



**La intervención del abogado del niño víctima de delitos en el
proceso penal**

Trabajo Final de Graduación

Paglierani Paula

Año 2017

Abogacía

Profesor: Malbran Manuel.

Profesor: Lago José

Resumen

El ideal de justicia ha sufrido a lo largo de la historia de la humanidad cambios en cuanto a su concepción como tal. En este momento, precisamente nos encontramos ante un nuevo avance del hombre en su carrera al desarrollo cada vez más exhaustivo de este valor supremo. Hoy, la mirada del adulto se vuelve hacia los menores desde un enfoque que nunca antes había tenido y esto repercute drásticamente en la concepción no solo social sino jurídica del niño.

Este trabajo busca explicar cuál es el verdadero impacto de esta nueva postura en el ámbito del derecho argentino y acercar los lineamientos básicos del derecho internacional al respecto. El enfoque de este estudio ha sido realizado desde el análisis del papel del menor en los procesos penales que lo involucran como víctima de delitos y, en relación a ello, cuál es hoy el rol de la figura del abogado del niño en la defensa de sus derechos y cuáles son los obstáculos que se presentan en el camino al logro de tal fin.

Palabras Claves: doctrina de protección integral, abogado del niño, interés superior, capacidad progresiva, querellante.

Abstract

The ideal of justice as a concept has suffered different changes along human history. Right in this moment, we are facing a new advance in the human's race to the exhausting development of this supreme value. Nowadays, the gaze of the adult approaches to children in a way that has never had before and it dramatically affects not only the social but the legal concept of the child. This assignment seeks to explain the real impact of this new position in the field of Argentinian law and to bring together the basic principles of international law. The focus of this study has been realized from the analysis on the role of the children during the criminal proceedings that involve them as crime victims, regarding the role of the children's layer in defense of their rights and the obstacles needed to be defeated.

Key words: doctrine of integral protection, upper interest of the child, progressive capacity, complainant.

Agradecimientos

Agradezco a mis padres, que han sido y serán el motor de todos y cada uno de mis logros personales y académicos, y a Francisco, quien me acompañó incondicionalmente en el desarrollo de esta tesis.

Introducción

Ante una inminente situación de cambio de perspectiva social en cuanto a la exigibilidad del cumplimiento de los derechos y la efectiva propagación de justicia en todas las áreas, la sociedad argentina les debía a sus menores el reconocimiento de los derechos y garantías que desde su vigencia en el año 2006 enumera la Ley 26061 a lo largo de su articulado, en adecuación a la Convención de los derechos del niño de 1989. La antes tan lejana idea de que un menor pudiese gozar de la capacidad suficiente para intervenir como sujeto de derecho, o para que su opinión sea valorada con la merecida importancia en los procesos judiciales de los que fuera parte, se ha convertido hoy, afortunadamente, en una realidad. Una realidad que plantea desafíos y cuestionamientos apasionantes en torno al niño y al modo en el que el mundo adulto de la justicia deberá vincularse con él. En este sentido, la incorporación del abogado del niño forma parte de una de las modificaciones más importantes al respecto, puesto que supone el previo reconocimiento del menor como sujeto capaz de obrar en la defensa de sus propios derechos, otorgando efectividad concreta al principio de interés superior del niño que de otro modo quedaría vacío de contenido factico.

Este trabajo tiene por objeto desarrollar una noción clara de esta figura sin caer en una limitada definición legal de su rol, sino más bien, observando su papel desde una mirada abarcativa que permita exponer las diferentes problemáticas y nuevos desafíos a los que se enfrentan el abogado como profesional, el sistema de justicia en su conjunto en torno a la aceptación concreta del menor como parte activa en el proceso penal y el propio niño en su camino al acceso a la justicia. A este fin, el nuevo paradigma de protección integral ha sido abordado desde un enfoque cualitativo con el objeto de esclarecer el significado de los conceptos más relevantes

introducidos en la materia y el alcance de los cambios que estos suponen en lo referido al menor y su especial tratamiento como víctima de delitos en el proceso penal.

Actuar en la defensa de los derechos de un menor desde este nuevo papel supone desafíos para el profesional que aborde el caso no solo en el plano de su especialización técnica, sino a su sensibilidad en el plano humano.

Los cambios que plantea el acercamiento del menor al proceso judicial requieren un comprometido esfuerzo por parte del mundo adulto para guiarlo y acompañarlo en su especial situación, y es en esta circunstancia donde el abogado del niño actúa como una figura de fundamental importancia para construir un nexo entre el mundo adulto de la justicia y el niño.

Índice

Capítulo 1.....	9
Evolución del paradigma jurídico.....	9
El inicio de la adecuación legal del derecho argentino a la doctrina de protección integral.....	9
Contexto histórico y jurídico del paradigma tutelar.....	10
El fin del paradigma tutelar.....	11
Capítulo 2.....	15
Desarrollo de los conceptos claves de la doctrina de protección integral.....	15
Interés superior del niño.....	15
El derecho a ser escuchado.....	17
Capacidad progresiva.....	19
Capítulo 3.....	23
El Acceso del niño víctima de delitos penales a la justicia.....	23
El primer contacto con la justicia: la denuncia.....	23
El abogado del niño.....	25
Diferencia del rol del abogado del niño respecto de otros sujetos intervinientes en el proceso.....	29
Capítulo 4.....	33
El niño víctima y su actuación en el proceso penal.....	33
El papel de la víctima en el derecho penal moderno.....	33

El menor en el proceso penal.	34
La revictimización del niño.....	37
Capítulo 5.....	39
Conclusiones finales.	39
Listado de Bibliografía	45
Legislación	45
Doctrina.....	45
Jurisprudencia	48
Sitios de interés.	48

Capítulo 1

Evolución del paradigma jurídico

El inicio de la adecuación legal del derecho argentino a la doctrina de protección integral

La convención de los derechos del niño de 1989, ha funcionado hasta la actualidad no solo como una mera enunciación de derechos sino como una verdadera herramienta de integración de la doctrina proteccionista. Esta constituye de manera incuestionable un fin en sí misma, generando para los estados que adhirieron a ella, la necesidad de superar la conflictividad normativa que su propio derecho interno genere, con el objetivo de otorgarle efectividad. El estado argentino adhirió a la citada convención en 1990 a través de la ley 23849, sin embargo, el reconocimiento de su jerarquía constitucional surgió tras reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, quedando incorporada desde entonces en los tratados reconocidos por el artículo 75 inc. 22.

Estos acontecimientos jurídicos suponen el principio de un cambio en el derecho interno que tardaría años en concretarse definitivamente, puesto que la Ley 10903 (1919), contraria en diversos puntos con el espíritu de la Convención de los derechos de los niños (1989), tuvo vigencia hasta el dictado de la Ley de protección integral en el año 2006 (Ley 26061 ,2006). La existencia simultánea de ambos paradigmas jurídicos por casi 16 años es quizá uno de los factores de mayor incidencia en la dificultad que actualmente se tiene sobre el desarrollo de los pilares fundamentales de la doctrina de protección integral.

A once años de la fecha de sanción de La ley 26061, ésta todavía presenta interrogantes en cuanto a su interpretación y serios desafíos para el sistema jurídico en cuanto a su aplicación. En el esquema superador que plantea el nuevo paradigma jurídico, el análisis del rol y la incorporación del abogado del niño víctima de delitos penales plantea un punto de especial importancia, por cuanto abre un debate sobre cuestiones relacionadas no solo al profesional especializado en derecho y sus capacidades, sino al menor y su nuevo posicionamiento jurídico como sujeto de derecho.

Contexto histórico y jurídico del paradigma tutelar

La doctrina tutelar ha tenido gestación en un contexto histórico y social que presentaba especiales características. La dispersión de la mano de obra producto de la Revolución Industrial provocó, hacia principios del siglo XIX en Argentina, el surgimiento de una clase popular compuesta por inmigrantes de la cual provenían los niños y las niñas que invadían los espacios públicos y que eran vistos por las clases dominantes como un peligro potencial. Durante este periodo de conflictividad social se promulgó la Ley 10903 del año 1919, que se planteaba como una solución al problema que suponían en esa época los menores en situación de abandono que representaban un potencial peligro para la sociedad conservadora. La ley presentaba la posibilidad de suspender los derechos de los padres al ejercicio de la patria potestad y le otorgaba al juez la facultad de tomar las medidas que a su criterio fueran necesarias para tutelar a aquellos menores.

La doctrina de la situación irregular planteaba una división de la infancia en dos grupos claramente diferenciables: por un lado los menores, ya sean infractores o pobres, abandonados y por otro los niños socialmente adaptados. En el caso del

primer grupo el Estado debía asumir su tutela poniendo en marcha el mecanismo de institucionalización planteado en la ley que se ejercía en establecimientos destinados a ello. Otra de las características de esta época era que los niños no tenían garantías de defensa y a su vez la opinión de los padres en los casos donde había intervención de la justicia de menores no era considerada (De la Iglesia, Velázquez, Piekarz, 2008).

No cabían en este plano las acciones destinadas a restaurar la situación familiar, ni a reconstruir los lazos afectivos intrafamiliares, siendo una consecuencia directa la separación afectiva de los padres e hijos y la posterior ruptura de los vínculos naturales. La internación se convirtió durante este periodo, en la modalidad típica de intervención ante la niñez carenciada, desamparada o desviada implicando la separación de la familia, grupo de crianza y medio natural. El esquema proteccionista de aquellos años se basaba en desvincular a los menores de aquellos padres y ámbitos familiares que no podían hacerse cargo moral o económicamente conteniéndolos en su crianza. De este modo quedo configurada la noción del menor como un mero objeto de intervención por parte del estado a través del poder judicial.

Esta visión sobre el menor no tardaría en presentar falencias respecto al posterior avance sobre el reconocimiento de derechos de los niños que afortunadamente tuvo la historia, lo que implicó el inicio de un proceso de crisis del paradigma jurídico hasta el momento imperante.

El fin del paradigma tutelar

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 que constituye la principal fuente de la doctrina proteccionista, sienta las bases de una innovadora postura que entiende a la protección del niño, no como una atribución del estado ajena a él, sino como el deber de garantizarle las

herramientas necesarias para el respeto de su condición de sujeto de derecho. La acotada asistencia que otorgaba la ley 10903 (1919) resultó escaza y contraria a los postulados de la Convención, sin embargo ambas coexistieron de un modo que resulta paradójico. Mientras una cernía al niño víctima o victimario, a la voluntad del estado que intervenía en su vida impartiendo justicia con un marcado corte paternalista, la otra lo elevaba a la condición de sujeto de derecho, otorgándole voz en los conflictos que lo involucraran y haciéndolo participe de las decisiones que se tomaran con respecto a su vida

Hacia mediados del siglo XX y en consecuencia de la segunda guerra mundial se gestó un movimiento universal a favor de la protección de los niños. Tanto la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño del año 1924 como la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959 tuvieron por objeto la protección del niño partiendo de la premisa de que aquel posee una falta de madurez física y mental que lo pone en situación desventajosa con respecto a la sociedad que deberá brindarle cuidados especiales. Sin embargo, el paradigma actual, que fue cobrado fuerza durante la década de los 70 y 80, concibe al niño desde una visión más autónoma y lo coloca en la posición de sujeto de derecho que puede decidir y pensar autónomamente diferenciándose notoriamente de su concepción en el paradigma anterior que lo asimilaba a un incapaz representado por adultos (Schulte-Brockhoffe y Tororiello, 2012).

La sanción de la Ley 26061 (2006), da por finalizada la coexistencia de ambos paradigmas, derogando la Ley 10903 (1919) y expresando íntegramente el espíritu de la Convención. Así se incorporan efectivamente al ordenamiento jurídico interno los pilares fundamentales de la doctrina de protección integral: el principio de interés

superior del niño y el de autonomía progresiva, el derecho del niño a ser escuchado y a contar con un abogado que defienda su interés personal.

Capítulo 2

Desarrollo de los conceptos claves de la doctrina de protección integral.

Interés superior del niño.

El controvertido concepto de interés superior del niño es uno, sino el más importante de los pilares del nuevo paradigma jurídico, pese a ello carece de una definición concreta que permita otorgarle un sentido inequívoco, situación que genera posiciones encontradas en base al tipo de interpretación que se lleve a cabo del mismo. La magnitud del cambio de punto de vista jurídico que implica su incorporación al derecho interno es tal que ninguna modificación legal referida a la niñez puede ser debatida o aplicada al caso concreto apartándose de éste principio y en ello radica justamente la importancia del análisis de su contenido.

La opinión Consultiva N° 17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹, agrega que el interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

A efectos de superar los interrogantes que puedan originarse en torno a su significado, es posible en primer término utilizar su propia denominación, de la cual

¹ Opinión Consultiva N° 17 (2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, (p.86).

surge claramente la idea de que, frente a cualquier tipo de conflictos de interés, el del menor debe ser el principal a tener en cuenta por su carácter de "superior". Este nuevo modo de reconsiderar al menor y a su voluntad con especial detenimiento, es justamente contraria al escaso reparo que se tuvo sobre su opinión a lo largo del paradigma jurídico anterior, y opera como punto reparador de las injusticias que se daban en ese esquema.

Respecto del alcance de este principio, C. Bruñol (1999) sostiene que "el interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos". Por su parte, la Ley 26061 (2005), receptando lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: "se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

El artículo 3 de la citada ley, establece, además de la definición planteada, una serie de puntos que deben ser respetados en miras a darle efectividad a este principio, los cuales a su vez permiten conocer el alcance del mismo. Expresamente dedica el primero de los apartados al respeto de la condición de sujeto de derecho del menor, estableciendo así para el derecho interno un cambio de perspectiva en cuanto a la manera de concebir a los niños y adolescentes que difiere radicalmente con la propuesta por la ley de patronato, que tuvo vigencia hasta entonces. En su segundo inciso, el citado artículo refiere al derecho a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, aquí la redacción es totalmente descriptiva y convierte al abstracto ideal de búsqueda de la máxima satisfacción integral de sus derechos en algo concreto que debe ser relacionado a la situación específica que cada niño plantee a través de su propio relato. El interés particular de cada niño se constituye sobre su experiencia de

vida única e irrepetible, desoírlo entonces implica desconocer su calidad de sujeto de derecho y por lo tanto actuar de manera contraria al principio de interés superior.

Este principio, que se coloca como eje central en todo proceso que involucre a menores, solo será satisfecho en tanto y en cuanto el Estado, el sistema judicial y todos los operadores de la justicia le permitan al niño acceder al pleno ejercicio de los derechos concedidos por los instrumentos internacionales que bien fueron acogidos por la ley 20061 (Velásquez y Musa, 2012).

Frente a un concepto tan amplio como este, se plantean interrogantes acerca de cuál es el tipo de interpretación que mejor acoge su contenido y cuáles son los criterios con el que se lo debe aplicar, a fin de evitar un alejamiento de la justicia del fin último de este principio. Más allá de las definiciones establecidas legal o doctrinariamente, al momento de su aplicación existen dificultades para establecer su alcance y cuál es el modo adecuado de conocer aquello que para el menor resulta ser lo más beneficioso. La doctrina de las Naciones Unidas compuesta por La Convención Internacional de Los Derechos del Niño (1989), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, también conocidas como Reglas de Beijing (1985), entre otros instrumentos, aportan las directrices para su correcta interpretación. Las normas vinculadas a los derechos reconocidos por la doctrina de protección integral, deben leerse y aplicarse como partes integrantes del plexo normativo armónico del cual son parte, a fin de no alejarse de su fin último.

El derecho a ser escuchado

La Convención de los Derechos del Niño (1989) en su artículo 12 reconoce a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresarse sobre los asuntos que lo afecten y a que su opinión sea tomada en cuenta,

en función de su edad y madurez alcanzada. Así mismo, extiende este derecho a todo proceso judicial o administrativo en el cual el niño involucrado podrá expresarse directamente o a través de un representante. La ley 26061 recoge este derecho en igual sentido, y por su parte agrega en su artículo 27, el deber del estado de garantizar, en todo procedimiento que involucre menores de edad, el derecho de ellos a ser oídos ante autoridad competente y a que su opinión sea tomada en cuenta de manera prioritaria para la toma de decisiones que lo afecten.

El artículo 27 resulta de suma importancia puesto que consagra el derecho del niño a participar en el proceso, lo que implica la facultad de constituirse en parte, ofrecer pruebas y llevar adelante los actos procesales necesarios. Sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho principio queda vacío de contenido real, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto sin el apoyo de la razón. El hecho de que las opiniones vertidas en un proceso por el menor deban ser además de escuchadas tenidas en cuenta en todas las instancias procesales resulta trascendental, puesto que, si la sentencia colisiona con el interés del niño, el juez deberá expresar los motivos de tal apartamiento.

Así mismo Robledo (2013) expone el énfasis que el Comité de Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas hizo especialmente en su 43ª sesión, a la aplicación en concreto del derecho a ser escuchado y a la necesidad de fluidez y claridad con la que deben también ser informados del mismo y asesorados luego.

La oportunidad que el nuevo paradigma jurídico de protección integral le brinda al menor de edad de expresarse, se encuentra íntimamente vinculada al principio de interés superior y a su reconocimiento como sujeto de derecho. Un sujeto respecto del cual la justicia no puede obrar en beneficio, sin antes haber escuchado, en

primera persona o a través de su asesor letrado, el relato de su experiencia y sus deseos al respecto.

Capacidad progresiva.

La doctrina de protección integral posee otro principio fundamental, el de autonomía progresiva del menor. Éste supone la adquisición progresiva de capacidad de ejercicio de los derechos reconocidos conforme el niño evoluciona en su desarrollo. La importancia de este principio deviene de la ruptura que plantea con la tradicional postura que entendía al niño como un sujeto para el cual la incapacidad era la regla y la capacidad solo una excepción.

La Convención de los Derechos del Niño (1989) impone a los estados que se ajusten a ella el deber, no solo de garantizar el desarrollo del menor, sino de respetar su condición de sujeto de derecho a lo largo de su camino evolutivo. En su artículo 5 expresa la necesidad de educar a los niños en el ejercicio de los derechos reconocidos conforme su maduración evolutiva lo admita, lo que indica que progresivamente el menor podrá avanzar en el conocimiento de ellos y ejercerlos de un modo cada vez más autónomo. Este reconocimiento gradual permite la formación de sujetos que gozan de un mayor dominio sobre su propia situación en cada una de las etapas anteriores a convertirse en legalmente mayores de edad, lo que obliga al sistema jurídico a integrarlos desde un lugar sumamente diferente al que venían ocupando. El artículo 12 de la citada Convención, vincula el derecho de los niños a que su opinión sea tomada en cuenta al principio de autonomía progresiva, cuando sujeta la valoración de esta a la edad y grado de madurez alcanzado por el menor.

La ley 26061 (2005) recoge este principio en su artículo 24, en el que establece en igual sentido, que las opiniones de los niños serán tenidas en cuenta

según su edad y grado de madurez. Sin embargo dentro de las garantías procesales que establece en su artículo 27, el derecho del menor a participar activamente en todo procedimiento que lo involucre y a ser asistido por un letrado, no aparece sujeto a un grado evolutivo ninguno, lo que genera posiciones encontradas respecto de si la capacidad procesal del menor se encuentra o no ligada al principio de autonomía progresiva y más aún si es procedente que él niño sea patrocinado por un abogado, dado que esto implica su aptitud para contraer obligaciones contractuales.

De acuerdo al Código Civil de Vélez Sarsfield (1869) en sus artículos 54 y 127, los niños y niñas menores de 14 años eran incapaces absolutos de realizar actos jurídicos por sí mismos, es así que la Corte Suprema de justicia de la Nación ha entendido en diversos fallos que escoger un abogado de confianza o removerlo, así como actuar en un proceso en calidad de parte, escapa a las capacidades del menor impúber quedando esta facultad solo a favor de los menores adultos.

La postura restrictiva mencionada supra establece que el menor que no haya alcanzado la edad de 14 años, carece de capacidad suficiente para realizar por sí mismo actos jurídicos, por lo que postula un claro rechazo a su participación con asistencia letrada en calidad de parte en el proceso judicial, entrando en conflicto con el reconocimiento expreso que la ley 26061 (2005), hace de este derecho.

El 26 de junio de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “M., G.c/ P., C. A. s/ Recurso de hecho”² rechazó la admisibilidad de la figura del abogado del niño. En dicho fallo la Corte Suprema sostuvo que, si bien la Ley 26061 dispone que un menor de edad puede acceder a un patrocinio letrado, esta normativa debía ser interpretada a la luz de la legislación vigente al momento de resolver, y por

² CSJN “RECURSO DE HECHO deducido por la DEFENSORA OFICIAL en la causa M., G. c/ P., C. A” (26/06/2012)

tanto no resultaba admisible que una menor impúber tuviera la capacidad suficiente para proceder a la designación de un letrado patrocinante.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, implementa un nuevo concepto de capacidad dinámico, ligado justamente a la autonomía progresiva, a través del cual el derecho argentino se ajusta a la Convención de los Derechos del Niño (1989). En principio se modificó la edad necesaria para alcanzar la mayoría de edad, cambiándose de 21 a 18 años. La división entre menores impúberes y púberes que dejaba a los primeros sumidos en una condición de mero objeto de derecho, fue alterada por un nuevo esquema que propone una distinción entre menores de edad y menores adolescentes según hayan o no alcanzado la edad de 13 años. El adolescente goza de un grado más elevado de autonomía, como etapa previa a convertirse en mayor, lo que implica el aumento de su capacidad de ejercicio basada en el grado de madurez alcanzado.

El Código Civil y Comercial modifica también el concepto de capacidad de hecho y lo reformula bajo la denominación capacidad de ejercicio, estableciendo que todas las personas serán capaces de ejercer sus derechos salvo las limitaciones específicamente formuladas en el mismo cuerpo normativo. Esto indica un cambio trascendental, puesto que la regla será la capacidad, y la incapacidad solo opera en casos de excepción, planteándose uno de ellos respecto de los menores no hayan alcanzado la edad y grado de madurez suficiente. Resulta importante destacar que en el artículo 26 el citado Código establece que el menor deberá ejercer sus derechos por intermedio de sus representantes legales, salvo cuando hubiere alcanzado el grado de madurez suficiente para hacerlo de modo autónomo. Seguido a esto el artículo expresa: “En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser

oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.”. La formulación de esta última parte de la norma, provoca una sería contradicción normativa, puesto que limita el ejercicio de su acceso al patrocinio letrado a las situaciones de conflictividad entre su interés y el de sus representantes legales, algo que no sucede en la Convención de los Derechos del Niño, ni en la Ley 26061, mientras que por otro lado reconoce el derecho del menor a ser escuchado en los procesos judiciales. La capacidad procesal del niño, queda entonces cernida a la existencia de discordancias entre su voluntad y la de sus representantes legales, que en la mayoría de los casos son sus propios padres.

Una postura amplia y contraria a la citada por la Corte Suprema en el caso precedente, sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso legal, entonces la representación del niño por un abogado siempre será procedente independientemente de la edad y madurez progresiva del niño. En esta línea de pensamiento, cualquier menor que se vea involucrado en un proceso administrativo o judicial podrá nombrar a su abogado y en caso de no hacerlo, el Estado tendrá el deber de asignarle uno de oficio.

La aplicación del principio de autonomía progresiva del niño, no puede ser motivo causal de la limitación o restricción de los derechos otorgados a los niños por la Convención de los derechos de los niños, puesto que de ser así se estaría frente a un evidente caso de inconstitucionalidad, con fundamento en la jerarquía reconocida a esta por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Capítulo 3

El Acceso del niño víctima de delitos penales a la justicia.

El primer contacto con la justicia: la denuncia.

La nota tipificante de los delitos cometidos contra menores, en especial los relacionados a lesiones y abusos sexuales, es que en muchos casos los victimarios son precisamente allegados o incluso integrantes del núcleo familiar de la víctima. Así se presenta para el niño un debate interno entre denunciar su padecimiento o simplemente seguir soportándolo. Es en este sentido que la implementación de recaudos específicos con este sujeto cobra especial importancia para llegar a la verdad y así a su efectiva protección. Ante la sospecha o la evidencia de situaciones de estas características, una adecuada información, brindada de manera comprensible y el necesario acompañamiento por parte de profesionales especializados, serán en muchas oportunidades las únicas herramientas con las que cuenta el niño para defenderse y comprender la importancia de que sus derechos sean respetados amén de que quienes los estén vulnerando sean incluso miembros de su núcleo más cercano.

En relación a lo referido supra, el artículo 30 de la Ley 26061 (2005), establece el deber de los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, de comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión. Así mismo el artículo siguiente, incorpora el deber del funcionario público de recibir y dar trámite a toda denuncia de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, sea ésta llevada a cabo por el mismo menor que la padece o por cualquier otra persona

que tenga conocimiento del hecho. El decreto reglamentario 415/2006 indica que igual obligación pesa sobre el funcionario para los casos en que el objeto de la denuncia exceda su competencia, en cuyo caso deberá hacer recepción de la misma para posteriormente darle trámite ante la autoridad de protección de derechos respectiva.

La posibilidad de denunciar, que consiste en el primer acercamiento del menor a la solución de su conflicto debe ser adecuadamente informada, lo que supone la formulación de políticas públicas abocadas a brindar a los niños un conocimiento adecuado a su edad de cuáles son los derechos que los asisten, de qué manera pueden ejercerlos, y como el estado responde frente a una eventual vulneración de los mismos. A este fin el artículo 47 de la ley 26061 creó la figura del defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que tiene como función principal la protección y promoción de sus derechos, lo que incluye el respectivo deber de brindar asesoramiento y recibir denuncias relacionadas a menores de edad de modo personal o a través de una vía telefónica que se encuentra disponible de manera permanente y gratuita.

Los niños necesitan tener acceso a la información en formatos adaptados a su edad y capacidad respecto de todas las cuestiones que les interesan. Esto es aplicable a la información, por ejemplo, relacionada con sus derechos, las actuaciones que los afecten, la legislación, la reglamentación y las normas nacionales, los servicios locales y los procedimientos de apelación y reclamación (Comité de los Derechos del Niño, 2009: párrafo 82).

Luego de la recepción de la denuncia, o incluso antes de que la misma sea formulada, el paso indispensable será informarlo acerca de su derecho a ser asesorado legalmente en forma gratuita. En la provincia de Buenos Aires, la ley 14568 (2014)

de conformidad con el artículo 12 de la Convención de los derechos del niño, dispone a tal fin, no solo la creación de la figura del abogado del niño, sino la obligación de que el menor sea informado de su derecho al patrocinio letrado.

Tanto en la detección y reconocimiento de situaciones de vulneración de derechos, la formulación de una denuncia, y el posterior asesoramiento profesional; el efectivo cumplimiento de las medidas y políticas públicas, que efectivizan el derecho del niño a la información, constituyen la principal herramienta para su acceso a la justicia.

El abogado del niño

Esta nueva figura, cuya función principal es la de representar el interés superior del niño dentro de los procesos jurídicos o administrativos en los que se vea involucrado, se incorpora como un eslabón de suma importancia en el sistema de protección integral. El acceso al patrocinio letrado se encuentra garantizado a través de la ley 26061 (2005) y de su decreto reglamentario número 415/2006 (2006) que, en su artículo 27, establece el derecho del niño a la designación de un abogado que actúe en representación de sus intereses personales. El decreto citado, convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que aseguren el acceso al derecho a la asistencia letrada y , en consecuencia, se crearon cuerpos de abogados a los fines de patrocinar a los niños, como el de la ciudad de Buenos Aires o el del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que cuenta con un servicio jurídico gratuito llamado “Registro de Abogados Amigos de los Niños”.

Esta nueva figura no solo representa la voz y voluntad del menor, sino que lo incorpora de manera efectiva en el proceso, garantizando que sus opiniones sean

escuchadas y su situación, única e irrepetible, sea tenida en cuenta al momento de tomar decisiones respecto de cuestiones trascendentales para su vida.

En palabras de Gauna (2014), la idea de un adulto que guía al menor a través del proceso judicial asesorándolo y escuchándolo en todo momento es sin duda alguna uno de los pasos más importantes en el camino para dejar atrás el paradigma tutelar y tomar una real y efectiva conciencia de que el niño debe insertarse activamente.

En torno a la designación del abogado del niño aún no existe legislación que regule quién debe hacerlo, pero aplicando el criterio de capacidad progresiva desde una postura amplia, el mismo menor podría efectuarlo, debiendo el tribunal luego evaluar que el profesional no esté relacionado con el círculo íntimo del niño, para asegurar de este modo la inexistencia de influencias que condicionen la defensa.

Por ser los derechos y garantías de orden público los jueces pueden ordenar de oficio que se designe un abogado para el menor que no tenga la asistencia que requiera. Una vez iniciado el contacto con su letrado, el niño podrá expresarse acerca de la veracidad de los hechos, sin embargo, no debe nunca olvidarse que al tratarse de menores existe, en mayor grado que en los casos en los que se trate de un adulto, el riesgo de que la víctima termine retractándose por temor las consecuencias que sus palabras puedan generar. El miedo, las presiones, las relaciones familiares influyentes y un sinnúmero de condicionantes pueden tornar el trabajo de quienes deben entender y escuchar al menor para defenderlo, en una ardua tarea que requerirá de la destreza de profesionales a la altura de las circunstancias.

Existen distintas visiones desde donde concebir el derecho a la asesoría legal del menor y su intervención como sujeto activo, y según se tome una u otra se arribará a distintos resultados. En principio, si es entendida y respetada como una garantía del debido proceso, el ejercicio de este derecho no debe tener ningún tipo de limitación y

debe aplicarse a cualquier proceso en el que el niño sea parte, a fin de velar por el correcto desenvolvimiento del procedimiento administrativo o judicial, con absoluta independencia de la edad alcanzada.

Tal como surge del modelo que se presenta en la Ley 26061, se reconoce el derecho al patrocinio letrado a los niños, niñas y adolescentes sin fijar edades, pues lo establece como garantía del debido proceso. La mayor o menor autonomía del niño será tomada en cuenta para considerar sus opiniones mas no para la viabilidad de este derecho. Todo niño, independientemente de su edad, tiene derecho a un letrado patrocinante y en caso que el niño no tenga suficiente madurez para dar instrucciones a su abogado, será función de éste asumir la defensa de sus derechos y garantías³ (Solari N. 2009).

Desde este enfoque se entiende que si bien para el niño que haya adquirido la madurez suficiente es optativo designar un abogado, no lo será para el Estado, que frente a la ausencia de esta figura deberá asignarlo de oficio, bajo pena de tenerse por nulo cualquier procedimiento que se lleve a cabo sin este requisito que constituye, como ya se dijo anteriormente, una garantía del debido proceso.

En palabras del Dr. Solari en su comentario sobre lo fallado por la Sala B de la Cámara Civil de Apelaciones en la causa “K., M. y otro c/ K., M. D”⁴, la capacidad

³ Solari Nestor 2009, Extracto Publicado en el Manual de sistematización de herramientas técnicas para el ejercicio concreto de la defensa jurídica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (2012). Ministerio Público Fiscal. P. 6.

⁴ CNCiv, sala B “K., M. y otro c. K., M. D” 19/03/2009.

progresiva influirá en la circunstancia de saber si el propio niño lo va a elegir o un tercero. Sin embargo, su derecho a tener un patrocinio letrado es independiente de su capacidad progresiva. (Solari, 2009).

Otro es el resultado al que se llega si se entiende al derecho de acceder a un abogado para actuar activamente en el proceso como una facultad ligada a la capacidad de hecho. Esta línea de pensamiento ha sido tomada por tribunales argentinos que, hasta la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y aun habiéndose ya dictado la Ley 26061, negaban al menor dicha facultad, haciendo mención y remitiéndose al concepto de capacidad del Código Civil derogado. Así un menor de 14 años fue hasta hace poco menos de un año considerado incapaz de hecho para designar a su asesor legal. En una gran cantidad de fallos se negó sistemáticamente el ejercicio de este derecho en oposición no solo a la ley citada, sino también a la Convención de Derechos de los Niños luego de que esta hubiera sido ratificada.

El Código vigente incluye en su artículo 26 el criterio de capacidad progresiva, en tanto establece que: “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Hasta este punto se genera el primer interrogante en cuanto a que no existen criterios establecidos unívocamente que permitan definir cuál será el grado de madurez necesario para designar a un abogado.

Por lo que resta el mismo artículo continua del siguiente modo: “En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su

persona.” Realizando un análisis de este último extracto del artículo se deja ver, a simple vista, en primer término, la restricción empleada que relega el ejercicio de la facultad del menor solo para aquellos casos en los que sus intereses sean contrarios con los de sus representantes legales. Esta es una de las posiciones en la que se una parte de la doctrina se apoya por entender que solo en aquellos casos sería necesaria la asistencia letrada específica, sin embargo, no resulta ser más que un resabio de la vieja concepción del menor como objeto de tutela. Acto seguido, la ambivalencia se plantea textualmente al reconocer el derecho de todo menor a ser oído en todo proceso judicial que le concierne y a participar en las decisiones sobre su vida, entonces cabe preguntarse de qué modo es compatible el ejercicio del derecho a ser oído de un menor al cual se lo restringe en su facultad y garantía procesal de designar un representante que lo asesore y encamine su accionar en el proceso que lo involucre.

Si bien el debate que genera esta facultad del menor es fructífero, habrá que tener sumo reparo en no apartarse del lineamiento que surge desde la Convención de Derechos del Niño, en pos de defender posturas que ya han quedado fuera de aplicación. Es el mismo decreto reglamentario de la ley 26061, el que especifica que la defensa técnica se ha transformado en un requisito indispensable para llevar adelante cualquier procedimiento, constituyendo entonces una garantía del debido proceso a la que no se accede sino por ser sujeto de derecho, sin requisito necesario alguno.

*Diferencia del rol del abogado del niño respecto de otros sujetos
intervinientes en el proceso.*

Diferenciar el rol del abogado del niño con el de asesor de menores y el del tutor ad litem es importante también para comprender cuáles son las funciones de esta nueva figura. En principio cabe destacar que el asesor de menores y el tutor son

figuras cuyo origen se dio con causa del paradigma anterior, que interpretaba al menor como un objeto de derecho, razón por la cual ambas figuras desarrollaron funciones de neto corte paternalista. Como bien lo expresa Lonardi (2015) “la representación del asesor de menores es complementaria a la representación legal del niño, ya sea ejercida por sus padres o tutores”.

A modo de indicar cuál es el papel definido para el asesor de menores, se torna necesario recordar que el Código Civil de Vélez Sarsfield se refería en su artículo 59 a esta figura, como aquél que debía intervenir necesariamente, y como parte esencial, en todos aquellos asuntos judiciales o extrajudiciales en los que las personas menores de edad hubieran entablado una demanda o hubieran sido demandadas, así como también en aquellos casos en los que se vieran involucrados sus propios bienes. Una clara distinción entre el abogado del niño y el asesor de menores se encuentra expuesta en el artículo 27 del Decreto Reglamentario 415/2006 (2006), que se refiere a este profesional del derecho como aquel que representará los intereses personales e individuales del niño, niña o adolescente sin perjuicio de la representación promiscua del Ministerio Pupilar, lo que indica claramente la imposibilidad de sustituir sus funciones por las de este último.

Por otro lado en cuanto a la diferencia con la figura del tutor ad litem, el derogado Código Civil de la Nación, en el artículo 61 indicaba su participación para aquellos casos en los que los intereses de los incapaces se encontrasen en oposición con los de sus representantes. En el mismo sentido el artículo 397 del citado cuerpo normativo en su inciso 1° otorgaba a los jueces la facultad de nombrar tutores especiales para los menores cuyos intereses se encontraren en oposición con los de sus padres.

El tutor se designa teniendo en cuenta al menor como un sujeto incapaz de discernir por sí mismo lo que claramente se aparta de la noción de capacidad progresiva del niño que lo configura como sujeto activo.

Capítulo 4

El niño víctima y su actuación en el proceso penal.

El papel de la víctima en el derecho penal moderno.

El derecho penal debe adaptarse a las modificaciones estructurales que plantea la doctrina de protección integral, el papel que hoy tiene la víctima se encuentra en clara desventaja dentro del proceso penal con el del imputado, esto es consecuencia en principio, a la necesidad imperiosa que se tuvo durante las décadas anteriores de garantizar procedimientos justos, respecto del imputado como culpable de un hecho delictivo. El estado, que actúa a través de sus órganos judiciales, como sancionador de los delitos cometidos, ha vertido sus esfuerzos en la producción de normas y la implementación mecanismos de justicia sobre una óptica garantista en función del avance en materia de derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional a través del art 75 inciso 22. Así el foco de atención ha sido puesto únicamente sobre la parte denunciada, reconociéndose para éste garantías del debido proceso tales como in dubio pro reo, el acceso a un abogado defensor, y garantías de ejecución de condena. Como lo define Duce (2014), “la víctima ha sido un actor marginal sin derechos explícitos en el proceso”

Frente a la nueva normativa vigente respecto de los derechos del niño vinculados a su participación en el proceso, se plantea una nueva visión sobre el menor, que obliga al derecho penal interno a poner atención sobre su rol activo en éste. La necesidad de la víctima, adulta y menor, de ser considerada y protegida pero no apartada del proceso penal que lo involucra, implica necesariamente una reformulación de sus derechos en el ordenamiento jurídico interno, a fin de armonizar la legislación vigente con la doctrina de protección integral.

En el plano práctico, la formulación de la denuncia y el momento de dar testimonio, han sido hasta hace poco tiempo las únicas instancias de contacto entre la víctima y el proceso penal iniciado respecto del delito que vulnera sus derechos, lo que en el marco del nuevo paradigma jurídico no puede seguir sosteniéndose.

El menor en el proceso penal.

Es menester hacer una especial mención respecto de la extensa cantidad de documentos internacionales y doctrina tanto internacional como nacional que ahonda en el tema de las garantías que poseen los menores que se encuentran en conflicto con la ley penal y la poca atención que se le ha prestado al menor víctima de delitos penales, sobre todo en cuanto a cuáles son los canales que le permiten acceder a la justicia en un rol de sujeto activo, es decir, intervenir en el proceso en calidad de querellante y expresarse a través de un abogado que lo asesore correctamente respecto de las posibilidades de acción que posee.

. En palabras de Pérez Manrique (2007), al niño se le debe el respeto de su posición como sujeto activo que podrá ejercer sus derechos de acción por medio de su asesor letrado en tanto el grado de madurez alcanzado le permita mayor o menor autonomía.

En suma, los documentos que mencionan a la víctima menor de edad con respecto a la protección integral son aquellos relacionados a la trata de personas o a los delitos de índole sexual, y continúan poniendo al menor bajo un manto de protección que le impide acercarse como sujeto activo y lo transforma en un mero objeto de prueba al que debe tratarse con suma delicadeza para evitar su revictimización.

El Código Penal de la Nación Argentina reconoce a través de sus artículos 82 y 415 el derecho de toda persona con capacidad civil de constituirse en querellante dentro del proceso que lo involucre como sujeto vulnerado por el delito cometido, y extiende, para el caso de los incapaces, el ejercicio de este a sus representantes legales. En igual sentido, el artículo 80 del mismo cuerpo legal reconoce el derecho de la víctima a ser informada de la posibilidad de intervenir en el proceso penal como actor civil o parte querellante, haciendo un especial reparo sobre la situación del menor o incapaz, a los cuales durante su intervención en los actos procesales les puede ser autorizado el acompañamiento por una persona de su confianza.

Desde una interpretación restringida de los mencionados artículos se puede inferir que el sujeto menor de edad es incapaz de ejercer el derecho a constituirse en querellante por sí mismo. El artículo 82 no especifica si dicha facultad se encuentra ligada a la edad y grado de madurez alcanzada por el niño, lo que para cierta parte de la doctrina implica la falta de capacidad procesal de hacerlo.

Bajo una postura amplia, el derecho del niño a participar en los procesos judiciales que lo involucren no puede ser vedado por ninguna disposición legal contraria. En función de ello, si el niño merece el respeto de su derecho a intervenir asesorado por un abogado, de igual modo merece el respeto de su condición de sujeto de derecho que, a través de un patrocinio letrado podrá constituirse en parte también del proceso penal que lo involucre.

Cabanellas de las Cuevas (1993) define a la querrela como: “Queja de dolor o sentimiento. Por antonomasia, la demanda en el procedimiento criminal, la acusación ante juez o tribunal competente, para ejercitar la acción penal contra los responsables de un delito”.

Esta definición permite preguntarse qué es lo que sucede en el caso de los niños cuyos representantes legales coinciden con los sujetos victimarios. El código penal prevé en su artículo 132, para los casos de delitos contra la integridad sexual sufridos por menores de edad, la posibilidad de ejercer la acción correspondiente con el asesoramiento o representación de instituciones destinadas a la protección o ayuda a las víctimas, pero nada expone acerca de su propia posibilidad de constituirse en sujeto querellante.

Un fallo destacado al respecto fue el de la Sala 1° de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en los autos “N.N. s/ Denegatoria de ser querellante”⁵ por medio del cual se reconoció el derecho una menor de constituirse en querellante, acusadora de sus propios padres, quienes le propinaban abusos sexuales reiterados, por no existir la posibilidad de que sus representantes legales se constituyan en parte dado que eran los principales imputados en la causa.

Aun retomando la posición seguida en el Código Civil y Comercial de la nación, que circunscribe y limita el derecho del niño a ejercer su derecho a constituirse en parte a los procesos en los cuales su interés se encuentre en conflicto con el de sus representantes, nada obsta que frente a la vulneración de sus derechos por medio de delitos penales ejercidos por sus representantes, el niño pueda frente a este sensible conflicto de intereses, actuar ejerciendo por medio de un patrocinio letrado su derecho a constituirse en parte querellante.

⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I “N.N. s/ Denegatoria de ser querellante” (18/03/2004).

La revictimización del niño.

En cuanto a evitar la revictimización de los menores se vela por adecuar el sistema penal para minimizar la cantidad de intervenciones del menor, sobre todo en lo relativo al momento de ofrecer testimonio, a fin de no generarle un daño a nivel psicológico mayor al ya soportado. En este sentido la mayor capacidad y especialidad técnica de los profesionales entrevistadores y la defensa técnica representan una herramienta de suma importancia.

El artículo 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación establece que cuando se trate de víctimas de lesiones y delitos contra la integridad sexual que al momento de comparecer no hubiera cumplido los 16 años de edad se llevará adelante un procedimiento especial para su entrevista que estará a cargo de un psicólogo especializado en niñez y/o adolescencia a fin de evitar un interrogatorio por parte del tribunal. A los fines de generar un espacio confortable y un ambiente amigable para el menor, la entrevista tendrá lugar en un espacio acondicionado a tal fin. Durante el tiempo del encuentro se desarrollarán las inquietudes que las partes hubieran debidamente planteado con anterioridad, así como también podrán formularse nuevas preguntas, siempre canalizadas a través del interlocutor especializado.

El sistema incorporado para este tipo de entrevistas permite que el niño se despliegue más abiertamente, en un espacio que no le resulte hostil y frío y al mismo tiempo posibilita el seguimiento por parte del tribunal desde un espacio exterior a fin de controlar de manera más completa el correcto desenvolvimiento del procedimiento.

A nivel nacional distintas leyes han retomado el concepto de especial protección realizando modificaciones estructurales en los mecanismos judiciales a fin de evitar que el paso por los organismos de justicia constituya para el niño o adolescente víctima un hecho traumático más. Así es que leyes específicas como la de

Ley 26364 (2008), que rige en el ámbito nacional, establece el derecho de la víctima de contar con asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas, y prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado.

Capítulo 5

Conclusiones finales.

La adecuación del sistema legal argentino a la convención de los derechos del niño de 1989 ha traído a la incorporación de principios y conceptos que requieren ser comprendidos de manera íntegra a fin de evitar un uso abusivo o restrictivo de ellos.

Los vestigios de una visión tutelar de la justicia sobre el menor aun aparecen aun en sentencias que, en razones fundadas en el interés superior del niño, desconocen o niegan el ejercicio de derechos propios de un sujeto activo dentro del proceso.

Los cambios que provocan el principio de autonomía progresiva y el de interés superior del niño se encuentran íntimamente vinculados al derecho a ser escuchado en los procesos que lo involucren y a que su opinión sea tenida en cuenta, puesto que una visión conjunta de ellos supone preguntarse en primer lugar, desde cuándo el niño alcanza el grado de madurez suficiente para comprender su situación y expresarse en función de su voluntad al respecto, y en segunda instancia, si realmente puede el ejercicio de este derecho ser condicionado por tal aspecto evolutivo. El derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta, no debe limitarse por criterios interpretativos que lo coloquen nuevamente en una posición de objeto sobre el cual se toman decisiones y, en concordancia con el principio del interés superior del niño, la nota distintiva que propone oír al menor radica justamente en la posibilidad de diferenciar la voluntad del propio del niño respecto incluso, de la de sus representantes legales. El, mejor que nadie puede ahora en primera persona expresar su opinión respecto de los temas que lo involucran, lo que lleva necesariamente a preguntarse, además de lo planteado respecto de la capacidad del niño, de qué modo

el abogado debe capacitarse para asesorarlo adecuadamente y cuáles son los sistemas concretos que deben aplicarse para que el niño pueda acceder a este profesional.

En medio de este cuestionamiento, la situación del niño víctima de delitos penales, y su alto grado de vulnerabilidad, plantea especiales recaudos interpretativos a fin de no incurrir en restricciones paternalistas de sus posibilidades concretas de acceso a la justicia. Cabe entonces preguntarse qué es lo que sucede, no solo con nuestro ordenamiento, sino a nivel internacional, que los documentos principales relativos a la protección integral del niño no han receptado en ninguno de sus artículos la figura de una víctima activa en el proceso penal, y solo lo han vuelto parte con real voz en los procesos civiles y administrativos. Ver a cada menor como un sujeto único e irrepetible, indefectiblemente condicionado por su pasado, nos permite avanzar en una dirección que al menos busca nuevos mecanismos para aplicar de modo más adecuado a cada caso, un derecho que en principio solo era pensado para los adultos.

En lo que respecta a la capacidad progresiva del menor, y entendiendo este criterio como un gran avance en materia de reconocimiento del ejercicio concreto de derechos, es oportuno no hacer un uso restrictivo de su alcance que impida que situaciones particulares queden fuera de la protección jurídica que el espíritu de la normativa internacional intenta hacer efectiva. Considero que el debate relacionado a la falta o no de madurez para nombrar un abogado que permita volver jurídicamente sólida la opinión de un niño y garantice su real escucha y participación, tiene más que ver con una reticencia del mundo adulto que con la correcta interpretación de los documentos internacionales al respecto. La ley 26061 ha sido clara al establecer el derecho de todo niño a participar de los procesos que lo involucren y a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez. En este sentido se han desarrollado últimamente políticas que inician con un largo camino a recorrer y que tienen por fin

el cumplimiento del deber al cual el Estado argentino se ha obligado, como es el de informar y acercar a los niños las herramientas necesarias para tener contacto con profesionales que puedan orientarlos y asesorarlos, para finalmente alejar del concepto de la capacidad progresiva del menor todo el virtualismo que aún lo rodea. Considero primordial en relación a ello la implementación de espacios educativos coordinados con las escuelas primarias y secundarias, en los que se brinde información clara y adecuada a cada edad respecto de los derechos que los asisten y las posibilidades de ejercerlos que les han sido reconocidas. Es en estos ámbitos donde los chicos pasan la mayor parte de su jornada y donde se vuelve factible el conocimiento de situaciones riesgosas para su integridad, por tanto, la coordinación de políticas públicas debe orientarse también a mejorar la intervención de las salas pedagógicas en estos casos.

Si para los adultos fue y es garantía del debido proceso el acceso al asesoramiento legal adecuado por parte de un profesional capacitado, no debería presentar obstáculo alguno el reconocimiento de igual garantía a los menores de edad. Lo cierto es que este avance positivo genera, incluso dentro de aquellos que tiene una opinión favorable al respecto, debates y reticencias al momento de ser aplicado. Incluso, conceptos propios de este nuevo paradigma jurídico, como el de capacidad progresiva e interés superior del niño, presentan desde determinadas ópticas, incompatibilidades con la idea de que no exista limitaciones etarias para el acceso a la defensa técnica por parte de un letrado. En mi opinión, la intervención del abogado no puede verse supeditada al grado de madurez alcanzado por el niño, principalmente porque esto dejaría a aquellos niños de temprana edad en una condición de desigualdad irreparable. Cuando el niño por la falta de discernimiento necesario, no estuviere aun en condiciones de nombrar un abogado o comprender su situación

disvaliosa, deberá ser el juez interviniente quien designe a su abogado, para que este defienda su interés junto al equipo interdisciplinario que el caso amerite.

Resulta importante destacar que, si bien esta figura tendrá por tarea representar el interés del menor, primero deberá haberlo comprendido acabadamente, y es allí donde se plantea la necesidad de capacitación específica del profesional que se ocupe de una tarea tan delicada como ésta. Así como de nada sirve que se escuche al menor en el proceso si no se le otorga crédito a su palabra, lo mismo sucede si quien se emplea en defenderlo no se compromete adecuadamente a generar el lazo de confianza necesario para conocer la real percepción de la situación que tiene el menor que va a defender. Tomar contacto con un niño al cual habrá que explicarle sus derechos, informarlo sobre los avances de un proceso o incluso acercarle la posibilidad de transformarse en sujeto activo dentro del mismo, plantea un panorama nuevo para el cual no existe aún una capacitación adecuada que le permita al profesional desenvolverse con la soltura y seguridad indispensables a tal fin.

En la actualidad no contamos aun con la existencia de un reglamento que indique las condiciones que debe reunir un abogado para ejercer el patrocinio de un niño, pero sería importante que existiera una formación específica, multidisciplinaria, con un entrenamiento y capacitación permanente. Es necesario evitar situaciones como las que se generan muchas veces, en las cuales quien dice ser abogado del niño asume una participación activa y clara en el proceso, defendiendo la postura de alguno de los progenitores, sin que sea ésta la más conveniente para su patrocinado; y para lograrlo, resulta imperioso establecer los lineamientos básicos de esta especialidad de manera precisa.

Estimo importante puntualizar nuevamente la necesidad de una reestructuración de la formación del abogado que le permita interactuar con

conocimientos propios de otras ciencias como la sociología y la psicología, por constituir éstas materias que se encuentran inexorablemente ligadas al mundo del derecho. Ambas ciencias nutren de manera continua al derecho en su aspecto dinámico a través tanto del estudio del ser humano como ser social, como el desarrollo de su conducta en su esfera más íntima.

Es cierto que evitar la revictimización es fundamental para lograr que el niño pueda procesar y superar aquellas situaciones traumáticas propias de sufrir cualquier tipo de delito, en especial en el caso de delitos contra su integridad sexual o violencia doméstica, pero del mismo modo que una parte de la doctrina considera que es menester mantener al niño lo más alejado posible del proceso para que él pueda cerrar su herida, otra, con la que concuerdo plenamente, se plantea la idea de que el menor que pueda transitar un proceso penal correctamente adecuado a la especialidad que requiere la niñez, probablemente pueda realizar su duelo como sujeto activo, sintiéndose parte de un mecanismo que tiene injerencia de modo directo sobre su vida, más allá de que el delito ya haya producido un daño físico y/o psicológico en él. La importancia de que el niño sea informado de su opción a constituirse en querellante para atravesar el proceso penal de juzgamiento del delito que lo ha transformado en víctima desde un papel activo, es imposible de soslayar. Aquí es deber de los adultos acercarle todas las herramientas para que decida libremente qué camino tomar, adaptando el dialogo con el fin de acercar claridad y contención.

El reconocimiento de la capacidad procesal del niño víctima para ser parte activa en el proceso no es más que una deducción lógica que se desprende de los derechos y garantías reconocidos por la doctrina de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, y por ello estimo importante la incorporación de la figura de

niño querellante en el sistema legal argentino, como solución a las arbitrariedades que puedan darse respecto de su reconocimiento como tal.

No puede desconocerse la demora de la adecuación de nuestro ordenamiento a la Convención de los Derechos del Niño, sin embargo, quedará en manos del mundo adulto de la justicia la celeridad en el recupero del tiempo perdido.

Listado de Bibliografía

Legislación

- Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos de Delitos (2008).
- Ley Nacional n° 26061 de protección integral de los niños, niñas y adolescentes (2005).
- Ley Nacional derogada n° 10903 de patronato de menores (1919).
- Ley n° 1.688 de prevención y asistencia a las víctimas de violencia familiar y doméstica. Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2005).
- Ley n° 14568 Reglamento del abogado del niño. Provincia de Buenos Aires (2013).
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad (2008).
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- Código Penal de la Nación.
- Código Procesal Penal de la Nación.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989).

Doctrina

- Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. [*Versión electrónica*]. *Justicia y derechos del niño (1)* 45-62.

- De la Iglesia, M. Velázquez, M. Piekarz, W. (2008). Devenir de un cambio: del patronato de menores a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. *Anuario de investigaciones de la facultad de psicología UBA, volumen 15*.
- Duce, M. (2014). La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica. [Versión electrónica]. *Política Criminal Vol. 9 (nº18)*.
- Freedman, D. Terragni, M. (s.f.) Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el Derecho argentino. *Acceso a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas ADC; JUFEJUS; UNICEF*.
- Fucito, M. (Ed.). (2013). Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. *Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*. Argentina: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC).
- Gauna, A.F. (2014) Por una agenda progresista para el sistema penal: Una propuesta de la Asociación Pensamiento Penal. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- Lonardi C. (2015). El derecho de los/as niños/as y adolescentes a contar con un abogado/a a propósito de la Ley provincial 14568. *Revista niños, menores e infancias*.
- Lora, L. *Discurso jurídico sobre El interés superior del niño*. Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479-488.
- Marcón, O.A. (2016) *Justicia juvenil: seducción y abandono*. Bahía Blanca, Argentina: Induvio Editora.

- Minyersky, N. (s.f.). La capacidad progresiva. M. Fucito. (Ed.) *Acceso a la justicia de niños y niñas víctimas* (pp. 55-70). Recuperado de: https://www.unicef.org/argentina/spanish/resources_10849.htm
- Musa, L., Velazquez L. (2012). La exigibilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sistematización de herramientas técnicas para el ejercicio concreto de la defensa jurídica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. [Versión electrónica]. Ministerio Público Tutelar, F.E.P.E.S.N.A.
- Pérez Manrique, R. C. (2007). Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes. [Versión electrónica]. M. Beloff, A. Benavente, M. Cillero, N. Espejo, F. Estrada, S. Falca, G. Pinto (Eds.). *Justicia y Derechos del Niño* (9) 251-256.
- Robledo, D. (2013). Abogados/as de los niños, niñas y adolescentes: reflexiones desde el derecho procesal. [Versión electrónica.] *Revista de la facultad de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 4 (1). 266-270.
- Schulte-Brockhoffe A., Tortoriello J. (Eds.). (2012). *La situación de la primera infancia en Argentina: a dos décadas de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño*. Córdoba, Argentina: Fundación Arcor.
- Solari N. (2009) Elección del Abogado del Niño. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, “K., M. y otro c. K., M. D”. 2009-03-19.
- Souto, L.A. (2008) *Uso y abuso de los hijos en una ruptura*. Bahía Blanca, Argentina: Induvio Editora.
- Villata, C. (2000) *Un oráculo de conductas: La justicia de menores y los niños víctimas de delitos*. Ponencia no publicada. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

- Villata, C. (2000) Primer Congreso Internacional. *Los niños víctimas de delitos. Sus derechos y garantías* [Versión electrónica.]. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Jurisprudencia

- CNCiv., sala B “K., M. y otro c. K., M. D.” (2009).
- CSJN, “M., G. c/ P., C. A.”, M394 XLIV (2012).
- Opinión Consultiva N° 17, 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pag.86
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I “N.N. s/ Denegatoria de ser querellante” (18/03/2004).

Sitios de interés.

- Curso de actualización nuevo código civil y comercial. Director académico Dr. Ricardo Lorenzetti. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. <https://www.youtube.com/watch?v=d9VHURRjySA>.
- Dirección de Comunicación de Ciencias- Universidad Nacional de Rosario. <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/cambios-en-las-politicas-sobre-infancia/>
- Sistematización de herramientas técnicas para el ejercicio concreto de la defensa jurídica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. mptutelar.gob.ar/sites/default/files/DT_Fepesna%20para%20web.pdf.

**ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL
DE GRADUACION**



**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE
POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Paula Paglierani
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34377809
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	La intervención del abogado del niño víctima de delitos en el proceso penal.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Paula.paglierani@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	1-2-3-4-5

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar Fecha: BAHIA BLANCA 17/07/2017

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

