



TRABAJO FINAL DE GRADO

LA DEFENSA LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales – La diferencia interpretativa entre la figura del Asesor de Menores, el Tutor Ad Litem y el Abogado del Niño

Carrera: Abogacía

Alumna: Siciliano Paola Gisela

N° de Legajo: VABG41739

Tutor: Juárez Ferrer Martín

Fecha de entrega: 27/04/2019

ÍNDICE

Resumen/Abstract.....	1
1. Introducción.....	2
2. Problema de Investigación.....	3
3. El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos y patrocinados legalmente por un abogado.....	3
4. El Abogado del Niño en la Ley 26.061.....	4
4.1. Procesos en los que corresponde su designación.....	5
4.2. ¿Por quién debe ser designado?.....	6
5. El Asesor de Menores e Incapaces.....	6
6. Compatibilidad del abogado del niño con el asesor de menores e incapaces.....	7
7. El Tutor Ad Litem.....	7
8. Contrastes entre el tutor ad litem y el abogado del niño.....	8
9. Abogado del Niño, Tutor Ad Litem y Asesor de Menores.....	8
10. Facultades procesales de los niños, niñas y adolescentes como parte del proceso que los involucra.....	9
11. Comentarios de cierre.....	10
12. Bibliografía.....	12

Resumen

En este Trabajo Final de Grado se va a definir y a distinguir el aspecto técnico y material de la defensa de los niños, niñas y adolescentes, analizando las diferentes posturas jurisprudenciales sobre la admisibilidad del patrocinio letrado.

Asimismo, se hará referencia a las funciones que realizan las figuras del asesor de menores, del tutor ad litem y del abogado del niño.

Por último, se analizarán las facultades procesales de los niños, niñas y adolescentes, como parte de todo proceso administrativo y judicial que los involucre.

Abstract

In this Final Degree Project will define and distinguish the technical and material aspects of the defense of children and adolescents, analyzing the different jurisprudential positions on the admissibility of legal sponsorship.

Likewise, reference will be made to the different functions performed by the figures of the defender of minors, the guardian ad litem and the child's lawyer.

Finally, the procedural faculties of children and adolescent swill be analyzed as part of any administrative and judicial process that involves them.

1. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Final de Grado tiene como finalidad la descripción de los distintos tipos de figuras legales que van a servir como defensa de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales y administrativos que los involucre.

El objetivo básico será el de determinar los casos y el tipo de ejercicio que realizan éstas figuras legales de representación.

Tanto el derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso de niños, niñas y adolescentes, como a que sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta en todo proceso que los involucre, establecen un principio general que debería ser conocidos por todos.

Estos derechos fueron consagrados normativamente por la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) y fueron incorporados en nuestro ordenamiento legal interno con la sanción de la Ley 26.061, la cual viene a traer un alcance mayor que el estipulado en la CDN. Además, dichos derechos fueron recogidos también por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN).

Cuando las pretensiones abarcan los intereses de niños, niñas o adolescentes normalmente existe algún tipo de participación procesal. Puede intervenir en forma directa si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo a través de la asistencia del abogado del niño y si no puede comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal, tutor ad litem o asesor de menores. Se entiende entonces que, aunque la intervención del niño no sea directa, sino indirecta a través de sus representantes legales, existe una esfera de actuación directa ejerciendo su derecho a ser oído.

A continuación, se analizarán las diferencias interpretativas de las figuras del Asesor de Menores, del Tutor Ad Litem y del Abogado del niño actuando de manera individual o conjunta.

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cómo se diferencia interpretativamente entre las figuras del Defensor de menores, la del Tutor Ad Litem y la del Abogado del Niño dentro del marco del ordenamiento jurídico nacional?

3. EL DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS Y PATROCINADOS LEGALMENTE POR UN ABOGADO

La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12 y la ley 26.061, en sus artículos 24 y 27, inc. 1, consagran el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta.

Según la Defensoría General de la Nación el derecho de defensa puede considerarse el principal derecho a ser respetado en los ámbitos donde se tomen decisiones que afecten los derechos o intereses del niño o niña como forma de materializar la noción de sujetos activos de derechos, con intereses y opiniones propios que merecen protección legal.

Los primeros párrafos del art. 26 del CCyCN¹ indican: *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.*

Está claro, a mayor autonomía, menor es el ámbito de actuación del representante.

La ley 26.061² establece el derecho del niño a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite y a que su opinión sea tomada en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecten, por lo que se estableció la figura del *Abogado del Niño*, la cual viene a ampliar las garantías procesales contenidas en la CDN³.

El artículo 24 de la Ley 26.061 dispone que las opiniones de los niños deberán ser tenidas en cuenta conforme a su grado de madurez y desarrollo. Como

¹ Código Civil y Comercial de la Nación.

² Ley de Protección Integral de los Derechos de los NNyA.

³ Convención de los Derechos del Niño.

consecuencia lógica de esto, se entiende que, a mayor comprensión del niño, mayor peso tendrá su opinión, sin perjuicio de la obligación de los magistrados de siempre considerarla, y evaluarla.

“La mayor participación de los niños y adolescentes en las decisiones relacionadas a su vida personal obliga a prever el modo de resolver los conflictos que puedan suscitarse frente a la intervención u opinión de sus representantes. Para estos casos, se permite al niño o adolescente defender su posición con el auxilio de asistencia letrada” (Kemelmajer de Carlucci; Molina de Juan, 2015).

La legislación y la doctrina sostienen que para determinar el interés superior del niño es indispensable obtener su opinión mediante la escucha y considerarla, siendo éste un sujeto de derecho. “Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. Así el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior”⁴.

“Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de autoridad sin el apoyo de la razón”⁵.

4. EL ABOGADO DEL NIÑO EN LA LEY 26.061

Nuestro ordenamiento interno permite la posibilidad del patrocinio legal a los menores de edad por medio de la figura del abogado del niño.

Esta figura legal de patrocinio de niños/as y adolescentes es receptado en el art. 27, inc. C de la ley 26.061 de “Protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” que reza “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte... a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia...”

⁴ Pérez Manrique, Ricardo, “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, pagina 252, en Justicia y Derechos del Niño N 9, UNICEF.

⁵ Pérez Manrique, Ricardo, “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, pagina 252, en Justicia y Derechos del Niño N 9, UNICEF.

Es así que, el inc. C del art. 27 de la ley 26.061 permite al niño/a o adolescente, sumido en conflictos que los incluya, ser participe en el juicio que lo involucre, siendo asistido por un abogado independiente.

4.1 PROCESOS EN LOS QUE CORRESPONDE SU DESIGNACIÓN

En el proceso, si el juez comprueba o considera que se ha producido o se pueden producir intereses contrapuestos entre los progenitores con facultad legal para representarlo y el niño/a o adolescente en incumbencia deberá nombrar un abogado que represente al niño/ña o adolescente.

Por lo descripto anteriormente, hay discrepancias en la doctrina y la jurisprudencia respecto en cuales son los procesos en los que va a actuar el Abogado del niño.

Jurisprudencia

- ❖ “... existiendo intereses contrapuestos entre los menores y sus padres, resulta conveniente en función del interés superior del niño que los mismos tengan una asistencia letrada que traiga al juicio la voz y el interés de ambos en forma separada del planteo de sus progenitores e independiente de la representación promiscua que corresponde al Ministerio Público”⁶.
- ❖ “... el derecho de los niños y adolescentes a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya (inc. C, art. 27, Ley 26.061), implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica de los intereses del niño, de manera diferenciada de las pretensiones de los representantes legales de éste último”⁷.
- ❖ La Corte Suprema de la Nación, a instancia del Defensor Oficial, en un incidente de cese del régimen de visitas, ordenó designar un abogado especializado en la materia, distinto del de sus padres, a fin de que represente a las menores y garantizar, de esa forma, su derecho a participar en ese proceso”⁸. Pedido al que hizo lugar el Máximo Tribunal.

⁶ CNCiv., Sala I (del voto de la Dra. Perez Pardo) 04/03/2009. Ed. 232-218

⁷ CApel.Civ.yCom. Mar del Plata. 19/04/2012. Rubiznal on line. RCJ2607

⁸ CSJN. 26/10/2010. Diario judicial del 03/11/2010.

- ❖ En otra postura, se dice “se deberá nombrar un abogado del niño en todos los procesos que involucren a niños, niñas y adolescentes, sin importar que haya o no intereses contrapuestos entre el progenitor con facultad legal para representarlo y el menor” (Solari; pág. 7).

4.2 ¿POR QUIÉN DEBE SER DESIGNADO?

El Juzgado o Tribunal deberá tomar las precauciones necesarias para que el abogado del niño no pertenezca a la órbita de influencia de alguno de sus representantes legales de manera de asegurar el ejercicio independiente de aquel.

En la Provincia de Buenos Aires, a los fines de dar cumplimiento a esto, se dispuso la creación de un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia, donde se inscribirán todos aquellos profesionales con matrícula y que demuestren debidamente su especialización en derechos del niño.

5. EL ASESOR DE MENORES E INCAPACES

El Asesor de Menores e Incapaces es un funcionario estatal existente en nuestro sistema judicial nacional y provincial. Tiene la función de representar, asistir y defender obligatoriamente los derechos humanos y garantizar el derecho a ser oídos de las personas menores de edad y de aquellas que por su padecimiento mental así lo necesiten.

Entre sus tareas habituales, una de las principales es tomar contacto y escuchar a los niños, niñas y adolescentes y asesorar obligatoriamente a los jueces en aquellos casos en los que involucren a niños, niñas y adolescentes, cuidando que los intereses y leyes de protección de éstos se cumplan en el proceso.

“La Asesoría posee competencia judicial para asistir los derechos de personas menores de edad cuando existe un trámite judicial vinculado a conflictos familiares; en los casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes según el Sistema de Protección Integral de Derechos; también cuando un niño o una niña es víctima de un delito; en general la Asesoría interviene en cualquier

tipo de proceso judicial que involucre o comprometa los derechos de una persona menor de edad”.⁹

6. COMPATIBILIDAD DEL ABOGADO DEL NIÑO CON EL ASESOR DE MENORES EN EL PROCESO

Anticipadamente, debemos recordar que no se debe confundir el papel del Ministerio Público de Menores en la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes con la defensa técnica que pueda ejercer el propio niño o adolescente en un caso concreto.

El Ministerio Público de Menores es defensor, por disposición constitucional (Art. 120 CN) y legal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y demás personas incapaces en la medida de su insuficiencia. La defensa de estos derechos no puede ni debe confundirse con la defensa que puede ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia del abogado del niño, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión favorable a la voluntad y postura individual del niño.

En este aspecto, entonces se señala que ambas figuras pueden coexistir, pues mientras el abogado del niño acompaña, patrocina o asiste al niño/a o adolescente, el Asesor de Menores defiende a éstos desde la órbita del Estado.

Puede decirse, de este modo, que el Asesor de Menores es la mirada adulta del interés superior del niño y el abogado del niño representa el mejor interés desde la mirada del niño.

7. EL TUTOR AD LITEM

Los niños, niñas y adolescentes en función de su capacidad progresiva y discernimiento real podrán designar y elegir abogados que los representen en el proceso su interés particular. Asimismo, en caso que los niños no tengan suficiente discernimiento, tienen derecho al patrocinio letrado, esto es, a través de la figura

⁹ Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

del tutor ad litem, designado por el juez, independientemente de la voluntad del niño.

Parte de la doctrina advierte que esta postura, en algún punto, puede ser vulneradora de la capacidad progresiva del niño, al negarle su derecho de elegir a un abogado que le sea de confianza e imponerle otro designado por el juez, con fundamento en su falta de discernimiento, volviendo a considerarlo incapaz.

El tutor ad litem representa los intereses del niño desde su mirada adulta, así, el tutor ad litem defiende el interés del niño desde su leal saber y entender, en sintonía con la incapacidad de los menores, por ende, queda mediatizada o directamente desconocida la opinión del niño.

8. CONTRASTES ENTRE EL TUTOR AD LITEM Y EL ABOGADO DEL NIÑO

Como vimos anteriormente, podemos observar que el tutor ad litem y el abogado del niño son dos figuras distintas, el primero representa al niño/a, volviéndose sustituto de los representantes tutelares del mismo, en tanto que el abogado del niño lo asiste y patrocina en cuestiones técnicas de derecho y está ligado a su capacidad progresiva, a su derecho a actuar por sí mismo y defender su postura de parte del proceso.

Frente a la posibilidad de que el niño o niña se presente con abogado o se le asigne uno, se da intervención al cuerpo técnico a los fines de que los peritos se expidan sobre si cuenta con grado de madurez suficiente para proceder a presentarse con patrocinio letrado.

9. ABOGADO DEL NIÑO, TUTOR AD LITEM Y ASESOR DE MENORES

Estamos en condiciones de distinguir que el abogado del niño no lo representa en el respectivo proceso, como si lo hacen el tutor ad litem o el asesor de menores, sino que les brinda a los niños, niñas y adolescentes su asistencia técnica a través de su patrocinio letrado.

Esta distinción queda aclarada en el art. 27, inc. C de la Ley 26.061, que establece el derecho de asistencia letrada mediante la designación de un abogado del niño que represente los intereses personales e individuales del niño en el proceso judicial, todo ello sin perjuicio de la intervención del asesor de menores.

10. FACULTADES PROCESALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO PARTE DEL PROCESOS QUE LOS INVOLUCRA

Breve descripción

La intervención de un letrado patrocinante del niño, niña o adolescente significa reconocerle el carácter de parte en el proceso judicial que lo involucra desde el punto de vista procesal.

El art. 27, inc. C de la Ley 26.061 comprende las facultades y funciones de abogado del niño, los cuales pueden traducirse en, por ejemplo, aportar pruebas y controlar las pruebas de la contraria, evocación que se hace al derecho del niño, niña y adolescente a participar activamente en el proceso.

Así mismo, se hace mención que el niño tiene derecho a recurrir toda decisión contraria a sus intereses.

A la luz del art. 27, inc. D de la Ley 26.061, el recurso de apelación debería ser concedido al niño en forma libre en todo tipo de proceso, teniendo en cuenta su interés superior.

Se puede decir entonces que el derecho al recurso por parte de niños, niñas y adolescentes tiene un alcance más amplio y garantista que para los adultos, no siendo aplicables a ellos las restricciones al recurso establecidos en los Códigos Procesales.

No obstante, habiendo dicho que la doctrina y jurisprudencia no es unánime en cuanto al patrocinio letrado particular, existen antecedentes jurisprudenciales que, a pesar de haber admitido la presentación de niños con patrocinio letrado, al momento de citar a audiencia a las partes involucradas (representantes legales, defensor de menores y consejo de derechos), éstos no han sido tenidos en cuenta

para la escucha. Sin embargo, a pedido del abogado del niño, se revisó esta decisión y en posteriores audiencias en las que estuvieron presentes las partes citadas, también se incluyó a los niños.¹⁰

11. COMENTARIOS DE CIERRE

Para finalizar, es necesario señalar que, entendiendo que no es posible llegar a una conclusión definitiva, se pueden delinear algunas cuestiones. Diré que la CDN equivale a la formalización, a nivel internacional, de un nuevo paradigma para la consideración de la niñez y la adolescencia desde el punto de vista de las políticas públicas.

Entre las características más destacadas se encuentra el que se les reconozca a los niñas, niños y adolescentes este derecho fundamental que surge del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, y que marca el fin del paradigma que considera al niño un objeto destinatario de las políticas protectorias del derecho, para dar lugar a la actual concepción del niño como sujeto de derecho, protagonista activo de su propia vida.

Partiendo de la premisa de “niños sujetos de derecho”, entiendo que el abogado del niño resulta una figura útil para materializar los derechos y que éste no debe estar supeditado ni a edades rígidas, ni en el conflicto únicamente con sus representantes legales.

Este derecho también implica la legitimidad de poder elegir al profesional que quiere que lleve adelante su patrocinio. Pero en este tema existe una diferencia entre el niño y el adolescente, ya que según nuestro CCyCN solo los segundos gozan de presunción a favor para presentarse con patrocinio letrado en el proceso. En el caso de los niños menores de 13 años se evaluará su grado de madurez suficiente para poder proceder a su elección. La elección puede suceder por la confianza en el profesional elegido o puede fundarse en la especialidad del tema.

Otra cuestión, es que creo que el foco de análisis no debe centrarse solo en el que habla, sino también en el que escucha. Para ello se va a requerir de mayor análisis

¹⁰ A L sobre control de legalidad, en trámite ante Juzgado Nacional Civil de 1ra Instancia con competencia en Flia. N° 8.

de las condiciones del sistema en pos de facilitar el acceso de los niños, niñas y adolescentes para ver satisfecho el derecho de ellos.

Respecto a la escucha que van a recibir los niños, niñas y adolescentes se debe incluir el debate real sobre las formas en que estas deben realizarse para resguardar de manera inalterable la privacidad e integridad psicofísica de los niño/as y adolescentes.

12. BIBLIOGRAFÍA

➤ Doctrina

- Kemelmajer de Carlucci, Aida; Molina de Juan, Mariel. (2015). “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”. [Versión PDF].
- Perez Manrique, Ricardo. (2007). “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”. Justicia y Derechos del niño N° 9. Unicef.
- Solari, Nestor E. “El abogado del niño en el proyecto”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Ed. La Ley. Año V. N° 3.

➤ Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de niños, niñas y adolescentes