

SECCIÓN CRIMINOLÓGICA

UNA APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL ABOGADO EN LA JUSTICIA DE MENORES*

ESTHER FERNÁNDEZ MOLINA**

Fecha de recepción: 26/03/2013

Fecha de aprobación: 03/05/2013

RESUMEN: Conforme evoluciona el sistema de justicia de menores hacia un modelo de responsabilidad, el abogado rompe en escena para convertirse en un agente más que ha de cumplir un papel relevante. De hecho, desde la Convención de Derechos del Niño las legislaciones de los países firmantes han ido consolidado el proceso debido como una garantía fundamental de los menores infractores, que debe concretarse en todas las fases del proceso y que deberá ejercitarse adaptándose a las circunstancias de minoría de edad de los defendidos y por profesionales que hayan recibido una formación especializada. Desde entonces se ha ana-

* Este trabajo se ha realizado con una ayuda del Plan Nacional I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad, "Análisis criminológico de la justicia penal en España. Una profundización sobre el proceso de producción de datos oficiales y sobre la eficacia del sistema de justicia" (DER2011-28769). Me gustaría agradecer a Diana Alarcón, técnico de atención del menor del servicio de medio abierto de la provincia de Albacete que me pusiera sobre aviso de la importancia de este agente en el sistema, a Antonio Núñez Polo, amigo y abogado especialista en menores del Turno de Oficio del Colegio de Abogados de Albacete desde 1992, por situarme en la arena de la asistencia letrada en esta jurisdicción especializada y por resolver con su amabilidad de siempre las dudas planteadas y a M^a José Bernuz por el intercambio de informaciones, argumentos, contraargumentos sobre esta línea de investigación que trabajamos juntas y de la que como primer resultado se ha obtenido ya el Trabajo Fin de Master de Baldesca Abos Panzano, que es la primera aproximación empírica que se ha realizado en España sobre la relación entre abogados y menores infractores defendidos.

** Centro de Investigación en Criminología Universidad de Castilla-La Mancha.

lizado mucho cómo se ha consagrado el derecho de asistencia letrada en las distintas legislaciones; sin embargo, se ha reparado mucho menos en qué implica y cómo se materializa ese derecho de defensa, qué y cómo se debe ejercitar, qué problemas plantea, etc. En este trabajo se hace una revisión de todas las evidencias recogidas hasta el momento sobre la asistencia letrada en la jurisdicción de menores, con la intención de discutir las implicaciones que estos hallazgos puedan tener en la configuración del ejercicio del derecho de defensa que se desarrolla en el marco de la vigente LO 5/2000 que regula la responsabilidad penal de los menores.

PALABRAS CLAVE: abogado, defensa legal, menores infractores, justicia de menores, competencia legal, justicia procesal, socialización legal.

ABSTRACT: *Over the last decades, the juvenile justice system has become increasingly punitive and has been transformed from a system in which rights were viewed as unnecessary to a more formal, due process oriented system in which children are accorded certain legal rights. The UN Convention on the Rights of the Child was the main turning point. Since then, it has been deeply analysed the way the right to legal representation in different legislation was set; nevertheless the focus wasn't on what does it means and how can this defence right be implemented, which problems raises, etc. In this paper the main scientific evidences about legal aid in the juvenile justice system are revisited in order to discuss the consequences in the OL 5/2000 Juvenile Crime Act. We conclude that the lawyer is a very important agent of this system; nonetheless, they have to work in a deep confusion about the roles, responsibilities and loyalties they have to assume. However, despite the difficulties, the analysis shows that the legal defendant is a fundamental piece of this system, which can contribute to strengthen the legal competence of young offenders, helping them in their legal socialization process and reinforcing their compliance to the law and their commitment to comply with the sentence imposed.*

KEY WORDS: *lawyer, legal aid, juvenile offenders, juvenile justice, legal competence, procedural justice, legal socialization*

SUMARIO: I. Introducción. II. El proceso debido en la justicia de menores. III. Visión del abogado. 1. Relaciones con el joven infractor. 2. Relaciones con el resto con el resto de adultos. IV. Visión del menor. 1. La imagen que tiene el sistema del menor ofendido. 2. Las relaciones entre el abogado y el menor. 2.1. Abogados y jóvenes infractores: una cuestión de confianza. 2.2. Limitaciones congoscitivas y de desarrollo de los menores. 2.3. Las prácticas de los abogados con sus menores defendidos. V. Valorando las evidencias científicas sobre el derecho de defensa en el marco de la LO 5/2000. 1. Participación del abogado. 2. Especialización de los abogados. 3. Prácticas de los abogados en la justicia del menor española. VI. Conclusiones.

Escuchado en una sala de justicia de un Juzgado de menores
Juez: "Entonces, ¿se conforma el menor con la medida propuesta por el señor Fiscal"
Letrado del menor: "Sí señoría"
Madre del menor: "Disculpe señoría, ¿puedo hablar? Es que mi hijo insiste en que él no estaba el día de los hechos en ese lugar. No entiendo por qué debe conformarse"
Juez: "A ver, el letrado, ¿tiene algo que decir?"
Letrado: "No señoría, nos conformamos con la medida"
Madre: "Señoría es que él dice que no estaba allí".
Juez: "Si le parece bien a la señora Fiscal, hacemos un receso para que el letrado y el menor puedan hablar"
Fiscal: "Sin problema señoría"
Tras el receso...
Juez: "Letrado ¿qué tiene que decir a esta Sala?"
Letrado: "Señoría, el menor se conforma con la medida"
Un técnico se lamenta: "A ver cómo hago yo ahora para que el menor quiera colaborar en el cumplimiento de la medida..."

I. INTRODUCCIÓN

La escena que acaba de narrarse muestra la pluralidad de voces que pueden escucharse en una sala de justicia de menores; el objetivo de todos, conseguir siempre lo mejor para el menor, pero eso no quiere decir que haya unanimidad sobre qué es lo más idóneo. Así mismo, la escena refleja también que no todo vale cuando se trata de menores, una estrategia de defensa perfectamente válida en la jurisdicción ordinaria, puede convertirse en una estrategia errónea que mine la legitimidad del sistema y que vuelva al menor en contra del mismo, bloqueando la posibilidad de intervenir educativamente con él.

Lo narrado aquí no deja de ser una anécdota de un juzgado de menores cualquiera, pero pone en evidencia la importancia de todos y cada uno de los agentes que interviene en el sistema, incluido el letrado del menor, una figura poca explorada por la literatura científica. El trabajo que aquí se presenta pretende ser una aproximación a la labor de este profesional en la justicia de menores y una reflexión sobre la importancia del derecho de los menores a defenderse en un sistema que pretende en última instancia el superior interés del menor.

II. EL PROCESO DEBIDO EN LA JUSTICIA DE MENORES

Los sistemas de justicia de menores surgen a finales del siglo XIX y principios del XX en todo el mundo occidental compartiendo una filoso-

fía paternalista, que concedió un amplio poder discrecional al sistema de control social basado en la noción de *parens patriae*. Todas las actuaciones se realizaban en interés del menor, por lo que todas las demás exigencias eran secundarias. Esta actitud paternalista motivó una total libertad de actuación, por la que no era necesario observar ninguna norma jurídica ya que precisamente la esencia del modelo de justicia propuesto era que se estaba fuera del control formal. Consecuentemente, el sistema carecía de las mínimas garantías procesales: los miembros del Tribunal no eran Jueces, sino ciudadanos de buena voluntad e intachable conducta, las sesiones no eran públicas, no había reglas procesales que respetar y se prohibía la presencia del abogado¹.

El tiempo, sin embargo, demostró que esa intervención sin control y la ausencia de garantías legales resultaba perversa para los propios jóvenes y menores infractores, llegando a producir situaciones realmente horribles. Un ejemplo paradigmático fue el denominado caso *Gault*² que llegó al Tribunal Supremo de EE.UU (1966) para su revisión y en donde se reconoció que durante el proceso no se habían observado ni un mínimo de garantías procesales. Esta decisión fue determinante ya que se proporcionaron unas reglas para asegurar el proceso debido (*due process*). Desde entonces y durante los años 70 se reconocieron en los Estados Unidos otros muchos derechos para los jóvenes y menores infractores, y los Tribunales de menores y jóvenes empezaron a ajustarse a derecho al igual que lo hacían los Tribunales de adultos. Así destacan el caso *Winship* (1970) donde se reconoció el derecho de prueba, el caso *McKeiver* (1971), que revisó el derecho a un juicio justo o el caso *Breed vs. Jones* (1975) que reconoció el *principio non bis in idem*.

En el resto de países el carácter asistencial de la intervención realizada por este sistema produjo también el que se obviara este proceso debido y

¹ FERNÁNDEZ MOLINA, E.: *Entre la educación y el castigo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 40-99.

² Gerald Gault de 15 años que fue arrestado en 1965 por unas llamadas obscenas a una vecina. En este caso no fue observada prácticamente ninguna garantía jurídica. No se notificó a sus padres su detención, la audiencia tuvo lugar al día siguiente, el demandante no apareció, no hubo procurador y no se registró ningún tipo de expediente. Gault admitió, sólo en parte, los hechos, el Juez decidió que debía valorar los hechos y Gault estuvo otros dos días más detenido y entonces se le dejó en libertad. Una semana después tuvo lugar otra audiencia, en la que tampoco hubo testigos, asesor o transcriptor. El oficial de *probation* presentó un informe y fue archivado por el Tribunal sin que fuera tenido en cuenta, de dicho informe no pudo disponer ni Gault ni sus padres. Al final de la Audiencia el Juez sentenció a Gault a ser enviado a un centro de seguridad hasta los 21 años, esto es, se le impuso una sentencia por seis años, cuando a un adulto por ese delito nunca se le hubiera impuesto más de una pena de multa o dos meses de prisión.

generó idénticas consecuencias. En la medida que la finalidad del sistema era educativa y no existía el castigo formal, la respuesta se producía sin las garantías jurídicas suficientes, ya que todas las actuaciones se realizaban en interés del menor. Para superar este planteamiento fue decisiva la intervención realizada por Naciones Unidas, primero a través de las Reglas Beijing de 1985 en las que se especificó (Regla 7) que los menores tenían derecho a garantías procesales básicas 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 confrontación con los testigos y a interrogar a estos* (principio de contradicción) y el *derecho de apelación ante una autoridad superior*; y posteriormente a través del desarrollo de las mismas que constituyó la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN) de 1989, que impulsó los desarrollos legislativos que tuvieron lugar en los distintos países a principios de los 90, que fortalecieron el respeto escrupuloso de las garantías jurídicas, colocando a los menores como mínimo al mismo nivel que el adulto en el procedimiento ordinario.

Sin embargo esa lucha por asegurar las garantías no tuvo la misma intensidad en los distintos países, y ello porque en muchos de estos los sistemas contenían ya previsiones para garantizar el respeto de los derechos de los menores. Es el caso, por ejemplo, de Alemania o Austria donde, desde la dominante tradición legal europea, el establecimiento de los Tribunales especiales siempre fue visto con recelo, por constituir una extraña mezcla entre una institución social y una penal, en la que los menores quedaban bajo el poder de un Juez todopoderoso.

Mientras, en otros países la transformación del sistema fue más difícil ya que su tradición jurídica chocaba frontalmente con la propuesta de los textos internacionales. En estos países fue necesario el transcurso de más tiempo y el impulso adicional de otras instituciones, como por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a través de sus decisiones obligó a algunos Estados a adoptar las previsiones oportunas, para reforzar la legalidad de las actuaciones. Es el caso de Bélgica que sufrió la sanción de este Tribunal en 1988, en el caso *Baouamar*. Este caso, como en su día lo fue el caso *Gault* en el ámbito americano, fue un caso paradigmático que deslegitimó jurídicamente los modelos tutelares y de bienestar. O el caso de España, en el que a través de la declaración del Tribunal Constitucional en la STC 36/1991 se sometió a revisión toda la legislación protectora reproduciendo en gran medida algunos de los argumentos utilizados en los casos precedentes³.

³ SANZ HERMIDA, A. M.: *El nuevo proceso penal del menor*: Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, pág. 51.

Desde entonces las legislaciones de la mayoría de los países firmantes de la CDN han ido consolidado el proceso debido, en donde el derecho de defensa se concibe como una garantía elemental de los menores infractores que debe concretarse en todas las fases del proceso y que deberá ejercitarse adaptándose a las circunstancias de minoría de edad de los defendidos y por profesionales que hayan recibido una formación especializada.

Existe abundante bibliografía que explica cómo se ha consagrado ese derecho en las distintas legislaciones, sin embargo, se ha reparado mucho menos en qué implica y cómo se materializa ese derecho de defensa, qué y cómo se debe ejercitar, qué problemas plantea, etc. Las pocas evidencias que se tienen al respecto parecen estar de acuerdo en que, por lo general, los abogados ejercitan la defensa de los menores infractores sumidos en una gran confusión sobre cuáles son los roles, las responsabilidades y las lealtades que deben asumir. Y es que la defensa de los menores infractores parece producirse en lo que se ha denominado una *cultura de conflicto*⁴. Conflicto por una parte con el mundo adulto, fundamentalmente, con el sistema y sus agentes, que minusvalora la importancia de su función, pero también con los padres del menor, con quienes no se comparten los mismos intereses; y conflicto con un defendido que mayoritariamente es impulsivo, desconfiado e incapaz de adoptar decisiones maduras.

En este trabajo se va a hacer un repaso de todas las evidencias recogidas hasta el momento con la intención de discutir las implicaciones que estos hallazgos puedan tener en la configuración del ejercicio del derecho de defensa que se desarrolla en el marco de la vigente LO 5/2000 que regula la responsabilidad penal de los menores. Esta aproximación se va a realizar diferenciando las visiones de los dos protagonistas, abogado y joven infractor.

III. VISIÓN DEL ABOGADO

El abogado que defiende a los menores infractores tiene, entre otros retos, el de enfrentarse a un sistema cuyo principal objetivo es educar tanto o igual que castigar y que aspira atender el *superior interés de menor*, aunque nadie sepa muy bien explicar qué implica esto⁵. En conse-

⁴ BIRCKHEAD, T. R. Culture clash: the challenge of lawyering across difference in juvenile court. En *Rutgers Law Review*, 2010, 62(4), pág. 959.

⁵ FERNÁNDEZ MOLINA, E.: La valoración del interés del menor en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En: Martín Ostos, J. (Ed.), *Anuario de Justicia de Menores*, Sevilla: Astigi, 2002, p. 55 y 56.

cuencia, el abogado debe lidiar con un sistema que aspirando a principios tan ambiciosos, en ocasiones, puede minimizar y/o forzar al máximo principios procesales básicos que deben presidir todo proceso penal; así mismo debe enfrentarse con el resto de agentes del sistema que reclaman fundamentalmente una respuesta para encauzar a estos menores en conflicto. A continuación se va a exponer cómo el letrado que interviene en el sistema de justicia de menores plantea, en este contexto, las relaciones con el joven infractor y con el resto de adultos, agentes y padres.

1. RELACIONES CON EL JOVEN INFRACTOR

El abogado que interviene en el sistema de justicia de menores lo primero que constata es que la relación que ha de establecer con su joven cliente no puede desarrollarse en los mismos términos que cuando ejercita su profesión en la jurisdicción ordinaria; fundamentalmente, porque ante sí no tiene a otro adulto sino a un menor de edad, que plantea de partida una relación desigual y que con frecuencia suele desatar sentimientos de protección y tutela⁶.

Este hecho genera un dilema fundamental en el letrado con el que deberá lidiar durante todo el proceso, al dudar si debe atender el superior interés del menor o debe atender el interés particular de su cliente menor de edad⁷. En efecto, el abogado de menores tiene una función ambivalente ya que, por un lado, debe ayudar al menor a ejercitar su legítimo derecho de defensa pero, por otro lado, al igual que el resto de agentes debe actuar velando por el interés del menor. Este último aspecto es quizás el que más problemas y confusión les genera a los letrados ya que más que de ambivalente la situación podría calificarse de esquizofrénica.

Así, el hecho de que el sistema tenga una finalidad educativa lleva a algunos letrados a entender que sus clientes no necesitan una defensa rigurosa del caso y adoptan una postura paternalista que trata de redimir a los menores y busca sacarlos de una vida delictiva. La adopción de esta postura les lleva a enfrentarse a serias dificultades para garantizar su compromiso ético de proporcionar una defensa adecuada⁸.

⁶ BIRCKHEAD, T.R.: Culture clash. Op Cit. págs. 981 y 982.

⁷ En este sentido véase BENECH-LE ROUX, P.: Of What Use Are Lawyers for Juveniles Offenders? *Penal Issues*, 2005, *March* (16), p. 13 y HENNING, K.: Loyalty, paternalism, and rights: Client counseling theory and the role of child's counsel in delinquency cases. *Notre Dame Law Review*, 2005, *81*(1), 253.

⁸ HENNING, K. Loyalty, paternalism, and rights. Op. Cit. pág. 260.

Los defensores que optan por esta estrategia implícitamente tienen que rechazar las reglas del juego comunes a cualquier ejercicio de defensa y así, entre otras cosas, deberán asumir que la culpabilidad del acusado es irrelevante o que no se trata de buscar la verdad sino el mejor resultado para el cliente⁹.

Sin embargo, esta postura se ha vuelto especialmente comprometida en el momento que los sistemas de justicia de menores han evolucionado hacia un modelo menos tuitivo que considera que los adolescentes son lo suficientemente maduros y autónomos para adoptar decisiones independientes, para ser responsables de sus acciones y para participar en un proceso penal. En este caso, aún siendo conscientes de que se trata de un rol complicado el que debe asumir el abogado, la defensa legal es la garantía fundamental con que cuenta el joven infractor para poder relacionarse con autonomía con el sistema de justicia de menores.

2. RELACIONES CON EL RESTO DE ADULTOS

Además de la difícil relación que se les plantea a los letrados de menores con sus clientes, por su especial condición de minoría de edad, aquellos tampoco lo van a tener muy fácil en sus relaciones con los “otros” adultos, agentes y padres. Así, por un lado el resto de profesionales del sistema van a mirar con recelo al adulto que se convierte en la voz del menor y que puede interferir en el fin último que todos parecen compartir; por otro lado, los intereses de los padres no siempre van a ser comunes al de los defensores, por lo que aquellos tampoco van a allanar mucho el camino.

Efectivamente, con frecuencia, el mensaje que el abogado recibe del sistema es: “no molestes mucho y colabora con nosotros en ayudar a este joven”. En este caso no molestar significa obviar el cometido principal del ejercicio de defensa, a saber: no investigar, no alegar, no forzar a demostrar la carga de la prueba, no dar relevancia a la culpabilidad del acusado, etc¹⁰.

Estos impedimentos provocan en los abogados sensaciones de frustración y futilidad cuando ejercen la defensa en este sistema y suscitan eternas dudas sobre si con esa actitud de inhibición se está haciendo más mal que bien a sus defendidos. En definitiva, no tienen claro cuál es su rol y se sienten realmente como *outsiders* que operan al margen del sistema.

⁹ BIRCKHEAD, T.R.: Culture clash. Op Cit. pág. 968.

¹⁰ Véase HENNING, K. Loyalty, paternalism, and rights. Op. Cit. pág.261 y BIRCKHEAD, T.R.: Culture clash. Op Cit. pág. 979.

Por lo general jueces y fiscales comparten cierta perspectiva paternalista en la que hacen primar la finalidad reeducadora del sistema, y encuentran que cualquier maniobra que un abogado pueda ejercer durante la defensa lo único que hace es impedir conseguir lo *mejor* para los chicos. Por ello al tiempo que expulsan al defensor de la toma de decisión, privilegian en ésta a otros agentes como son los técnicos, que son los que valoran las circunstancias psicosociales en las que se encuentra el menor y en consecuencia realizan la propuesta de intervención que se necesita en cada caso.

Junto con los agentes y el sistema, el abogado debe lidiar también con los padres, y aunque en algunos casos colaboran y sus intereses mutuos coinciden, en otros muchos es frecuente que exista conflicto. Por lo general, los padres de los defendidos viven toda la causa con mucha dificultad, ya que el proceso en sí mismo cuestiona su capacidad como padres y los patrones de crianza por ellos empleados. De ahí que muchos suelen negar lo sucedido y desean sacar al menor a toda cosa del proceso; otros, por el contrario, reclaman un castigo ejemplarizante ante su frustración; otros, simplemente, no admiten las consecuencias; por no hablar de aquellos casos en donde los progenitores son víctimas o testigos principales de la causa¹¹.

En definitiva, parece que el abogado se encuentra en una situación de “fuera de juego”, ya que en realidad su intervención no tiene una función real, sino más bien ornamental o decorativa con la que el sistema se cubre las espaldas respecto al cumplimiento de las garantías jurídicas, pero sin que pueda evidenciarse que dicha intervención produzca un impacto verdadero en el procedimiento.

IV. VISIÓN DEL MENOR

A continuación se va a incidir en las dificultades que se les presenta a los menores a la hora de entender e involucrarse en la defensa de su caso. En primer lugar, se hará referencia a cuál es la imagen que del menor tiene el sistema y, posteriormente, se expondrán las dificultades que suelen surgir en las relaciones con sus letrados.

1. LA IMAGEN QUE TIENE EL SISTEMA DEL MENOR DEFENDIDO

A pesar de que los sistemas de justicia de menores desde la década de los 90, y gracias a la idea de infancia que consagra Naciones Unidas

¹¹ BIRCKHEAD, T.R.: Culture clash. Op Cit. págs. 980 y 981.

en la CDN, conciben al menor como un sujeto de derechos, es cierto que todavía subyace en el sistema cierta filosofía paternalista que se resiste a reconocer la autonomía plena de los menores para intervenir en los asuntos que le competen y que constata las objeciones que tienen los adultos a transferir la autoridad a los menores¹². Es interesante comprobar cómo el mundo adulto va decidiendo sin un criterio muy claro cuándo y cómo los menores pueden empezar a ir asumiendo cotas de autonomía. Así, revisando la legislación vigente de la mayoría de los países occidentales se puede comprobar cómo, mientras el Estado, por un lado, niega la capacidad a los menores obligándolos a recibir una formación obligatoria y limitando la edad a partir de la cual pueden ejercer su derecho al trabajo u otros derechos civiles básicos como son el de votar, casarse o contratar; por otro lado, presume competencia para decidir otras cuestiones no menos importantes como son prestar consentimiento para tener relaciones sexuales, abortar o aceptar o rechazar un tratamiento médico.

Es evidente que detrás de estas contradicciones legislativas se encuentra no tanto una comprobación real de lo que los menores pueden decidir autónomamente o no, sino que son el reflejo de los intereses del mundo adulto que, por un lado, tratan de asegurar la protección de unos derechos básicos para la infancia y, por otro, tratan de proteger a la sociedad de las consecuencias que pueden acarrear las decisiones inmaduras de los jóvenes.

Recientemente en un estudio realizado por el Observatorio de la Actividad de la Justicia de la Fundación Wolters Kluwer se podía comprobar cómo estas contradicciones legislativas son reflejo del sentimiento ambiguo de la sociedad adulta que, ante la pregunta de *cuál es la edad más apropiada para realizar una serie de comportamientos "adultos"*, se constató una opinión pública ambivalente y heterogénea; que considera que, la edad de madurez que se requiere para ejercer el derecho de voto o decidir a qué hora volver a casa sin permiso de los padres, son los 18 años; mientras que para responder por su comportamiento delictivo la edad media se sitúa muy por debajo, a los 15,8 años¹³.

Por ello y, como recuerda Henning, el ejercicio de un derecho de defensa influido por esta perspectiva tuitiva se sustenta en esta idea de que las cuestiones legales importantes deben dejarse en manos de los adultos que son los que supuestamente están mejor equipados para asegurar lo mejor para la sociedad y para los jóvenes¹⁴. Esta asunción implica que el

¹² HENNING, K. Loyalty, paternalism, and rights. Op. Cit. pág. 262.

¹³ FERNÁNDEZ MOLINA, E.: Valoración ciudadana del castigo juvenil: Barómetro Observatorio de la Actividad Judicial 2012. *Diario La Ley*, 2012, Núm. 7944.

¹⁴ HENNING, K. Loyalty, paternalism, and rights. Op. Cit. pág. 263.

menor asume una posición subordinada respecto a sus mayores, y arrastran al abogado que defiende su causa a una posición difícil, que debe hacer valer los intereses de su defendido en un contexto en el que lo que ante todo prevalece es la opinión de padres, tutores u otros adultos involucrados con el menor.

2. RELACIONES ENTRE EL ABOGADO Y EL MENOR

Para que pueda llevarse a cabo una buena defensa es necesaria una buena relación entre el abogado y el joven cliente, siendo imprescindible que los jóvenes defendidos colaboren con sus abogados. La relación entre el abogado y el joven infractor no ha sido objeto de muchos análisis, pero a pesar de ello existen algunos trabajos que pueden aportar algo de luz. Las primeras evidencias al respecto documentaron que, en líneas generales, la impresión de los jóvenes no era buena, ya que estos no confiaban en sus abogados, así mismo se constató la existencia de bastante desencuentro entre ambos¹⁵ y que los jóvenes defendidos tenían la sensación de que mayoritariamente no se actuaba en su nombre¹⁶. En los últimos años, este tema ha pasado a explorarse más intensamente y aunque algunas de estas evidencias son matizables, la panorámica general no dista mucho de lo descrito.

No obstante, esto no quiere decir que la mala relación fracase sólo por la parte de los abogados, ya que muchas veces los problemas de relación están motivados por los propios menores y sus capacidades limitadas para entender lo que implica el proceso penal y el rol que desempeña el abogado en el mismo.

A continuación se expondrá de manera más detallada los aspectos más importantes a valorar para que la relación entre los abogados y sus jóvenes clientes pueda ser satisfactoria y con ello mejorar el derecho de defensa de los jóvenes infractores.

2.1. Abogados y jóvenes infractores: una cuestión de confianza

Estudios ya clásicos como el de Hicks & Lawrence han demostrado que los menores valoran mucho más positivamente que las autoridades

¹⁵ PIERCE, C. S., & BRODSKY, S. L.: Trust and understanding in the attorney–juvenile relationship. *Behavioral Sciences & the Law*, 2002, 20(1/2), págs. 90-92.

¹⁶ CASHMORE, J., & BUSSEY, K. A. Y.: Perceptions of children and lawyers in care and protection proceedings. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1994, 8(3), 319-336.

legales garanticen aspectos emocionales como la equidad procesal, el trato digno y respetuoso o la cordialidad y la calma, frente aspectos técnicos que tienen que ver con el desempeño legal¹⁷. Así mismo, otras investigaciones posteriores también han comprobado que los jóvenes infractores valoran muy positivamente el nivel de involucración de su abogado, especialmente, cuando pasan tiempo juntos preparando la defensa y cuando además de tratar de asuntos que tienen que ver exclusivamente con el caso, el abogado se preocupa también de aspectos relacionados con sus circunstancias personales¹⁸.

Sin embargo, quizás el componente más importante en cualquier relación es la confianza, la cual se va fraguando en las interacciones personales. De esta manera las distintas experiencias que van surgiendo a lo largo del proceso se convierten en una oportunidad única para que las relaciones de confianza mutua vayan produciéndose¹⁹. En concreto, se ha podido comprobar que la confianza que desarrollan los menores respecto a sus abogados defensores genera en última instancia un sentimiento general de satisfacción que habrá de convertirse en un elemento clave para el sistema, en la medida que puede influir en el comportamiento futuro del defendido²⁰. Así, al igual que ocurre con los pacientes en el ámbito de la salud, en donde la satisfacción está íntimamente relacionada con la adherencia al tratamiento y a cumplir con las prescripciones médicas, en el ámbito judicial se ha comprobado que la satisfacción se relaciona con la conformidad al sistema normativo y con el cumplimiento efectivo de la condena.

Esta idea que enlaza con la perspectiva de la justicia procesal desarrollada por Tyler enfatiza la importancia de las interacciones que surgen entre los usuarios, en este caso, los menores defendidos, y las autoridades legales²¹. De hecho en los últimos años, son diversas las investigaciones que han tratado de analizar las relaciones entre el menor infrac-

¹⁷ HICKS, A., & LAWRENCE, J.: Children's criteria for procedural justice: Developing a Young People's Procedural Justice Scale. *Social Justice Research*, 1993, 6(2), 177-180.

¹⁸ PETERSON-BADALI, M., CARE, S., & BROEKING, J.: Young People's Perceptions and Experiences of the Lawyer-Client Relationship. *Canadian Journal of Criminology & Criminal Justice*, 2007, 49(3), 393.

¹⁹ BOCCACCINI, M. T., & BRODSKY, S. L.: Attorney-client trust among convicted criminal defendants: preliminary examination of the attorney-client trust scale. *Behavioral Sciences & the Law*, 2002, 20(1/2), 70 y 71.

²⁰ PETERSON-BADALI et al.: Young People's Perceptions and Experiences. Op.Cit. pág. 394.

²¹ TYLER, T. R.: *Why People Obey the Law*: Princeton University Press, 2006.

tor y los agentes del sistema de justicia juvenil desde esta perspectiva normativa²².

Brevemente, la teoría de la justicia procesal sostiene que si los derechos de los acusados son respetados, si sus intereses son escuchados, si son tratados con dignidad y respeto, si las decisiones son adoptadas con equidad por personas honestas e imparciales, los acusados, independientemente, de las consecuencias que el proceso les acarree, tendrán muchas más probabilidades de cumplir la condena que se le imponga y de respetar en un futuro las normas en general²³.

Esto es lo que comprobaron Sprott & Greene donde las valoraciones de equidad procesal de jueces y abogados se convertían en los predictores más importantes para valorar la legitimidad del sistema de justicia de menores²⁴ o Peterson-Badali et al. que comprobaron que los cuatro aspectos clave de la teoría de la justicia procesal, *participación, objetividad, confiabilidad y trato digno* están íntimamente relacionados con la satisfacción con el abogado²⁵, especialmente esta última, el trato digno, en la medida que los defendidos son fundamentalmente adolescentes con importantes necesidades de autonomía y grandes expectativas de ser tratados como adultos, por lo que son un colectivo especialmente susceptible a ser tratados con respeto y dignidad²⁶.

En cualquier caso, lo importante desde esta perspectiva es que cuando se produce una relación positiva entre el menor infractor y cualquier autoridad legal, como en este caso el abogado, ésta trasciende a la propia experiencia y logra obtener la conformidad a las normas del joven, ayudando positivamente en su proceso de *socialización legal*. Este concepto, acuñado por Fagan & Tyler, trata de explicar cómo, al igual que en otros procesos de socialización, en el legal, las personas van adquiriendo durante su infancia y adolescencia actitudes y creencias sobre la ley y las autoridades

²² Entre otros, PETERSON-BADALI et al.: Young People's Perceptions and Experiences. Op.Cit. págs.375-396 y SPROTT, J. B., & GREENE, C.: Trust and Confidence in the Courts Does the Quality of Treatment Young Offenders Receive Affect Their Views of the Courts? *Crime & Delinquency*, 2010, 56(2).págs 269-289.

²³ TYLER, T. R.: Public trust and confidence in legal authorities: What do majority and minority group members want from the law and legal institutions? *Behavioral Sciences & The Law*, 2001, 19(2), 215-235.

²⁴ SPROTT, J. B., & GREENE.: Trust and Confidence in the Courts. Op. Cit. págs. 283 y 384.

²⁵ PETERSON-BADALI et al.: Young People's Perceptions and Experiences. Op.Cit. pág. 391.

²⁶ En este sentido también WOOLARD, J. L., HARVELL, S., & GRAHAM, S.: Anticipatory injustice among adolescents: age and racial/ethnic differences in perceived unfairness of the justice system. *Behavioral Sciences & the Law*, 2008, 26(2), 209.

legales que se producen al interactuar con ellas, ya sea a través de la propia experiencia o la vicaria, que van a influir en el comportamiento normativo futuro²⁷. De tal manera que cada experiencia con la autoridad legal se convierte en una oportunidad única para fortalecer la legitimidad del sistema y para ganar conformidad del sujeto al sistema normativo.

Sin embargo, y a pesar de la importancia que estas interacciones pueden tener, los resultados demuestran que éstas no suelen ser positivas para el menor. De hecho los menores que más experiencia tienen con el sistema son los que peores valoraciones realizan, surgiendo lo que Woolard et al. denominan *injusticia anticipada* o lo que es lo mismo el grado de injusticia o discriminación que algunos sujetos esperan del sistema, que se da especialmente, en aquellos que han pasado ya por el sistema y/o los que provienen de minorías étnicas, que son los que peores actitudes hacia el sistema tienen, los que presentan menos confianza en la ley y las autoridades y los que peor aceptan las decisiones judiciales²⁸.

No obstante, y como se verá a continuación, muchas de las percepciones de estos menores están condicionadas en gran parte por las limitaciones cognitivas y de desarrollo que poseen y que afectan a la adecuada interpretación de lo que implica pasar por un procedimiento penal, el rol que tienen los distintos agentes del sistema y más concretamente, el comprometido rol del abogado.

2.2. *Limitaciones cognitivas y de desarrollo de los menores*

En efecto, en relación con lo que se comentaba anteriormente, existe una peligrosa asunción en toda la normativa relativa a los menores infractores que asume que los menores comprenden, al igual que los adultos, lo que significan los derechos y lo que implica estar inmerso en un procedimiento judicial²⁹. Sin embargo, los propios abogados reconocen que esto no siempre es así y que hay muchos jóvenes que tienen serios problemas para participar en el proceso³⁰.

²⁷ FAGAN, J., & TYLER, T. R.: Legal Socialization of Children and Adolescents. *Social Justice Research*, 2005, 18(3), 217-242.

²⁸ WOOLARD, J. L., HARVELL, S., & GRAHAM, S.: Anticipatory injustice among adolescents. *Op.Cit.* pág. 208.

²⁹ HICKS, A., & LAWRENCE, J.: Children's criteria for procedural justice. *Op.Cit.* pág. 167 y VILJOEN, J. L., & ROESCH, R.: Competence to waive interrogation rights and adjudicative competence in adolescent defendants: Cognitive development, attorney contact, and psychological symptoms. *Law and Human Behavior*, 2005, 29(6), 724.

³⁰ VILJOEN, J. L., MCLACHLAN, K., WINGROVE, T., & PENNER, E.: Defense Attorneys' Concerns about the Competence of Adolescent Defendants. *Behavioral Sciences & the Law*, 2010, 28(5).pág. 641.

En efecto, los adolescentes necesitan tener ciertas competencias para poder participar con normalidad en un proceso. Por ejemplo, los defendidos requieren atención y memoria para comprender lo que la Policía les pregunta durante el interrogatorio, requieren capacidad para razonar y entender el significado de lo que supone estar inmerso en un procedimiento que le va a demandar la toma de decisiones en numerosas ocasiones, en donde deberán valorar, comparar y sopesar las distintas alternativas; así mismo, se ha comprobado que algunas dimensiones del funcionamiento ejecutivo, como la planificación o el autocontrol, son importantes para gestionar el comportamiento en la sala de justicia³¹.

Pero, como ha evidenciado la investigación científica, muchos adolescentes no han adquirido todavía las capacidades cognitivas necesarias para entender y poder participar en procesos legales. Durante la adolescencia algunos aspectos como la fluidez verbal, la memoria, el aprendizaje, el razonamiento o la atención siguen evolucionando y perfeccionándose³².

De hecho, cuánto más jóvenes son, más probabilidades tienen para ser incompetentes en el proceso³³ y es que además existen también cuestiones de carácter evolutivo que pueden afectar la relación entre el abogado y el joven infractor. Así, el hecho de que los adolescentes estén preocupados fundamentalmente en la exploración de su identidad puede generar problemas hacia la autoridad y ello puede provocar problemas de confianza con figuras como la del abogado³⁴. Por otra parte, otras características evolutivas como la distinta percepción y participación del riesgo que tienen los jóvenes respecto a los adultos y su diferente perspectiva del tiempo, pueden afectarles en el empleo de sus capacidades cognitivas. Estas características que están relacionadas con el pensamiento concreto y la falta de orientación al futuro les llevan a centrarse, fundamentalmente, en las consecuencias a corto plazo. Así, por ejemplo, los jóvenes infractores pueden no dar toda la información a sus abogados para sentir el beneficio inmediato de no inculparse, pero con ello lo único que consiguen es dificultar su defensa³⁵.

³¹ GRISSO, T., & SCHWARTZ, R. G.: *Youth on Trial: A Developmental Perspective on Juvenile Justice*: University of Chicago Press, 2000.

³² VILJOEN, J. L., & ROESCH, R.: Competence to waive interrogation rights. Op.Cit. pág. 725.

³³ VILJOEN, J. L., KLAVER, J., & ROESCH, R.: Legal decisions of preadolescent and adolescent defendants: Predictors of confessions, pleas, communication with attorneys, and appeals. *Law and Human Behavior*, 2005, 29(3), 253 y 254.

³⁴ PIERCE, C. S., & BRODSKY, S. L.: Trust and understanding. Op.Cit. pág.91.

³⁵ SCHMIDT, M. G., REPPUCCI, N. D., & WOOLARD, J. L.: Effectiveness of participation as a defendant: The attorney-juvenile client relationship. *Behavioral Sciences & the Law*, 2003, 21(2), 177-178.

Finalmente, no hay que olvidar que los jóvenes infractores son además un colectivo en el que determinados déficits son prevalentes. Los delincuentes juveniles tienen mayor probabilidad de contar con problemas de hiperactividad, impulsividad o, entre, otros el déficit de atención, aspectos todos ellos que tienen relación directa con la competencia para participar en un proceso legal. Así, por ejemplo, el déficit de atención puede dificultar la atención en la sala de justicia o limitar la capacidad para seguir las instrucciones que le ha dado el abogado o también la hiperactividad puede generar problemas a la hora de regular el propio comportamiento en la sala de justicia³⁶.

El principal problema es que, como se ha visto, estas incompetencias o limitaciones les hacen mucho menos eficaces en la colaboración con sus abogados³⁷. Como se veía anteriormente, es imprescindible que en la relación abogado-cliente se den unas condiciones de confianza que van a ser determinantes para que el abogado pueda representarlo efectivamente³⁸. Pero la realidad es que a muchos de estos jóvenes, incluso aquellos que tienen más experiencia³⁹ con el sistema les cuesta entender el rol que ejerce el abogado y no comprenden aspectos como, por ejemplo, la privacidad de las comunicaciones, que es un requisito imprescindible para el ejercicio de una buena defensa. Se ha comprobado que muchos jóvenes creen que los abogados no están de su parte y que en el fondo sus defensores están del lado del resto de adultos, por ejemplo, sus padres o el propio juez. Por ello tienen miedo a darles información por el temor de que luego ésta puede usarse en su contra⁴⁰, esta actitud dificulta indudablemente que el abogado pueda ejercer una defensa adecuada.

³⁶ GRISSO, T., STEINBERG, L., WOOLARD, J., CAUFFMAN, E., SCOTT, E., GRAHAM, S., SCHWARTZ, R.: Juveniles' Competence to Stand Trial: A Comparison of Adolescents' and Adults' Capacities as Trial Defendants. *Law and Human Behavior*, 2003, 27(4), 358-361.

³⁷ SCHMIDT, M. G., REPPUCCI, N. D., & WOOLARD, J. L.: Effectiveness of participation as a defendant Op. Cit. pág.177.

³⁸ PIERCE, C. S., & BRODSKY, S. L.: Trust and understanding. Op.Cit. pág. 102 y PETERSON-BADALI et al.: Young People's Perceptions and Experiences. Op.Cit. pág. 391.

³⁹ Como han indicado SCHMIDT, REPPUCCI & WOOLARD, en contra de lo que puede esperarse los jóvenes que tienen más experiencia en el sistema no saben relacionarse mejor con el abogado, de hecho tienen unos niveles de escepticismo legal y desconfianza mucho mayores (SCHMIDT, M. G., REPPUCCI, N. D., & WOOLARD, J. L.: Effectiveness of participation as a defendant Op. Cit. pág.192).

⁴⁰ SCHMIDT, M. G., REPPUCCI, N. D., & WOOLARD, J. L.: Effectiveness of participation as a defendant Op. Cit. pág.178 y PETERSON-BADALI et al.: Young People's Perceptions and Experiences. Op.Cit. pág.380.

Por otra parte, existe un problema de percepción importante al que contribuye todo el simbolismo y la puesta en escena propia que se produce en las salas de justicia en la que las togas negras que emplean todos los operadores jurídicos (jueces, fiscales y también abogados) unifica mucho su apariencia y neutraliza el estatus de cada uno, por lo que no es fácil para estos jóvenes entender qué diferencia a sus defensores del resto de los agentes, generando si cabe mayor confusión sobre el rol de aquellos y exacerbando los sentimientos de recelo⁴¹.

Sin embargo, a pesar de las limitaciones evidentes con las que se cuenta en el sistema de justicia juvenil para poder funcionar con eficacia, se ha comprobado que el abogado puede jugar un papel fundamental en la mejora de las capacidades de los menores. Así, a través de los contactos con el abogado, éste puede proporcionar instrucción legal a los adolescentes que logren mejorar sus capacidades legales⁴². También puede ayudar al menor a introducirle en el lenguaje y las costumbres propias de las instituciones legales, puede explicarles sus derechos, los tiempos y las fases del procedimiento, aconsejarles sobre la forma de vestir y comportarse en la sala y convencerle de la utilidad de la defensa, enseñándoles a defenderse⁴³. El problema es que en la práctica los adolescentes tienen pocas oportunidades para pasar tiempo con su abogado y consultarles, y según se ha comprobado los abogados no tienen muchas habilidades para comunicarse con sus jóvenes clientes⁴⁴. En el siguiente apartado se incide más detenidamente en algunos de los problemas que surgen desde la práctica y que afectan también a la relación abogado-cliente.

2.3. *Las prácticas de los abogados con sus menores defendidos*

Junto a todas las dificultades expuestas, y quizás también por ellas, hay que decir que en muchas ocasiones los abogados tampoco colaboran en que estas relaciones sean mejores, a pesar de que cómo se acaba de decir, su función pueda ser muy relevante. Así, se ha evidenciado que en la práctica el modo de ejercer la defensa genera también problemas importantes que acaban afectando a la relación con sus jóvenes clientes y en última instancia al resultado final de su actuación. A continuación se hará un recorrido por las condiciones en las que se ejercita la defensa,

⁴¹ BENECH-LE ROUX, P.: Of What Use Are Lawyers for. Op.Cit. pág.13.

⁴² VILJOEN, J. L., & ROESCH, R.: Competence to waive interrogation rights. Op.Cit. pág.739.

⁴³ BENECH-LE ROUX, P.: Of What Use Are Lawyers for. Op.Cit. pág.13.

⁴⁴ PIERCE, C. S., & BRODSKY, S. L.: Trust and understanding. Op.Cit. pág.104.

que acaban repercutiendo en la misma; del mismo modo se hará también alusión a las prácticas más habituales que se producen en los juzgados que pueden comprometer la finalidad última del sistema de justicia de menores.

En primer lugar, habría que decir que se ha podido comprobar que las condiciones en las que se ejerce la defensa de los menores no son las más idóneas. Por lo general, los abogados que defienden a los jóvenes infractores provienen de lo que en España se denomina Turno de oficio. Así, como han puesto de manifiesto algunas investigaciones realizadas en Estados Unidos⁴⁵, pero también por las evidencias que se tienen de otros países como España⁴⁶; normalmente, estos profesionales cuentan con una especialización deficitaria, no tienen mucho tiempo para la preparación de la defensa, ya que se encuentran sobrecargados de trabajo y no cuentan tampoco con una buena motivación lucrativa ya que no suelen recibir una buena compensación económica por la defensa de estos casos.

Por otra parte, el hecho de que la gran mayoría de jóvenes cuenten con abogados que proceden del Turno de Oficio supone que aquellos no puedan escoger a su defensor, ya que viene impuesto desde el Colegio de Abogados lo cual se vive como una imposición del sistema que entorpece de partida una relación, en donde la confianza necesaria para construir una buena defensa del caso es definitiva⁴⁷.

Finalmente, la propia estructura física del sistema obstaculiza que los abogados puedan ejercitar una buena defensa ya que los juzgados difícilmente disponen de espacios que faciliten el encuentro entre el abogado y el menor para mantener las oportunas conversaciones confidenciales antes o después de la audiencia. Con frecuencia estos encuentros se realizan en los pasillos de los juzgados a la vista de todo el mundo⁴⁸.

Todas las dificultades expuestas que viven estos profesionales afectan directamente a su motivación y al modo en cómo encaran la preparación de la defensa y afectan a la imagen de prestigio que supone el ejercicio en esta jurisdicción. Por lo general, se considera un trabajo con poco interés y relevancia, que plantea una situación comprometida y que redundo poco en su reputación como letrados.

⁴⁵ Entre otros, JONES, J.: *Access to counsel*. Washington DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2004.

⁴⁶ En España la lectura detenida de las memorias que cada año elabora la Fiscalía General del Estado son un buen ejemplo para ver algunas de las dificultades que se constatan al respecto en las distintas provincias.

⁴⁷ BENECH-LE ROUX, P.: Of What Use Are Lawyers for. Op.Cit. pág.13.

⁴⁸ BIRCKHEAD, T.R.: Culture clash. Op Cit. págs.978 y 979.

Al final la práctica habitual de los defensores oscila entre estas dos posturas: centrarse en una defensa muy técnica que reproduce la práctica de la justicia ordinaria de adultos, que trata de evitar el castigo a toda costa, en la que mayoritariamente suele solicitarse la libre absolución, a pesar incluso de que existan claras evidencias de culpabilidad; o mostrar connivencia con el resto de agentes aceptando la respuesta que proponen y que suele apostar por el reconocimiento de los hechos del menor, mostrando la conformidad y apelando a la indulgencia de que el Juez imponga una condena más favorable⁴⁹.

En efecto, una de las prácticas más documentadas en las salas de los juzgados de menores es la de reconocer los hechos y conformarse con la medida propuesta esperando a cambio un trato más benevolente. Así, se ha evidenciado incluso que muchos inocentes, según cuáles sean las evidencias que se tienen frente a él y la probabilidad percibida de la condena, ante la duda de si se podrá demostrar su inocencia y siguiendo el consejo de su abogado, suelen acogerse a un acuerdo más beneficioso⁵⁰. Y, aunque en principio pueda parecer que esto supone adoptar una decisión racional en la que se hace un ejercicio de costes-beneficios, se ha comprobado que la menor capacidad que tienen los adolescentes para entender y apreciar lo que es una declaración de culpabilidad y, como se decía anteriormente, para comprender en general todo lo que el proceso implica, provoca que las falsas confesiones sean mucho más frecuentes entre los acusados menores de edad.

En principio el juez para asumir una conformidad debería constatar que el acusado entiende el significado y las consecuencias de esta decisión, que cuenta con toda la información para adoptarla y, además, que lo hace voluntariamente. Sin embargo, esto es algo que es especialmente complicado de valorar cuando se está frente a menores de edad con un desarrollo cognitivo y una capacidad de comprensión limitada⁵¹.

⁴⁹ BENECH-LE ROUX, P.: Of What Use Are Lawyers for. Op.Cit. págs.14 y 15.

⁵⁰ Aunque realmente es difícil constatar empíricamente estas falsas confesiones, en estudios de laboratorio se ha comprobado que un 50% de los inocentes se acogerían a una conformidad, siendo el factor más determinante para aceptarla, el beneficio ofrecido (Veáse TOR, A., GAZAL-AYAL, O., & GARCIA, S. M.: Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offer. *Journal of Empirical Legal Studies*, 2010, 7(1), 97-116).

⁵¹ REDLICH, A. D.: The susceptibility of juveniles to false confessions and false guilty pleas. *Rutgers Law Review*, 2010, 62(4),pág. 944. En este sentido, se ha comprobado que entender lo que implica el reconocimiento de los hechos y la conformidad con la condena excede la aptitud de la mayoría de los defendidos (Veáse VILJOEN, J. L., KLAVER, J., & ROESCH, R.: Legal decisions of preadolescent. Op. Cit. pág.254).

Pero, aunque efectivamente se trate de una decisión difícil de adoptar para el menor y de valorar por los agentes, ha podido constatarse que detrás del alto número de conformidades se encuentra también la inercia de un sistema que abusa constantemente de esta práctica, porque acelera y simplifica el proceso; así como por una tendencia de los abogados de aconsejar a sus defendidos que se acojan a ella, sin previamente haberse cerciorado de si realmente cabe otra estrategia de defensa.

El mayor problema de estas decisiones que pueden adoptarse al margen del menor o forzando en exceso su voluntad es que, como se ha demostrado con anterioridad, pueden acabar afectando a la imagen del joven infractor sobre la legitimidad del sistema y su compromiso a cumplir con la condena impuesta por el Juez.

V. VALORANDO LAS EVIDENCIAS CIENTÍFICAS SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA EN EL MARCO DE LA LO 5/2000

Finalmente, sería interesante poder valorar todo lo expuesto en el contexto de nuestro país y de la legislación vigente. Por ello, a continuación se expondrá, en primer lugar, la participación del letrado que ha previsto la Ley en cada una de las fases, después se hará alusión al mandato internacional que exige la especialización de todos los profesionales que participan en el sistema y por lo tanto también de los letrados, valorando cómo se ha materializado ese mandato, y finalmente, se hará una valoración de lo que está ocurriendo en la práctica diaria de esta jurisdicción al hilo de lo que acaba de exponerse.

1. PARTICIPACIÓN DEL ABOGADO

La legislación española del año 2000 establece en su Exposición de Motivos que *'El letrado del menor tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, conociendo en todo momento el contenido del expediente, pudiendo proponer pruebas e interviniendo en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que puede solicitar la modificación'*⁵². Por ello, es evidente que el legislador prevé que el abogado sea el agente que acompañe al menor durante todo el procedimiento y que pueda actuar en el mismo velando por los intereses de su cliente. En concreto, es en el artículo 22.1., en donde se regula expresamente el derecho del menor a designar un abogado que

⁵² Exposición de Motivos Apartado II, párrafo 9.

le defienda. En concreto el artículo dice: “Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a: Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración”.

El tenor literal del artículo generó, en los primeros años de aplicación de la Ley, no pocos problemas de interpretación al no explicitar si, en los actos previos a la incoación del expediente, ese derecho a la asistencia letrada seguía siendo predicable e imperativo o si era posible, como ocurre en adultos (art. 967.1. LECrim), la renuncia en la fase de diligencias preliminares cuando los hechos sean constitutivos de falta y no se haya detenido al menor.

Así, y respecto al caso en el que el menor haya cometido un delito y/o haya sido detenido, la propia Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) en la Consulta 4/2005 respondió a esta cuestión manifestando que era necesario hacer una interpretación amplia del artículo 22 y entender que el menor tiene derecho a contar con un abogado, no sólo desde la incoación del expediente, sino, incluso antes, en las primeras actuaciones en fase policial y de Fiscalía. De hecho, la reforma 8/2006 introdujo un nuevo apartado en el artículo 17.2., reforzando este derecho y concediendo la oportunidad durante la detención de realizar una entrevista reservada con su letrado con anterioridad y después de la declaración.

Sin embargo, cuando se trate de una falta y el menor no haya sido detenido, sí que es posible, como afirmaba la FGE en la Consulta 4/2005, que el menor asistido de sus representantes legales renuncie al derecho a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio, en estas fases iniciales en sede policial y de diligencias preliminares en Fiscalía. El mayor problema que supone esa renuncia al ejercicio del abogado, es que quién renuncia es una persona que, como se ha visto, cuenta con limitaciones cognitivas y de desarrollo para entender lo que puede suponer esa renuncia. Como garantía se prevé que el menor esté asistido por los padres, no obstante, existen dudas también de si los padres tienen suficiente información para valorar lo que significa esta renuncia y si realmente están capacitados para asesorar a sus hijos en un aspecto tan crucial⁵³.

A pesar de ello, no cabe duda que la normativa española consagra debidamente las garantías jurídicas del menor y, en este sentido, la LO 5/2000 cuenta con que el abogado del menor sea el encargado de velar

⁵³ ARMSTRONG, G. S., & KIM, B.: Juvenile Penalties for “Lawyering Up”: The Role of Counsel and Extralegal Case Characteristics. *Crime & Delinquency*, 2011, 57(6). pág. 829.

porque el procesamiento que se haga de sus jóvenes clientes sea ajustado a la legalidad. Para ello, y tal y como recuerda Ponz Nomdedéu el letrado del menor es mencionado en 35 de los 64 artículos que regula la Ley⁵⁴, previendo que acompañe al menor en todos los trámites procesales, siendo su voz en el proceso y velando porque todo el sistema cumpla con su función.

2. ESPECIALIZACIÓN DE LOS ABOGADOS

Junto con el derecho a la asistencia letrada, la Ley también contempla, tal y como exige la normativa supranacional, la necesidad de que los abogados que intervengan en el sistema de justicia de menores estén debidamente especializados. Con ello como afirma Peláez Pérez la Ley exige además que se proporcione un servicio público de calidad⁵⁵. No obstante, claro está, esa exigencia es sólo para los abogados designados por el Turno de Oficio porque por encima de esa voluntad de especialización, está el derecho a elegir libremente abogado. Por lo que si el menor y sus padres lo desean podrán contratar los servicios de un abogado de libre designación que no tendría que ser especialista.

En este sentido como afirma la propia FGE en la citada consulta, la especialización se configura más bien como un desiderátum, además, dependerá también de las normas internas de funcionamiento de cada Colegio y de la disponibilidad de estos letrados, el que el menor cuente con un abogado especializado en el ámbito.

Por otra parte, y como establece la Disposición Final Cuarta de la Ley, los encargados de impartir la formación especializada serán los Colegios de abogados. Con tal fin la Comisión de Formación del Consejo General de la Abogacía mediante Acuerdo de fecha 28 de abril de 2000, refrendado por la Comisión Permanente el 25 de mayo de 2000, adoptó el contenido mínimo para la homologación de los cursos de especialización.

El principal problema de esta formación especializada es que mayoritariamente se centra en conocer las especialidades del procedimiento y no en el objeto de la intervención, el menor infractor. Estos cursos no profundizan en los aspectos evolutivos que, como se ha visto, condicio-

⁵⁴ PONZ NOMDEDÉU, E. V.: La responsabilidad penal de los menores desde la perspectiva del Abogado. En J. L. González, J. L. Gómez & J. M. Tamarit (Eds.), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* Valencia: Tirant lo Blanch. 2002, pp.381.

⁵⁵ PELÁEZ PÉREZ, V.: La intervención del abogado en la justicia de menores en España. En I. Campoy Cervera (Ed.), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson, 2007. pp. 114.

nan el ejercicio de defensa, ni se centran en conocer el perfil de menores con los que van a tratar, adolescentes antisociales que requieren un trato individualizado, ni tampoco se centran en proporcionar habilidades y herramientas para poder comunicarse con ellos efectivamente y que la relación con sus jóvenes clientes pueda fluir de la manera más adecuada. Por lo tanto, aunque se les suponga especializados, en realidad no lo están.

3. PRÁCTICAS DE LOS ABOGADOS EN LA JUSTICIA DE MENORES ESPAÑOLA

Es difícil conocer cualquier tipo de información sobre la práctica de los letrados que intervienen en el proceso de menores. Por ejemplo, el Consejo General de la Abogacía en sus memorias no incluye ningún apartado que valore esta práctica en particular, por lo que queda subsumida dentro de la actuación general del Turno de Oficio. Por otra parte, el resto de informes y memorias que realizan los otros agentes del sistema tampoco hacen una referencia sistemática a las actuaciones de estos profesionales, por lo que tan sólo se hace alusión cuando se ha de poner en evidencia alguna carencia, pero nada más⁵⁶.

No obstante, hay algunos aspectos que pueden conocerse por investigaciones más amplias realizadas en la justicia de menores. Así, por ejemplo, se sabe que mayoritariamente los letrados que intervienen en este proceso proceden del Turno de Oficio y aunque de estos, la gran mayoría son especialistas, hay evidencias de la intervención de abogados procedentes de dicho Turno que no poseen tal especialización⁵⁷.

Además, por las peticiones constantes que Jueces y Fiscales han realizado en distintas ocasiones para que se adopten los oportunos protocolos en los Colegios de Abogados, una práctica habitual en esta jurisdicción es que el letrado especialista que se designa para asistir al menor en dependencias policiales, no sea el mismo que luego va a continuar con la defensa en el procedimiento; lo cual impide, tal y como se ha denunciado, que se ejerza una asistencia jurídica especializada, de calidad, y coherente con la legislación nacional e internacional⁵⁸.

Por otra parte, respecto a las estrategias de defensa que se han evidenciado en la práctica, parece que esa dualidad, de la que se hablaba

⁵⁶ Es lo que ocurre por ejemplo con las memorias de la Fiscalía General del Estado.

⁵⁷ FERNÁNDEZ MOLINA, E.: Balance de los cinco primeros años de vigencia de la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores *Sección de Estudios Sociológicos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008b, pág. 68.

⁵⁸ Conclusiones de Jueces de menores, Valencia, 15, 16 y 17 de junio de 2009 y Conclusiones de Fiscales de menores, León, 5 y 6 de noviembre de 2009.

anteriormente, en la que o bien se opta por una defensa técnica o bien por una postura de connivencia con el resto de agentes, es también la costumbre de los letrados españoles. Así, por ejemplo, en una investigación realizada sobre una muestra nacional expedientes incoados en el año 2006, en el 54,3% de los casos, el abogado había solicitado la libre absolución de su cliente en su escrito de alegaciones⁵⁹. Por otra parte, el número de altas conformidades es un dato que cada año se corrobora en los datos oficiales que ofrecen, por ejemplo, la FGE en sus memorias⁶⁰.

Como se ha señalado con anterioridad y entendiendo que la defensa en este proceso es complicada, el letrado especializado haciendo primar el interés del menor debería modificar sus prácticas habituales y debería evitar traspasar su práctica habitual en la justicia ordinaria a esta jurisdicción especializada; y como recomienda Ponz Nomdedéu sería conveniente “huir de los típicos escritos, alegando la simple disconformidad, y razonar cada una de las contradicciones que se aleguen, ya que el correcto ejercicio de defensa debe implicar el revelar todas las legítimas estrategias de defensa”⁶¹.

En efecto, no parece muy adecuado utilizar como estrategia de defensa la negación sistemática de la participación en los hechos, ya que ello sólo puede contribuir a obstaculizar el proceso de responsabilización al que el sistema aspira; así mismo, y como ya se ha comentado, si el menor insiste en su no implicación en los hechos, el letrado tiene que atender el legítimo interés de su cliente a defenderse y ayudar al joven en todo el proceso, siendo su voz y empleando otras posturas de defensa como, por ejemplo, la de justificar otra versión de los hechos. En efecto, el abogado debe escuchar también al menor en el caso de que el menor no se considere culpable y no haya pruebas evidentes que así lo constaten y proporcionarle la oportunidad de defenderse. En este caso la misión de este profesional será la de ayudar y enseñar al menor a defenderse en un Estado democrático mediante procedimientos democráticos.

Otra inercia del sistema parece ser la de las conformidades que, en principio, no tienen por qué ser una mala praxis pero cuyo abuso debe evitarse. Así mismo, hay que recordar que la Ley contempla dos posibi-

⁵⁹ FERNÁNDEZ MOLINA, E.: Balance de los cinco primeros años de vigencia. Op. Cit. pág. 68.

⁶⁰ Por ejemplo, la Fiscalía General del Estado en la Memoria de 2012 recoge que el porcentaje de conformidades para el año 2011 fue de 71,2% siendo también muy elevado el de las sentencias condenatorias de conformidad con el Fiscal (pág. 965).

⁶¹ PONZ NOMDEDÉU, E. V.: La responsabilidad penal de los menores. Op. Cit. pág. 396.

lidades de conformarse reconociendo los hechos y aceptando la medida propuesta, o reconociendo los hechos pero no aceptando la medida propuesta; aquí el objetivo del abogado debería ser la de conseguir que se adopte la medida más conveniente para el menor.

No obstante, y a pesar de que las prácticas reveladas no parecen ser las más adecuadas, los menores defendidos parecen estar satisfechos con el trabajo de sus abogados, al menos así lo revelaba un estudio realizado en el año 2006, en el que un 66% de los menores acusados consideraba que la atención que le habían prestado sus abogados era satisfactoria. Una valoración positiva que coincidía con la buena impresión generalizada que se tenía de todo el sistema⁶². Si bien es cierto que no existen tampoco más datos, ni en ese estudio ni en otros, que profundicen en mayor medida en qué se considera estar satisfecho con la atención recibida, por lo que sería necesario disponer de más información sobre valoración de los clientes sobre cuestiones como la equidad procesal, la confianza, el trato digno o el nivel de participación e involucración del abogado en la defensa de su joven cliente.

VI. CONCLUSIONES

Conforme evoluciona el sistema de justicia de menores hacia un modelo de responsabilidad, el abogado rompe en escena para convertirse en un agente más que ha de cumplir un papel relevante. Sin embargo, y como se ha podido comprobar éste asume un rol complicado. Así, la asistencia letrada en este procedimiento debe ser capaz de acompañar el interés de su cliente con el superior interés del menor al que aspira todo el sistema; ello va a generar situaciones extremas en las que deba forzar al máximo la práctica jurídica a la que está acostumbrado, e incluso comprometer su responsabilidad ética como defensor. Además, la difícil postura que debe adoptar el abogado, no siempre es comprendida por el resto de agentes del sistema, por lo que es fácil que aflore un sentimiento de fuera de juego en el proceso, que se reafirma al comprobar la falta de impacto de su actuación en el procedimiento. Así mismo, el joven defendido tampoco se lo va a poner nada fácil, por su desconfianza natural hacia el mundo adulto, por sus capacidades cognitivas todavía en desarrollo y por su perfil de infractor. Todo ello sirve para entender que el ejercicio de defensa en el ámbito de la justicia de menores genere un pro-

⁶² GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J.: Encuesta a Usuarios de Juzgados de Menores *Sección de Estudios Sociológicos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 31.

fundo desinterés entre los abogados, al ser un trabajo que compromete su imagen como letrado y que no le otorga ningún prestigio.

Sin embargo, las evidencias aquí revisadas también sugieren que, a pesar de que todo lo anterior sea cierto, el abogado es un agente principal en este sistema que con su labor puede ayudar a fortalecer las competencias legales de los jóvenes infractores, contribuir en su proceso de socialización legal, reforzando con ello la conformidad de este colectivo hacia las normas y su compromiso a cumplir con la condena impuesta. Para ello, sería necesario que algunas cosas cambiaran en la práctica letrada. Así, los Colegios de Abogados podrían contribuir a reforzar el protagonismo de estos agentes creando unos protocolos de intervención del Turno de Oficio especialista que garantizara el acompañamiento del abogado desde las fases iniciales hasta, en su caso, la ejecución de la medida, lo cual permitiría al defensor y su cliente crear unos lazos de confianza que contribuirían a la colaboración mutua. Así mismo, la especialización tendría que incidir en que los letrados tuvieran constancia de la dificultad del rol que asumen y que les dotaran de estrategias para conocer mejor las características de sus jóvenes clientes y les dotaran de herramientas para su interacción con ellos. Sin lugar a dudas, estos cambios contribuirían al desarrollo de estrategias de defensa que superaran las habituales y que redundarían en la mejora del sistema y del interés del menor defendido.