raíz de la inadecuada tramitación que se observa en el proceso en análisis; (Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2015, rol N° 2918-2015)

La Corte de Apelaciones repitió la misma idea central, ahora a propósito de un caso en que otra jueza del Centro de Medidas Cautelares no aceptó la petición de escuchar a un niño y dictó sentencia no dando lugar a iniciar el procedimiento proteccional

Que luego de lo dicho y teniendo en consideración que conforme estatuye el artículo 16 de la Ley 19.968, el derecho del niño a ser oído es un principio rector que el juez de familia debe tener siempre en cuenta en la resolución de algún asunto sometido a su conocimiento, estos sentenciadores no pueden dejar de advertir que tratándose este proceso de un conflicto en que se denuncia la vulneración de los derechos del menor Agustín Andrés E. B., la magistrado a quo omitió escucharlo, situación procesal que ha de considerarse como un desvío inaceptable del principio constitucional del debido proceso, que impone al juzgador respetar el aludido derecho del niño en orden a poder manifestar su personal interés en el asunto debatido, incurriéndose de este modo en una falta procedimental que debe ser corregida por este Tribunal de Alzada al amparo de la facultad que le confiere el inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil. (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de abril de 2017, rol N° 3034-2015)

Es decir, el debido proceso plantea una serie de exigencias al procedimiento proteccional. Este procedimiento no es inmune a los requerimientos de este derecho fundamental, del que se desprende el derecho a defensa como exhaustivamente sostienen García y Contreras (2013: 261)

El derecho a defensa jurídica es un derecho fundamental de naturaleza procesal, que se proyecta, sustantivamente, como interdicción de la indefensión y, formalmente, como principio de contradicción de los actos procesales

Nótese particularmente este argumento especialmente aplicable a la niñez internada

El propio mundo jurídico es constitutivo de un lenguaje nuevo, técnico, sistemático e impenetrable. Ello es particularmente sensible en amplios sectores de la ciudadanía, en ámbitos socioeconómicamente postergados y en minorías especiales. Por lo tanto, en el corazón de las respuestas del sistema judicial está la perspectiva de proscribir la indefensión. (García y Contreras 2013: 261-262)

Esto ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional quien ha expresado

el derecho a la defensa jurídica y las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento constituyen piezas fundamentales en el justo y debido proceso y pertenecen a las más antiguas tradiciones de la justicia y del derecho. (Tribunal Constitucional, 29 de mayo de 2007, rol N° 621, considerando 6)

Todo esto choca violentamente con la precaria redacción del artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia, norma que no contempla un derecho a la defensa letrada de niños en tribunales de familia sino, cosa muy distinta, un sistema de designación en dos determinados casos:

- (i) “en los casos en que carezcan de representante legal o”
- (ii) “cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación”

Es evidente que esta redacción no consagra un derecho sino estipula una determinación judicial, discrecional, en dos determinadas y precisas hipótesis.

Por ser excepcionales, lo que cabe es una interpretación restrictiva y ese fue el comportamiento de la judicatura hasta fines del año 2014, es decir durante los primeros 9 años de funcionamiento de los tribunales de familia.

Es preciso considerar que el artículo 16 de la Ley N° 19.968, en su inciso tercero, establece la categoría de adolescente para aquel sujeto mayor de 14 años y menor de 18.¹ Esta categoría no se encuentra presente en el Código Civil que aún distingue en su artículo 26 entre infante o niño, quien es “todo el que no ha cumplido siete años”; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce”.

La categoría adolescente cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con un cuerpo normativo especial en materia penal, la Ley N° 20.084, que regula la responsabilidad penal por infracciones a la ley penal de quienes cometen un delito siendo mayores de 14 años y menores de 18 años. Es decir, estamos ante una categoría que cuenta con sólido reconocimiento normativo interno aun cuando en la Ley N° 19.968 no se indique alguna consecuencia precisa a esta categoría.

De este modo, el estatuto de un adolescente en el sistema penal está configurado en derredor de la idea del reconocimiento de la especialidad de este sujeto de derechos. Así discurre este fallo de la Corte Suprema:

6°) Que este nuevo sistema o régimen de responsabilidad, se cimentó en torno a principios que hoy son bien conocidos y suficientemente tratados por la doctrina nacional, y sobre los cuales esta Corte ya se ha extendido bastante en decisiones anteriores, por lo que sólo cabe traer a colación para lo que aquí interesa, que este sistema, en obediencia al artículo 40 N°1 de la Convención sobre Derechos del Niño (Berrios, ob. cit., p. 165-166, identifica el proceso de adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño, como el factor predominante, tanto en el proceso pre-legislativo, como en el proceso propiamente parlamentario de elaboración de la nueva legislación), debe tratar a los niños infractores de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, objetivo para el cual -según prescribe el artículo 2° de la Ley N°20.084-, en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los y las adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior de éstos, expresado en el reconocimiento y respeto de sus derechos (v. sentencias de Corte Suprema Rol N° 2995-12 de 18.04.2012, Rol N° 5012-12 de 04.07.2012, Rol N° 4760-2012 de 31.07.2012, y Rol N° 7670-12 de 13.12.2012).

7°) Que por tanto, la Ley N° 20.084 viene a consagrar una categoría más sofisticada que un mero cúmulo de preceptos reunidos en un mismo texto y que aborda una materia común, sino que se eleva como un nuevo conjunto de reglas y principios estructurados y

¹ La Ley N° 19.968 alude al adolescente en sus artículos 2, 5, 8, 13, 15, 16, 17, 19, 22, 41, 63, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 92, 101, 102 A, 102 C, 102 D, 102 F, 102 G, 102 H, 102 I, 102 J, 102 K, 105, 106 y artículo 12° transitorio.

enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos.” (Corte Suprema, 17 de septiembre de 2013, rol N° 4419-2013)

Es por lo anterior que un adolescente, en el sistema penal, cuenta con derecho a defensa técnica y especializada y la Defensoría Penal Pública cuenta con una unidad a nivel central que diseña las especificaciones técnicas y ofrece asesoramiento en este particular tipo de defensa. Pero también un adolescente –él directamente, no sus padres o sus representantes legales- puede nombrar defensor particular, un defensor de confianza. Esta práctica se realiza ordinariamente en el sistema de justicia criminal sin que se haya producido ninguna norma específica que altere las reglas de capacidad el Código Civil o de la Ley 18.120 (sobre comparecencia en juicio). Se permite sólo por la aplicación general del estatuto de derechos del imputado que contiene el Código Procesal Penal. Quiero insistir en que la Ley N° 20.084 no contiene – más allá de la referencia al corpus iuris internacional del art. 2°- ninguna norma que explícitamente regule la designación de abogado de confianza.

Contra este esquema interpretativo, en tribunales de familia se erige la lectura tradicional y exclusivamente civilista de las reglas sobre capacidad contenidas en nuestro Código Civil. Según esta lectura, no sería posible que un adolescente – un incapaz relativo- designe un abogado de confianza, en razón de ser relativamente incapaz.

Tal representación sólo podría provenir de fuera de él:

- i. Del tribunal que en aplicación del art. 19 le nombra un curador *ad litem*;
 - ii. Del director del centro o residencia donde esté internado, quien por aplicación del art. 57 de la Ley de Menores tiene su cuidado personal y podría efectuar dicha designación²;
- y
- iii. De su padre o madre, quien es, según preceptúa el artículo 43 del Código Civil, su representante legal *prima facie*.

Desprovee así al adolescente de su derecho a contar con un abogado de su confianza, alguien que realmente actúe como su defensor.

¿Son aplicables al procedimiento de aplicación de medidas de protección las reglas civilistas?

Nos parece que existe un conjunto de razones para responder que no.

² Artículo 57. En tanto un menor permanezca en alguno de los establecimientos u hogares sustitutos regidos por la presente ley, su cuidado personal, la dirección de su educación y la facultad de corregirlo corresponderán al director del establecimiento o al jefe del hogar sustituto respectivo. La facultad de corrección deberá ejercerse de forma que no menoscabe la salud o desarrollo personal del niño, conforme al artículo 234 del Código Civil.

En primer lugar, desde el derecho internacional de los derechos humanos de la niñez donde hay un robusto *corpus iuris* consistente en consagrar el derecho de todo niño a contar con adecuada asistencia jurídica.

Así, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana)³ son enfáticas al indicar en su regla 11 letra b) que

11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

(...) b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

De esta regla se colige evidentemente que la internación como medida de protección constituye privación de libertad. Esta misma regla se encuentra repetida en el art. 4° del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura que se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento a través del DS N° 340, de 18 de diciembre de 2008.

Más adelante en la regla 18 añaden:

a) Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones;

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como "Reglas de Beijing"⁴ se estatuye:

3.2 Se procurará extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a todos los menores comprendidos en los procedimientos relativos a la atención al menor y a su bienestar.

(...) 7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

³ Aprobadas por la Asamblea General en 68ª. Sesión plenaria, Res. 45/113 14 de diciembre de 1990.

⁴ Adoptadas por la Asamblea General de NU en 96a. sesión plenaria 29 de noviembre de 1985

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre los derechos del niño sostuvo:

Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural —competente, independiente e imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos. Corte IDH, OC 17/12 del 28-08-2002, punto resolutivo 10.

Y por supuesto, existen al menos tres artículos claves de la Convención sobre los derechos del niño que construyen verdaderos principios del procedimiento proteccional (Estrada 2015a), el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído, de cuya lectura sistemática se colige la respuesta afirmativa a la posibilidad de que un adolescente de 15 años designe abogado.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 14 fue bastante expresivo sobre este punto, en un párrafo denominado justamente “La representación letrada”:

96. El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión.

La profesora -y jueza de familia- Nel Greeven (2017:175) sostiene que

(...) si bien las normas de derecho de familia son un híbrido público-privado y las normas de procedimiento son de orden público, se puede decir que la representación -en parte se sujeta a las reglas privadas (...) y no estando prohibida la representación letrada del niño, podría comparecer en esta forma y ejercer su defensa con todo lo que ello implica.

La lectura del adolescente como un incapaz es justamente la perspectiva que el modelo de la protección integral abandona, aun cuando en nuestro país perviva la anacrónica Ley N° 16.618. El modelo de la protección integral, como es sabido, se erige sobre los pilares de la Convención sobre los derechos del niño y pone el foco normativo en los

deberes que recaen sobre el Estado en orden a garantizar al niño, niña y adolescente su calidad de titular de derechos fundamentales, esa poderosa idea que Hanna Arendt acuñó en la fórmula de “derecho a tener derechos”. Cillero (1999) desarrolla esta noción afirmando:

de la consideración del niño como sujeto de derechos y del principio de la autonomía progresiva se desprende que el niño es también portador de una creciente responsabilidad por sus actos, que permitirá no sólo afirmar que la infancia y la adolescencia son destinatarias de las normas prescriptivas y prohibitivas del ordenamiento jurídico, sino también que pueden, según su edad y la evolución de sus facultades, constituirse en responsables de sus actos ilícitos.

Es decir, como apuntaron hace diecisiete años Millán y Villavicencio (2002: 88)

El derecho a la defensa jurídica o representación especial es un auténtico derecho fundamental de naturaleza procesal, integrante de la garantía del debido proceso y que permite que las personas menores de edad puedan gozar y ejercer efectivamente sus derechos sustantivos

En nuestro ordenamiento interno, negar ese derecho significa configurar una condición arbitrariamente discriminatoria respecto de ese mismo niño pero en el sistema de justicia penal. ¿Por qué razón un adolescente, a quien se imputa haber infringido la ley penal, es capaz de designar abogado de confianza y el mismo adolescente, si ha sido gravemente vulnerado en sus derechos, es decir, respecto de quien el Estado tiene un deber reforzado de tutela, carece de esa capacidad y debe contentarse con lo que otros decidan por él?

Esa discriminación resulta arbitraria y contraria a derecho.

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado el vínculo entre igual protección ante la ley que se vería afectada con una discriminación como la indicada- y derecho a defensa

[e]l derecho a la defensa jurídica tiene una relación sustancial con el de igual protección de la ley en términos tales que viene a precisar el sentido y alcance de la protección que el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de las personas referida al ámbito específico de la defensa jurídica de ellas ante la autoridad correspondiente. (Tribunal Constitucional, 28 de enero de 2008, rol N° 1001, considerando 16)

En un segundo ámbito argumentativo, un análisis teleológico del sistema proteccional corrobora lo anterior. Los fines del sistema proteccional, fines estipulados positivamente en la Convención sobre los derechos del niño, en la Ley de Menores y en la Ley de Tribunales de Familia, se configuran, como ha dicho la doctrina, sobre el giro

copernicano (García Méndez) de considerar al niño un sujeto de derecho y no un mero objeto de la benevolencia estatal. El cuidado que el Estado compromete, entonces, no es uno de cualquier tipo. Lo que legitima, en definitiva, la intervención paternalista estatal en pro de los fines tuitivos, es la consideración de incremento de autonomía del sujeto. Y es fácil observar que este incremento progresivo de autonomía, en que el derecho simplemente reconoce lo que el desarrollo de todo ser humano experimenta, permite y exige que el sujeto paulatinamente, y en consonancia al desarrollo de sus facultades vaya ejerciendo por sí mismo el campo de decisiones en lo que a él atañen. Y una decisión de este tipo es la de quién lo representará en el marco del procedimiento que busca tutelar sus derechos vulnerados. Otra lectura significa simplemente persistir en su condición de objeto de actuación estatal.

Aun más, en varias de las medidas de protección que el tribunal puede aplicar, la internalización de los objetivos tuitivos, reinsertadores, reparadores exige la apropiación de los objetivos de la intervención por el sujeto, lo que se verá facilitada si el mismo sujeto ha sido parte del proceso, lo que ciertamente difícilmente ocurrirá si el abogado que lo ha representado le ha sido impuesto y/o se ha encargado en juicio de contradecir la opinión del niño.

En tercer lugar, razones históricas refuerzan esta lectura. El año 1995 se implementó en todo el país por parte de Sename el proyecto de apoyo psico socio jurídico para menores privados de libertad en secciones de menores y en los COD del país, sometidos a trámite de discernimiento y para aquellos menores que luego eran sometidos a proceso. Se seguía en esto la experiencia que desde finales de los ochenta había desarrollado el equipo del Hogar de Cristo liderado por Sergio Avalos junto a Miguel Cillero, Paulo Egenau y Eduardo Nichols, y que para 1995 era dirigido por Alejandro Gómez.⁵

Una parte importante del trabajo de este equipo era la defensa en el trámite del discernimiento que en primera instancia consistía en solicitar la libertad provisional en el juzgado del crimen y alegar en Corte la apelación o consulta; y en la judicatura de menores instar por la rapidez de la decisión, más con habilidades de lobbyista que de abogado –el procedimiento de menores era sin forma de juicio, y no admitía la defensa–, luego en la Corte de Apelaciones, alegar en pro de la declaración de “sin discernimiento”. Para estos efectos se concurría dos veces a la semana al centro respectivo a obtener el patrocinio de los menores. Y ese escrito de patrocinio y poder era autorizado en el juzgado del crimen, en el juzgado de menores y, en caso de ser necesario por no haber alcanzado a hacer antes, en la Iltma. Corte de Apelaciones. Los principales

⁵ En el que participaron también Claudio Fierro, Fernando Mardones, Francisco Ledezma, Martín Bernal, Francisco Estrada, Pilar Irribarra, Juan José Carvajal, Francisco Concha entre otros.

problemas para autorizar este escrito estuvieron en la primera instancia. Pero la Corte de Apelaciones de Santiago -integrada entonces por Ministros que hoy componen la Corte Suprema como los Ministros Dolmstech, Juica, Brito, Muñoz, Cerda, Kunsemuller (como abogado integrante) entre otros- fue consistente en autorizar que los menores constituyeran sin necesidad de autorización de sus representante legal, patrocinio y poder directamente. Aun más, en ocasiones en que no había sido posible obtener la firma del escrito por el menor, los mismos sres. Ministros permitieron alegar en calidad de agente oficioso. Igual ocurrió en Concepción⁶ y en otras ciudades del país. Es decir en un sistema en que no se diferenciaba al menor en protección del infractor, el Tribunal de Alzada capitalino permitió la designación de abogado por el adolescente. Hay, entonces, razones histórica que abonan la posibilidad de que un adolescente designe directamente a su abogado de confianza.

Una última cuestión a examinar se refiere no ya a la justificación de la posibilidad de designar abogado sino al examen crítico del campo de las políticas públicas de acceso a la justicia en que este problema se plantea.

Tomarse en serio los derechos de los niños, exige preguntarse no sólo por los derechos a garantizar en la normativa actual o en una nueva Ley de protección integral, o de garantía, de derechos de niños, niñas y adolescentes, sino también por los mecanismos que hagan efectivos estos derechos. La declaración de un conjunto de derechos o potestades que carecen de mecanismo de exigibilidad deviene en consejos y exhortaciones, no en derechos.

Como sostiene Peña (1997):

Tomarse los derechos en serio –en particular, tomarse los derechos de los niños, en serio- exige que las clases políticas latinoamericanas conciban el elenco de derechos contenidos en el sistema normativo internacional, no como meras aspiraciones sociopolíticas de los países que los suscriben, sino como genuinos poderes que los estados confieren a las personas para que las personas, a su vez, limiten el poder estatal (esa es la función que, a fin de cuentas, cumplen los derechos civiles y políticos) u orienten las decisiones colectivas, en particular las políticas sociales (siendo ésta, por su parte, la función que compete a los derechos económicos, sociales y culturales).

Así, la cuestión de si el niño tiene, o no, derecho a contar con un abogado y qué tipo de relación se configura entre ellos, es una de las que caracteriza y, hasta cierto punto, imprime un sello que singulariza a los respectivos sistemas de protección existentes.

Lo que tenemos hoy en día es lo que he denominado en otro lugar, la ilusión de la representación (Estrada 2015) y no logra pasar el tamiz del enfoque de derechos. Un

⁶ Donde los abogados a cargo eran Nelly Navarro y Jaime Pacheco.

enfoque de derechos exige una institucionalidad que responda en forma específica a la asistencia letrada para niños, de modo que sus derechos puedan ser efectivamente exigidos.

Un avance en este sentido es el programa Mi Abogado del Ministerio de Justicia. Pero en lo que respecta a los que hemos llamado curadores ad litem tradicionales están muy lejos de resguardar los derechos mínimos de un adolescente.

Entonces, respondida afirmativamente la pregunta de si un adolescente puede designar abogado de confianza en el procedimiento proteccional y erigida esta vía en una cuarta manera de constituir representación jurídica en el tribunal de familia⁷, cabe precisar si existe entre las cuatro algún orden de prelación.

En primer lugar, debiera existir un principio de deferencia hacia el deseo del niño de contar con un abogado de confianza. No es posible sostener que la imposición de una designación de un abogado puede satisfacer el estándar de derecho a la defensa. Debiera operar acá el mismo criterio que en el sistema penal. El abogado público –el proporcionado por la Defensoría Penal Pública, y que puede ser defensor público o defensor licitado- funciona en subsidio del nombramiento que el adolescente puede hacer de un abogado de confianza.

En segundo lugar, existe el deber del tribunal de evitar eventuales conflictos de interés, que pueden darse entre el interés de los padres y el del adolescente, donde, nuevamente, parece necesario preferir la designación realizada por el propio adolescente.

Como cuestión central para una adecuada solución hermenéutica debemos considerar la primacía, en términos de jerarquía normativa, de la Convención sobre los derechos del niño, por sobre las reglas contenidas en el Código Civil y en la Ley N° 19.968.

Recientemente, la Excm. Corte Suprema ha recordado la exégesis correcta ante conflictos de este tipo

tanto por la jurisprudencia como por la doctrina han sostenido que: “Si se ha alterado no sólo la letra sino que la sustancia de la normativa constitucional entre la época de promulgación del precepto legal en examen y la de su aplicación a un caso específico, el problema se transforma en una cuestión de subsistencia o derogación del precepto legal,

⁷ “Las formas por las que es posible construir una relación abogado-niño son por designación:

- i. Del tribunal que en aplicación del art. 19 le nombra un curador ad litem;
- ii. Del director del centro o residencia donde esté internado, quien por aplicación del art. 57 de la Ley de Menores tiene su cuidado personal y en virtud de esta potestad legal podría efectuar dicha designación;
- iii. De su padre o madre, quien, detentando su cuidado personal es, según preceptúa el artículo 43 del Código Civil, su representante legal *prima facie*;
- iv. Del mismo adolescente, mayor de 14 años.” (Estrada, 2019), p. 96.

cuya determinación no se contrapone en la competencia exclusiva de la Corte Suprema y, puede, por tanto, ser examinado y decidido en todos los grados de jurisdicción por los diversos tribunales competentes.”⁸ (Corte Suprema, 26 de noviembre de 2018, rol N° 6109-2018, considerando 4°)

Y apenas este año la Corte Suprema agregó

Que, como ha resuelto sostenidamente esta Corte (v.g. SCS de 28 de junio de 2018 en causa Rol N° 12.125- 2018), una interpretación armónica, razonada y sistemática del artículo 2° transitorio de la Ley N° 20.886 permite establecer que el trámite de hacerse parte a seguir los recursos judiciales ante los tribunales superiores -antes estatuido en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil- se encuentra derogado, por constituir una norma de orden público que rige *in actum*, debiendo considerarse al efecto, además, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, instrumentos que determinan la obligación de adecuar las resoluciones al sentido de preferir aquella conclusión en pro de los recursos procesales que permitan la revisión de la decisión impugnada. (Corte Suprema, 4 de febrero de 2019, rol N° 32.798-2018, considerando 1°)

Por ende, en virtud de este deber de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos y en atención al principio de igualdad ante la ley, creemos ajustado a derecho que el mismo niño, en atención a su edad y madurez, y de todos modos desde que es adolescente, es decir, desde los 14 años, puede designar un abogado de confianza.

Bibliografía

- Cillero, Miguel (1999). “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”. En UNICEF-IIN, *Derecho a Tener Derechos*. Tomo IV, Montevideo.
- _____ (2006). *Notas Sobre el Derecho a la Defensa Penal de Adolescentes*. Documento de trabajo N°6/2006. Unidad de Defensa Penal Juvenil. Defensoría Penal Pública.
- Comité de derechos del niño (2009). *Observación general N° 12. El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/12.
- _____ (2013). *Observación general N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14.
- Estrada, Francisco (2015). “La ilusión de la protección.” *Revista de Familias y Terapias*, N° 39. Instituto Chileno de Terapia Familiar, pp. 21-39.

⁸ Alejandro Silva Bascuñán, Informe en Derecho, Revista Chilena de Derecho, Vol 9 N° 2, mayo-agosto de 1982. [Cita contenida en el fallo de la Corte Suprema]

- _____ (2019). *Una propuesta para la defensa jurídica de niños internados: el modelo INFAJUS*. Santiago: Infajus
- García Méndez, Emilio, Núñez, Jimena y Rodríguez, Laura (2015). *Los derechos de la infancia entre el tutelarismo y la política. Análisis crítico de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de infancia (2003-2013)*. Buenos Aires: Ediciones Didot y Fundación Sur Argentina.
- García, Gonzalo & Contreras, Pablo (2013). “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.” *Estudios constitucionales*, 11(2), 229-282. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>
- Greeven, Nel (2017). *Filiación. Derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa*. Santiago: Librotecnia, 2^a. ed.
- Millán, P. y Villavicencio, L. (2002). “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección.” *Revista de Derechos del Niño*, 1, 43-91.
- Peña, Carlos (1997). Infancia y adolescencia en el sistema interamericano. En vv.aa., *IV Reunión de la Comisión Interparlamentaria Latinoamericana de Derechos Humanos*.

Jurisprudencia citada (en orden de aparición)

- Corte Suprema de los Estados Unidos, In re Gault, 387 U.S. 1 (1967)
- Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2015, rol N° 2918-2015
- Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de abril de 2017, rol N° 3034-2015
- Tribunal Constitucional, 29 de mayo de 2007, rol N° 621
- Corte Suprema, 17 de septiembre de 2013, rol N° 4419-2013
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/12 del 28 de agosto de 2002
- Tribunal Constitucional, 28 de enero de 2008, rol N° 1001
- Corte Suprema, 26 de noviembre de 2018, rol N° 6109-2018
- Corte Suprema, 4 de febrero de 2019, rol N° 32.798-2018